

İDARE HUKUKU HAKKINDA ANGLO-AMERİKAN GÖRÜŞÜ

Yazan : James W. GARNER

Çeviren : Dr. Cemal AYGEN

Fransada ve Kara Avrupasının diğer memleketlerinde bilinen ve tatbik edilen idare hukuk hakkında İngiliz ve Amerikalıların sahip oldukları an'anevî görüş, İngiltere ve Amerikaya yerleşmemiş ve bu hukukun dayandığı prensipler, İngiliz ve Amerikalıların memleketlerinde cari olan müşterek hukukun üstünlüğü fikri ile daima taarruz halinde kalmıştır. Muhakkak olan bir nokta varsa o da her iki memleketteki değerli hukukçulardan bir çoğunun bu fikre iştirak etmedikleridir; ve böyle düşünenlerin sayısı gittikçe artmaktadır; bununla beraber eski görüş tarzı bazı hukukçular arasında halâ mevcuttur ve bu telâkki İngilterenin ve Birleşik Devletlerin mevzuatına ve içtihadına geniş bir şekilde müessir olmaktadır. Bu noktayı nazar, kısmen idare hukuku hakkında verilmiş an'anevî bir peşin hükme ve kısmen de, isbat etmeğe çalışacağım gibi, idare hukukunun mahiyeti ve gayelerinin ne olduğunun pek iyi bir şekilde anlayılamamış olmasına dayanmaktadır.

İngiliz ve Amerikalı bir çok talebenin Kara Avrupası idare hukuku ve idarî kazası hakkında sahip oldukları fikirler, Prof. A.V. DİCEY'in ilk defa 1885'de Londra'da neşredilen ve "Lectures introductory of the study of the Law of the Constitution" adını taşıyan kitabının V'inci paragrafından istihraç edilmiştir (1).

M. Dicey'in hukukçu olarak otoritesi ve anglo-sakson memleketlerinde şahsına karşı duyulan büyük hürmet sebebiyle, **kontinantal** idare hukuku hakkındaki izahatı umumiyetle doğru olarak kabul edilmiş ve kitabında bu hukuk aleyhindeki görüş, İngiliz ve Amerikalı okuyucular arasında paylaşılmış ve benimsenmiştir (2). **İzahlarının** hakikaten yanlış müellifin şahsen sahip olduğu nakıs bir bilgiye istinat etmiş olduğunu;

(1) Son tabının XII inci kısmı.

(2) M. Dicey'in İngiltere'de verdiği dersler hakkında İngiliz müelliflerinden M. C.k. Allen şu nokta üzerinde dikkat nazarını çekmektedir: «Anayasa hukukunu öğrenmeğe başlayan talebelerin yüzde doksanı Fransanın, çarlığa nazaran nisbeten hafif bir bürokratik istipdat rejimi altında yaşadıkları kanaatine sahiptirler». — Quarterly Review, t. 240, 1923, s. 247. —

Tocqueville ve Vivien gibi idare hukukunun hakikî işleyişini iyi anlıyamamış bulunan ve bundan ayrı olarak da, keyfi ve hükûmetin gayri kanunî hareketlerine karşı hususî şahısları himaye edecek liberal bir içtihatın henüz meydana gelmemiş bulunduğu bir devirde yazan Fransız müelliflerinin malumatını benimsemiş olduğunu İngiliz ve Amerikan hukukçuları yeni keşfetmişlerdir.

Daha sonraları Dicey, arkadaşı Jèze'in verdiği izahatlarla ikna edilmiş ve müracaat ettiği eski müelliflerin kendisini yanlış yola sevkettiklerini kabul etmiştir; 1902 senesinde neşredilen kitabının 10'uncu tabında bunu itiraf etmektedir (3).

M. Dicey, idare hukuku sisteminin ve bunun istinat ettiği prensiplerin İngilterede, ve aynı zamanda Birleşik Devletler gibi medeniyetini İngiliz kaynaklarından alan ülkelerde bilinmediğini ve "İngiliz müesseselerinin an'ane ve ruhuna tamamen yabancı olduğunu" itiraf etmekle işe başlamıştır (4). Bu itiraf, ilk yapıldığı zaman tamamen doğru değildi; zira bu zamanlarda İngiltere ve Amerikada, akdî vecibelerini yerine getirmemekten doğan Devletin mesuliyeti, -ki Fransız idare hukukunun temel prensiplerinden biridir- ve hatta bazı mahalli idarelerde ve bilhassa beledi teşekküllerde haksız fiil zararlarından meydana gelen sorumluluk kabul edilmiş bulunmakta idi (5).

Zaten 1886'daki fikirlerinde ne hakikat payı olabilirdi ki, o devirde idare hukukunun prensipleri dahi İngiltere ve Birleşik Devletlerde bilin-

Diğer bir İngiliz hukukçusu ve Londra Üniversitesi profesörlerinden olan M. Morgan, kontinental idare hukukunu taklit etmeğe mecbur değiliz; fakat kendimizi ona kaptırmamaktan kontinental idare hukukuna müteveccih İngiliz tenkitlerinin zayıflığına dikkati çekiyor: «Kontrolayı tebrik etmezden evvel, en azından onu anlamak zaruretini ihtiyar edelim». Bak. G. Robinson'a giriş. *Public Authorities and Legal Liability*, 1925. s. LXXII.

(3) Bunu, «La fausse conception anglaise du droit administratif» başlıklı ve X numaralı ekte kabul ve itiraf etmektedir. Bu mesele, eserlerinden faydalandığı yeni müelliflerin — Aucoc, Jèze, Lafférière, Hauriou ve kendi yeni görüşüyle ilk izahatını hem ahenk kılmak için fikirlerini ilk eserinde olduğu gibi bırakmak yerine, ilk kısımlarını tekrardan yazmanın ilmi bir dürüstlük olup olmayacağı noktasından çıkmıştır. Bak. *Harvard Law Review*, Edmond Parker, t. XIX, 1905-6, s. 348.

(4) İkinci tabı, 1886; s. 182 — 183.

(5) Bu etüd boyunca İngiliz ve Amerikan müelliflerinin «mükellefiyet - liability» tâbirini kullandıkları yerde ben, "mesuliyet-responsabilité" tabirini kullanıyorum; İngiliz ve Amerikan içtihadında her iki tabir aynı manaya gelmemektedir. Bir Devlet, kendisine karşı hak iddia eden bir ferde karşı «mükellefdir — liable», meselâ tazminatta olduğu gibi; Devlet «mesuldür — responsable» veya zamin - answerable» dir, eğer bir hak talebinden ayrı bir ferdin., Devlete karşı usulî bir muameleye girişmemiş olması halî mevcut ise. Fransız lisanı bu tefrike vakıf değil gibi görünmektedir.

miyordu ve hatta bu prensipler "İngiliz müesseselerinin an'ane ve ruhu-na" yabancı bulunuyordu; bu tarihten otuz sene sonra kitabının sekizinci kitabında fikrini tekrar ettiki zamanki vaziyet bundan başka türlü değildi (6).

Filhakika bu müddet zarfında İngilterede ve Amerikada akdi vecibelerden dolayı Devletin mesuliyeti geniş mikyasda inkişaf etmiş ve haksız fiil zararlarından doğan mesuliyet de müsbet mevzuatla bazı hal-lerde kabul edilmişti; bu mesuliyet, Devlete ve hükûmetin merkezî ve-ya mahallî organlarına karşı bir dava açmak şeklinde tezahür ediyordu. Kitabının son tabında -1915- idare hukukunun "İngilterede yerleşmediği-ni" halâ iddia etmekle beraber Dicey, yeni mevzuatın -meselâ hususî şahıs-ların takibine karşı memurlara bir garanti temin etmek gayesine matuf olmak üzere 1893 kanununun "Public Authorities Protection Act" ve muh-telif idare memurlarına "bir nevi kazâi tasarrufda bulunmak selâhiyetini" veren kanunların - "Fransız idare hukukuna hafif bir yaklaşıma" teşkil et-tiğini itiraf ve kabul etti; bununla beraber bu kanunların, "pratik faydalar temin etmek düşüncesinden mülhem olduğunu söylüyor ve İngiliz devlet adamlarının asla İngiliz hukukunun temel prensiplerini ihlâ etmeğe ni-yetli olmadan yapılmış olan küçük "yenilikler" aldıklarına işaret ediyor-du. Ve ilâve ediyordu: "İngilterede hakiki idare hukuku mevcut değildir", (7).

Dicey, İngilterede bir idare hukukunun mevcut olduğunu şüphesiz ki inkâr etmiyordu. Her medenî memlekette, hükümetin idarî kısmının teş-kilatını meydana getiren, idare makamlarının selâhiyetlerini tayin eden, vatandaşların haklarını tesbit eden ve bu makamlarca (8) ika edilen za-rarlardan dolayı vatandaşların baş vuracakları yolları gösteren idare hu-kuku veya başka bir isimle adlandırılmış kaideler mecmuunun bulunması lâzımdır, (9). Onun red etmek istediği, kontinental ve bilhassa Fransız tipi bir idare hukukunun İngilterede mevcudiyeti idi. Şüphesiz ki bir bakıma Dicey'in noktayı nazarı kabili münakaşa değildir ve İngiltere'de veya A-merikada, kontinental idare hukuku sisteminin tam bir şekilde mevcudi-

(6) Op. Cit. 8'inci tabı, 1915, s. 326 — 327. Bak. Le droit administratif dans le droit français moderne, Law Quarterly Review, t. XVII, 1901, s. 304—305. Orada şu fikri ileri sürmektedir: «.....netice itibarıyla idare hukuku İngiltere'de yerleşmemiştir».

(7) İbid. s. XVII ve 385.

(8) Wyman'la mukayese ediniz. The principles of the administrative Law Governing the Relations of Public Officers, 1903, s. 3.

