

## PELLETIER İÇTİHADINA KARŞI SERDEDİLEN TENKİTLERE CEVAP

Doçent Ragıp Sarıca

Bundan evvelki makalemizde Pelletier kararına karşı cephe alan Profesör René Jacquelin'in itiraz ve tenkidlerini naklettikten sonra; şimdi de bunlara cevap vermeğe çalışalım.

Bir kerre derhal şunu belirtelim ki: bu meseleye temas eden hemen bütün Fransız müellifleri İhtilâf mahkemesinin Pelletier kararile ortaya atmış olduğu hal suretini benimsemekte ve bu içtihadın doğru olduğu kanaatini izhar etmektedirler. Nitekim alfabe sırasıyla Appleton, Berthélemy, Bonnard, Chardon, Duguit, Jêze, Laferrière, Laubadère, Mestre, Rolland, Watrin Pelletier kararını tasvip ve müdafaa ediyorlar.

Bu müelliflerin Pelletier kararını müdafaa etmek için serdettikleri muhtelif delilleri şu suretle sıralayabiliriz:

1 — Bu müelliflerin bazılarına göre: 19/9/1870 tarihli kararnamenin «kuvvetler ayrılığı» prensipini, «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasını ilga etmesine hukuken imkân yoktur.

Zira «kuvvetler ayrılığı» bir anayasa prensipi olduğu gibi; «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esası da, bu prensipin tabii bir neticesi ve tatbiki olmak itibarile, bir anayasa mahiyet ve kuvvetini haizdir.

Esasen mezkûr kararnameyi ısdar eden hükûmet «kuvvetler ayrılığı» prensipine, «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasına, hulâsa «idarenin adliye karşısında istiklâli» düsturuna dokunmayı hiç bir zaman düşünmemiştir.

Gerçekten bu müelliflere göre, bir kere - sırf hâdiselerin ilcasile - meşru hükûmet yerine geçen muvakkat ve fiili bir hükûmetin, alelacele ısdar ettiği bir kararname ile, birer anayasa prensipi mahiyet ve kuvvetini haiz olan bu esasları ilga etmek istediğini; Fransız âmme hukukunun temellerinden mâdud bu esasları kaldırmayı hatır ve hayalinden geçirmiş olduğunu dahi düşünmeye mahal yoktur.

Kaldı ki hükûmetin, bu anayasa prensiplerini, Fransız âmme hukukunun bu temellerini değiştirmek hususunda kendisini salâhiyetli gördüğü

kabul olunsa bile; bu maksadını açıkça ifade ve izah etmesi gerekirdi, yani bu prensiplere, bu temellere dokunmak, bunları değiştirmek ve kaldırmak istediğini açığa vurması lâzım gelirdi. Halbuki kararname bu noktada sakittir: Sadece 75 inci maddeye istinad eden mütekaddim müsaade sisteminden ve memurlar aleyhindeki takibatı takyid eden umumî ve hususî kanunlardan bahsetmektedir. Demek ki kararname sadece memurların takibatı hususunda mütekaddim müsaade sistemini istihdaf etmektedir. Yoksa kararname idarî kaza ile adli kaza arasındaki vazife ihtilâflarının halli hakkındaki mevcut sistemi istihdaf eylememekte ve buna dokunmamaktadır.

Bu itibarla Pellétier kararı 1870 tarihli kararnameyi doğru tefsir etmiştir: mezkûr karar 1870 kararnamesinin gerek metnine gerek ruh ve maksadına tamamen uygundur.

II — Bu müelliflerden bir kısmına göre ise: 19/9/1870 tarihli kararname hakikatte «kuvvetler ayrılığı» esasını kaldırmak istemiş; «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» prensipini ilga etmeyi pekâlâ düşünmüştür. Hattâ kararname bunu açıkça beyan bile etmiştir. Kararname bu hususta çok sarihtir. Hattâ bundan daha sarih bir metin olamaz.

Lâkin 19/9/1870 tarihli kararnameyi ısdar eden hükûmetin sarih maksat ve niyeti bu olmakla, hattâ kararname «adli takibatı takyid eden genel veya özel mahiyetteki bilcümle kanun hükümlerini» ilga ettiğini sarahaten beyan etmekle «idarenin adliye karşısında istiklâlî» esasını da ilga ettiğini pek açık bir şekilde anlatmış olmakla beraber; hükûmetin hukuken, bunu yapmasına imkân yok idi. Başka bir söyleyişle, hukukî bakımdan, kararnamenin kuvvetler ayrılığı esasına dokunması, bunu kaldırması mümkün değildi. Zira «kuvvetler ayrılığı» prensipile «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası Fransız ihtilâlile teessüs eden modern Fransız âmme hukukunun temelinde yer alan, birer anayasa prensipidir.

Şu halde alelâde bir kanunun, ve şüphesiz alelâde bir kanun gibi bir kanun kuvvet ve mahiyetini haiz olan bir kararnamenin, bir «décret-loi» nin - yani 19/9/1870 tarihli kararnamenin - de bu anayasa esaslarını kaldırması hukuken kabil değildir.

Bu itibarla kararnamenin bu esasa dokunmak istediği farz ve kabul edilse bile; kararnamenin, «kuvvetler ayrılığı» ve «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasının ilgası hususunda vazettiği hükmün anayasaya aykırı olduğu şüpheden varestedir. Şu halde bu gibi bir hükümün hukukî bakımdan değeri ve hattâ mevcudiyeti yoktur. Netekim İhtilâf mahkemesi mezkûr kararnameyi tefsir ederken kararnamenin hiç

bir zaman bu gibi bir maksat gütmeyeceğini bir karine olarak kabul eylemekle, yani kararnamenin hiç bir suretle bu esasa dokunmamış olduğunu farzetmekle hakikatte - gizli ve örtülü bir surette dahi olsa - kararnamenin bu kısmının anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bundan dolayıdır ki kararnamenin bu hususta izhar ettiği maksadı ve vazettiği hükmü - anayasaya aykırılığına binaen - nazara almamış, bunlara bir kıymet atfetmemiştir.

Hiç şüphe yok ki İhtilâf mahkemesi daha cessurane hareket etmek isteseydi mezkûr kararnamenin, bu bakımdan, anayasaya aykırı olduğunu açıkça söylebilirdi.

Şu halde yüksek mahkeme kararnamenin ilk kısmının, yani müte-kaddim müsaade sisteminin ilgası hakkında vazettiği hükmün, hukuken, sahih ve muteber olduğunu; ve fakat kararnamenin ikinci kısmında adli takibatı takyid edecek mahiyetteki bilcümle kanun hükümlerini ilga ederken bunlar meyanına «kuvvetler ayrılığı» esasını ithal ederek bunu da ilga etmekle salâhiyetini aşmış olduğunu, anayasaya aykırı bir hüküm vazetmiş olduğunu, bu cihetle bu kısmın hukuken sıhhsiz ve kıymetsiz olduğunu, binaberin bunun hukuken nazara alınmasına ve buna bir kıymet atfolunmasına imkân olmadığını pekâlâ ileri sürebilirdi.

Netekim ihtilâf mahkemesi bunu belki açıkça yapmamakla beraber; gizli ve örtülü bir surette yapmıştır. Gerçekten kararnameyi anayasaya uygun bir surette tefsir etmekle, netice itibarile anayasaya aykırı olan kararname hükmünü bertaraf etmiş, bunu düzeltmiş ve anayasaya uygun bir hale sokmuştur.

III — Yine bu müelliflere göre «kuvvetler ayrılığı» prensipi, daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası adli mahkemelerde ajan ve memurlar aleyhine, şahsî kusurlarına binaen, açılan tazminat davalarında idarenin, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmayıp bir hizmet kusurundan ibaret olduğuna kani bulunduğu takdirde, ihtilâfı ihtilâf mahkemesine sevkedebilmesini âmirir.

Filhakika Fransada, ihtilâlden itibaren, «kuvvetler ayrılığı» ile «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası Fransız âmme hukukunun temelinde yer alan birer esas olarak kabul edilmiş; bunlara birer anayasa prensipi mahiyet ve karakteri atfolunmuştur.

«Kuvvetler ayrılığı» esasının bir anayasa prensipi olduğunda şüphe yoktur. Fransız ihtilâlinin geniş mikeyasta ilham kaynağı olan 18 inci asır felsefesi ve bu meyanda ve belki de başta zikri icap eden Montesquieu bir cemiyette istibdada mâni olmak için kurulacak Devlet teşkilâtında üç kuvvetin, yani teşri, icra ve adliye organlarının birbirinden ayrı

ve müstakil olması lüzumunu belirtmiştir. Fransız ihtilâlcileri ise bu fikri tamamen benimsemişler ve, «insan ve vatandaş hakları beyannamesi» nin, 16 ncı maddesinde, «kuvvetler ayrılığını sağlamıyan bir cemiyetin bir teşkilâtı esasiyeye sahip olamayacağını» beyan etmekle, bunu pek açık bir şekilde ifade etmişlerdir.

«Adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasına gelince: Bunun da bir anayasa prensipi olduğu muhakkaktır. Gerçi «kuvvetler ayrılığı» esası anayasa metinlerinden mâdüt bulunan ve hattâ belki de anayasadan dahi üstün bir metin sayılması mümkün olan «insan ve vatandaş hakları beyannamesi» nde tantanalı bir surette ilân olduğu halde; «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esası beyannamede ayrıca tasrih edilmiş değildir.

Lâkin Fransız İhtilâlinin daha ilk günlerinde, yeni cemiyetin temelleri atılırken, kurulacak olan sosyete de üç organın yekdiğerinden ayrı ve müstakil olması nasıl cemiyetin selâmeti namına zarurî telâkki olunmuş ise; adli makamlarla idari makamların ayrılığı esası da - yine cemiyetin selâmeti bakımından - aynı derecede zarurî addolunmuştur. Kısaca, ihtilâlciler «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasına «kuvvetler ayrılığı» kadar ehemmiyet ve kıymet atfetmişlerdir. Hattâ bundan dolayıdır ki birinci esas doğrudan doğruya ikinci esasa ilgili saymışlardır. Başka bir söyleyişle «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasını «kuvvetler ayrılığı» esasına bağlamışlardır. Binaberin bunu da, tıpkı diğeri gibi, bir anayasa prensipi telâkki etmişlerdir. Elhasıl «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasına «kuvvetler ayrılığı» esasının tabii bir neticesi, bunun âdeta bir «corollaire» i ve bir tatbiki nazarile bakmışlardır.

Kaldı ki Fransız İhtilâlinin ilk teşkilâtı esasiyesi olan 1791 anayasasında adli mahkemelerin idare fonksiyonuna müdahale edemeyecekleri ve idari ajan ve memurları, fonksiyonlarının icrası dolayısıyla, huzurlarına celbedemeyecekleri ayrıca beyan olunmuştur. ,

Şu halde «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasının anayasada yer almak itibarile bir anayasa prensipi olduğu meydandadır.

Şu da var ki Müessesan Meclisinin 24 Mart 1790 içtimainda, adli mahkemelerin teşkilâtı hakkında bir kanun hazırlamakla mükellef komisyon namına konuşan Thouret'ye göre:

Fransada, İhtilâlden evvel adli kazanın, kendine hâs olan kaza fonksiyonu yanında, bu fonksiyonla bağdaşması ve beraberce icra olunması asla mümkün olmıyan teşri ve icra (idare) organlarına ait fonksiyonlara müdahale etmesi ve bunları ifa etmek suretile bu fonksiyonları da nefsinde cemetmesi adli kazanın hakikî hüviyetini kaybetmesine ve asıl

vazifesine ihanet etmesine sebebiyet vermiştir. Adli mahkemeler bu yolda hareket etmekle âdeta idarenin rakibi gibi davranmakta, idarî faaliyetleri sekteye uğratmakta, idarenin hareketine mâni olmakta, idare adamlarını ürkütmekte idiler. Halbuki adaleti tevzi vazifesile mükellef olan adliye hâkimleri asla kendilerine mevdu olmıyan idare fonksiyonuna hiç bir suretle müdahale etmemelidirler. Netekim komite kazırladığı projede bu prensipleri tespit etmiştir. Mezkûr projede adli kaza, bu prensipler mucibince, idareden açık ve kesin olarak ayrılmıştır.

Bunun gibi Müessesan Meclisinin 29 Mart 1870 içtimainda söz alan Duport'a göre:

Adliye hâkimlerini herhangi siyasi (idarî) bir fonksiyon icra etmekten kat'î surette menetmek lâzımdır. Bunlar sadece vatandaşlar arasında çıkan ihtilâfları hal ile muvazzaf tutulmalıdırlar. Esasen adliye mahkemeleri ancak, fertler arasındaki münasebatı tanzime matuf bulunan, medenî kanun hükümlerini tatbik etmek için ihdas edilmişlerdir.

Görülüyor ki Müessesan Meclisi adli makamlarla idarî makamların ayrılığını, bazı üyelerinin ağızile, pek açık bir surette, beyan etmiş bulunmaktadır. Aynı zamanda bu esası doğrudan doğruya kuvvetler ayrılığı esasile ilgili addettiğini anlatmıştır. Şu halde «idarenin adliye karşısında istiklâli» esasının ilk Fransız anayasası metninde yer aldığı gibi; bu esasın anayasanın ruhuna da uygun bulunduğu ve bu itibarla bu esasın ilk anayasaca kabul edildiği ve o tarihtenberi Fransız âmme hukukunun temellerinden birini teşkil eylediği bihakkın iddia edilebilir ve kuvvetle müdafaa olunabilir.

Netekim «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası Fransız doktrininde umumiyetle bir anayasa prensipi sayılmakta; bu esasa bir anayasa mahiyet ve kuvveti tanınmaktadır.

İşte bundan dolayıdır ki 19/9/1870 tarihli kararnamenin, istese bile, bu esası ilga edemeyeceği Fransız doktrininde, yine, umumiyetle kabul olunmaktadır. Filhakika «kuvvetler ayrılığı» ve «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası bir anayasa prensipi sayılınca bunun tabii neticesi şu olur ki: Alelâde bir kanunun bu anayasa prensipini tadil, tağyir ve ilga etmesine hukuken imkân yoktur. Binaberin alelâde bir kanun mahiyetinde olan ve sadece bir kanun kuvvetini haiz olan 1870 kararnamesinin de bu esasa dokunmasına hukuken imkân yok demektir.

Şu halde mezkûr kararnamenin «kuvvetler ayrılığı» prensipine, daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına dokunmadığını farzeden Pellétier kararı, Jacquelin'nin iddia ettiği gibi, sakat ve yanlış bir tefsire sapmak şöyle dursun bilâkis anayasaya tamamen uygun bir tefsirde bulunmaktadır. Bu itibarla ihtilâf mahkemesinin hal

sureti tenkide değil tasvibe şayandır.

IV — Şu da var ki «kuvvetler ayrılığı» prensipini veya daha doğru bir ifade ile «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasını Jacquelin gibi anlamak ve bu yolda tefsire kalkışmak doğru değildir.