(9) Yukarıda verilen idare hukuku tarifi ile M. Hauriou'nun Précies élémentaire de Droit Administratif et de Droit Public'deki tarifini karşılaştırınız; 1925, s. 3, ve Goodnow, Comparative Administrative Law, 1897, t. I, s. 8.

yetini iddia edecek bir kimse o zamandan beri çıkmamıştır. Fakat umumiyetle zan edildiği gibi, her hangi bir idare hukuku prensibinin İngiliz veya Amerikan hukukunda bulunamayacağını söylemek istiyorsa, bu iddiasının hakikat olduğu kabul edilemez. Kendisinin de işaret ettiği gibi, İngiliz ve Amerikan hukukunda devletin akitten doğan mesuliyeti uzun zamandan beri yerleşmiş ve haksız fiillerden dolayı da mahdut bir mesuliyet kaidesi henüz yeni olmakla beraber her iki millete de girmiştir. Fertlerin duçar oldukları zarar ve ziyadan dolayı devlete karşı hareket edebilmek hakkı, Avustralya ve diğer İngiliz dominyonlarında, ileride göreceğimiz gibi, bazı tahditlere mevzuu olmakla beraber, muayyen hallerde kabul edilmiştir. Bu gün her iki memlekette de memurlar, vazifelerinden dolayı haklarında yapılabilecek takipler için kısmî bir muafiyetten istifade ettikleri gibi, muhtelif idarî teşekküller de - bürolar, komisyonlar, komiteler, divanlar, v.s.- idarî mahkeme olarak tanınmamakla beraber, kazaî veya hiç değilse yarı - kazaî vazifeler ifa etmektedirler. Dicey' in İngiltere ve Amerikada tanınmamış olduğunu ve İngiliz ve Amerikan hukukunun an'ane ve ruhuna aykırı bulunduğunu söylediği Fransız idare hukukunun karakteristik hatları işte buradadır. Bazı kontinental hukukçuların, idare hukukunun daha son senelerde İngiltereye yerleşmiş olduğu iddiasındaki tenakuza gelince (10), meşhur bir İngiliz hukukçusu bu nokta hakkında şunları söylüyor: "Hakikaten hakları vardı; idarî uzuvlara yarı-kazaî salâhiyetler veren müteaddit kanunlar memlekete idare hukukunu getirdiler; fakat bu mesele hakkında yazmış olan müelliflerin de aldandıkları nokta budur: zira, memlekette gelişmiş olan, kendisine has bir kazaî teşkilâtı olmayan bir idare hukuku, kazaî vazife görmek için mahkemesi olmayan bir idarî kaza ve "hakkaniyet" kaidesine riayet etmekle mükellef olmayan idarî makamlardır. (11).

Netice itibariyle İngilizler kontinental idare hukukunun bir kısmını almışlar, fakat bu hukukun en iyi müessesesini, yani onu tefsir ve tatbik edecek olan Fransız Devlet Şurası gibi bir idare mahkemesini almamışlardır; bu mahkeme bir "idare" mahkemesi olarak isimlendirilmiş olmakla beraber, İngilterede ve Amerikada idarî kaza vazifesini gören büro ve komisyonlardan çok daha mükâmilidir.

(10) İdare hukuku veya «Verwaltungsrecht»in mevcudiyeti hakkında bak. Hätschek, Das Staatsrecht des vereinigten Königsrecht Gross — Brittanien, 1914, s. 72 ve Koellreuter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtssprechung im Modernen England, 1912.

(11) J. H. Morgan, Londra üniversitesinde anayasa profesörü. Rabinson'un kitabı için yazmış olduğu girişe bakınız, Public Authorities and Legal Liability, 1925. s. LXV-LXVII.

Dicey'e göre, modern İngiliz anlayışına yabancı olan Fransız idare hukukunda mevcut olan iki prensiptir.

Bunlardan birincisi şudur: her Fransız memuru "alelade vatandaşlara nazaran bir çok imtiyaz ve hususi haklara" sahiptir ve bu hakların vüsati, her vatandaşın bir birlerine karşı hak ve hukuki durumlarını tesbit eden kaidelerden tamamen ayrı prensiplerle tayin ve tesbit edilmiştir.

Fransada her hangi bir şahıs Devletle olan münasebetlerinde, komşusuyla olan münasebetlerindeki serbestiye sahip değildir. Kısaca söylemek icap ederse Fransız idare hukuku, kusurlu hareketlerinden dolayı mahkeme önündeki hukukî mesuliyetleri bakımından, vatandaş ile memur arasında bir müsavatsızlık tesis etmektedir. Dicey, İngilterede (Birleşik Devletlerde de aynı şekildedir) memurlar ve vatandaşlar memleketin müşterek hukukuna tabidirler ve gerek basit vatandaş ve gerek her hangi bir memur, kanunu ihlâl müteveccih yaptıkları hareketlerden dolayı hukuk mahkemelerinde muhakeme edilirler, demektir; halbuki Fransada ve Fransız idare hukuku sisteminin yerleşmiş olduğu diğer memleketlerde memur, müşterek hukuka tabi değildir ve adliye mahkemeleri nezdinde, "resmî vazifesinin basit bir ifası ve mavevkinin verdiği emirlere hüsnüniyetle riayet etmesinden meydana gelen gayrı kanuni bir hareket için bile" takip edilemez. (12). Şu halde Fransız memuru, basit vatandaşın haiz olmadığı ve İngiliz ve Amerikan memurlarının malik bulunmadığı hak ve imtiyazlardan istifade eden imtiyazlı bir şahıstır. Müşterek hukuka göre basit vatandaş ile memurun müsavi bir mesuliyete muhatap bulunması ve kanunu ihlâllerinden ötürü umumi mahkemeler önünde her ikisinin de muhakeme edilebilmeleri Dicey'in dediği vechile "Hukuk Devletinin" - Rule of Law - farik bir vasfıdır ve İngiliz hukukunu Fransız idare hukukundan tefrik eden karakteristik bir kıstastır.

Dicey'e göre kara Avrupası idare hukukunun, İngiliz ve Amerikan telâkkilerine yabancı olan ikinci prensibi de, kuvvetlerin ayrılması prensibinin muhafaza edilmesidir. Bundan Dicey'in kastettiği, idarî makamların sahalarına umumi mahkemelerin müdahale ve vazifelerinden dolayı murakabe etmelerine mani olunmasıdır. Bu prensip şunu ifade etmektedir: bir taraftan umumi mahkemelerde vazife gören hakimlerin gayrı kabili azil ve binnetice icra kuvveti karşısında müstakil kalmaları icap eder ve diğer taraftan da idare ve memurlarının vazifelerini ifade müs-

(12) 8 inci tabi, s. 332, 341, 384.

takil olmaları ve geniş bir şekilde adliye mahkemelerinin kaza selâhiyetinden kurtulmuş olmaları gerektir (13).

Hususi şahıslar arasındaki mutad hukuk davalarını hal etmekle mükellef bulunan umumî mahkemeler kaideten, Devlet ile hususi şahıslar arasındaki davalarla hiçbir surette meşgul olmamalıdır; bu davalar, "şu veya bu şekilde idareye veya hükümete bağlı" idare mahkemelerine bırakılmalıdırlar (14).

Şimdi Dicey'in ileri sürdüğü bu iki görüşün tetkikine geçebiliriz. Müellifinin Fransadaki memurların vatandaşlara nazaran sahip oldukları imtiyazlı durum dolayısıyla yaptığı tenkit -ki bu hal hizmet esnasında işledikleri kusurlar için umumî mahkemeler nezdine celbedilememe neticesini tevhit etmektedir- idare hukukuna karşı en kuvvetli itirazlarından birini teşkil eder.

Dicey, bu müsavatsızlığı muaneze etmekte, üzerinde ısrarla durmakta ve bu hali İngiliz memurunun hukukî durumu ile mukayese ederek bu memlekette mevcut "Hukuk devleti anlayışı"nın bir neticesi olarak, memur ile hususi şahısların hukukî kusurlarından dolayı aynı mesuliyet kaidelerine tabi olduklarını söylemektedir. (15).

Filhakika, inkişafı tetkik edildiği zaman idare hukukunun başlıca oluş sebebi ve gayesinin, idari makamlara hususi bir imtiyaz vermek olduğu anlaşılır ve bu hukuk idarecilerin istifadesine arzedilen bir nevi kalkandır; fakat hakikat halde ise bu durum, idare hukukunun çok da ehemmiyetli olmayan basit bir kısmını teşkil eder. (16). Hali hazırda ise Fransız memuru, Dicey'in ona izafe etmek istediği muafiyete benzer her hangi bir imtiyaza sahip değildir. Kendisi de pek alâ biliyordu ki Fransız memurunun muafiyeti, hususi şahıslar tarafından hizmetten doğan hizmet kusuru için olan takipler hakkındadır; şahsi kusurlarından ötürü ise Fransız memuru şahsen mesuldür ve zarar ve ziyan için hususi şahıslarca, İngiliz ve Amerikan memurları gibi, umumî mahkemeler önünde dava edilebilir. Bundan fazla olarak suç teşkil eden her hareketi için Fransız memuru, basit bir vatandaş gibi, idari bir mahkeme olmayan ceza mahkemesi önünde muhakeme edilebilir. Nihayet, Fransız sisteminden bazı ehemmiyetli noktalarda ayrılmakla beraber bir idare hukuku sisteminin mevcut bulunduğu

(13) Op. Cit. s. 333.

(14) Op. Cit. s. 335.

(15) «Bizde, başbakandan küçük bir polis memuruna kadar her memur, diğer vatandaşlar gibi, kanunsuz her hareketinden aynı derecede mesuldür». Bak. Dicey.

(16) Jêze ile mukayese et:

Almanyada da, -ki bu Dicey'in tanımak istemediği bir hadisedir- şahsî kusurağlarından dolayı zarar ika edebilecek hareketleri için memur, umumi mahkemeler nezdinde takip edilebilir ve burada mutazarrır şahıs isterse davasını umumi mahkemelerde ve isterse "hazine" sıfatıyla devlet aleyhine idare mahkemelerinde açabilir ki, bu tercihi yapmak Fransız vatandaşları için bahis mevzuu değildir. (17). Netice itibariyle idare rejiminin bulunduğu memleketlerde kamusal memurların "hürriyet imtiyazlıları" oldukları ve kendi yapmış oldukları kanunları ihlallerinden dolayı umumi kaza salâhiyetini haiz mahkemeler önünde mesuliyetten ber'î buldukları hakkında Dicey'in sahip olduğu noktayı nazarın mesnedi bulunmadığı gayet sarihdir. (18).

Dicey'in, İngiltere ve Birleşik Devletler gibi "hukuk devleti" kaidesinin, mer'î hukuk sisteminin ayırıcı bir vasfını teşkil ettiği memleketlerde memurların, zarar ika eden hareketlerinden dolayı basit vatandaşlarla aynı müsavi muameleye tabi bulunmaları ve herkes gibi umumi kaza salâhiyetini haiz mahkemeler önünde muhakeme edilebilecekleri hakkındaki fikri bir manada doğrudur. (19). Şurası muhakkaktır ki, basit vatandaşlarla kamusal memurları, haklar ve imtiyazlar bakımından mutlak bir müsavatla mü'lâhaza eden memurların hak ve imtiyazlarının mahiyet ve şumulünü basit vatandaşların kendi aralarındaki münasibetlerde hakları ve hukuki vaziyetleri tesbit eden kaide ve telâkkilere göre ayarlamış veya kamusal memurların hiç bir teminata mazhar olmadan takip edilebilecekleri her hangi bir memleket dünyada mevcut değildir. (20).

(17) 22 Mayıs 1910 tarihli Alman kanununa bakınız.

(18) Robinson'un kitabına yazdığı ön sözde, Public Authorities and Legal Liability, s. LXI, Morgan'la mukayese ediniz.; State and Official Liability, Horvard Law Review, C, XIX, 1905—6, s. 343. Parker'le mukayese ediniz.

(19) Lowell «Rule of Law» kaidesini şöyle tarif ediyor: «İngiltere'de, çok tekrarlanmasından dolayı umumileşmiş bir kaide vardır ki, buna göre hiç kimse hukuktan üstün olmaz; yalnız kiral istisna edilmek üzere memur veya basit vatandaş, başbakanın hiyerarşinin en alt basamağında bulunana kadar herkes, memleketin müşterek hukukuna göre zarar ika edici hareketlerinden ötürü, umumî kaza salâhiyetini haiz mahkemeler önünde davalı olabilirler ve takip edilebilirler». The Government of England, 1908, t, II, s. 490.

Dicey'in anlayışına göre, yükseklere çıkarttığı ve hattâ mübalâğa ettiği «Rule of Law» kaidesi, medenî hukukun üstünlüğü ve bu hukuka memurlarla basit vatandaşların aynı derecede tabi olmaları mânâsına gelmektedir; ve gene bu kaide, ister vatandaşlar arasında, isterse bunlarla Devlet arasında çıkmış olsun, ihtilâfların, umumî kaza salâhiyetini haiz mahkemelerce hâl edilmesi icabettiği mânâsına gelmektedir. Şu halde Fransız idarî kazasının esasî «Rule of Law» kaidesiyle kabili telif değildir.

Dickson'la mukayese ediniz: Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States, s. 5.

(20) Parker'le mukayese ediniz, a. g. m, s. 337.

İngilterede bile teamüli ve yazılı hukuka göre kamusal memurların bir çoğu, haklarında yapılan takiplere karşı alelade vatandaşların sahip olmadığı bir muafiyetten istifade etmektedirler. Medeni hukuk bakımından her hangi bir usulü muhakemeye göre takip edilemeyen ve fakat akdi bir rabitadan dolayı "Haklar Beyannamesi"nin muğlak ve girift usulü muhakemesine göre muvaffakati alınmak şartı ile Tahtda teşahhus etmiş Devlet Başkanı ve vasıtasıyla hareket ettiği nazırları bir tarafa bırakılacak olursa (21), umumi kaza selâhiyetini haiz mahkemeler önünde hizmetten mütevellit hareketlerinin neticesi için, kısmen veya tamamen mesuliyetten kurtulmuş bir çok devlet memurunun mevcut olduğunu görürüz.

Hakimler, hatta sulh hakimleri, polis ve reji memurları ve daha bir çokları bu durumdadır. Bundan ayrı olarak 1893 tarihinde çıkarılan "Public Authorities Proteccation Act" ile, kanunları tatbik zımnında yapılan muameleler veya bir âmme hizmetinin icrası dolayısıyla memurlar hakkında yapılacak adli takibat için, haksızlığı iddia edilen muamelenin yapıldığı tarihten itibaren altı ay içinde dava açılması mecburiyeti ve davacının haksız çıkması halinde de kendisine yükletilecek olan ağır dava masrafları ile bütün memurlar üzerinde bir himaye tesis edilmiştir. Böyle bir kanunun kabul edilmesi, bazı âmme makamlarınca yapılan adletsizliklerden mutazzarır olduklarını zanneden hususi şahısların açtıkları can sıkıcı ve esassız zarar-zıyan davalarına karşı, memurların daha fazla bir himayeye mazhar olmaları icap ettiğine dair İngilterede inkişaf etmekte olan bir temayüle cevap teşkil etmekte idi.

Bu kanun ve yukarıda zikredilen diğer istisnalar neticesinde, hukukî mesuliyetleri bakımından vatandaşlarla memurların eşit muameleye tâbi olmalarını kabul eden eski nazariye kısmen inhilâl etmiş ve ilâhî karakterinden çok şey kaybetmiştir. Dicey'e göre kontinental idare hukukuna has ve İngilizlerin anlayışına yabancı olan bu muafiyet ve himaye sistemi, İngilterede bilinmez değildir ve çok ehemmiyet verilen "Rule of Law" kaidesine bir istisna teşkil eder.

Her halü kârda Dicey'in bir taraftan "Rule of Law" kaidesine vurulan bu darbeyi "az ehemmiyetsiz" olduğu için ihmal etmesi ve diğer taraftan da, bizzat Tahda karşı dava açmamak ehliyetsizliklerini nazarı itibare almadan vatandaşların Tahdın memurlarını takip edebilmelerini mübalâğa etmesi, Fransada memurun fiil ve tasarrufları için Devleti takip etmede vatandaşın sahip olduğu yetkiyi ehemmiyetsiz göstermesine rağmen

(21) Bak. Todd, Parliamentary Government in England, 2'inci tabı, t. I. s. 494—495.

men hizmet kusurları için haklarında açılan davalar muvacehesinde Fransız memurunun sahip bulunduğu muafiyeti de aynı derecede mübalâğa etmesi, mevcut durum hakkında tek taraflı, hiç değilse haksız bir hüküm teşkil etmektedir.

Şimdi Dicey'in, "umumi kaza selâhiyetini haiz Fransız mahkemelerinin idarî meseleler hakkında hiç bir selâhiyeti olmadığı" hâkimlerin, Devlet Reisi tarafından ilân edilen kararnameler de dahil olmak üzere idarî tasarruflar hakkında kazaî murakabe yapmağa selâhiyetsiz oldukları ve "hükümet ile memurlarının resmi vazifelerini ifade müstakil ve geniş bir şekilde adliye mahkemelerinin murakabesinden kurtulmuş oldukları" hakkında Fransız idare hukuku prensiplerine karşı yapmış olduğu itirazlara geliyoruz.

Bu müşahedeleri ifade etmek için kullanılan tabirler gayet yumuşak olmakla beraber, müellifin takip ettiği maksat, idare ile a'elade vatan-daşlar arasında çıkan ihtilâflarda Fransız adliye mahkemelerinin gayet dar bir selâhiyeti bulunduğu ve hükümetle memurları üzerinde zayıf bir murakabe kudretine sahip bulunduğunu ima etmektir; bu murakabe o kadar zayıftır ki, zikretmek için kâfi derecede ehemmiyetli bile değildir.

Hakikat halde, Dicey bilmemezlikten gelmiş olmasına rağmen, idarî kazanın büyük bir kısmı adliye mahkemeleri tarafından ifa edilmektedir. (22). Yukarda da işaret etmiş olduğumuz gibi, şahsi kusurlarından dolayı memurlar aleyhine açılan davalarda, kamulaştırma işlerinde, kamusal malların istimalinden doğan tazminat davalarında, polis talimatnamesinin tatbikinden doğan ihtilâflarda, yollara müteallik nizalarda, posta ve telgraf idaresi aleyhine açılan davalarda, devlet demir yollarında vuku bulan kazalardan neşet eden ihtilâflarda ve bir çok diğer mümâsil meselelerde adliye mahkemeleri selâhiyetlidirler.

Hakimiyet tasarrufu ve temşiyet tasarrufu diye bir tefrikin yapıldığı yakın zamanlarda, temşiyet tasarruflarından meydana gelen zarar ve ziyan davaları için adliye mahkemeleri selâhiyetli idiler.

İdari makamlar tasarruflarının kanuniyet prensibi bakımından murakabesinde adliye hakimlerinin selâhiyetsiz olduğu hakkında Dicey'in iddiası bir Fransız hukukçusuna çok tuhaf gelecektir. Filhakika 1832'den beri "gayrı kanunilik itirazı" denilen hususdan dolayı adliye mahkeme-

(22) Bak. Huriou, *Precis de droit administratif et de droit public*, 10 uncu tabı, S. 869.

leri, idare makamlarınca yapılmış gayrı kanunî -kanuna aykırı -talimatnamelere riayetsizliği cezalandırmağı reddetmektedirler; ve gayrı kanunilik -kanuna aykırılık-, sadece kanunların ihlâlini değil, aynı zamanda selâhiyetsizliği, şekil noksanlığını, vatandaşlar arasındaki müsavat prensibinin ihlâlini, ferdî hürriyeti, vicdan ve mesken masuniyeti hürriyetlerinin ihlâlini, mülkiyet hakkına tecavüzü de ihtiva etmektedir. (23).

Devlet Şurasının mütalâasını aldıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından ısdar edilen nizamnameler, 1907 senesine kadar idarî ve adlî kaza mercilerinde bir dava mevzuu olmadığı halde, bu gün, kanuna aykırılıkları sebebiyle her iki mahkeme nezdinde itiraz mevzuudurlar; birinci cihan harbi sırasında parlâmentonun, kanun mahiyetinde fevkalâde nizamnameler yapmak selâhiyetini Devlet Reisine devretmesini müteakip adliye mahkemeleri, bu gibi nizamnameler aleyhine yapılan gayrı kanunilik itirazlarını tetkike kendilerini yetkili addetmişlerdir.

Adliye hakimleri, Devlet Şurasının aksine olarak bu gibi tasarrufları selâhiyet tecavüzünden dolayı iptal edemezlerse de, bu nizamnamelerin derpiş ettiği para cezasına mahkûmiyeti red etmek suretiyle, fiiliyatta bu tasarrufları tesirsiz bırakmaktadırlar. (24). Fransız hakiminin bu selâhiyeti, anayasaya aykırı kanunların tatbikini red eden Amerikan hakiminin selâhiyetine bir az benzemektedir. Bu, Hauriou'nun da işaret ettiği gibi, Fransız idare hukuku sisteminin nazarı itibare alınması icap eden hususiyetlerinden biridir ki, bu noktayı Dicey bilmiyor görünmektedir. (25).