Gerçekten - evvelce işaret ettiğimiz üzere - Jacquelin'e göre «kuvvetler ayrılığından» ve «adli makamlarla idari makamların ayrılığından» bahsedildiğinde bundan şunu anlamak lâzımgelir ki: Hâkimlerin birer idare adamı gibi hareket etmeleri memnudur. Bu itibarla bir adli mahkemenin - idari bir muameleyi iptal veya ıslah maksadile - bunun mevzuata, hukuka, uygun olup olmadığını araştırmaya kalkışması yasaktır. Bu, «kuvvetler ayrılığı» prensipine, «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasına münafidir.

Buna mukabil adli mahkemenin bir ajan veya memur aleyhine açılan tazminat davasında ajan veya memurun icra etmiş olduğu idari muamelelerin mevzuata, hukuka uygun olup olmadığını - sırf ajan veya memurun cezai veya mali mesuliyetini tayin ve tesbit edebilmek için - araştırması memnu değildir ve bu, hiçbir zaman «kuvvetler ayrılığı» prensipine, «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasına aykırı düşmemektedir.

İşte Jacquelin «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esasını bu yolda tefsir etmekte, bu şekilde anlamaktadır. Halbuki umumiyetle Fransız doktrinine ve mahakim içtihadına göre: «adli makamlarla idari makamların ayrılığından» bahsedildiğinde bundan şunu anlamak lâzım gelir ki: adli mahkemeler idari fiil ve muamelelerden doğan ihtilâfları doğrudan doğruya - yani bir dava şeklinde - tetkik ve rüyet edemeyecekleri gibi, dolayısıyla - yani bakmaya salâhiyetli oldukları bir dava zımında bu dava ile ilgili bir meselei müstehire şeklinde - de tetkik ve rüyet salâhiyetli değildirler.

Başka bir söyleyişle «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» demek: adli mahkemelerin, mahiyetleri itibarile idari mahkemelerin, vazifesine dahil bulunan, mevad ve mesaili tetkik ve rüyet hususunda salâhiyetsiz olmaları demektir; ki adli mahkemelerin tetkik ve rüyet edemeyecekleri hususlar: yalnız idari fiil ve muamelelerden doğan idari davalardan ibaret olmayıp, adli mahkemelerin vazife ve salâhiyeti cümlesinden bulunan davalar zımında zuhur eden idari mevad ve mesail de bu hususlar içine girmektedir. Kısaca adli mahkemelerin vazifesizliği ve salâhiyetsizliği yalnız idari davalara münhasır olmayıp meselei müstehirelere de şâmil bulunmaktadır.

Şu halde «kuvvetler ayrılığı», daha doğrusu «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esası: huzurlarında doğrudan doğruya bir dava

ikame olunduğunda bu dava idarî mevad ve mesaile taallûk ettiği takdirde adli mahkemeleri bu davayı tetkik ve rüyetten nasıl menediyorsa; açılan dava, prensip itibarile, adli mahkemelerin vazife ve salâhiyeti cümlesinden olsa bile bu davanın halli için daha evvel, adli mahkemelerin vazife ve salâhiyetine dahil bulunmıyan, bazı meselelerin halli lâzım geliyorsa, adli mahkemelerin bu gibi meseleleri birer meselei müstehire sayarak, bunların vazifeli ve salâhiyetli kaza mercii tarafından halline değin davayı talik eylesesini âmirdir. Şunu da ayrıca kaydetmek lâzımgelir ki adli mahkemeleri bu lâzimeye riayet ettirecek müeyyide de: ihtilâfın idarece İhtilâf mahkemesine sevki keyfiyetidir.

Bu söylediklerimizi asıl meşgul olduğumuz meseleye tatbik edecek olursak şu neticeye varırız ki: Adli mahkemeler ajan ve memurlar aleyhine şahsî kusurlarına binaen açılan tazminat davalarını tetkik ve rüyete salâhiyetli olmakla beraber; bu gibi bir davada İdare şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmayıp bir hizmet kusuru olduğunu iddia edecek olursa - bu gibi bir iddia, netice itibarile, adli kaza ile idarî kazanın vazife sınırını çizmeye müncer olacağına göre - bu noktanın ihtilâf mahkemesince halli lâzımgelceği kolaylıkla anlaşılır. Şu halde davaya sebebiyet veren fiilin şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu ve binaberin davanın adli kazaya mı yoksa idarî kazaya mı ait olduğunu tayin keyfiyetinin, bir meselei müstehire şeklinde, İhtilâf mahkemesine sevki doğru ve yerindedir.

Velhasıl Pellétier kararı «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına tamamen uygundur; hattâ bu içtihat mezkûr esasın tabii bir neticesinden başka bir şey değildir.

V — Pellétier kararının mütekaddim müsaade sistemi yerine, başka bir nam ve kıyafet altında memurlar lehinde yeniden idarî bir garanti yarattığı iddiasına gelince; yine müelliflerin çoğu bu fikre iştirâk etmemektedir. Bunlara göre Pellétier kararının kabul ettiği hal şekli hiçbir zaman idarî garanti sistemini ihya etmemektedir.

Mezkûr kararla kabul edilen sistemin idarî garanti sistemile hiçbir alâkası ve benzerliği yoktur. Bu, bambaşka bir şeydir. Gerçekten mütekaddim müsaade (yani garanti) sistemi ile Pellétier kararının kabul ettiği hal şekli arasında şu farklar vardır:

A — Bir kere mütekaddim müsaade sisteminde ajan ve memurun himayesi mevzuu bahistir. Halbuki Pelletier kararının kabul ettiği hal suretinde ajan ve memurun himayesi değil, idarî fiil ve muamelelerin himayesi mevzuu bahistir. Daha doğrusu mütekaddim müsaade sistemi ajan ve memurun himayesini istihdaf ettiği halde; Pellétier kararı ajan

ve memurun şahsını korumamaktadır: İdarî fiil ve muamelâtın, idarî mevad ve mesailin tetkiki idarî kazaya ait olduğundan dolayı Pellétier kararı, hakikat halde, ajan ve memurları değil de - ajan ve memurdan kat'inazar - bizzat idarî fiil ve muamelâtın himayesine mâtuf bulunmakta; idarî kazanın vazife ve salâhiyetine riayet olunmasını temin etmek gayesini gütmekte; neticeten idarî kazanın vazife ve salâhiyetlerini adli kazanın tecavüzünden masun kılmakta; şu halde idarî kazayı korumaktadır.

B — Birinci nokta ile çok yakından ilgili bir fark da şudur ki: Mütekaddim müsaade sisteminde idare, takibe müsaade verip vermemek salâhiyetini sırf ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmak için bir silâh olarak kullanmakta idi. Bu itibarla bir ajan ve memurun hakikatte şahsî bir kusurundan dolayı takibi bahse mevzu olsa bile idare ajan ve memuru korumak istediği takdirde bu müsaadeyi vermeyebilirdi. Halbuki Pellétier kararının kabul ettiği hal şeklinde idare - ajan ve memuru korumak gayesile değil de, sırf idarî kazaya ait olduğuna kani bulunduğu mevad ve mesailin adli kazaca tetkikine mâni olmak maksadile hareket ettiğine göre - ajan ve memurun hakikatte şahsî bir kusuru bahse mevzu olduğu takdirde ihtilâfı ihdas etmiyecek, binaberin ajan ve memurun şahsî kusurları hususunda bu salâhiyetini kullanmayacaktır, Hattâ ajan ve memurun şahsî kusuru mevzu bahis olduğu halde, ihtilâfı ihdas ettiği düşünülse bile şu muhakkaktır ki ihtilâf mahkemesi şahsî kusurun mevcudiyetine kani olduğu takdirde davanın adliyeye aidiyetini belirtmek suretile idarenin bu oyununa mâni olabilir, idarenin teşebbüsünü akim bırakabilir.

C — Üçüncü bir fark ise şudur: Mütekaddim müsaade sisteminde ajan ve memurun idare tarafından himayesi bahse mevzu olup; bu, idarenin tamamen keyfi ve indî kararına bağlı bulunuyordu. Yani idare ajan ve memuru korumak istediği takdirde müsaadeyi esirgemek suretile takibata, davaya mutlak surette mâni olabiliyordu. Halbuki Pellétier kararının kabul ettiği hal suretinde ajan ve memurun himayesi bahse mevzu olmadığı gibi; bu, idarenin takdirine de bırakılmış değildir. Gerçekten burada şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olup olmadığını tayin eden bir kaza mercii, hattâ en yüksek bir mahkeme: ihtilâf mahkemesidir. Bu itibarla burada keyfilik ve indilikten bahsetmeye imkân yoktur. Bu, İhtilâf mahkemesinin bitarafılığından ve dürüstlüğünden şüphe etmek olur.

D — Dördüncü bir fark da şudur ki: Mütekaddim müsaade sisteminde ajan ve memuru takip edebilmek için idareden önceden izin almak lâ-



zıngelmekte idi. Halbuki Pellétier kararında böyle önceden bir müsaade alınması mevzuu bahis olmayıp; ancak, dava açıldıktan sonra idarenin şikâyeti mucip fiiln şahsî bir kusur teşkil etmediğini iddia eylemesi, ihtilâfı ihtilâf mahkemesine sevketmesi, nihayet yüksek mahkemenin de idarenin noktai nazarına iştirâk etmesi halinde ajan ve memur aleyhindeki davanın sukutu mevzuu bahistir. Görülüyor ki birinci sistemde adli mahkeme için önceden bir takyid ikincide ise sonradan bir tahdit mevzuu bahistir; ki bir fark da budur.

E — Beşinci bir fark da şudur ki: Mütekaddim müsaade sistemi idarî bir müracaat, idarî bir usuldür. Halbuki ihtilâfın İhtilâf mahkemesine sevki tamamen kazaîdir. Müracaat kazaî bir prosedürdür.

F — Altıncı bir fark ise şudur: Mütekaddim müsaade sistemi, hakikatte ajan ve memurun korunmasını istihdaf ettiğinden bu idarenin elinde siyasi bir âlet ve silâh olmaktan kurtulamamakta ve tamamen siyasi bir mahiyet arz etmekte idi. Halbuki Pelletier sisteminde adli kaza ile idarî kaza arasındaki — vazife sınırının tâyini mevzuubahs olduğuna göre — bu, vazifeye müteallik bir hukukî meseleden ibarettir; ve bu mesele — her hukukî mesele gibi — İhtilâf Mahkemesince, bir kaza mercii sıfatıyla ve sırf hukukî mülâhazalarla ve hukukî usuller dairesinde halolunmaktadır.

G — Yedinci bir fark şudur ki: Mütekaddim müsaade sistemi korulacak bir usul olduğu halde; diğeri hiç de böyle değildir. Filhakika mütekaddim müsaade sistemi bir kerre idarenin keyfî ve indî takdirine tâbi olduğundan — bir ajan veya memurun fiilinden zarar gören şahıs dâva açmak istediğinde evvelemirde neticesi meşkûk idarî bir müracaatta bulunmak, bir takım külfetlere katlanmak, uzun zaman kaybetmek mecburiyetinde olduğu gibi; idarenin müsaadesini esirgemesi halinde de bu şahıs için yapılacak bir şey kalmaz. Artık ajan ve memuru takip ve dâva etmek imkânsızdır. Hattâ mütekaddim müsaade sisteminin tatbik edildiği devrede idarenin fiil ve muamelelerinden dolayı malî mesuliyeti de, umumî bir kaide olarak, henüz kabul edilmediği için, mütazarrır şahıs için ajan ve memur yerine idareyi, hizmet kusuruna binaen, dava etmek, zararını ona tazmin ettirmek imkânı da mevcut değildi. Demek oluyor ki idare, ajan ve memurun takibine müsaade etmemekle, her türlü davaya mâni olabilmek kudretine malik bulunmakta idi, ki bu sebeple bir çok kimse, neticesi bu kadar şüpheli ve karanlık bir usule müracaat etmektense, bundan peşinen ve tamamen sarfınazar eylemeyi, yani ajan ve memuru takipten vaz geçmeyi tercih etmekte idiler.

Halbuki Pellétier kararının kabul ettiği hal suretine göre bir ajan

veya memurun fiilinden zarar gören şahıs, bu ajan veya memur aleyhinde adli mahkemede, şahsi kusuruna binaen, kayıtsız ve şartsız, bir tazminat davası açmakta tamamen muhtardır. İdare bu gibi bir davanın açılmasına bir kere hiç bir suretle müdahale edemez ve mâni olamaz. Saniyen, bu dava açıldıktan sonra idarenin yapabileceği yegâne şey: şikâyeti mucip fiilin şahsi bir kusur olmayıp bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ile meseleyi İhtilâf Mahkemesine sevkettir; ki burada davacıya her hangi bir külfet tahmil olunmamaktadır. Nihayet idare ihtilâfı ihdas etmekle ajan ve memur aleyhine açılan davanın tedkikine mutlak surette mâni olmamakta, sadece adli mahkemenin bu davayı, muayyen bir müddet — azamî üç ay — talik etmesine sebebiyet vermektedir. Gerçekten idare ihtilâfı, ihtilâf mahkemesine sevk etmek istiyorsa bunu muayyen bir müddet zarfında yapmak mecburiyetinde olduğu gibi; ihtilâf mahkemesi de yine ihtilâfı muayyen bir müddet içinde kat'î olarak halletmek zorundadır. Aksi takdirde, bu müddet geçtiği takdirde adli mahkeme, talik ettiği davaya devam etmek salâhiyetini elde etmiş olur. Hattâ davaya bakmak zorundadır.

Şu da var ki en kötü ihtimalde bile, yani ihtilâf mahkemesi, idarenin noktai nazarını kabul ile, şikâyeti mucip fiilin şahsi bir kusur teşkil etmediğine kanaat getirerek adliyenin vazifesizliğine karar verse dahi; bu takdirde mutazarrır şahıs için, idari kazaya müracaatla bu sefer idare aleyhinde — hizmet kusuruna binaen — birtazminat davası açmak suretile zararını — malî bakımdan, yani tediye bakımından ajan ve memurdan çok daha müsait bir durumda bulunan — idareye tazmin ettirmek pekâlâ mümkündür.

Görülüyor ki Pellétier kararının kabul ettiği hal sureti, davacıları hiç de ürkütecek bir sistem değildir. Bu itibarla ihtilâfın idare tarafından ihdası ihtimali, mütekaddim müsaade sisteminde olduğu gibi, davacıları ajan ve memur aleyhine dava açmaktan alakoymamaktadır.

H — Mütekaddim müsaade sistemile Pelletier sistemi arasında son bir fark da şudur ki: Mütekaddim müsaade sistemi bir metne — 8 inci yıl Anayasasının 75 inci maddesine — dayanmakta idi. İşte bu metin, ajan ve memurlar aleyhindeki takibat ve davalar hususunda, — fertler aleyhindeki tazminat davalarından tamamen farklı — anormal bir usul kabul etmiş bulunuyordu. Pek tabiidir ki bu metnin ilgasile bu usul de ortadan kalkmıştır.

Halbuki Pellétier sistemi «kuvvetler ayrılığı», daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına istinat etmektedir. Bu esas ise Fransız âmme hukukunun, ihtilâlden beri, yerleşmiş ve şaşmaz

bir esası olduğuna göre, adliyece tetkik olunan bir davada idarenin, idarî kazaya ait olduğuna kani bulunduğu bir meseleyi, vazife itirazında bulunarak İhtilâf mahkemesine sevkedebilmesi pek tabiidir. Ancak bu takdirdedir ki idarî kaza, adli kazanın tecavüzlerinden korunmuş olur.