Dicey de dahil olmak üzere bir çok İngiliz hukukçusu, kendilerince çok mühim olan "Rule of Law" kaidesinin tatbikattaki değerini bir hayli kaybettiğini ve eskiden bu "kaide"ye karşı duyulan büyük hürmetin müshahade edilebilir bir derecede azaldığını kabul etmektedirler. Bu değişiklik, kararları adliye mahkemelerinde temyizen tetkik edilemeyen bazı büro, komisyon ve diğer bir çok idari heyetlere kazaî veya yarı-kazaî selâhiyetler veren bir kanundan meydana gelmiştir. (26). Bu sebebdendir

(23) Ceza kanunu m. 471, Bak. Reglade, L'exception d'illegalité en France, Rev. De Dr. Pub. t. XL, 1923, s. 393. Selâhiyet sapıtmasının bir gayrı kanunilik teşkil edip etmediği hususu ihtilâfıdır. Bak. Reglade, s. 415.

(24) French Administratif Law isimli bir makalemde bu hususu uzun ve etraflı bir şekilde tetkik ettim. Yale Law Jurnal, t. XXXIII, 1924, s. 600 vd.

(25) Op. Cit. 10'uncu tabı. s. 38.

(26) Bu gibi selâhiyet ve vazifeler yeni İngiliz mevzuatı ile şu teşekküllere verilmiştir: "Education Commissions"; "National Insurance Commissions"; "Commissioners of Inland Revenue"; "Board of Education"; "Board of Trade"; "Ministry of Health"; "Local Government Board"; ve bir çok makam ve idarî bürolara.

ki Dicey İngiliz hukukununun resmileşmekte olduğunu söylemektedir. İngiltere ve Amerikada "icraî adalet" bir çok hallerde "kazaî" adaletin yerini almıştır. Bu tarz bir "icraî kaza", Dicey ve taraftarlarının çok tenkit etmiş oldukları Fransız idarî kazasından esaslı surette ayrılmaktadır; ve bilhassa bu ayrılış bu tarz bir "icraî kaza"nın, ismi "idarî mahkeme" olmasına rağmen kuruluşları, usulü muhakemeleri bakımından adliye mahkemelerine çok benzeyen Fransız tarzı mahkemeler gibi hakiki kaza-organlarınca değil de, adliye mahkemelerine hiç bir surette benzemeyen bürolar ve komisyonlarca ifa edilmiş olmasındadır. Demek oluyor ki, bu gibi idarî makamlarca tevzi edilen adalet, Fransız idarî mahkemeleri ve bilhassa Devlet Şurası tarafından tevzi edilen adaletten açık bir şekilde daha dundur ve bu keyfiyet bazı İngiliz hukukçuları tarafından sarahaten kabul edilmiştir. Bu müekliflerden bazıları, büro ve diğer idarî makamlara kazaî selâhiyetlerin verilmesi ve kararlarının umumi mahkemelerin kontrolünden vareste tutulması yolunda inkişaf eden bu temayülü, teesürü mucip bir hal olarak tenkit etmişlerdir. Londra Üniversitesinden profesör Morgan, "icra kuvveti tarafından kazaî fonksiyonun bu yeni gâsiplarını", "mazur görülemeyen" ve "talihsizlik" diye teşrih ve tenkid ediyor. Kendilerine bu fonksiyonlar verilmiş veya bu fonksiyonları gasbetmiş olan makamlar kararlarını, usulü muhakeme kaidelerine uygun olarak, yani duruşmalar yapıp şahitler dinlendikten sonra, veya Fransız ve Alman idare mahkemelerinde cari olan tabii adalet prensiplerine uygun bir şekilde vermemektedirler. Morgan, "idare hukukunun eniyi tarafı ile değil de, ve fakat en fena cihetiyle" burada meydana geldiğini söylemektedir. (27). Profesör Morgan, idarî kazanın faydalı ve tercih edilir olmasını red etmiyor; fakat, kararları adliye mahkemelerinin murakabe ve tasdikine tabi olmayan ve kazaî selâhiyetleri adliye mahkemelerinin aynı olan Fransız ve Alman İdare mahkemelerine hiç bir surette benzemeyen makamlara ve teşekküllere idarî kazanın tevdi edilmiş olmasını tenkit ediyor.

Oxford Üniversitesinden profesör Ernest Barker de, "Rule of Law" kaidesini yıkacak gibi görünen İngiliz idarî kazasının bu yeni şeklini tenkit etmektedir. İcra makamlarınca ısdar edilen nizamnamelerin artık İngiliz mevzuatının büyük bir kısmına kapladığı, birer idare birimi olan vilâyetlerin sadece idare etmediklerini, fakat aynı zamanda kanun yaptıklarını ve "Rule of Law" prensibine göre adliye mahkemelerine ait olan kaza fonksiyonunu da ifa etmeğe gittikçe daha fazla temayül gösterdiklerini kabul etmektedir. Profesör Morgan gibi kendisi de, idarî kazanın e-

şasından ve temelinden çürük olduğu için mahkûm edilmesi icap ettiği fikrini müdafaa etmiyor; bilakis, hali hazır şartlar altında idarî kazanın zaruri olduğunu kabul ediyor; bununla beraber İngiltereye getirilmiş olan sistemin Fransız idarî kazasının “bozuk” bir şekli olduğunu, ve idare hukukunun icra makamları tarafından tatbik edilmeyip de, usul hukuku kaidelerine ve hukukun umumi prensiplerine uygun olarak karar veren idarî hakimlerce tatbik edilen Fransa ve Almanyada mevcut sistemden esas itibariyle ayrı olduğunu beyan ediyor. (28).

Birleşik Devletlerde icraî kazanın inkişafı ve “Rule of Law” kaidesinin ehemmiyetini kaybetmesi, İngilteredekine nazaran bir az daha hafif oldu. Bu memlekette büro ve komisyon gibi birçok idare organlar, hususi şahısların Devletten olan mali taleplerinin hal edilmesi, çalışanların çalıştıranlara karşı ve işçilerin tazminat taleplerini inceleyerek, kanunla kendilerine verilmiş kazaî veya yarı-kazaî vazife görür hale getirilmişlerdir. Adalet mahkemelerinin hususiyetleri kendilerinde bulunmamakla beraber, bu organların İngilteredeki benzerleri gibi, kara Avrupasındaki idare mahkemelerine sathi bir müşahebetleri vardır (29).

Kazaî veya yarı-kazaî vazifelerin memurlara veya icra makamlarına verilmiş bulunması hallerinde, memur ve icra makamlarının verdikleri kararları mahkemelerin temyizden tetkik etmeğe selâhiyetleri yoktur; aynı zamanda bu yetkinin bir takdir hakkı mahiyetinde olduğu hallerde de vaziyet bu merkezdedir; “kazaî” ve “yarı-kazaî” tabirleri bazan o kadar geniş bir şekilde tefsir edilmiştir ki, yukarıda zikredilen makamlara verilmiş olan takdir selâhiyeti, mutlakiyetin ve keyfililiğin müteradifi olmuştur. (30). İngiliz hukukçuları tarafından olduğu gibi Amerikan hukukçuları tarafından da bu “icraî” veya idarî kaza sistemi, gittikçe artan bir tenkit mevzuu oldu; bilhassa icraî selâhiyeti haiz bir memura veya idarî bir organa kazaî yetki veren bu sistem, hukuk devleti “Rule of Law” fikrine aykırılığı bakımından da tenkit edildi; halbuki bu selâhiyet, yani bahis mevzuu olan kazaî yetki, hâdisiyle ilgili şahısları dinlemeden veya

(28) Bak. The Rule of Law, Political Quarterly, mayıs 1914, s. 1-12. Mukayese ediniz: Muir, «Peers and Bureaucrats», s. 1. Laski, The responsibility of the State in England, Harvard Law Review, 1919, t. XXXII, s. 461.

(29) Bu teşekküller için bilhassa bakınız: Pillsbury, Administrative Tribunals, Harvard Law Review, t. XXXVI, 1923, s. 405 ve 585 vd. Ayrıca bak, Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States, 1925.

(30) M. E. Parker'in «Executive Judgements and Executive Legislation» isimli makalesine bak. Harvard Law Review, t. XX, s. 116 vd. Bu makalede Cours Fédérales ve Cours d'Etat tarafından verilmiş ve memurlara kazaî selâhiyet veren kanunlar hakkında bir çok kararlar vardır.

usulü muhakemece tesbit edilmiş kaideler hilâfına taraflara tebligat yapılmadan istimal edilebiliyordu, -hatta istimal de edilmiştir-, ve bu makamların verdikleri kararlar, hukuk davaları hariç olmak üzere, adliye mahkemelerinde temyizen tetkik edilemezdi. (31).

Bu husus iyi bilindiği içindir ki kitabının ilk tabaları yapıldığı sırada Dicey Fransız idare mahkemelerini tenkid ediyordu; zira bu idare mahkemeleri "hükûmet temayüllü" memur "mahkemeleri" idi ve hakimler bürokratik havadan hoşlanan ve hükûmetin veya Devletin menfaatlerini, fertlerin haklarına hürmetten daha üstün tutmağa mütemayil idiler. (32).

1915'de neşredilen kitabının 8 inci tabında "Fransız idare hakimlerinin İngiliz mahkemelerine nazaran hükûmetin veya idarenin görüşünü aksettirmeğe daha mütemayil" olduklarına dair ilk kanaatını tekrar ediyor. Fransız Devlet Şurasının, adliye mahkemeleri kararlarına gittikçe yaklaşmakta olan kararlarıyla Fransız idare hukukunun yavaş yavaş "kazafleşmekte" olduğunu kabul ettiğini söylüyordu. Hemen bunun peşinden de, Devlet Şurası ve Uyuşmazlık Mahkemesi hakimlerinin kendi makamları üzerinde, İngilterede Yüksek Mahkeme ve Fransada adliye mahkemesi hakimlerinin kendi makamları üzerinde sahip oldukları hakka benzer bir hakka sahip olmadıklarını söylemekten kendini alamıyordu. Devlet Şurası hakimlerinin nadiren azledildiklerini biliyor, fakat hükûmetin arzusu-na göre her zaman kabili azıl olduklarını da eklemeyi ihmal etmiyordu. (33).

Devlet Şurası azalarının teminatsız oldukları hakkındaki görüşü için sunu derhal söylemek icabeder ki, kanunun lâfzî anlayışına göre bunlar hükümetce azledilebiliyorlarsa da, temayül ve tatbikat nazarı itibare alındığı zaman durumları, Fransız adliye mahkemesi hakimleri veya İngiliz hakimleri kadar teminatlıdır. 1879'dan beri Devlet Şurası hakimlerinin azledildiğine dair tek bir misal mevcut değildir ve eğer bazı hakimler üzerinde, kararlarına tesir etmek için hükûmet yakışıksız bir baskı yapmışsa, bu, emsal tesis edemeyecek kadar azdır. (34). Bu gün Fransız âmme ef-

(31) Zikredilen makalede Prof. Parker'in tenkitlerine bakınız: Wyman, Administrative Law, 1903, Kıs. XIII; Dickinson, Op. Cit. 1925; Pound, Executive Justice, American Law Register, t. LV, s. 137; Pound, Justice According to Law, Columbia Law Review, t. XIV, s. 13 vd. "The grow of the administrative justice", Wisconsin Law Review, t. II, s. 321

(32) Op.Cit. 1915.

(33) Op. Cit. 8 inci tabı, 1915, s. XLIV-XLV.

(34) Devlet Şurasının muhterem azalarından, İngiliz ve amerikalıların düşündüklerinin aksine olarak, hakim vazifelerini yaptıkları sırada her hangi bir icraî tazyike maruz kalmadıkları hakkında teminat aldım.

kârı, bir Devlet Şurası azasının siyasi sebepten azlını ve hükümetin taleplerine uygun bir karar istihsal etmek için yapılan tazyiki kabul etmez. Devleti, vilâyetleri ve komünleri, kusurlu hareketlerinden dolayı şahıslara tazminat ödemeye mahkûm eden ve Re'isi Cumhurdan küçük bir kömün belediye reisine kadar idare makamlarının yapmış oldukları nizamnameleri veya ittihaz ettikleri kararları iptal ederek hükümsüz bırakan yüzlerce karar zikredilebilir; ve bu kararlar, dava edilen hareketin kanuni olduğunu isbat etmek için ileri sürülen kuvvetli delillerin mevcudiyetine rağmen elde edilmiştir.

Bu durum, İngiliz ve Amerikalıların, Devlet Şurası ve Uyuşmazlık Mahkemesi hakimlerinin istiklâli olmadığına ve bir derece kadar hükümetin muti ve esir ruhlu aletleri olduğuna dair iddialarını çürütmeğe kâfidir. Fransız okuyucularına bunun böyle olduğunu söylemem tamamen lüzumsuzdur.

Dicey'in Fransız idare mahkemelerini, Devlet ile hususi şahıslar arasında çıkan ihtilâflarda bürokratik bir zihniyete sahip oldukları ve daima hükümet tarafını itizam ettikleri kanaatine sahip olarak "sözde mahkeme" ve "memur" mahkemesi diye vasıflandırması, kısmen kendisinin bu hususda sahip olduğu peşin bir hükme ve kısmen de Devlet Şurası ile Uyuşmazlık mahkemesinin bilhassa son senelerde genişleyen liberal içtihadını kâfi derecede bilmemesinden dolayıdır. (35).

Azalarının bir kısmının faal idareden gelmiş olmaları bakımından idare mahkemeleri "memur" mahkemeleridir; fakat bu azalar idari meseleleri bilen ve idarenin tekniğini kavramış kimseler olmaları bakımından Devlet Şurasına bilgi ve tenkit tecrübelerinin semeresini getirmektedirler; burada, Amerikan hukukçularından Burgess ve Goodnow'un da kabul etmiş olduğu bir fayda vardır. Bu gibi şahısların Devlet Şurasına iştiraki Şûra için bir kuvvet kaynağıdır ve bu müessese içinde "bürokratik bir temayülün" ve hususi şahıslarla devlet arasındaki davalarda hükümet lehine bir sempatinin mutlaka teşekkül edeceği manasına asla gelemmez. Devlet Şurasının ve Uyuşmazlık mahkemesinin son yirmi beş sene içindeki kararlarına biraz aşına olan herkes bilir ki, bu kararlar gittikçe

(35) Lafférière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, s. 533. «Eğer Devlet Şurası vatandaşlar aleyhine olmak üzere hükümeti tutmak isteseydi, selâhiyetlerini almış olduğu 1780 ve 1872 tarihli kanunları gayet dar bir şekilde tefsir edebilirdi. Böylece, selâhiyetsizlikten başka dava sebepleri için selâhiyet tecavüzü müracaatlarını kabul etmeyebilirdi; selâhiyet tecavüzünden dolayı iptali istenilen Re'isicumhurun yaptığı nizamnameleri hükümsüz bırakmayı red edebilirdi; bilakis Devlet şurası tefsir yolu ile selâhiyetlerini genişletti ve vatandaşların idareye karşı müracaat imkânlarını arttırdı».

daha liberal olmaktadır ve geniş ölçüde nesafet kaidesine istinat etmektedir; -Temyiz Mahkemesi kararları gibi-; ve bilhassa idare makamlarının gayri kanuni ve keyfi hareketlerine karşı hususi şahısları himaye etmek yollarının bulunmasına daha fazla gayret edilmektedir. (36).

Devlet Şûrası Fransızların nazarında kendisinin, bir hayli bürokratik ve kuvvetli bir şekilde merkezileşmiş bulunan idareye karşı, milletin haklarının ve hürriyetlerinin başlıca müdafii ve koruyucusu gibi hareket ettiğine inandırmış bulunmaktadır. (37). Ve, her ne zaman ki bir şahıs, Devlet i'le olan ihtilâfında, bilhassa talebinin nasafet ve hakkaniyet prensiplerine ve tabii hukuka istinat etmiş olması halinde, kaza mercileri arasında bir tercih yapmak durumunda kalacak olursa, adliye mahkemelerinden ziyade Devlet Şûrası önünde davasını açmak istiyecektir. Bundan ayrı olarak Devlet Şûrası nezdindeki müracaat daha basit, daha ucuz ve netice almak bakımından daha seridir. Bütün bu sebeplerden dolayı Devlet Şûrası, Fransız halkının hürmet duygusu içinde, Birleşik Devletler Alî Mahkemesinin Amerikalılar nezdinde işgal ettiği mevkiye benzer bir yer işgal etmektedir. Bu büyük şöhretinin kat'i de'ili, hal edilmesi için kendisine yapılan müracaatların çokluğudur. (38). Başlangıçta Devlet Şûrasının, muayyen bir ölçüde İmperatorun sadık bir aleti olduğu doğrudur ve Dicey'in idare hukuku için "Devletin menfaatlerini himaye ediyor" diye yaptığı tenkit de tamamen mesnetsiz değildir. (39). Fakat 1872'de Devlet Şûrasının müstakil bir mahkeme olmasından sonra bu tenkidin hiç bir mesnedi kalmamıştır. Bütün Fransızların da bildiği gibi bu tarihten itibaren Devlet Şûrası, hükûmete karşı müstakil olduğunu çok kuvvetli bir şekilde isbat etmiştir ve küçük veya büyük her hangi bir idari makamın, selâhiyet tecavüzünden dolayı hareket'lerini hükümsüz bırakabilmek nok-

(36) Hauriou ile mukayese ediniz, Op. Cit. 10'uncu tabı, s. 781. Burada Hauriou, Devlet Şûrası ile Uyuşmazlık Mahkemesinin, idarenin menfaatini korumaktan ziyade, hususi şahısların haklarını himayede daha müsait davrandığına işaret etmektedir. Bak. Duguít, Les transformations du droit public, s. 169. Bonnard, Précis élémentaire de droit administratif, 1926, s. 79

(37) Idaux ile mukayese ediniz: La Jurisprudence du Conseil d'Etat et la Cour de Cassation quant aux points qui leur sont communs, s. 11, 44.

(38) 1902'den 1913'e kadar Devlet Şûrasınca hal edilen davaların adedi 3113'den 4273'e yükselmıştır. Rev. Dr. Pub. deki istatistiklere bak. t. XXXV, 509. Laferrriere, La reforme de la juridiction administrative, ibid. t. XXXVII, s. 353, ve t. XXXVIII, s. 109.

(39) Op. Cit. 2'inci tabı, S. 187.

tasından idarî makamlar üzerindeki murakabesini gittikçe genişletebilmiştir. (40).

Eskiden, milli hakimiyetin mümessilinin tasarrufu ve bunun neticesinde de selâhiyet tecavüzünden dolayı iptal olunamaz zan edilen Cumhurbaşkanının ısdar ettiği karar ve nizamnameler, bu gün, bir valinin veya belediye reisinin basit tasarrufları gibi telâkki edilmekte, ve onlar gibi selâhiyet tezavüzünden dolayı iptal edilebilmektedir.

Uzun zamandan beri arzu edilmekte olan bu neticenin tahakkuku, Devlet Şurası ve Uyuşmazlık Mahkemesinin liberal ve istikrarlı içtihatları sayesinde elde edilebilmiştir. Başlangıçta başlıca gayesi, müdahalelere ve adliye mahkemelerinin murakabesine karşı idareyi korumak olan idare hukuku, idare mahkemeleri tarafından inkişaf ettirilmiş ve idare makamlarının gayri kanunî veya keyfî muamelelerine karşı fertleri himaye etmek ve mutazzır olanlara adil bir tazminat vermeyi temin etmek gayesini benimsemiş ve verdiği kararlarla bir sistem meydana getirmiştir. Bu liberal temayülün neticesi olarak kat'iyetle ifade edilebilir ki, bu gün, basit bir Fransız vatandaşı, bir İngiliz veya Amerikan vatandaşına nazaran, idarenin gayri kanunî ve keyfî hareketlerine karşı daha geniş bir himayeye mazhurdur; aynı zamanda bu hareketlerden mütevellit ika edilmiş zararların tazmin edileceğinden daha emindir ve dava neticesinin daha çabuk ve daha az masrafla tahakkuk edeceğinden şüphesi yoktur. Meselenin bu mükemmel şekliyle hal edilğinden ve dolayısıyla meydana gelmiş olan içtihattan Dicey haberdar değil gibi, veya hiç değilse nazarı itibare almamış gibi görünmektedir. Bununla beraber bu durum, bir çok İngiliz ve Amerikan hukukçusu tarafından takdir edilmiştir (41).