Elhasıl, mütekaddim müsaade belki anormal bir sistem sayılmak lâzım geldiği halde; Pellétier sistemi kuvvetler ayrılığı prensipine uygun ve hattâ bu prensipin tabii ve zarurî bir neticesinden ibaret normal bir sistemdir.

Pellétier kararını tasvip eden müelliflerin, ihtilâf mahkemesinin bu kararla kabul ettiği hal suretini müdafaa zımında, serdettikleri yukarıdaki delillerin Jacquelin'nin tenkit ve itirazlarına karşı kâfi bir cevap teşkil edeceğine kani bulunuyoruz. Gerçi bu müellifler Pellétier kararının bazı tenkid ve itirazlara maruz kaldığını söylemekle beraber; her nedense isim zikretmek suretile doğrudan doğruya Jacquelin'den bahsetmemekte ve Jacquelin'in muhtelif tenkit ve itirazlarını birer birer ele alarak cevaplandırmamaktadırlar. Lâkin bu tenkit ve itirazları, yukarıda — muhtelif müelliflerden nakletmek ve bir araya toplamak suretile sıraladığımız — delillere ve mucip sebeplere istinaden bertaraf etmeye çalışmaktadırlar. Şu halde bu delil ve sebepleri serdetmekle: netice itibarile profesör Jacquelin'e — dolayısıyla ve zımnen dahi olsa — cevap vermiş oluyorlar. Fakat biz bu kadarla iktifa etmeyip; şahsen bu müelliflerden daha ileri giderek, Jacquelin'in noktai nazarının doğru olmadığını; yani profesörün Pelletier kararına karşı tevcih ettiği tenkit ve itirazların kabule şayan sayılamıyacağını şahsî bir takım delillerle daha ispat etmeğe gayret edeceğiz. Bu itibarla, sırf kendi nam ve hesabımıza, serdeceğimiz bu delilleri de Pellétier kararına taraftar olan müelliflerin dermeyan ettikleri delillere ilâveten ve onları takiben aşağıda tadat edeceğiz:

VI — Fikrimizce profesör Jacquelin, Pelletier kararını tenkit ederken bir kerre — hemen hemen bütün muhakemesine mesnet teşkil eden — bir noktada pek mühim bir hatâyâ düşüyor. Gerçekten — evvelce arzettiğimiz üzere — profesöre göre, ihtilâf mahkemesinin Pelletier kararla kabul ettiği sistem garanti sisteminin ihyasından başka bir şey değildir. Daha doğrusu ajan ve memur aleyhinde açılan davalarda idarenin meseleyi ihtilâf mahkemesine sevkedebilmesi; garanti sisteminin bir üçüncü şeklinden ibarettir. Şöyle ki, ajan ve memurların himayesi: ya bunların adli mahkemeler yerine doğrudan doğruya idare tarafından muhakeme olunmaları veya — adli mahkemeler tarafından muhakeme olunmaları tecviz olunmamakla bera-

ber — daha evvel bu hususta idareden müsaade alınması, yahut da — bunlar adli mahkemelerde serbestçe ve idareden müsaade almaya lüzum olmaksızın muhakeme olunabilmekle beraber — şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmadığı iddiasıyla ihtilâfın idare tarafından ihtilâf mahkemesine sevkolunabilmesi şeklinde tecelli edebilir. İşte Pellétier kararının kabul ettiği hal şekli himaye sisteminin bir üçüncü şeklinden başka bir şey değildir. Bu itibarla bu hal sureti de garanti sisteminin arzettiği bütün mahzurları arzelmekte ve binaberin aynı tenkitleri mucip olmaktadır. Nitekim tenkidi mucip bu mahzurlardan biri de şudur ki: garanti sistemi, her üç şekilde de, ahlakın genel bir düsturu olduğu kadar, hukukun da esaslı bir prensipi olan ve Borçlar Kanununca da ayrıca teyid edilmiş bulunan mesuliyet esasını, yani herkesin kusurlu fiilinden mesul olması lâzımgeldiği yolundaki kaideyi ihlâl eylemektedir. Zira — her üç şekilde 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 daima bertaraf edebilmek imkânına malik bulunmaktadır.

İşte, zannımızca, müellif bu noktada aldanıyor: şöyle ki — biraz evvel müelliflerin işaret ettikleri üzere — Pellétier kararının kabul ettiği hal suretinin bir kerre idarî garanti sistemi ile hiç bir alâkası yoktur. Sanıyen şu da var ki: bu hal şeklinin hakikaten idarî garanti sisteminin bir üçüncü şekli olduğunu farz ve kabul etsek dahi; müellifin iddiasını yine doğru saymamıza imkân yoktur. Çünkü Jacquelin garanti sisteminin her üç şekilde de, idarenin ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmak, bu mesuliyeti bertaraf edebilmek imkânına malik bulunduğunu ileri sürmektedir; ki bu, belki ilk iki şekil için — yani ajan ve memurun adli mahkeme yerine bizzat idare tarafından muhakeme olunması veya adli mahkemede muhakeme edilebilmek için daha evvel idarece bu hususta izin verilmesi halinde — doğru bir iddia sayılabilir. Lâkin bu iddia hiç bir zaman üçüncü şekil hakkında — yani ajan ve memur aleyhine adli mahkemede serbestçe açılan bir davada ihtilâfın idare tarafından ihtilâf mahkemesine sevki hususunda — varid değildir. Tenkid bu üçüncü hale aslâ şamil olamaz. Zira idare, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu iddia ederek, ihtilâfı İhtilâf mahkemesine sevk etmekle hiç bir zaman ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmış olmuyor; idare hiç bir veçhile bu mesuliyeti bertaraf etmiyor.

Şu halde idare, bu suretle, sadece davanın — ihtilâf mahkemesince müsbet veya menfi bir karara bağlanmasına kadar — adliye tarafından

muayyen bir müddet — azamî üç ay — talikini temin etmiş oluyor. İdarenin ajan ve memuru mesuliyetten kurtardığını, idarenin bu mesuliyeti bertaraf etmek imkânına malik olduğunu iddia etmek: hakikate hiç bir suretle uymamaktadır; bu itibarla çok mühim bir hata teşkil etmektedir.

Dediğimiz gibi bu hal şeklinde kat'i ve nihai karar ihtilâf mahkemesine aittir. Başka bir söyleyişle bir davada, ajan ve memura isnat olunan fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini idare değil; ihtilâf mahkemesi karara bağlamaktadır. Bu cihetle ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmak, bu mesuliyeti bertaraf etmek; idarenin elinde olmayıp, münhasıran ihtilâf mahkemesine aittir.

Görülüyor ki Jacquelin bu hakikati görmemekle, daha doğrusu görmezlikten gelmekle çok büyük bir hataya düşmektedir. Zira Pellétier kararını bu suretle tenkid ederken idareye bu gibi salâhiyet tanımının doğru olmayacağını, idarenin, bu salâhiyetini dilediği gibi tamamen keyfi ve indî bir şekilde kullanabileceğini, hattâ suiistimal edebileceğini, bînetice idarenin en iptidai bir ahlâk ve hukuk kaidesi olan «herkesin kusurlu fiilinden mesul olması lâzım geleceği» düsturunu çiğneyebileceğini iddia etmektedir.

Halbuki — arzettiğimiz üzere — Pellétier kararı hiç bir veçhile idareye bu gibi bir salâhiyet tanımayıp; sadece idarenin meseleyi ihtilâf mahkemesine sevkedebilmesine cevaz vermektedir; ki büsbütün başka bir şeydir. Filhakika idare ihtilâfı ihdas salâhiyetini keyfi ve indî bir şekilde kullansa bile, hattâ bu salâhiyetini suiistimal etse dahi ajan ve memura, kusurlu fiilinden dolayı, terettüp eden mesuliyeti kaldırmak, bertaraf etmek: onun elinde olmayıp; sırf ihtilâf mahkemesinin salâhiyeti cümlesindedir.

Jacquelin'in bu basit hakikati görmeyişi hayli gariptir. Bu itibarla biz Jacquelin'in bu hakikati görmemekten ziyade, görmek istemediğini zannediyoruz. Daha doğrusu Jacquelin'in — açıkça söylemeğe cesaret etmemekle beraber — bu mevzuda ihtilâf mahkemesinin, âdeta idarenin keyfi ve indî hareketine göz yumacağını, tesiri altında kalarak noktai nazarına iştirak edeceğini, idareyi destekliyeceğini, bu suretle idarenin arzu ve emellerinin tahkikine âlet olacağını ... ima etmek istediğine hükmediyoruz.

Bahusus ki — evvelce de arzettiğimiz üzere — Jacquelin, Pelletier kararını tenkit ederken bu tenkitlerden bir kısmını bizzat İhtilâf mahkemesine tevcih etmektedir; yüksek mahkemeyi, şahsî kusuru, hizmet kusurundan tefrik hususunda tamamen keyfi ve indî hareket etmekle itham eylemektedir. Bu suretle ihtilâf mahkemesinden de şüphe ettiğini açığa vurmaktadır.

Gerçekten Jacquelin'e göre: şahsî kusurla hizmet kusuru arasında gözetilmek istenilen fark da bir yalandan, bir göz boyamadan başka bir şey değildir. Zira ajan ve memura isnad olunan fiil en bariz ve tipik bir şahsî kusur olsa bile idare fiilin hakikatte bir hizmet kusuru olduğunu pekâlâ iddia edebilir ve dilerse ihtilâfî ihtilâf mahkemesine götürebilir.

İhtilâf mahkemesine gelince; yüksek mahkemenin şahsî kusuru, hizmet kusurundan tefrik hususunda kabul ettiği kıstas esasen o kadar müphem, o kadar gayrı vazih ve o kadar keyfi 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 İhtilâf mahkemesi için çok kolaydır.

Görülüyor ki müellif, İhtilâf mahkemesinin, şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur veya hizmet kusuru teşkil ettiğine, fiilin hakikî mahiyetine göre değil de, sırf ajan ve memuru mesuliyetten kurtarmak isteyip istemediğine göre karar verdiğini söylemekle: İhtilâf mahkemesini, şahsî kusurla hizmet kusurunu tefrik etmek vazifesini, hukukî mülâhazalardan ziyade bir kaza merciine asla yaraşmayan bir takım idarî tesirler altında, bir âlet olarak kullanmakla itham etmektedir.

Nitekim bu mevzuda Jacquelin'nin mütalâa ve mülâhazalarından bir çoğunu aynen benimseyen R. Chardon, — âdeta Jacquelin'e tercüman olarak — bu noktada Jacquelin'den daha âşikâr bir şekilde İhtilâf mahkemesine hücum ediyor.

Söyle ki — Pellétier sistemine göre — idarenin ajan ve memur aleyhindeki takibata dilediği gibi mâni olamayacağını, ancak ihtilâfî ihdas etmek suretiyle bunu muvakkat bir zaman geciktirebileceğini söyledikten sonra; müellif idarenin, fiiliyatta, bu yola sık sık sapmakta olduğunu kaydediyor. Aynı zamanda idarenin bu yolu davacılar karşı düşmanlık için ihtiyar etmeyip; sırf davayı adli mahkemeden koparıp — idare teşkilâtına dahil olmak itibarile idareden madud bulunan ve kendi öz mahkemeleri olan — idarî mahkemelere tevdi ettirmek, davayı bu mahkemelere gördürmek maksadile ihtilâfî ihdas ettiğini ilâve ediyor.

Chardon idarenin, bu suretle, davasını idarî kazaya gördürebilmek; yani hakikat halde, kendisinin taraf olduğu davanın bizzat hâkimi olabilmek imkânını elde etmiş olacağını iddia ediyor.

Gerçi, müellif, bu noktaî nazara karşı idarenin bu arzu ve maksadının tahakkuk edebilmesi için ihtilâf mahkemesinin idareye yarıdaklık etmesi lâzım geleceği, idarenin âdeta suç ortağı gibi hareket etmesi icap edeceği yolunda bir itiraz serdedilebileceğini itiraf ediyor. Zira — müellif de pekâlâ biliyor ki: — davanın adli kazaya mı yoksa idarî

kazaya mı ait olduğunu kat'i ve nihai olarak tayin etmek tamamen ihtilâf mahkemesine ait bulunmaktadır.

Lâkin Chardon şuna kanidir ki ihtilâf mahkemesi, belki bilerek, belki bilmeyerek, hakikaten idareye yarıdakılık etmektedir; idarenin âdeta bir suç ortağı gibi hareket etmektedir. Filhakika ihtilâf mahkemesi, âzalarının yarısı idare hâkimlerinden teşekkül etmek itibarile, idarenin tezlerine fazlasile tarafdâr ve mütemayildir. İşte, keyfi istediği zaman, şahsî bir kusur sayılması pekâlâ mümkün olan herhangi bir fiili bir «hizmet kusuru» olarak tavsif etmesi ihtilâf mahkemesi için çok kolay bir işdir[1].

Görülüyor ki Chardon, Jacquelin'i teyiden İhtilâf mahkemesini düpedüz tarafgirlik yapmakla, idarî bir takım mülâhazaların tesiri altında kalmakla, keyfî ve indî hareket etmekle itham etmektedir.

Halbuki zannımızca, bu — en hafif bir tabirle — bir hafifliktir.

Pellétier sistemini tenkid ederken, ihtilâf mahkemesinin ajan ve memuru kurtarmak isteyip istememesinden, indî ve keyfî hareketinden, idareye yarıdakılık yapmasından, idarenin suç ortağı olmasından bahsetmek: ihtilâf mahkemesinin dürüstlüğünden, bitaraflığından, kaza mercii sıfat ve ehliyetinden şüphe etmek demektir.

Halbuki kimsenin bir mahkemedden, hususile ihtilâf mahkemesi gibi bir memleketin en yüksek bir mahkemesinden şüphe etmeğe en ufak bir hakkı olamaz! Bahusus ki, İhtilâf mahkemesini — sırf âzasının yarısının idare hâkimlerinden teşekkül etmesi dolayısıyla — idarenin tezlerine daha fazla tarafdâr ve meyyal olmakla itham etmek: netice itibarile ve dolayısıyla Devlet Şûrasını itham etmek demektir. Halbuki Devlet Şûrasının, ferdi — idare karşısında — adli kazadan çok daha liberal bir zihniyetle, çok daha cessus bir şekilde ve hattâ fazlasile cömert bir surette himaye etmekte olduğu herkesçe müsellem bir hakikattir.

Şu halde Jacquelin'nin ve Chardon'un bu iddiası bize hiç bir suretle iltifata ve kabule şayan görünmemektedir. Kaldı ki Fransada İhtilâf mahkemesinin idarenin noktai nazarına iştirak ettiği, onun tezlerini kabule mütemayil bulunduğu, elhasıl idareye tarafgirlik yaptığı bir faraziye olarak kabul edilse bile; bu gibi bir mahzurun yalnız (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki hususunda varid olmayıp, ihtilâf mahkemesinin hal ile mükellef olduğu bilcümle meselelerde de bahse mevzu olması icap eder. Binaberin ihtilâf mahkemesinden sırf (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki bahsinde şüphe edip, diğer mevad ve mesailde şüp-

[1] R. Chardon, Du Cumul et de la coexistence des responsabilités en matière adm. 1939, sah. 35-36.

he etmemek: yalnız bir noktada titiz ve hassas olup sair hususatta — âdeta devekuşu siyaseti güderek — bu mahzurları görmezlikten gelmek olur.