Dicey, Fransız idare hukukuna bir bakıma itirazda da bulunmuyor gibi görülmektedir; zira bu hukuk, "hadise hukuku" -case law- dur, ya-

(40) Yegâne istisnalar, kolonilerin idaresi için 1854'de, Ayâ'nın tasdikine iktiran etmek üzere Reiscumhurun çıkarmış olduğu kararnameler ve hükümet tasarrufu denilen muamelelerdir. Bu son zikredilen tasarruflar, Devlet Şurasının liberal bir içtihadı sayesinde bu gün için ehemmiyetini kaybetmiştir ve vatandaşlar için çok az bir tehlike teşkil eder. Bak. Jèzl, Rev. Gen. D'adm. t. III, s. 392.; Laferriere, Traité de juridiction administrative, t. II, s. 395; Michoud, Des actes de gouvernement, Annales de Penseignement superieur de Grenoble, t. I. s. 363.

(41) Parker'le mukayese ediniz, The Law od the Constitution, Americ. Pol. Sc. Rev. t. III, s. 363; Goodnow, Comparative administrative Law, t. II, s. 231; Marrioth, Op. Cit. T. II, s. 363; Morgan, Op. Cit. s. LVII; Laski, Respinsability of the State in England, Pol. Sc. Quar. t. XXXII, s. 459; Munro, The Government of Europe, s. 542; Allen, Bureaucracy Triomphant, Quar. Rev. 1923, s. 347 ve Allen «Fransız idare hukukunun, idareden ziyade fert lehine inkişaf ettiğine» işaret etmektedir.

ni, Fransız terminolojisi kullanıldığı takdirde, içtihadî bir hukuktur; -şu-
raya da işaret etmek lâzımdır ki, temel prensiplerinin üçte ikisi örfe (42)
dayanan bir hukukun hakimiyeti altında yaşayan bir İngiliz, Fransız
idare hukukuna içtihadî bir hukuktur diye itiraz edemez; Dicey bu hu-
kukdan, "hakimlerce değil de, hükûmet memurlarınca meydana getiril-
miş olmasından" dolayı çekinmektedir. (43). Dicey, Devlet Şurası azaları-
nı, hakimler gibi değil, fakat hükûmet memurları gibi telakkî ediyordu.
Bu düşünüş Fransızlara bir az tuhaf gelecektir ve hatta gelmektedir de;
zira işaret etmiş olduğumuz gibi Devlet Şurası azaları, İngiliz hakimleri
ve Fransız temyiz mahkemesi azaları kadar teminatlı bir duruma sahip-
tirdiler ve verdikleri kararlarla isbat etmişlerdir ki, her hangi bir memle-
ketin hakimleri kadar istiklâle maliktirler. Dicey'in bizzat kendisi de ki-
tabının son tabında, Devlet Şurası kararlarından bahsederek şöyle demek-
tedir: "Her ne kadar tam manasıyla bir müşahabet yoksa da, kararları git-
tikce adliye mahkemeleri kararlarına yaklaşmaktadır". (44).

Kendisinin de belirttiği vechile Fransız idare hukuku, küçük bir kıs-
mı hariç, kanun vazının eseri değildir. Fakat derhal işaret etmek icabe-
der ki, gerek Devlet Şurasının ve gerek Uyuşmazlık Mahkemesinin karar
ve içtihatları, daima kanun vazının tasvibine mazhar olmuştur.

Parlamento her zaman müdahale edebilir ve İdareyi, kararları ile dai-
mi ve ciddi bir şekilde kontrolü altında tutan Devlet Şurası ve Uyuşmaz-
lık mahkemesinden kurtarabilirdi; bu iki mahkemenin selâhiyetlerini bir
nizama bağlar ve takyid edebilirdi; fakat bunu yapmamıştır; bilakis, bu
murakabenin gittikçe genişleyen şumulünü tasvip etmiş ve hiç bir mü-
dahale ve tahdit olmaksızın idare hukukunun inkişafını idare mahkemele-
rine bırakmıştır. İdarî mahkemeleri içtihadının da sessizce bu muvaffa-
kate ve tasvibe uyarak inkişafı, kanun vazının tam ve kâmil itimadının
şayanı dikkat bir ifadesidir. Halkın tasvibi ise, ne daha az heyecanlı ve
ne de daha az umumi olmuştur.

Fransız idare hukukunu İngiliz ve Amerikan hukukundan tefrik eden
mümeyiz vasıf, devletin veya memurlarının kusurlarından dolayı fertlere

(42) Bir İngiliz hukukçusunun görüşü işte budur: Edwards Jenks, Harvard Law Rev. t.
XXX, s. 14.

(43) Op. Cit. 2'inci tabı, s. 189.

(44) Op. Cit. 8'inci tabı, s. XLIV. Dicey, Fransız idare hukuku prensibinin temelinden
fena olduğunu düşündüğü halde, Devlet Şurası içtihatlarının her sene bir az daha fazla ge-
nişlemesine ve bu kararlar vasıtasıyla idare makamlarının gayri kanunî hareketlerine karşı va-
tandaşa himye edecek müracaat yolları icat etmesindeki kabiliyet ve maharetine karşı hayran-
lığını gizlemiyor.

ika ettiği zarar ve ziyan için Devletin mesuliyetini tanzim eden ve böylece mutazarrır şahıslara, tazminat alabilmeleri zımında kanunî müracaat yollarını tesbit eden kaidelerde mevcuttur. Halbuki İngiltere ve Amerika-da, kendisinin veya memurunun kusurundan veya zarar verici fiilinden Devletin mesul olmayacağı ve Devletin rızası inzıam etmeden kusurlu fiileri için mutazarrır şahıslarca dava açılmıyacağı umumi bir hukuk kaidesidir. (45).

Umumiyetle bu gibi ahvalde hususi şahısların açtığı dava, şahsen gayrı kanunî işi yapmış ajan veya memura karşı adliye mahkemeleri nezdinde açılan şahsî bir zarar ziyan davasıdır; zira her iki memlekette de, memurların kendi hareketlerinden şahsen mesul olduğu ve a'elade hususi şahıslar gibi takip edebilecekleri umumi bir hukuk prensibidir; an şart ki dava, Devlete karşı bir dava hâline gelmesin. Fransada olduğu gibi İngilterede şahsi kusur ve hizmet kusuru diye bir tefrik yapılmamıştır ve her iki halde de memurun şahsi mesuliyeti aynıdır. (46).

Devletin, hususi hukuk ihlallerinden dolayı hakkında yapılan takip-ler için bu muafiyeti, eski bir İngiliz prensibinin tarihî bakıyesidir: "Kral kötü bir şey yapmaz"; bu kaideden de ajanların mesul olmadığı neticesi çıkarılmaktadır. Bu kaidenin menşesinde, Kırılın kötülük yapmak imkânına sahip olmadığı manasına geldiğine mukni sebebler mevcuttur. (47). Fakat bu prensip, Coke, Chitty, Balckstone ve diğer tefsircilerin elinde, Kırılın kötülük yapmak kabiliyetinde olmadığı ve hatta Blackstone'a göre, aldanmağa muktedir olmadığı şeklinde manalandırıldı. Her halde bu kaidenin bu tarza tefsir edilmesi, diğer bütün feodal beyliklerde olduğu gibi, Kırılın da kendi saray mensubini nezdinde isminin dahi zikredile-miyeceğini âmir bulunan basit bir feodalite kaidesi idi. (48).

(45) Birleşik Devletleri Ali Mahkemesi kararlarına bakınız. Gibbons v. United States, 1868, 8, Wall, 274. Hadise hakkında mütalâsını beyan eden hakim Miller, «Memurlar ve ajanlarca hakimiyetin ırası sırasında kusurlar, ihmaller veya kanunsuzluklar için hiç bir hükümet kendisini mesul addetmemiştir» diyor. Bu itiraf hadiselerine tamamen uymamaktadır, zira, kontinantal Avrupada, kusurları ve ihmalleri için hükümet kendisini sarahaten mesul saymaktadır.

(46) Anglo-Amerikan doktrini için bak.: Anson, Law and Custom of the Constitution, t. II, 1907, s. 477.; Moore, Liability for acts of public Servants, Law Quart. Rev. t. XXIII, 1907, s. 37.; Goodnow, Principles of Administrative Law of the United States, 1903, s. 387... Nesmes-Desmores, De la responsabilité civile des fonctionnaires, 1910, s. 24.

(47) Ehrlich, Proceedings Against the Crown, 1921, s. 42. Ve Borchard, Government Liability in Tort, Yale Law Journal, t. XXX, s. 2.

(48) Pollach ve Maitland, History of English Law, t. I. s. 516 ve Morgan, Introduction in Robinson, Public Authorities and Legal Liability.

Bu meselenin zuhur etmiş olduğu zamanlarda böyle bir muafiyet mazur görülebilirdi; zira Kral, hakiki hâkimdir -yani Devlettir-; fakat artık, uzun zamandan beri Kral Devlet değildir ve hali hazırda hükümetin bir uzvu olmakdan başka bir sıfatı yoktur. Bununla beraber Kralın ve aynı zamanda da Devletin bu muafiyeti, İngiliz hukukunun bir prensibi olarak halâ muhafaza edilmektedir; adaleti şahsen tevzi ettiği ve mutlak hâkim olduğu bir zamanda krala izale edilen hata etmezlik, şimdi Tahdın teşahhus etmiş şekli olan Develete tanınmıştır. (49). Mutlakiyet devrinden kalmış ve belki de kralın kusurdan münezzehe olduğuna dair tarihî bir hatanın neticesi olan bu atik nazariye, modern hayatın icaplarına uymamasından ve umumiyetle kabul edilmiş bir hususi hukuk kaidesine "respondeat superior" -ki bu kaideye göre müekkil, vekilinin hareketlerinden mesuldür- aykırı olması bakımından, hem İngiliz ve hem de Amerikan hukukçuları tarafından tenkit edilmiştir. (50).

Memleketin başında bir kralın bulunmadığı, Devlet Başkanının asla bir hükümdar olmadığı, Devletin hakimiyet kudretinin ta başlangıçtan beri halkta bulunduğu Amerika Birleşik Devletlerine bu nazariyenin nasıl duhul edebildiği, bazı Amerikan hukukçularına bile bir muamma gibi görünmektedir. Ferdî hakların Devletin temel yapısını teşkil ettiği bir cumhuri rejimde, Devletin kazaî muafiyetini ve memurlarının ika ettiği zararlardan ferde karşı gayrı mesul olduğunu kabul eden nazariyenin nasıl benimsediğini anlamak çok zordur. (51).

(49) 1846'da Tabin ve The Queen hadisesi dolayısıyla bir İngiliz mahkemesi şöyle di-yordu: «Kanunun dediğine göre hükümdarın şahsen yapmış olduğu bir şey fena olamaz; hükümdarın emir vererek ajanlarına yaptırmış olduğu kendisine isnat edilemez, zira emir gayrı kanunî ise, bu zaten hukuken mevcut sayılmaz»; bundan şu netice çıkarılmaktadır ki, ajan şahsen mesuldür.

(50) Morgan'la mukayese ediniz. Op. Cit. s. 23. ve Borchard, Government Liability in tort, Yale Law Journal, t. XXXIV, s. 34.

(51) Birleşik Devletler Ali Mahkemesi bizzat itiraf etmiştir ki, hukukî bir zaviyeden bakıldığı takdirde, hükümet haksız bir fiil irtikâp edemez, kendisi tarafından yapılan her haksız bir muamele haksız bir fiil olamaz; an şart ki, bir kanunla bunun haksız bir fiil olduğu kabul edilmiş olsun. Langford v. United States, 101 U. S., 231, ve Kawanonokao v. Polybank, 205, U. S., 349. Bochar'dın Government Responsibility in Tort isimli makalesine bak., Yale Law Journal, t. XXXVI, s. 39-41. Ali Mahkeme hakimlerinden Mac Kenna, hakim Holmes'in-kine tamamen yakırı bir noktayı nazar ileri sürmektedir ki, buna göre Birleşik Devletler hükümeti her türlü takipden masun olduğuna göre haksız bir fiil irtikâp edemez. Bu fikir de diğer hukukçular tarafından tenkit edilmiştir. Bak. Yale Law Journal, t. XX, s. 879.

İngilterede Devletin kazaî muafiyetini tevhit eden sebebler Amerikada her hangi bir değere sahip olmamakla beraber (52) Birleşik Devletler Ali Mahkemesi bu nazariyeyi başka esbabı mucibelerle müdafaa etmiş ve tutmuştur. 1.882'de bir dava dolayısıyla Ali Mahkeme hakimlerinden Miller şöyle diyordu: "Bana öyle geliyor ki Devletin kazaî muafiyeti bizim kendi mahkemelerimizce kabul edilmiştir; bu muafiyetin kabul edilmiş sebebi, hangi ele tevdi edilmiş olursa olsun, her memlekette mevcut üstün hâkimiyetin bizzat meydana getirdiği mahkemeler nezdinde bu hâkimiyetin mümessili olan Devletin muhakeme edilemeyeceği fikrini müdafaa eden müelliflerin umumi nazariyeleri olmuştur". (53). Yeni bir dava dolayısıyla (54) Birleşik Devletler Ali Mahkemesi hakimlerinden meşhur ve çok liberal olarak tanınmış hakim Holmes, Devletin kaza muafiyeti prensibini, hukukun yaratıcısı olması ve bunun neticesinde de hukukun üstünde olması esasına istinat ettirmektedir. Şu halde hiç kimse, mahkemeler önünde, Devletin muvaffakati olmadan, Devlete karşı hakkını talep edemeyecektir. Hakim Holmes şöyle diyordu: "Bir usul meselesinden veya eski bir nazariyeden dolayı değil, fakat, hakkın dayandığı objektif hukuku meydana getiren kudrete karşı bir hak dermeyeran edilemeyeceği hususundaki mantıkî ve pratik fikirden dolayıdır ki bir hükümdar her türlü takipten masumdur". "Zira, başkasına karşı zor kullanılabilir amma, kendi kendine zor kullanmak imkânsızdır". Bodin, République isimli eserinde şöyle demektedir: "Hiç kimse, kendi yaptığı statüye bağlı olmak mecburiyetinde değildir".

Diğer bir hadise dolayısıyla (55) şöyle diyordu: "Hukuku yaratan makamın bizzat bu hukuka üstün olduğunu ve başkalarına tatbik ettiği kaidelerin kendisine de tatbikine muvaffakat etmiş ise, bu muvaffakatin tamamen serbest olduğunu ve her zaman geri alınabileceğini kabul etmek mecburiyetindeyiz."

Bu izah tarzı bir Amerikan hukukçusu tarafından, "mantıkî görünüşüne rağmen, takiplere karşı Devletin kazaî muafiyeti bulunduğu fikrini destekliyen muhtelif esbabı mucibelerden belki en kısırı" olması bakımından ve yirminci asrın demokrat bir cumhuriyetinin modern fikirle-

(52) 1793'deki meşhur Chisholm v. Georgia davasında baş hakim Jay, İngiliz hukukundaki muafiyet kaidelerinin temelini teşkil eden Kralın hakimiyeti nazariyesinin, Amerikan Federal teşkilâtınca ve diğer Devletlerce red edildiğini beyan etmiştir.

(53) United States v. Lec, 106, U. S., 206.

(54) Kawanakoa v. Polybank, 205, U. S., 349, 1905.

(55) The Western Maid, 257, U. S., 419, 1922.

rinden ziyade, orta çağın mutlak hakimiyet nazariyesiyle hem ahenk olduğu için tenkit edilmiştir (56).

Devletin kaza muafiyetine sahip olduğuna dait diğer izah tarzları da şunlardır: Devletin hakimiyeti fikri ile hususi şahıslar muvacehesinde hukuken mesul olacağı fikrinin bir birleri ile bağdaşamıyacağı; zarar verici fiil ancak bir memur veya bir ajan tarafından işlenebilir ve bunun neticesinde de bir hükümet tasarrufu olur; (57); takiplere maruz kalmannın Devletin haşmetine uymıyacağı; aksi halde, uhdesine düşen büyük işlerin yapılmasına muhalefet edilebileceği; Devletin borçlu sıfatıyla mahkeme önünde çıkmasının ve mahkûm edilmesinin doğru olmadığı, v.s. (58).

Haksız fiilden veya mukaveleden doğan mesuliyet için Devletin kazaf muafiyetine müteallik İngiliz doktrininin Birleşik Devletlere girmiş olmasının ısbatı veya izahı ne olursa olsun, yalnız Devletin muvaffakati hali hariç olmak üzere, bu nazariye bu gün Amerikada mevcuttur ve Amerikan hukukunun başlıca prensiplerinden birini teşkil etmektedir.

İngilterede Taht, -İngiliz Devleti için bu tabir kullanılmaktadır- ancak "petition of right" diye anılan usule uygun olarak takip edilebilir; bu "petition of right" usulünün başlangıcı 14 veya 13'üncü arsa kadar inmektedir (59).

Bu usulün, "Tahtın kudsiyeti ile tabanın haklarını uzlaştırmak ve Tahtdan gelebilecek zararlı hareketlere karşı tabayı korumak için" mevcut olduğunu bir İngiliz mahkemesi kararında belirtmektedir. (60). Profesör Laski, "bir mütalebe hakkını kabul etmeden, adaletin tevzi edilemeyeceğine" işaret etmek suretiyle, "petition of right" kaidesinin hakiki değerini belirtmeğe çalışmaktadır. (61). Bu, ika edilmiş bir zararın tazmi-

(56) Zikredilen makale, Borchard, Yale Law Journal, t. XXXVI, s. 1.

(57) Bu esbabı mucibe ve diğerleri Prof. Freund tarafından red edilmiştir. Bak. Pol. Sc. Quart. t. VIII, s. 645.

(58) Bu nokta gayet iyi bilindiği içindir ki Birleşik Devletler Ali Mahkemesi ilk kararlarından birinde (Chisholm v. Georgia, 1793, - yukarda zikredilmişti-) Federal Birliğin azasından olan Devletlerden birinin hususi bir şahıs tarafından Federal Mahkemeler nezdinde takip edilebileceklerini ve bir takibe maruz kalmannın Devletin kudsiyetine bir leke getirmeyeceğini, ve hakimiyet ile takip edilme arasında kabili telif olmayan bir noktann mevcut olmayacağını belirtmektedir. Bu karar büyük bir muhalefetle karşılandı ve Ali Mahkemenin bu gibi davaları kabul etmek selihyetinin Anayasadan çıkarılması için bu kanunda 11'inci tadilat yapıldı.

(59) Bak. Holdsworth, The History of Remedies against the Crown, Law Quart. Rev., t. XXXVIII, 1922, s. 141, vd.

(60) Lord Cattenham, Monekton v. Atterney general, 1850.

(61) Laski, Responsibility of the State in England, Pol. Sc. Quart. t. XXXII, 1919, s. 455.

nini istemek için hak sahibi tarafından Tahdın luftuna sunulmuş basit bir istidadır ve mahkeme huzurunda muhakemenin olup olmayacağına karar vermek Tahdın -halen Baş Hukuk Müşavirinin veya İç İşleri Bakanının- elindedir. Arzuhalin "petition" kabul edilmiş olması, -ki umumiyetle kabul edilmektedir- ve iddianın karar bağlanmak üzere mahkemeye sevkedilmiş olması halinde Taht, davacıya nazaran kendisine bir çok usul üstünlükleri temin eden ehemmiyetli imtiyazlardan istifade etmektedir. Şurasını belirtmek yerinde olur ki, "petition of right" usulü ile Devlete karşı açılan davalardan haksız fiile istinat edenleri zaten kabul edilmemektedir. Taht tarafından bir mukavelenin ifa edilmemesinden dolayı açılan zarar ziyan davaları (62), Tahtça el konulmuş mülkiyet mevzuu eşyayı geri almak için açılan istirdat davaları, veyahut mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan tazminat talepleri için, ve sadece bunlar hakkında, Tahda karşı dava açılabilir. (63). Taht ajanlarının haksız fiillerinden mütevellit ika ettikleri zarar ve taharibat için bir tek müracaat yolu vardır: bu yol ajan aleyhine dava açmaktır; fakat, tazminata mahkûm edilen ajan, bu tazminatı ödeyecek derecede bir malî kudrete sahip değilse, dava bir netice vermeyecektir.