Bu itibarla denebilir ki: şayet ihtilâf mahkemesinden şüphe caiz ise ihtilâf mahkemesini, sırf Pellétier kararı zaviyesinden tenkid edecek yerde; bu müesseseye karşı mutlak ve umumî olarak cephe almak; onun ya ıslâhına veya ilgasına çalışmak lâzım gelir.

Halbuki bizzat Jacquelin şahsî kusurla hizmet kusurunu yekdiğlerinden tefrik etmek vazifesinin ihtilâf mahkemesinden alınması halinde dahi; bu mahkemenin yine bakacağı bir sürü işin mevcut olacağını, binnaenaleyh ihtilâf mahkemesinin sair hususlarda yine adli kaza ile idarî kaza arasındaki vazife ihtilâflarını çözmekte devam edeceğini söylemekle âdeta ihtilâf mahkemesinin diğer mevad ve mesailde ipkasına taratar görünmekte; hiç değilse bu hususlarda ihtilâf mahkemesinin bitarflığından ve dürüstlüğünden şüphe etmediğini ima eylemektedir.

Halbuki, dediğimiz gibi, bu mesele bir kül olarak ele alınmak ve böylece mütalâa olunmak gerektir. Eğer ihtilâf mahkemesi Fransa'da memnuniyeti mucip bir müessese olmaktan uzak ise, şayet vazifesini, sırf hukukî mülâhazalarla ifa eden bitaraf ve dürüst bir kaza mercii olarak değil de, bu vazifeyi idarî bir takım tesirlere kapılarak ve idare lehine partizanlık yaparak, keyfi ve indî bir surette veyahut âlet olarak kullanan bir müessese gibi hareket etmekte ise, bunun ıslahı veya ilgası yoluna gitmek: yegâne tutulacak yol olmak icap eder.

VII — Şu da var ki, Jacquelin'nin ihtilâf mahkemesinin hüsnü niyetinden, dürüstlüğünden ve bitarflığından şüphe etmediğini farzetsek bile; müellifin ihtilâf mahkemesine şahsî kusuru hizmet kusurundan ayırt etmek hususunda asla güvenmediğini yine inkâr edemeyiz.

Gerçekten — evvelce belirttiğimiz üzere — müellif ihtilâf mahkemesinin, şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrik hususunda, kabul ettiği kıstasın müphem, gayrı vazih, keyfi ve indî olduğuna kanî bulunduğu için yüksek mahkemenin bir ajan veya memura isnat olunan kusurun şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu olduğunu tayin ederken her zaman yanılabilirliğini; binaberin sırf bu bakımdan bile ona itimat etmenin caiz olmayacağını — bu bapta verdiği izahat ile — ihsas etmektedir.

Yani müellifin, ihtilâf mahkemesinin hüsnü niyetinden asla şüphe etmediği kabul edilse bile; şahsî kusurla hizmet kusuru arasında gözetilmek istenilen farkın haddizatında pek nazik olduğunu, hattâ belki de bir yalandan ve göz boyamadan ibaret olduğunu iddia eylediğine, ve ihtilâf mahkemesini bu iki kusuru tefriğe yarayacak açık, kesin, itimada



şayan bir kıstasa malik bulunmamakla itham ettiğine göre netice itibarile ihtilâf mahkemesinin — şahsî kusuru, hizmet kusurundan tefrike çalşırken — zarurî olarak keyfî ve indî bir şekilde hareket etmeğe mecbur kalacağı, binaenaleyh daima aldanmak tehlikesine maruz bulunacağı yolunda bir kanaate sahip olduğundan şüphe edilemez.

Halbuki bu kanaatin doğru olduğu kabul edilse bile; zannımızca yine bundan, Jacquelin'in çıkarmak istediği neticeyi istihraç etmek asla doğru olmaz.

Gerçi şahsî kusuru, herhangi bir tereddüt, ihtilâf, itiraz ve münakaşaya mahal vermiyecek şekilde ve herkesi tatmin edecek surette açık ve kesin olarak teşhis, tesbit ve hizmet kusurundan tefrik edebilmek hayli nazik ve çetin bir iştir. Bunun gibi hangi kıstas kabul edilirse edilsin şahsî kusurun, hizmet kusurundan tefriki — geniş nisbet ve mikyas-ta — takdiri, indî ve keyfî bir mesele olmaktan kurtulamaz.

Bununla beraber şahsî kusurla hizmet kusurunu yekdiğerinden tefrik etmek bir zarurettir. Bu itibarla bu tefrike — ne kadar nazik, ne kadar indî ve keyfî olursa olsun — ihtiyaç vardır. Zira gerek «ilmî ve nazarî» gerekse «ilmî ve siyasî» diyebileceğimiz bir takım mülâhazalar bir idare ajanının veya bir memurun — foksiyonunu ifa ettiği sırada veya görmekle mükellef olduğu bir âmme hizmeti ile ilgili olarak işlediği kusurlardan — mesul tutulup tutulamayacağını tayin için bu gibi bir tefrik gözetilmesini âmir bulunmaktadır. Yani idare nam ve hesabına idare foksiyonunu ifa eden, âmme hizmeti gören bir ajan ve memurun her yolsuz fiilinden, kısaca her kusurundan mesul tutulması idare hukukunda — ne ilmî bakımdan, ne de ameli yönden — doğru telâkki olunmamaktadır: ajan ve memurların ancak, kendi şahıslarına isnadı mümkün olan şahsî kusurlarından şahsen mesul olacakları; bunun dışında kalan kusurların ise hizmetin, idarenin kusuru sayılarak münhasıran idarenin mesuliyetini mucip olacağı — gerek nazariyat gerek tatbikatta — umumî ve mutlak surette kabul olunmaktadır.

Elhasıl şahsî kusuru hizmet kusurundan ayırt etmek bir zaruret olduğu gibi; ajan veya memurun ancak şahsî kusurundan dolayı mesuliyeti cihetine gidip; hizmet kusurlarından dolayı ajan veya memurdan hesap sormamak, onu mesul tutmamak da aynı derecede bir zarurettir. Başka bir söyleyişle idare hukuku esaslarına göre ajan ve memurları sırf şahsî kusurlarından dolayı dava etmek mümkün olup; hizmet kusurlarından dolayı dava etmek imkânsızdır.

Şu halde ajan ve memur aleyhinde açılan her davada ajan ve memura isnad olunan fiilin hakikaten şahsî bir kusur mu, yoksa hizmet kusuru mu teşkil ettiğini araştırmak lâzım gelmektedir. Zira ajan ve

memur ancak birinci şıkta mesuldür ve adli mahkeme ancak bu takdirde davaya bakmağa salâhiyetlidir. Halbuki ikinci ihtimalde mesuliyet idareye terettüp etmektedir ve bu halde davaya bakmak idarî kazaya ait bulunmaktadır.

Demek oluyor ki davaya mesned teşkil eden fiilin şahsi bir kusur veya hizmet kusuru olduğunu tayin ve bînetice davanın adli kazaya mı yoksa idarî kazaya mı ait bulunduğunu tesbit etmek vazifesi: esasen vazifesi bu iki kaza arasındaki vazife ihtilâflarını halletmekten ibaret olan ihtilâf mahkemesine düşer. Şüphe yok ki ihtilâf mahkemesi bu hususta yegâne salâhiyetli mercidir.

Böyle olunca; pek tabiidir ki, bir ajan veya memur aleyhine adli mahkemede açılan herhangi bir tazminat davasında, ihtilâfın ihdası üzerine, şikâyeti mucip fiilin hâdisede şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu olduğunu —velev ki tamamen keyfî ve indî bir surette olsun— kat'î ve nihâî olarak tayin etmek ihtilâf mahkemesine terettüp eder.

Kaldı ki şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrik işinin çok nazik, çok çetin ve aynı zamanda geniş mikyas ve nisbette takdiri, indî ve keyfî bir iş olduğu kabul edilince; ihtilâf mahkemesinin bu işi lâyıki veçhile başarabileceğinden şüphe edenlerin evleviyetle adli mahkemelerin bu vazifeyi gereği gibi ifa edemeyeceklerinden şüphe etmeleri icap eder.

Gerçekten — şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrik edebilmek için ileri sürülen kıstasların pek elverişli ve tatmin edici olmadığına, aynı zamanda bu iki kusurun yekdiğerinden tefriki işinin nazik ve çetin olduğuna göre— adli mahkemelerin bu işte ihtilâf mahkemesinden ziyade muvaffak olacaklarını kabul için bir sebep yoktur. Bilâkis İhtilâf mahkemesinin şahsî kusuru hizmet kusurundan tefrik hususunda mevcut kıstaslara adli mahkemelerden daha fazla ve daha yakından vakıf olduğu; hattâ bu kıstasların, bir dereceye kadar kendi eseri olduğu muhakkaktır.

Bu itibarla şahsî kusurun hizmet kusurundan tefrikinde hatâ mukadder ise; ihtilâf mahkemesinin — herhangi bir merciye, ezcümle adli mahkemeye nazaran — hatâyâ düşmek ihtimali daha azdır. Şayet herhangi bir kaza merciinin sırf hakikati araştırmak, sadece mevcut vaziyeti izhar etmek, münhasıran hukuku beyan etmek maksadından gayri bir takım düşünce ve gayelerle müteharrik olabileceğini bir lâhza için farz etmek lâzım gelse; muhakkak ki — teşkilâtı, kompozisyonu, işgal ettiği yüksek mevki bakımından — şüphe ve tereddüde en az mahal vermesi gereken merci: ihtilâf mahkemesidir.

Yani demek istiyoruz ki: şayet İhtilâf mahkemesinin, idareye hoş görünmek için onun noktai nazarını benimsemesi veya sırf ajan ve me-

murunu korumak maksadile hareket etmesi mutasavver ise; daha doğrusu yüksek mahkemenin, hukukî mülâhazalar yerine, bazı siyasi ve idari tesirlere kapılarak hareket etmesinin muhtemel olduğu yolunda bir faraziye yürütmek caiz ise; aynı silâhı Jacquelin'e tevcih etmek ve ona karşı kullanmak da pekâlâ mümkündür.

Şöyle ki, adli mahkemelerin sırf idare karşısında müsamahakâr davranmış olmamak için noktai nazarını reddetmeleri veya sırf davacıyı korumak maksadile hareket etmeleri ihtimalinin varit olduğu yolunda bir faraziye yürütülebilir. Bahusus ki — Hauriou'nun işaret ettiği üzere [2] — umumiyetle (şahsî kusur - hizmet kusuru) tefriki adli mahkemelere yabancı olduğundan bunların, ajan ve memurlar aleyhine açılan tazminat davalarında, bu tefriki esasen tatbika pek yanaşmadıkları görülmektedir.

Görülüyor ki Jacquelin'in serdettiği yukarıdaki mülâhaza bir ajan veya memur aleyhinde adli mahkemede, şahsî kusurundan bahisle, açılan tazminat davasında ihtilâfın ihtilâf mahkemesine sevki ve yüksek mahkemece halli lüzumunu bertaraf etmek veya çürütmek şöyle dursun; bilâkis bunun bir zaruret olduğunu açığa vurmakta ve teyit etmektedir.

Şuda var ki Pellétier sisteminin doğru olup olmadığını lâıyıkı veçhile kestirebilmek için meselenin ruhuna ve bünyesine nüfuz etmek lâzımdır.

Zannımızca Jacquelin bunu yapmadığı içindir ki hatâyâ düşmektedir.

Filhakika — diğer müelliflerin naklettiğimiz izahatlarından da anlaşıldığı üzere — meselenin merkez sıkleti ve ruhu: Jacquelin'in zannettiği gibi hiç de ajan ve memurun korunması noktasına taallûk etmemektedir. Ajan ve memurun korunması: meselenin ne merkez sıkletini, ne ruhunu, ne de gayesini teşkil eylememektedir.

Yani mesele: ajan ve memuru korumak, mesuliyetini bertaraf etmek olmayıp; herhangi bir hâdisede davacı tarafından bu ajan veya memura atf ve isnad olunan kusurun hakikatte şahsî bir kusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu olduğunu tayinden ibarettir.

Şüphe yok ki ajan ve memura isnad olunan kusur, şahsî bir kusur ise ajan ve memurun bundan şahsen mesul olması lâzım geldiği gibi; bu mesuliyete hükmetmek, yani davaya bakmak da adli kazaya ait bulunmaktadır. Bilâkis ajan ve memure isnad olunan kusur, bir hizmet kusuru ise bundan sadece idarenin mesul olması lâzım gelir. Binaberin tazminat davasını ajan ve memur yerine idareye tevcih etmek icap eder.

[2] Traité, 1938 sah. 304.

Başka söyleyişle idare aleyhine, hizmet kusuruna binaen, bir tam kaza davası açmak iktiza eyler. Nihayet şu muhakkaktır ki bu davaya bakmak da idarî kazaya terettüp eder.

Demek oluyor ki şikâyeti mucip fiilin — davacının iddia ettiği gibi — şahsî bir kusur mu, yoksa — idarenin iddia ettiği üzere — bir hizmet kusuru mu olduğunu araştırmak: hakikatte adli kaza ile idarî kaza arasındaki bir vazife ihtilâfını halletmek, iki kazanın vazife sınırını çizmek demektir.

Pek tabiidir ki iki kaza arasındaki bu vazife ihtilâfını halletmek, yani iki kazanın vazife sınırını çizmek işi adli mahkemeye bırakılamaz. Zira İhtilâf mahkemesinin kurulmasının yegâne değilse bile başlıca sebebi: esasen idarî kazayı adli mahkemelerin tecavüzünden korumak endişesidir. Binaenaleyh pek aşikârdır ki bu noktanın halli hiçbir suretle adli mahkemeye bırakılamaz. Bu vazife, tabiatile, ihtilâf mahkemesine tevdi olunmak gerektir.

İhtilâf mahkemesinin ise bu vazifeyi sırf hukukî mülâhazalara istinaden ve bu husustaki kıstaslara müracaatla ifa edeceği izahdan varestedir.

Şu halde mesele: adli kaza ile idarî kaza arasında zuhur eden vazife ihtilâfının hallinden ibarettir. Meselenin can damarı buradadır.

İşte bu cihettedir ki Jacquelin adli kaza ile idarî kaza arasındaki en nazik, en çetin, en mühim ve belki de tahakkuku en fazla muhtemel olan bir vazife ihtilâfının hallini ihtilâf mahkemesine bırakmak istemekle meselenin ruhuna, künhüne nüfuz etmemiş olduğunu isbat etmektedir.

Gerçekten, başka bir münasebetle [3] dediğimiz gibi: «...bir idare ajan ve memuru tarafından — idarî bir faaliyet görüldüğü sırada veya bir âmme hizmeti münasebetiyle — sebebiyet verilen bir zarardan dolayı mutazarrır şahıs tarafından ... ajan veya memurun şahsı aleyhinde adli mahkemede bir tazminat davası açılmış olabilir.

Lâkin ... idare hukukunda carî olan esaslara göre adliyenin bu gibi bir davaya bakabilmesi için ajan veya memura isnad olunan kusurun hakikaten şahsına izafesi mümkün bir kusurdan, haksız fiilden ve suçtan, bir kelime ile (şahsî kusur) tesmiye ettiğimiz bir fiilden ibaret olması gerekir. Yoksa, kusur ajan veya memurdan ziyade bizzat idarenin eseri ve kusuru ise; yani idarî faaliyetin kuruluşunda, teşkilâtında, bünyesinde, nizamında, işleyişinde herhangi bir aksaklık ve bozukluktan

[3] R. Sarica; Uyumazlık Mahkemesi, Üniversite Haftası (Konya) 1946, sah. 168 - 169.

ibaret ise, kusuru ajan ve memura değil, bizzat idareye, yani bu faaliyeti ifa ile mükellef olan, bu âmme hizmetini kendi nam ve hesabına gören idare hükmişahsı kim ise, ona isnad etmek lâzımdır. Davayı da ajana veya memura karşı ve adli mahkemede değil; idareye karşı ve idari mahkemede açmak gerektir.

İşte idari mahkemelerle adli mahkemeler arasındaki icabi mahiyetteki ihtilâfların bir çoğunu — hattâ belki de en nazik ve çetin olanlarını — şahsî kusur ve hizmet kusuruna ilgili olan davalar teşkil eder.

Halbuki bu gibi meselelerde adliyenin: idari kazanın vazife sahasına tecavüz etmesi fazlasıyla muhtemel ve mümkündür.

Meselâ, dediğimiz gibi, bir memurun, idari bir faaliyet gördüğü sırada, bir fende zarar vermesi üzerine mutazarrır şahıs tarafından adli mahkemede münhasıran bu memur aleyhine bir tazminat davası açılmış olabilir. Görüldüğü üzere bu davada taraflar: sadece mutazarrır şahıs ile zarara sebebiyet verdiği iddia olunan memurdan ibarettir. Başka bir söyleyişle idare bu davaya — ne müddeaaaleyh olarak, ne de iltihak veya müdahale suretile — herhangi bir sıfatla iştirâk eylememektedir.

İşte adliye — idare hukuku esaslarına aykırı olarak — bu davayı tetkik veya rüyet hususunda kendini vazifeli görebilir. Halbuki hakikatte ihtilâf — mahiyeti itibarıyla — idari bir ihtilâf olabilir. Şöyle ki, hakikatte zarara: memurun şahsî bir kusuru değil; dediğimiz gibi âmme hizmetinin fena tanzimi, kötü kuruluşu, bozuk işlemesi, bir kelime ile idareye isnadı gereken bir hizmet kusuru sebebiyet vermiş olabilir.

Âmme hizmetinin fena kurulup kurulmadığını, kötü tanzim edilip edilmediğini, doğru ve yolunda işleyip işlemediğini takdir ve tayin: adliyeye değil; hiç şüphe yok ki idari işlerde, âmme hizmetlerinde ihtisas sahibi olan idari mahkemelere aittir.

Bu itibarla hâdisede, hakikaten bir hizmet kusuru mevzuubahis olduğu halde, adliyenin — şikâyeti mucip fiilî şahsî bir kusur olarak tavsif edip — davada kendini vazifeli görerek davaya bakması: adli kazanın, idari kazanın vazifesine tecavüz etmesi demektir. Kısaca ortada icabî bir ihtilâf vardır. Binaberin ihtilâf, ihtilâf mahkemesine götürülmelidir.»

Evet, her ne zaman ki adli kazanın idari kazanın vazifesine tecavüz etmesi mevzuubahstir. İhtilâfın idare tarafından İhtilâf mahkemesine sevkedilebilmesi lâzım ve zarurîdir.

Zira ihtilâf mahkemesi bunun için kurulmuştur ve vazifesi de bu gibi tecavüzleri önlemektir.

Jacquelin, adli kaza ile idari kaza arasında zuhur etmesi en fazla melhuz ve muhtemel bulunan bu gibi nazik ve çetin ihtilâfların ihtilâf mahkemesine sevkolunabilmesi imkânını sağlamaktan başka bir şey

yapmayan Pellétier kararını tenkit etmekle, âdeta İhtilâf mahkemesinin rolünü, vazifesini, mânasını, hikmeti vücudunu inkâr etmiş oluyor.

Filhakika bir memlekette adli kaza yanında ayrıca bir de idarî kaza ihdas edilince ve idarî kazayı adli kazanın tecavüzünden korumak maksadile bu iki kaza üzerinde bitaraf ve muhtelit bir kaza mercii, yani bir ihtilâf mahkemesi kurulunca; bu gibi bir sistemde hukuk mantığı ajan ve memur aleyhine açılan tazminat davalarında davaya mesned olan fiilin şahsî bir kusur mu, yoksa hizmet kusuru mu olduğunu tayin işinin ve binnetice davanın adli kazaya mı yoksa idarî kazaya mı ait bulunduğunu tesbit vazifesinin de bu ihtilâf mahkemesine bırakılmasını emreder. Aksi takdirde «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esası manasız, idarî kazanın, adli kaza karşısında, mevcudiyeti müeyyidesiz ve ihtilâf mahkemesinin varılığı da lüzumsuz kalır.

Halbuki Fransada «adli makamlarla idari makamların ayrılığı» esası carî olduğuna, adli kaza yanında — idarî faaliyetlerden çıkan ihtilâfları tedkik ve rüyet etmesi için — bir idarî kaza ihdas edildiğine, aynı zamanda idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden korumak maksadiyle ihtilâf mahkemesi kurulmuş olduğuna, nihayet adli kaza ile idarî kaza arasında çıkabilecek vazife ihtilâflarını kat'î ve nihai olarak halletmek vazifesi bu mahkemeye verildiğine göre Pellétier sistemini kabul etmemek: mevcut ve müesses hukuk nizamını, mer'î ve muteber hukuk sistemini nazara almamak, hesaba katmamak demektir.

IX — Jacquelin'e karşı, fikrimizce, şu gibi bir tenkit daha serdedilebilir:

Profesör Pelletier sistemi kabul edilecek olursa, idarenin — ajan ve memuru korumak maksadiyle — ajan veya memur aleyhine açılan her tazminat davasında ihtilâfı ihdas yoluna sapmasından, yani vazife ihtilâflarını ihtilâf mahkemesine sevkedebilmek salâhiyetini suiistimal etmesinden çekiniyor.

Halbuki bir kere idarenin bu salâhiyetini bu gibi mülâhazalarla kullanacağını düşünmek fazla iltifata şayan olmadığı gibi; idarenin bu salâhiyetini — hâdisenin hakikî mahiyet ve hüviyetine, daha doğrusu ajan ve memura isnad olunan fiilin hâdisede şahsî bir kusur teşkil etmediği yolundaki hakikî ve samimî kanaatına göre değil de — sırf amelî ve siyasî bir takım mülâhazalara müsteniden kullanması ihtimalinin mevcut olduğu bir faraziye olarak kabul edilse bile; hakikat halde idarenin, velev ki bu gibi mülâhazalarla olsa, ihtilâfı ihdasda menfaati olup olmadığını ayrıca araştırmamız lâzımdır. Jacquelin'in idarenin bu salâhiyetini suiistimal etmesinden çekinmekte haklı olup olmadığını ancak bu

suretle kestirebiliriz Gerçekten idarenin ihtilâfı ihdas salâhiyetini, bu mevzuda, hukukî mülâhazaların tesirile değil de bir takım amelî ve siyasi düşüncelerle kullanması ihtimalinin mevcut olduğunu umumî ve nazari olarak kabul etsek bile; bize öyle geliyor ki fiiliyat ve hakikatte idarenin bu salâhiyetini hissiyatına kapılarak ajan ve memur lehine kullanmasından, daha doğrusu bu salâhiyetini suiistimal etmesinden korkacak yerde bilâkis idarenin, tamamen amelî ve siyasi düşüncelerin tesirile bu salâhiyetini ajan ve memur aleyhine kullanmasından, daha doğrusu ihtilâfı ihdas salâhiyetini kullanmamasından çekinmemiz lâzımdır. Kısaca idarenin bu salâhiyetini suiistimal etmek şöyle dursun; bu salâhiyetini hiç istimal etmemesinden korkmak daha doğru olsa gerektir.

Zira idarenin herhangi bir ajan veya memur aleyhine açılan tazminat davasında şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmediğini iddia ile mahkemenin vazifesizliğini dermeyan etmesi ve meseleyi ihtilâf mahkemesine sevkeylemesi: hakikatte idarenin bu kusurun bir hizmet kusurundan başka bir şey olmadığını ileri sürmesi, yani bu kusuru kendi kusuru addetmesi, bunu benimsemesi ve üzerine alması, elhasıl bundan mütevellit malî mesuliyeti kendisinin yüklenmesi demektir ki; idarenin herhangi bir kusuru lüzumsuz ve sebepsiz olarak üzerine alması, bunun gerek malî, gerekse manevi mesuliyetini deruhte etmesi, bundan dolayı gerek parlamentoya, gerek efkârı umumiyeye, gerekse idarî mahkemeye hesap verecek zorunda kalması idare için hiç de hoş bir şey olmasa gerektir. Bu itibarla idarenin, sırf bir ajan ve memuru korumak maksadile bu gibi ihtimalleri göze alacağını, kendini bu gibi tehlikelere atacağını ve bu gibi müşkül bir duruma sokacağını zannetmek: bize, idareden fazla bir civanmertlik ve kahramanlık beklemek gibi geliyor.

Açıktır itiraf edelim ki: biz, idarenin ajan ve memurlarını korumak maksadile ihtilâfı ihdas salâhiyetini lüzumsuz ve sebepsiz olarak kullanmasından, yani bu salâhiyetini bu şekilde suiistimal etmesinden ziyade bilâkis — kendi mesuliyetini bu suretle bertaraf edebilmek fırsatına kavuşmuş olduğuna göre — bu salâhiyetini hiç kullanmamak yoluna sapsmasından, yani bu salâhiyeti kullanmaktan vaz geçmesinden korkuyoruz.

Bahusus ki — Fransada kabul olunan hal suretine göre — ajan ve memurların şahsî kusurlarından dolayı idareye, prensip itibarile, hiç bir mesuliyet terettüp etmemektedir. İdare, ajan ve memurların kusurundan ne doğrudan doğruya, ne de — istihdam eden sıfatiyle veya başka herhangi bir esasa binaen — dolayısıyla mesul tutulmamaktadır.

Şu halde idarenin bu mevzuda hukukî mülâhazalar yerine amelî ve siyasi bir takım düşüncelerle ve hissiyatına mağlûp olarak hareket edebilmesi ihtimalini bir faraziye olarak kabul edecek olursak idarenin egoist

ve hasis bir mülâhaza ile ve âdeta bir sevki tabii neticesinde dâvanın doğrudan doğruya ajan ve memur aleyhine açılmasından sevinmesi ve memnun olması lâzım geldiğini kabul etmemiz lâzım gelir.

Zira idarenin makiyavelik düşüncelere yer verdiği farzedildiği takdirde bilâtereddüt kabul olunmak lâzım gelir ki: idarenin menfaati davanın kendi aleyhinde değil, ajan ve memur aleyhinde açılmasındadır. Şayet idare bu gibi egoist ve hasis düşüncelerle hareket etmekte ise ihtilâfı sırf ajan ve memur lehine olmak üzere lüzumsuz ve füzuli olarak ihdas edecek yerde; bilâkis — mecbur olmadıkça — bu salâhiyetini kullanmamak kendi menfaati iktizasıdır.

Elhasıl Jacquelin dahi «idarenin hakikî menfaati bir ajan veya memurun kanunsuz ve yolsuz bir fiilin idareye değil de doğrudan doğruya failin şahsına atf ve izafe olunmasını âmir bulunmaktadır. Kanunsuz ve yolsuz bir fiilin, kısaca bir kusurun ajan ve memurun şahsî kusuru sayılmayıp idareye atfi gereken bir hizmet kusuru sayılmasında idarenin hiçbir menfaati yoktur. Bilâkis idarenin kusurun kendi üzerine sıçramasından ve bütün idare cihazına teşmilinden çekinmesi icap eder. Kezalik kusurdan mütevellit mali mesuliyet gibi manevi mesuliyetin de kendisine yükletilmesinden müteessir olması lâzım gelir,» demekle bizi teyid etmekten başka bir şey yapmıyor.

Ancak şu var ki profesör idarenin hakikî menfaatinin bu merkezde olduğunu itiraf ettiği halde; idarenin âdeta bu menfaati sezmemek ve kavramak hususunda gereken basireti gösteremeyeceği zahabına kapılıyor. Halbuki bize öyle geliyor ki idarenin hakikî menfaatini müdrik olmamasına imkân olmasa gerektir: İdare hakikî menfaatinin nerede olduğunu herkesten iyi, hiç değilse lâakal Jacquelin kadar bilir.

Kaldı ki —Jacquelin'in iddia ettiği gibi— idarenin, hakikî menfaatini idrâk etmeyerek veya ihmal ederek, ihtilâfı ihdas salâhiyetini sırf ajan ve memuru korumak maksadile kullandığını farzetsek, yani bu salâhiyetini açıkça suiistimal etmesi ihtimalinin varid olduğunu kabul etsek bile; zannımızca bu da, nihayet, bu kadar izam edilecek bir şey değildir.

Filhakika idareye yalnız bu mevzuda değil her ihtilâfı umumî bir surette ihdas edebilmek salâhiyeti tanınmıştır. Yani idarenin, adli kazanın idarî kazanın vazife sahasına tecavüz ettiğine kani olduğu - ceza davaları müstesna — her davada, bu salâhiyeti kullanması tecviz olunmuştur. Şu halde diğer bütün hallerde idarenin bu salâhiyetini suiistimal etmesi ihtimali ihtilâfı ihdas edebilmek salâhiyetinden mahrum bırakılmasını nasıl mucip olmuyorsa; burada da idarenin salâhiyetini kötüye kullanabilmesi ihtimali bu salâhiyetin elinden alınmasına bir sebep teşkil etmemek gerektir.



Mesele bir küldür ve bir kül orak mütalâa olunmak icap eder. Fransız sisteminde idarî kazayı adli kazanın tecavüzünden korumak vazifesi idareye tevdi olunmuştur. Daha doğrusu idareye, adli kaza tarafından idarî kazanın vazifesine tecavüz edildiğine kanaat getirdiğinde, ihtilâf İhtilâf mahkemesine sevkedebilmek salâhiyeti tanınmıştır.

İdare belki bu salâhiyetini kötüye kullanabilir, hukukî olmıyan bir takım tesirler altında bunu politik bir silâh olarak istimale yeltenebilir. Lâkin bu gibi bir ihtimal sırf hâdisemiz için varid olmayıp idarenin her davada bu yolu tutması melhuz ve muhtemeldir. Bu itibarla diğer hal-lerde, bu gibi bir ihtimale rağmen, idarenin bu salâhiyetine nasıl dokunmuyorsak; burada da bu gibi bir ihtimal bizi idarenin salâhiyetini elinden almamıza vesile teşkil etmemelidir. İşte, kanaatimizce, Jacquelin'in yürüttüğü muhakeme bu bakımdan da sakattır. Şu da var ki idarenin, bu salâhiyetini kötüye kullandığı farzedilse bile kat'î ve nihaî söz ihtilâf mahkemesine aittir. Binaberin yüksek mahkeme idarenin noktai nazarına iştirak etmediği takdirde, idarenin bu oyununa, entrikasına mâni olabilmek durumundadır. İhtilâf mahkemesi idarenin bu silâhını daima tesirsiz bırakabilir. Nihayet idare, bu yola sapmakla, davanın sadece bir kaç ay gecikmesinden başka bir şey elde etmemiş olur; ki dediğimiz gibi bu, o kadar izam edilmeye değer bir nokta olmasa gerektir.

X — Jacquelin'nin fikrine iştirâk etmemizin bir sebebi de şudur ki: Pelletier sistemi Jacquelin'in zannettiği gibi idare edilenleri, daha doğrusu ajan ve memurun fiilinden mutazarrır olan şahısları himayesiz bırakmamaktadır.

Gerçekten - müellifin de itiraf ettiği üzere - ihtilâf mahkemesi, her hangi bir sebebin tesirile, idarenin noktai nazarına iştirakle ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur teşkil etmediğinden ötürü adli kazanın vazifesizliğine karar verdiği takdirde ajan ve memur mesuliyetten kurtulmakla beraber davacı için zararını tazmin ettirebilmek imkânı hiçbir suretle zail olmuş değildir. Bilâkis davacının tazminat elde edebilmek ihtimali belki artmıştır. Zira yüksek mahkeme hâdisede idarenin noktai nazarını kabul etmekle, daha doğrusu valinin ihtilâfın ihdası hakkındaki «arrêté de conflit» kararını tasdik eylemekle: şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmayıp belki bir hizmet kusuru olduğunu, bu itibarla bu fiilden dolayı ajan ve memur aleyhine şahsî kusuruna binaen adli mahkemede bir tazminat davası açmaya imkân olmayıp bu fiil dolaşısıyla ancak hizmet kusuruna binaen idare aleyhinde idarî kazada bir tam kaza davası açılabileceğini zımnen beyan etmiş demektir.

Şu halde ihtilâf mahkemesinin kararı üzerine davacının yapacağı

şey: idarî kazaya müracaatle zarara sebebiyet veren fiilnn, ihtilâf mahkemesince bir hizmet kusuru olarak tavsif edildiğini ileri sürerek, idare aleyhine bir tam kaza davası açmak, idareden tazminat istemektir; ki Devlet Şûrasının, ihtilâf mahkemesinin bu kararı üzerine, davaya bakması lâzım geldiği gibi; bu dava neticesinde idareyi - hizmet kusuruna binaen - tazminata mahkûm etmesi ihtimali adli mahkemenin ajan ve memuru şahsî kusuruna binaen mahkûm etmesinden hiç de daha az değildir. Bahusus ki şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmadığı, ihtilâf mahkemesi kararile sabit olmuştur. Şunu da unutmamak lâzım gelir ki, idarenin malî durumu ajan ve memurla kıyas edilemeyecek kadar sağlam olduğuna göre, mahkûmiyet halinde, davacının zarar ziyanını, idareye tazmin ettirebilmesi - ajan ve memura nisbeten - çok daha kolay ve hattâ daha emindir. Bu itibarla Jacquelin'in Pelletier sisteminin ajan ve memuru koruyup dâvacıyı ihmal ettiği, onu himayeden mahrum bıraktığı yolundaki iddiası da realiteye uymamaktadır.

Gerçi Pellétier sistemi netice itibarile ajan ve memuru himaye etmektedir. Lâkin bu, sistemin tabii ve zarurî bir neticesi olup hiçbir zaman sisteme hâkim olan bir mülâhaza veya gaye teşkil etmemektedir.

Başka bir söyleyişle ajan ve memurun himayesi Pellétier sisteminin hakikî gayesi olmayıp, sadece bu sistemin tabii bir neticesidir. Gerçekten - yukarıda belirtildiği üzere - burada gaye: ajan ve memuru korumak değildir. Maksat: idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden masun kılmaktır. İşte bu gaye zımındadır ki ajan ve memur, sırf dolayısıyla ve netice itibarile, bu sistemden istifade etmekte, bu gibi bir himayeye mazhar olmaktadır. Yoksa, dediğimiz gibi, birinci plânda gelen düşünce, sisteme hâkim olan gaye: sadece idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerine karşı korumaktan ibarettir. Bu sayede ajan ve memurun himaye görmesi ise hem sistemin tabii icabındandır hem de hukuk mantığına ve hakkaniyete uygundur.

Şöyle ki şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğu sabit olunca pek tabiidir ki bundan ancak idarenin mesul tutulması, ajan ve memura ise bir gûna mesuliyetin terettüp etmemesi lâzım gelir.

Zira idare hukuku esaslarına göre, idare nam ve hesabına fonksiyonunu ifa eden, âmme hizmeti gören ajan ve memurları bu fonksiyon zımında işlenen, bu âmme hizmeti ile ilgili bulunan herhangi bir fiillerinden dolayı umumî ve mutlak surette mesul tutmaya imkân yoktur.

Gerçekten ajan ve memurlar ancak şahsî kusurlarından dolayı mesul olup; hizmet kusurlarından ise münhasıran idare sorumlu bulunmaktadır. Bu itibarla Pellétier sistemine göre şikâyeti mucip fiilin şahsî bir

kusur teşkil etmeyip bir hizmet kusurundan ibaret olduğu sabit olduğu takdirde ajan ve memurun mesuliyeti cihetine gidilememesi, daha doğrusu ajan ve memur aleyhine açılan davanın sukut etmesi idare hukuku esaslarına tamamen uygun düşmektedir.

XV — Zannımızca Jacquelin tarafından Pellétier kararını tenkit maksadile, serdedilen «vatandaşlar arasında müsavat» esasına da bu mevzuda iltifat caiz değildir.

Filhakika, evvelce işaret ettiğimiz üzere, müellif Pellétier kararını müsavat bakımından da tenkit eylemektedir. Şöyle ki profesöre göre: idarî garanti ve bu meyanda Pellétier sistemi anayasaca kabul olunan müsavat esasına muhaliftir. Gerçekten «fertlerin kanun karşısında müsavata» esası Fransız âmme hukukunun temellerinden birini teşkil ettiği halde; Pellétier sistemi bu müsavata, fert aleyhine ve memur lehine olmak üzere, ihlâl eylemektedir. Şu suretle ki adli mahkemeler fertler aleyhine açılan davaları serbestçe tetkik ve rüyet edebildikleri halde; Pellétier sisteminde mahkemeler memurlar aleyhindeki davaları serbestçe tetkik ve rüyet edememektedirler: İdare, ihtilâfı ihdas edince adli mahkeme davayı talik ve ihtilâf mahkemesi de idarenin noktai nazarını benimsediği takdirde adli mahkeme davayı tamamen reddetmek zorunda kalmaktadır, İşte sistemin müsavat esasına mugayir olduğu meydandadır. Halbuki «müsavat» anayasa icabı olduğuna göre; ajan ve memurların da - tıpkı fertler gibi - adli mahkemelerde serbestçe muhakeme olunabilmeleri zaruridir. Anayasa bunu âmir olduğu gibi; hattâ hal ve icaplar da bunu emretmektedir. Gerçekten memurlar fertlerden üstün bir takım kudret ve salâhiyetlere sahiptirler. İşte haiz oldukları bu üstün kudret ve salâhiyetleri suiistimal etmeleri melhuz ve muhtemel bulunduğundan buna mâni olmak için ajan ve memurları himaye etmek şöyle dursun bilâkis bunların mesuliyeti hususunda daha sıkı, daha şiddetli ve daha titiz davranmamız ve bunlar karşısında fertleri korumamız iktiza eylemektedir.

Dediğimiz gibi Jacquelin'nin bu mütalâasına da iltifat caiz değildir. Hakikaten:

A — Bir kere «müsavat» fikrinin meşgul olduğumuz hâdisede ne yeri, ne rolü, ne de ehemmiyeti vardır. Kısaca burada «müsavat» esasına istinat etmek imkânsızdır. Başka bir söyleyişle «vatandaşlar arasındaki müsavat» dan bahisle ajan ve memurlar aleyhine açılan davalarda ihtilâfın idarece ihdası aleyhine neticeler çıkarmak mümkün değildir.

Çünkü - Fransız müelliflerinin noktai nazarlarını naklederken belirttiğimiz üzere - Pellétier sisteminin idarî garanti sistemi ile hiç bir

alâkası ve benzerliği yoktur. Pellétier sistemi «kuvvetler ayrılığı», daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasına istinat etmektedir. Onun tabii ve zaruri bir neticesidir.

Halbuki - uzun uzadıya ispata çalıştığımız üzere - «kuvvetler ayrılığı», veya diğer adı ile «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esası da - tıpkı «fertlerin kanun karşısında müsavattı» gibi - bir anayasa prensipidir. Hattâ belki de Devletin iki mühim organının - yani adliye ve idarenin - mütekabil durumlarına ve yekdiğerile münasebetlerine tallûk etmek itibarile «kuvvetler ayrılığı» esası «vatandaşlar arasındaki müsavat» esasından daha üstün ve kuvvetli bir prensiptir.

Herhalde şu muhakkaktır ki «kuvvetler ayrılığı» prensipini, «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasını, Pellétier kararından başka şekilde tefsir hiçbir veçhile mümkün değil iken; «müsavat» esasını Jacquelin gibi tefsir etmenin mümkün olup olmadığı cayı sualdir.

Gerçekten «kanun karşısında müsavat» fikrinden ajan ve memurlar aleyhindeki bir davada idarenin ihtilâfı ihtilâf mahkemesine sevkedileceği neticesini çıkarmak herhalde «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasından ihtilâfın idarece ihtilâf mahkemesine sevkolunabileceği sonucunu istihraç etmek kadar kolay olmasa gerektir.

Öyle zannediyoruz ki «müsavat» esası ile ihtilâfın ihdas olunamayacağı keyfiyeti arasındaki münasebet «adli ve idarî makamların ayrılığı» esası ile ihtilâfın ihdas edilebileceği keyfiyeti arasındaki münasebetten çok daha fazla ispata muhtaç bulunmaktadır.

Ve yine öyle sanıyoruz ki Jacquelin bu iki hâdise arasındaki münasebeti hiç de ispat etmiş değildir. Esasen bizce ispatı mümkün değildir!

Zira fert tarafından ajan ve memurlar aleyhine adli mahkemede, şahsî kusurlarına binaen, açılan tazminat davalarında ihtilâfın idarece ihdası keyfiyetinin fertler tarafından yine fertler aleyhine adli mahkemelerde, haksız fiillerinden ötürü, ikame olunan tazminat davalarına nazaran mühim bir fark teşkil ettiği muhakkak olmakla beraber; bu gibi bir fark, fikrimizce, hiçbir suretle müsavat esasını ihlâl eylememektedir. Hattâ bu gibi bir keyfiyetin müsavat esası ile hiçbir alâkası dahi yoktur.

Çünkü fertler bir fonksiyon ifa etmemektedirler, bir âmme hizmeti görmemektedirler. Ajan ve memurların ise bir fonksiyon ifa ettikleri, bir âmme hizmeti gördükleri izahtan müstağnidir.

Şu halde fert ile ajan ve memur aynı durumda değildirler; ki bunların kanun muvacehesinde müsavatlarından bahsedilmesi mümkün olabilsin! Evet şüphesiz «vatandaşlar arasında müsavat», daha doğrusu «kanun karşısında müsavat» anayasaca kabul olunan bir esastır. Lâkin «müsavat» demek: müsavi şeylere müsavi muamele etmek ve fakat mü-

savi olmıyan şeylere gayri müsavi muamelele etmek demektir.

Dediğimiz gibi fert bir fonksiyon ifa etmediğine, bir âmme hizmeti görmediğine nazaran bir fert tarafından aleyhine bir dava açıldığında, şüphesiz ki, ihtilâfın idarece ihdası mevzuu bahis bile olamaz. Bunun gibi dava olunan mevkiinde bulunan ferdin davacı vaziyetinde olan ferde karşı hiçbir suretle, yani, doğrudan doğruya, ne de dolayısıyla himayesi düşünülemez.

Halbuki ajan ve memur, ferde nazaran bambaşka bir durumdadırlar.

Onlar bir fonksiyon ifa etmekte, bir âmme hizmeti görmektedirler. Bu itibarla aleyhlerine açılan herhangi bir davanın - ihtilâfın fonksiyona taallük edip etmediğine, davaya sebebiyet veren fiilin âmme hizmeti ile ilgili olup olmadığına göre - idarî kazaya mı yoksa adli kazaya mı ait olduğu bahse mevzu olabilir. Şu halde ihtilâfın idarece ihtilâf mahkemesine sevki zarurî olabilir. Neticeten de ajan ve memurun, bu suretle ve dolayısıyla, himaye görmesi mevzuu bahis olabilir.

Bunda müsavata ihlâl eden bir cihet olmadığı gibi; esasen, anlatmaya çalıştığımız veçhile, fert ve memur müsavi durumda bulunmadıklarından burada müsavattan bahsetmek caiz de değildir.

Berthélemy'nin dediği gibi memurların garanti ve himayeye mazhar olmaları hiçbir zaman memurlar lehine bir imtiyaz teşkil etmez. Zira «imtiyaz» dan bahsedebilmek için müşabih ve eşit vaziyetlerde bulunan şahıslar hakkında gayri müsavi, farklı muamele tatbiki mevzuu bahs olmak gerektir.

Halbuki memur bir fonksiyon ifa ettiği halde fert bu gibi bir fonksiyon görmediğine nazaran eşit ve müşabih durumdan ve binaberin gayri müsavi ve farklı muameleden, elhasıl imtiyazdan bahsetmeye imkân yoktur [4].

Hattâ daha ileri giderek denilebilir ki: İhtilâfın ihdası keyfiyeti doğrudan doğruya ajan ve memurun himayesine matuf olmayıp, sırf idarî kazayı Adli kazanın tecavüzlerinden korumak gayesini gütmekle beraber; ajan ve memurların - durumları itibarile - fertlerden ayrı ve daha kuvvetli bir himayeye muhtaç oldukları muhakkaktır, Zira bir çok müelliflerin belirttikleri üzere [5] - fertler tarafından ajan ve memurlar aleyhine uluorta, hattâ infial ve intikam hisleriyle dava açılması ihtimali vardır. Yani dâvanın bu sahada fazlasile suiistimal edilmesinden bihakkin endişe edilebilir.

[4] H. Berthélemy, traité 1933, sah 85.

[5] Hususile bakınız: Hauriou, Précis 1938, sah. 305; S. S. Onar, İdare Hukuku 1933, sah. 183.

Muhterem hocamız S. S. Onar'ın dedikleri gibi «gerçi mahkeme sonunda hakkı izhar edecektir. Fakat o zamana kadar memur bir çok müşkülâta uğrayacak, masraflar ihtiyar edecek, yıpranacaktır.»

Evet fertler arasındaki davalarda da, dava hakkının suiistimal edilmesi muhtemel ve mümkündür. Lâkin şu muhakkaktır ki «memurlar vazifeleri icabı olarak daha fazla husumet celbedebilirler.» İşte bundan dolayıdır ki ajan ve memurların «vazifelerini ifa edebilmeleri için bu haksız husumetlere karşı ayrı bir himayeye mazhar olmaları icap eder. Şahsen alâkadar olmadıkları memuriyetlerine müteallik meselelerden dolayı... ajan ve memurların aleyhlerine her gün davalar açılması imkânı kabul edilirse memurlar çok müşkül vaziyete konulmuş olurlar.»

Aynı zamanda ajan ve memura husumet yöneltebilmek, onun mali mesuliyetine hükmedebilmek için kendisine isnat olunan fiilin bir hizmet kusuru değil de şahsî bir kusur teşkil etmesi lâzım gelir. Zira gerek ilmi esaslar, gerek hakkaniyet düşünceleri, gerekse amelî mülâhazalar ajan ve memurun ancak şahsî kusurlarından mesul olmasını ve lâkin hizmet kusurlarından mesul tutulmamasını âmir bulunmaktadır.

Gerçekten idare hukukunda cari olan esaslara göre idare nam ve hesabına hareket eden ajan ve memurları ifa ettikleri fonksiyon zımında işledikleri herhangi bir fiil ve kusurdan, gördükleri hizmet sırasında ika eyledikleri herhangi bir zarardan mutlak surette mesul tutmaya imkân yoktur.

Ajan ve memurlar ancak şahıslarına isnadı mümkün olan şahsî fiil ve kusurlardan mesul olup, hizmete, idareye atfı gereken gayri şahsî ve anonim kusurlardan, kısaca hizmet kusurlarından asla mesul sayılmamaktadırlar. Esasen hakkaniyet te bunu âmirdir.

Bunun gibi amelî bir takım düşünceler de ajan ve memurların fonksiyon zımında işlenen her kusurdan, hizmet sırasında ika olunan her zarardan mesul tutulmamalarını emreylemektedir.

Waline'nin dediği gibi memurların hukukî mesuliyeti alelâde şahısların mesuliyeti kadar umumî ve mutlak olamaz. Çünkü:

1 — Bir kere alelâde şahıslar kendi nam ve hesaplarına hareket etmektedirler. Ajan ve memurlar ise, bir fonksiyon icra ederlerken, kollektivite, yani cemiyet nam ve hesabına hareket ederler. Hattâ, bazı hallerde, bunlar bu fonksiyonu tamamen fahri ve meccani olarak görürler. O halde ki bu fonksiyonu icra etmekle bu ajan ve memurlar hakikatta feragat göstermiş ve fedakârlığa katlanmış olurlar. Bu itibarla ajan ve memurların mesuliyeti bahsinde bu gibi halleri hesaba katmak lâzımdır.

2 — Saniyen bir ajan veya memurun bir hatâyâ düşmesi, bir kusur işlemesi, çok defa, kanun ve nizamların çok karışık olan hükümlerini bil-

memesinden ileri gelmektedir. Ajan ve memurların bu hükümleri bilmeleri ise, fiiliyatta, çok defa, mazur görülebilir. Zira âmme hizmetlerine, herhangi bir nam ve sıfatla iştirak eden, bütün ajan ve memurlardan idare hukukunun bütün kaidelerini tamamen bilmeleri beklenemez ve hele istenemez!

3 — Salisen ajan ve memurların en hafif kusurları, gayet ağır mali neticeler doğurabilir. Meselâ bir geminin kaptanı yanlış bir manevra neticesinde geminin batmasına sebebiyet verebilir; muhtar sahte bir imzayı tasdik etmiş olabilir... Ajan ve memurların en ehven kusurlarından doğabilecek olan en ağır mali neticeleri tamamiyle bunlara yüklemek hakkaniyete herhalde pek uygun düşmez!

4 — Rabian, bazı müelliflerin de belirttikleri üzere, ajan ve memurları tekml fiil ve kusurlarından mesul tutmak ajan ve memurları teşebbüs kudretinden mahrum kılar, onların inisiyatifini felce uğratabilir. Halbuki idarenin esasen inisiyatif kudretinden fazlasiyle mahrum olduğu yolunda iddia ve şikâyetlerin ötedenberi mevcut olduğu düşünülürse; bir de ajan ve memurları mesuliyet korkusuyla hareketsiz bırakmak doğru olmasa gerektir [6].

5 — Nihayet, Duguit'nin haklı olarak işaret ettiği üzere, ajan ve memurları her fiillerinden, her ameliyelerinden, daha doğrusu fonksiyon ve hizmetteki her yolsuzluktan, her aykırılıktan, kısaca fonksiyonun icrasına müteallik, hizmetin ifasıyla ilgili her kusurdan mesul tutsak bu fonksiyonu icra edecek, bu hizmeti görecektir ajan ve memur bulmak mümkün olmaz. Hiç kimse bu fonksiyonun icrasına, hizmetin ifasına iştirak etmez; bir kelime ile kimse üzerine idarî bir vazife almaz [7].

Öyle sanıyoruz ki bütün bu izahat ajan ve memurların fertlerden ayrı bir durumda bulduklarını; bu itibarla mali mesuliyet bakımından fertlerden ayrı bir rejime tâbi tutulmaları lâzımgeldiğini; hususiyle takibat, dava ve muhakemelerinin farklı bir usule bağlanması icabettiğini isbat eder. Bundan dolayıdır ki biz Jacquelin'in, memurların Pelletier kararında kabul olunan sistem dairesinde bir nevi himaye görmelelerini ve bir nevi teminata mazhar olmalarını, müsavat bakımından, tenkit etmesini asla doğru addetmiyoruz.

Bahusus ki, biz, Anayasaca kabul olunan «müsavat» prensibinin hiç bir veçhile cemiyet içinde, fonksiyon, vazife, hizmet bakımından zarurî olan herhangi bir iş bölümünü menetmediğine, bunun gibi böyle bir iş

[6] Waline Manuel 1939, sah. 388; bu hususta ayrıca izahat isteyenler Pr. Dr. Nihat Erim'in «Âmme Hukuku Dersleri» kitabına da bakabilirler. Cilt 1, sah. 287-288,

[7] Sirey 1918-19. 2. 1.

bölümünde muhtelif fonksiyon, vazife ve hizmetler deruhte edenlerin ayrı bir duruma dahil olmalarını, farklı rejime tâbi bulunmalarını, kısacası bunlar hakkında gayrimüsavi muamele tatbik olunmasını asla yasak etmediğine kani bulunuyoruz.

Fransız âmme hukukunun temelini teşkil ettiğini hiç bir zaman inkâr edemeyeceğimiz «müsavat» esasının filân veya falan fonksiyonu icra eden, şu veya bu vazifeyi ifa eyliyen, herhangi bir âmme hizmeti gören filân veya falan ajanların, memurların - fonksiyonun, vazifenin, hizmetin icabettirdiği, zarurî kaldığı - hususî, istisnâî, «gayri müsavi» diyebileceğimiz bir takım durumlara sokulmasını menetmek şöyle dursun; bilâkis tecviz ettiğine inanıyoruz.

Netekim insan ve vatandaş hakları beyannamesi birinci maddesinin ilk fıkrasında «insanların hukukan hür doğdukları gibi hukukî bakımdan müsavi doğduklarını» ilân ettikten sonra; ikinci fıkrasında «içtimâî ayrılıklar ancak umumî menfaate dayanabilir» kaydını ilâve etmeyi unutmamıştır. Bu suretle beyanname âdeta cemiyet dahilinde, umumî menfaatler icabı olarak, muhtelif ve mütenevvi fonksiyon, vazife ve hizmetlerin mevcut olabileceğini, bunlar arasında da, zarurî olarak, bir takım ayrılıklar bulunabileceğini; hattâ bunlar arasında bir hiyerarşi kabul edilmek lâzımgelceğini; elhasıl, umumî menfaatler icabettirdikçe ve umumî menfaatlerin icabettirdiği nisbette, bu umumî ve nazarî mahiyetteki «müsavat» esasından ayrılmanın caiz olacağını; bu prensiplerden bir takım fedakârlıklar yapılabileceğini; hususî ve müşahhas bazı vaziyetlerde bu genel ve teorik kaide karşısında bazı istisnalar kabul edilebileceğini peşinen kabul etmiş ve bunu da - tıpkı «müsavat» esasını gibi - cemiyetin zarurî temellerinden saydığını anlatmak istemiştir [8].

Demek oluyor ki «müsavat» esasını filân veya falan fonksiyonu icra eden, şu veya bu vazifeyi ifa eden, herhangi bir âmme hizmetini gören kimselerin alelâde fertlerden farklı bir duruma, rejime, usul ve prosedüre tâbi olmalarına mâni olmak şöyle dursun; bilâkis, dediğimiz gibi, bunu tecviz eylemektedir.

Bu itibarla bugün, her memlekette olduğu gibi, Fransada da teşri fonksiyonunu icra eden parlamento âzalarının fonksiyonlarını lâyıki veçhile başarabilmeleri için «teşriî masuniyet» sistemi sayesinde himayeleri nasıl fertlerin kanun karşısındaki müsavattı esasına aykırı telâkki edilmiyorsa; bizce ajan ve memurların da, fonksiyonlarını gereği gibi görebil-

[8] Bu hususta tafsilât istiyenler bilhassa şu eserlere müracaat edebilirler: E. Blum, La Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen 1909, hususiyile sah. 49-51 ve 157-158; N. Erim, Âmme Hukuku Dersleri Cilt I. sah. 244-247 ve 268-269.



meleri bakımından, Pelletier sisteminden istifade etmeleri ve bu sistem sayesinde dolayısıyla bir himayeye mazhar olmaları müsavat esasını hiç bir suretle ihlâl etmiş sayılamaz.

Kaldı ki, yukarıda isbata çalıştığımız üzere, Pellétier sisteminin hakiki gayesi: idarî kazayı adli kazanın tecavüzlerinden korumak olup; ajan ve memurların himayesi bu sisteme hâkim olan bir mülâhaza veya gaye teşkil eylememektedir.

Nihayet şu da var ki «müsavat» esasını bir Anayasa prensipi ise; «kuvvetler ayrılığı», daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» esasını da onun kadar, hattâ belki ondan fazla bir Anayasa prensipi mahiyet ve kuvvetini haizdir.

Hattâ, yukarıda belirttiğimiz üzere, «Kuvvetler ayrılığı» esasını belki de - devletin iki mühim organının, yani adliye ve idarenin yekdiğiriyle münasebetlerine taallük etmek itibarıyla - «müsavat» esasından daha üstün ve kuvvetli bir prensiptir.

Herhalde bizce şu muhakkaktır ki «müsavat» esasından Jacquelin'in çıkarmak istediği neticeyi çıkarmak mümkün ve caiz olmadığı halde; «kuvvetler ayrılığı» esasından Pellétier kararının çıkardığı neticeyi çıkarmak tamamen doğru ve yerindedir.

Şu halde «müsavat» esasına istinatla bundan, dolayısıyla, Pellétier sistemi aleyhinde bir takım neticeler çıkaracak yerde; «kuvvetler ayrılığı» esasına dayanarak bundan, doğrudan doğruya, Pellétier sistemi lehinde bir neticeye varmak bize daha doğru görünüyor.

Gerçekten «müsavat» prensipi meşgul olduğumuz mesele ile pek uzaktan bir alâkası olan, hattâ bu meseleyle tamamen yabancı kalan, bu itibarla meselenin hallinde rolü olmıyan, onun hiç bir suretle doğrudan doğruya ve açıkça söylemediği bir takım şeyleri ona ancak zorla ve zımnen söyletmekle, sırf zoraki bir surette ve dolayısıyla istifade edilmesi mümkün olan bir esastır.

Halbuki «kuvvetler ayrılığı» ve daha doğrusu «adli makamlarla idarî makamların ayrılığı» prensipi meşgul olduğumuz mesele ile çok yakından ilgilidir. Hattâ meselenin merkez sikletini teşkil eylemektedir. Meselenin bu yolda hallini açıkça ve doğrudan doğruya âmir bulunmaktadır.

Bu itibarla meselenin hallinde «müsavat» esasından ziyade «kuvvetler ayrılığı» prensipini nazara almak, bununla ihticac etmek daha doğru ve emin bir yol olsa gerektir.

XII — Jacquelin'in tenkide şayan diğer bir fikri de: zannımızca, Pellétier sistemini tıpkı parlamento âzalarıyla mahkeme üyelerinin teşrii

masuniyet ve «prise à partie» yolu ile himayesi gibi ajan ve memurların himayesine matuf bir teminat saymasıdır.

Gerçekten - evvelce belirttiğimiz üzere - Jacquelin «kuvvetler ayrılığı» esası gereğince üç kuvvetin, üç organın müsavi olmaları lâzımgeldiğine işaret ile Fransada parlamento âzaları ve mahkeme üyeleri - fertler tarafından aleyhlerine açılacak dava bakımından - ayrı bir himayeye, ve teminata mazhar olmakla, netice itibariyle, teşri ve kaza organları korunduğu gibi; Devlet reisinin - yâni icra uzvunun mümessili ve başı olan Reiscumhurun - ve icra uzvunu teşkil eden nazırların da - fertler tarafından aleyhlerinde açılacak davalar bakımından - ayrı bir himayeye ve teminata mazhar olmakla neticeten icrauzvunun da teşri ve kaza organı kadar korunmuş olacağını iddia eylemektedir,

Bu itibarla müellif ajan ve memurlar için, fertler tarafından açılan davalar bakımından, ayrı bir himayeye ve teminata lüzum olmadığını; organlar arasında müsavat yönünden himaye ve teminatın Devlet reisiyle nazırlara inhisar etmesi icabeylediğini; yoksa bunun bütün idare ajanlarına ve memurlara teşmiline mahal olmadığını ileri sürmektedir. Elhasıl Profesör, Devlet reisiyle nazırlar hakkında mevcut himaye ve teminat usulü sayesinde icra organının diğer iki uzuvla eşit bir surette korunmuş olacağını dermeyan ederek; bir de bundan ayrı olarak ve buna zamimeten ajan ve memurlar aleyhine açılan tazminat davalarında ihtilâfın idarece ihtilâf mahkemesine sevki suretiyle icra uzvunu, daha doğrusu idare organını korumaya lüzum olmadığını izah eylemektedir.

Halbuki fikrimizce Jacquelin'in bu noktai nazarı da çürüktür.

Gerçekten Pellétier sisteminde ajan ve memurun şahsan himayesi mevzuu bahs olmadığı gibi; idarenin himayesi de bahis konusu olmamaktadır.

Evvelce arzettiğimiz üzere Pellétier sisteminde ajan ve memurun himayesi değil; idarî fiil ve muamelelerin himayesi, daha doğrusu idarî fiil ve muameleleri tetkik ve rüyet ile mükellef olan idarî kazanın, adli kaza karşısında, himayesi mevzuubahistir.

Bu itibarla Pellétier sistemini icra organını, idareyi korumaya matuf bir himaye ve teminat gibi mütalâa etmek ve bundan bu şekilde bahseylemekle Jacquelin sistemin hakikî mahiyetini ve veçhesini âdeta görmezlikten gelmektedir.

XIII — Kanaatimizce Jacquelin'in tenkide şayan diğer bir mülâhazası da: müellifin, Pellétier sisteminin mesuliyet esasını, yani «herkesin kusurlu filinden mesul» olmasını âmir bulunan ahlâk ve hukuk kaidelerini ihlâl ettiği yolundaki iddiasıdır.

Filhakıka, evvelce işaret ettiğimiz üzere, gerek idare hukukunda câri olan esaslar, gerekse hakkaniyet ajan ve memurların, hizmete, idareye atfı gereken hizmet kusurlarından hiç bir suretle mesul tutulmayıp, ancak şahıslarına izafesi mümkün olan şahsî kusurlarından mesul olmalarını emretmektedir.

Bu itibarla tereddütsüz diyebiliriz ki: Pellétier sistemi hukuk ve hakkaniyete (ahlâka) mugayir olmak şöyle dursun; bilâkis - ajan ve memurun hizmet kusurundan dolayı mesul tutulmasına mâni olduğundan dolayı - hukuk ve hakkaniyete (ahlâka) uygun bir hal suretidir.

Kısacası hukuk ve hakkaniyete mugayir olan: bu sistem değil; bu sisteme karşı cephe alan Jacquelin'in noktai nazarıdır.

XIV — Jacquelin'in tenkidi mucip diğer bir düşüncesi ise: ajan ve memurların mesuliyete çarpılmaları keyfiyetinin diğerleri için iyi bir örnek teşkil etmiş olacağı; bu suretle bütün ajan ve memurları fonksiyonlarını daha büyük bir dikkat, titizlik ve itina ile görmeye sevkedeceği yolundaki iddiasıdır.

Zannımızca müellifin bu mülâhazası da yersizdir. Zira gerek idare hukuku esasları, gerek hakkaniyet ve amelî mülâhazalar ajan ve memurların ancak şahsî kusurlarından mesul tutulup hizmet kusurlarından asla mesul olmamalarını âmir olduğu halde; ajan ve memurlara isnat olunan fiilin hakikatta, şahsî birkusur mu yoksa bir hizmet kusuru mu teşkil ettiğini tayin etmesi için bu noktayı ihtilâf mahkemesine sevkedememek demek: ajan ve memurları adli mahkemenin, şahsî takdirine tâbi kılmak, belki de mahkemenin yanlış bir tavsifi neticesinde bunları hizmet kusurundan dolayı nahak yere mesuliyete çarpmak demektir; ki bu gibi bir hal diğer ajan ve memurlar için herhalde iyi bir örnek değil bilâkis kötü bir misal teşkil eder ve - Waline'nin dediği gibi - böyle bir vaziyet ajan ve memurlarda teşebbüs kabiliyetini, inisyatif kudretini baltalar ve felce uğratar. Bundan ise, bizzat idarenin ve dolayısıyla bütün cemiyetin müteessir olacağı âşikârdır.

XV — Jacquelin'in tenkidi mucip diğer bir düşüncesi de, zannımızca, şudur: evvelce naklettiğimiz üzere Profesör şuna kanidir ki bir ajan ve memurun kanunsuz ve yolsuz bir fiilinden, kısaca şahsî bir kusurundan dolayı adli bir mahkeme tarafından, aleni bir muhakeme neticesinde ve esbabı mucibeli bir kazaî karara istinâden mesuliyetine hükmolunması efkârı umumiyeye, herhalde idarenin bu ajan ve memura karşı tatbik edeceği herhangi inzibatî bir cezadan çok daha iyi bir tarzda karşılanır, Şu halde idare, kanunsuz ve yolsuz bir fiilli ile bir zarara sebebiyet vermiş olan ajan veya memur aleyhinde inzibatî bir ceza tatbik etmek niye-

tinde ise, ajanın, memurun mesuliyetine daha evvel adli mahkemece hükmedilmiş olması idarenin işini kolaylaştırır. Şöyle ki artık ajan veya memur inzibatî cezanın bir kin, garaz, iğbirar, iftiraya binaen ittihaz edildiğini, hulâsa haksız ve yolsuz olduğunu iddiaya kalkışamaz.

Fikrimizce müellifin bu görüşü de hatâlıdır.

Filhakika halli gereken mesele esasen ajan ve memura isnad olunan fiilin hakikatı halde şahsına izafesi mümkün şahsî bir kusur olup olmadığını tayinden ibarettir. İhtilâflı olan nokta budur. Bu itibarla Jacquelin'in yürüttüğü muhakeme fasit bir dairedir. Şöyle ki müellif ajan ve memurun şahsî bir kusur işlediğini bir faraziye, hattâ bir kaziyeye, bir hakikat olarak kabul etmektedir.

Halbuki, dediğimiz gibi, esasen çözümlenmesi lâzımgelen nokta budur. Bundan ötürüdür ki ajan ve memurun şahsî bir kusur işlediğini peşinen ve kat'î bir hakikat olarak kabule imkân yoktur. Meseleyi «ajan ve memur şahsî bir kusur işlemiştir» şeklinde vazedecek olursak mesele kendiliğinden halledilmiş olur, daha doğrusu halledilecek bir mesele kalmaz. Bunun için meseleyi bu şekilde vazetmeyip; şu şekilde ele almak lâzımdır: Ajan ve memura isnad olunan fiil acaba - davacının iddia ve adli mahkemenin kabul ettiği gibi - şahsî bir kusur mudur? Yoksa - bilâkis idarenin ve hattâ, ağılebi ihtimal, kendisinin iddia ettiği üzere - bir hizmet kusuru mudur?

Tabiidir ki meseleyi bu şekilde vazedince ajan ve memura isnad olunan fiilin davacı ve adli mahkemece şahsî kusur olarak tavsif edilmiş olmasını meselenin halli için kâfi ve kat'î bir delil sayamayız. Bu hususta adli mahkeme ile idare arasında bir ihtilâf olduğuna göre bunun tabii hal mercii de ihtilâf mahkemesi olmak gerektir.

Bu cihetle, mezkûr ihtilâf İhtilâf mahkemesince kat'î ve nihai olarak halledilmeden, ajan ve memurun şahsî bir kusur işlemiş olduğunu ne bir faraziye, ne bir karine, ve hele ne de mahz hakikat olarak kabul etmemize imkân olamaz.

Mesele İhtilâf mahkemesince halledilinceye kadar ortada henüz çözülmemiş bir ihtilâf var demektir. Bundan dolayı İhtilâf mahkemesinin kararından evvel ajan ve memurun şahsî kusurundan bahsetmek doğru ve caiz olmasa gerektir.

Bu itibarla efkârı umumiyenin hâdisede bizzat idare - ajan ve memura isnat olunan fiilin hakikatta bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu ileri sürmek ve bu fiilin mesuliyetini kendi üzerine almak suretiyle - ajan ve memura bir gûna mesuliyet tahmil olunamayacağını iddia ettiği halde adli mahkemenin bu iddiayı hiç nazara almamasını, buna bir kıymet atfetmemesini hoş karşılayacağını, kendi hesabımıza, hiç te sanmı-

yoruz. Herhalde, bizce şu muhakkaktır ki, efkârı umumiye ne merkezde olursa olsun; bu işlerden anlıyanlar, yani bu işin mütehassısları adli mahkemenin kararından memnun kalmak şöyle dursun müteessir olurlar. Zira ortada adliye ile idare arasında bir ihtilâf vardır: idare şikâyeti mucip fiilin şahsî bir kusur olmayıp bir hizmet kusuru olduğunu ileri sürmektedir; bu fiilin mesuliyetini kabullenmektedir; ajanın, memurun bu işte kusursuz olduğunu, ona birgûna mesuliyet terettüp edemeyeceğini iddia eylemektedir; aynı zamanda - fiil bir hizmet kusurundan ibaret olduğuna göre - bunun tetkik merciinin adli mahkeme olmayıp idarî kaza olduğunu dermeyan eylemektedir. Bu suretle adli mahkemenin idarî kazanın vazife ve salâhiyetine tecavüz ettiğini belirtmektedir.

Halbuki bu işlerden anlıyanlar, bu işin mütehassısları pek iyi bilirler ki: bu gibi meseleleri, yani adliye ile idare arasındaki bu gibi ihtilâfları kat'î ve nihai olarak halletmek münhasıran ihtilâf mahkemesine aittir; ihtilâf mahkemesi bunun için ihdas edilmiştir; vazifesi ve rolü budur; ancak bu suretle adli kazanın idarî kazanın vazife ve salâhiyet sahasına tecavüz etmesi önlenemez.

Bundan dolayı umumî efkâr ne merkezde olursa olsun; mütehassıslar efkârının adli mahkemenin hattı hareketini, kararını tasvip etmeyeceği bizce muhakkaktır,

Elhasıl biz şuna kaniiz ki efkârı umumiye ortada koskoca bir ihtilâf mahkemesi varken, ve bu mahkemenin vazife ve rolü esasen bu gibi meseleleri halletmekten ibaret iken mesele bu mahkemeye sevk olunmadan ve onun tarafından karara bağlanmadan evvel bir ajan ve memurun bir adli mahkemece mesuliyetine hükmolunmasını hiç bir zaman hoş görmez, hiç bir zaman hoş görmemelidir.

Şu da var ki idare şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusurundan ibaret olduğuna kanaat getirdiği ve hele bu kanaatini adli mahkemede böylece izhar ettiği takdirde artık idarenin ajan ve memura inzibatî bir ceza tatbik etmeye kalkışması bahse mevzu olmamak gerektir. Zira şikâyeti mucip fiilin bir hizmet kusurundan ibaret olduğunu kabul etmekle idare ajan ve memura hiç bir kusur isnad olunamayacağını itiraf etmiş demektir. Şu halde idarenin ajan ve memura bu yüzden bir inzibatî ceza tatbik etmeye kalkışmasına akıl erdirmek güçtür.

Herhalde bizce şu muhakkaktır ki: idare memura isnat olunan fiilin şahsî bir kusur olmadığını ve bu itibarla memurun kusursuz olduğunu, ona bu yüzden birgûna mesuliyet terettüp etmediğini bir taraftan adli mahkemede iddia ederken; diğer taraftan aynı fiilden dolayı memura inzibatî bir ceza tatbik etmesi bir tenakus teşkil edeceğine göre, idare bu-

na herhalde tevessül etmez.

Lâkin, biz öyle sanıyoruz ki, idare herhangi bir sebeple ajan ve memura inzibatî bir ceza tatbik etmek niyetinde ise, adli mahkemenin kararından ziyade ihtilâf mahkemesinin kararına göre hareket etmelidir. Zira ajan ve memura isnad olunan fiilin şahsî bir kusur olup olmadığını kat'î olarak tayin edecek olan odur.

İşte bunun içindir, ki biz Jacquelin'in yukarıdaki görüşüne hiç bir suretle iştirak edemiyoruz.

XVI — Jacquelin'in Pelléteir kararına karşı tevcih ettiği bir itirazı daha var ki; bu da zannımızca pek yerinde değildir.

Gerçekten müellif iddia ediyor ki tetkik ettiğimiz hâdisede ayrı bir himayeye muhtaç olan ajan ve memurlar değil de idare edilenlerdir. Zira, ajan ve memurlar - ifa ile mükellef oldukları âmme hizmetlerini gereği gibi görebilmek için - fertlerden üstün bir takım kudret ve salâhiyetlerle mücehhezdirler. Bu itibarla alelâde fertlerden çok üstün bir durumdadırlar. Şu halde haiz oldukları bu üstün kudret ve salâhiyetleri, ferde nazaran işgal ettikleri bu faik durumu suiistimal etmelerine mâni olmak için bunların mesuliyeti hususunda, mûsamahakâr olmak şöyle dursun, daha sıkı, daha titiz, daha şiddetli davranmamız zarurîdir. Aynı zamanda korunmağa muhtaç olanlar: bu gibi üstün kudret ve salâhiyetlere sahip bulunan ve bunları suiistimal etmeleri ihtimal dahilinde olan ajan ve memurlar değil; bunların fiil ve hareketlerinden, suiistimallerinden zarar görmeleri muhtemel bulunan fertlerdir. Netekim modern Teşkilâtı Esasiye hareketleri hükûmet ve idareyi değil bunlar karşısında ferdi himaye etmeye matufudur,

Fikrimizce, Profesörün bu noktâi nazarına da fazla iltifat caiz değildir.

Zira ferdin, hükûmet ve idare karşısında, himayeye muhtaç bulunduğu ve modern Teşkilâtı Esasiye hareketlerinin başlıca hedefinin de ferdi korumak olduğu umumî olarak doğru olmakla beraber; meşgul olduğumuz hâdisenin hususiyetini de unutmamak lâzımdır.

Gerçekten, bu görüşe göre, ajan ve memurlar fertlerden üstün durumdadırlar. Lâkin - evvelce arzettiğimiz üzere - ajan ve memurlar dava bakımından fertlerden çok daha müşkül bir vaziyettedirler. Profesör S. S. Onar'ın dedikleri gibi «memurlar aleyhine infial ve intikam hisleriyle davalar açılmasından, yani dava hakkının bu sahada çok suiistimal edilmesinden korkulur. Gerçi mahkeme sonunda hakkı izhar edecektir. Fakat o zamana kadar memur birçok müşkülâta uğrayacak, masraflar ihtiyar edecek, yıpranacaktır. Dava hakkının hususî hukuk sahasında da

suiistmal edilmesi ihtimali vardır. Lâkin memurlar vazifeleri icabı olarak daha fazla husumet celbedebilirler; vazifelerini ifa edebilmeleri için bu haksız husumetlere karşı ayrı bir himayeye mazhar olmaları icabeder. Şahsan alâkadar olmadıkları memuriyetlerine müteallik meselelerden dolayı dahiliye, maliye vesair memurlarının aleyhlerine her gün davalar açılması imkânı kabul edilirse memurlar çok müşkül vaziyete konulmuş olurlar. Aynı zamanda memurun fiilinde mevcut kusurun şahsa mı, yoksa hizmete ve dolayısıyla idareye mi ait olduğunu tefrik etmek te nazik bir meseledir... Binaenaleyh memurların vazifelerini serbestçe ifa edebilmeleri için hususî bir himaye ve teminata malik olmaları... lâzımdır» [9].

Hocamızın bu izahatlarına Waline ve Duguit'nin evvelce naklettiğimiz mülâhazalarını katacak olursak ajan ve memurların dava bakımından himayeye muhtaç olduklarını kolaylıkla teslim edebiliriz.

Şunu da unutmamak lâzımgelir ki; ajan ve memur hükûmetin, idarenin kendisi demek değildir. Ajan ve memur da nihayet bir ferttir. Ve ferdi korumayı kendine gaye edinen Esas Teşkilât hareketleri ajan ve memurları da - birer fert olmak itibariyle - korumamazlık edemez.

Şu da var ki ajan ve memuru korumak demek: yine netice itibariyle umumî menfaatleri nazara almak, âmme hizmetlerinin ajan ve memurlar tarafından daha fazla bir emniyet ve serbesti havası içinde lâyıkiyle görülmesini sağlamak demektir. Kısacası ajan ve memuru korumak: fonksiyonu, umumî menfaatleri korumaktan başka bir şey değildir.

İşte kendi nam ve hesabımıza serdettiğimiz bu delil ve mucip sebeplere istinatla biz Jacquelin'in Pelletier sistemine karşı tevcih ettiği itiraz ve tenkitlerin doğru olmadığı neticesine varıyor; ve Pelletier sisteminin gerek hukuk prensiplerine, gerek hukuk mantığına, gerek adalet ve hakkaniyet hislerimize, gerekse hal, icap ve zaruretlere tamamen uygun olduğuna inanıyoruz.

**Ragıp SARICA**