Tahdın sahip olduğu manevî üstünlük, yüksek memurlarını ve "Tahdın müntesipleri" sınıfına giren Devlet organlarını da korumaktadır. Yani memur ve ajan olanları. Böylece, posta ve telgraf hizmetinde çalışan ufak bir memurun ihmalden dolayı zarar gören bir vatandaş, posta ve telgraf umum müdürlüğüne karşı bir zarar ziya davası açamaz. Sadece memurun şahsına karşı bir talepte bulunabilir (64). Ve bu hal, büyük idare ve idare organları için böyledir; yalnız kanunun teşbit etmiş olduğu ahvalde veyahut idare veya organın Tahdın bir müntesibi olması halinde bazı istisnalar mevcut bulunmaktadır. (65). Tahda "mensup" organlar ile mensup olmayan organlar arasındaki hududu tesbit eden hat sarîh değil-

(62) 1874'e kadar bu hak bile tanınmış değildi, Thomas v. Queen, LR, Q. B. 31.

(63) Zikredilen makale, Holdsworth, s. 263.

(64) Bainbridge v. The Postmaster General, 1906, s. K. B. 178.

(65) Meselâ, 1919 tarihli bir kanuna istinaden Ulaştırma Bakanlığı, her hangi bir muameleden, haksız bir fiilden, hizmetiyle ilgili her hangi bir münasebetinden dolayı takip edilebilir ve memurları, müstahdemleri ve ajanlarının hareket ve ihmallerinden dolayı hesap vermeğe mecburdur. Gene Çalışma Bakanlığı, 1894 tarihli «Merchant Shipping Act» kanununa göre, ticaret gemilerine koyduğu «sebebsiz ambargo»dan dolayı takip edilebilir. Kabinedeki Hindistan Nazırı da, bazı hususî ahvalde takibe muhatap olabilir. Profesör Holdsworth «petition of right» usulünün, diğer vekâletler için de takibat yapılabilmesi için teşmil edilmesini arzu etmektedir. Law Quart. Rev. t. XXVIII, s. 296.

dir ve bunu tesbit etmek için mahkemelerin çalışmaları gayrı vazihdir ve bir hayli keyfî olmuştur. (66).

Böylece Posta Umumu Müdürlüğü ve Ziraat Vekâleti Tahtdın mensupları addedilmekte, fakat, sahil fenerlerini yakmak ve İngiltere sahillerine şamandıra koymakla mükellef olan "Corporation of Trinity House" ve Mersey Dokları idaresi, bir kanunla Tahtdın müntesibi sayılmamaktadır; şu halde birinciler takibattan kurtulmuş oldukları halde, ikinci kategoriye girenler hukukî takibata maruzdurlar.

Aynı ayırma Amerikan içtihadında da mevcuttur; bu içtihada göre haksız fiilden dolayı takibat ancak hapisaneler, darülcizeler, hastahaneler, eğitim ve benzeri Devlet müesseselerine karşı yapılabilmektedir. (67).

Profesör Maitland, "Tahtdın, haksız fiillerinden dolayı cevap vermeye zorlandığını ve takip edildiğini görmek hakiki bir zevk idi" demektedir. (68).

Bununla beraber İngiltere'de az rastlanan bir durum idi bu. Yukarda işaret ettiğimiz gibi Taht, haksız fiillerinden dolayı hiç bir surette takip edilemez, veyahut, Tahtdın "müntesibi" olmaları bakımından, yalnız akdî mevzularda ajanlarının hareketleri için, Tahtdın kendi arzusuna bağlı olan "petition of right" usulüyle takip edilebilir. Fakat, hakkında takibat yapabilmek için Tahtdın muvafakatini almış bile olsa, dava açmağa teşebbüs eden müddei, daha işin başında zorluklara muhatap olmakta ve aleyhinde olan usul mesell'lerinden dolayı, Tahtla müsavi bir durumda bulunmamaktadır (69). Bunun neticesi, Devletten bir mütalebede bulunanların yaptıkları takibatı güçleştirmekle kalmamakta, fakat ekseriyya, Fransa ve Almanyada aynı şekilde dava açanların kısa bir zamanda ve az bir masrafla elde ettikleri tazminat yerine, bir muvaffakiyetsizlik tevhit etmesidir.

Birleşik Devletlerdeki durum İngiltereden pek farklı değildir. Bununla beraber, Birleşik Devletlerde bir Kırılın yokluğu, Cumhurbaşkanının hiç bir zaman bir hükümdar olmaması ve bundan dolayı da adalet işlerin-

(66) Hangi organların Tahtdın müntesibi olduğu ve hangilerinin olmadığı hakkında şu içtihatlara bakınız: Moore, Liability for Acts of Public Servants, Law Quart. Rev. t. XXIII, 1907, s. 16 vd.

(67) Bu karar, Borchard tarafından Yale Law Journal'da hülâsa edilmiştir, t. XXIVX, s. 16 vd.

(68) Collected Papers, t. III, s. 263.

(69) Bu müşkillerden bazısı, İngiliz hukukunda bir reform yapılmasını isteyen Profesör Morgan tarafından izah edilmektedir, Op. Cit. s. XXV.

de bir selâhiyetinin bulunmaması, bu memlekete "petition of right" usulünün girmesine mani olmuştur. Amerikada, İdare veya memurlarının karar ve ziyan verici haksız fiillerinden mutazzar olan veya bir mukavele münasibetiyle hükûmete karşı bir alacak hakkına sahip olan hususi şahıslar, zararlarının tazmin edilebilmesi için bir kanun çıkması hakkında âmme kudretinin yüksek sahibi olan teşrii organın alıcenaplığına müracaat ediyorlardı. Bir mahkeme olmakdan ziyade siyasi bir makam olan teşrii organ, vaki talepleri iyi, bir şekilde tetkik etmeğe ve pek zor hukuki incelikler arzeden bu meseleleri uygun bir hükme bağlamağa muktedir değildi. Bunun neticesi şu oldu ki, bir çok haklı davalar red edildi, ve bir çok temelsiz ve mesnetsiz talepler, fırsatlar veya talepte bulunanların siyasi nüfuzları dolayısıyla kabul edilmiş oldu. (70).

Bu acıklı hale bir çare bulmak için Kongre, 1855'de çıkarttığı bir kanunla, kanunlara veya bir nizamnameye veyahut da Birleşik Devletler hükümetiyle yapılmış sarîh veya zımnî bir mukaveleye müstenit davaları incelemek üzere "Federal Courts of Claims" diye bir mahkeme kurdu (71).

3 Mart 1887 kanunu ile mahkemelerin selâhiyetleri bir az genişletildi; fakat bu kanun Alî Mahkemece o kadar dar bir şekilde tefsir edildi ki, selâhiyetlerin tevsi edilmesi pek az bir mana ifade etti. Birleşik Devletlerdeki bu mahkeme, Fransız Devlet Şurasına en fazla benziyenidir, (72); bununla beraber, azalarından bazılarının faal idareye mensup olmaları bakımından Devlet Şurasından ayrılır; bu, dar manada bir hukuk mahkemesidir. Zaten Fransız Devlet Şurasıyla arasındaki esaslı fark, bu mahkemenin selâhiyetlerinin dar olmasındadır; yani, ajan ve memurların ve Birleşik Devletlerin haksız fiillerinden mütevellit Devlet aleyhine açılan davalardaki selâhiyetsizliğinde bu fark daha barizdir. (73). Amerikada da, İngilterede olduğu gibi dava, haksız fiili şahsen işlemiş bulunan ajan veya memur aleyhine açılmaktadır. (74).

(70) Bu mesele hakkında bakınız: Maguire, State Liability for Tort, Horvard Law Rev. t. XXX, 1916, s. 23; Freund, Private Claims Against the State, Pol. Sc. Quart. t. VIII, 1893, s. 638 ve hakim Richardson'un mütalâası, United States Courts of Claims Report, t. XVII, s. 1.

(71) Courts of Claims'e müteallik malûmat için bak. Borchard, Yale Law Journal, t. XXXIV, s. 29. Burada, mahkemeler için yazılmış eserler hakkında da bibliyografya vardır.

(72) New York ve Illinois gibi Birliğin bazı Devletlerinde, federal devlettekine benzeyen «Courts of Claims»'ler, Devlet aleyhine açılan davalara bakmak selâhiyeti ile teçhiz edildiler.

(73) Bununla beraber Kongre, tesadüfî olarak, haksız fiillerden mütevellit zararlar için açılacak davalarda «Courts of Claims»'e müracaatı tavsiye eden kanunlar çıkarmıştır.

(74) Millî Hükümeti (federal) ve Devletlerin Hükümetlerini alâkalandıran işlerde bu, umumî bir prensiptir. İdari bir kusurdan mütevellit ika ettiği zararın tazmini için ne bir devlet idarecisi ve ne de Birleşik Devletler Cumhurbaşkanı, basit bir vatandaş tarafından ta'kip edilemez.

İngilterede olduğu gibi Amerikada da vekiller, Devlet başkanının muafiyetinden tamamen veya kısmen istifade ederler. 1870'e kadar yalnız bir vekile karşı takip talebinde bulunuldu ve bu hadisede dava muvaffakiyetsizlikle neticelendi, (75); daha sonraları aynı davacı "Postmaster General" aleyhine bir zarar ziyan davası açınca mahkeme, bu yüksek memurun haksız fiillerinin neticesinden mesul olmadığı şekilde kararını bildirdi. (76).

İngilterede ve Birleşik Devletlerde, tazminat ve mesuliyet davalarına karşı muafiyet bazı mahallî idarelere de teşmil edilmiştir, -beledi teşekküller, nahiyeler, şehirler, mektep mıntıkları vs.-. Bu muafiyet, hükümet vazifesini ifa etmek için Devlet tarafından meydana getirilen ve onun birer talî taksimatı olan organların, kendilerine vücut vermiş olan Devletin haiz olduğu muafiyetlerden istifade edeceği nazariyesine dayanmaktadır. Hatta bazı Amerikan mahkemeleri, nahiye idaresine karşı açılan bir davayı Devlete karşı açılmış telâkki ederek, böyle bir davanın, teşrii organın sarih muvaffakati olmadan mesmu olamayacağını söylemek derecesine bile varmışlardır. (77).

Belediye idarelerine gelince, bilhassa Birleşik Devletlerde umumi kaidede, kamusal ve hükümete müteallik hizmetlerin ifasında memurlarına veya ajanlarına kabili isnat haksız fiillerden dolayı belediye teşkilâtının mesul olmadığıdır; fakat hizmet korporatif, ticarî veya mülkiyete müteallik ise, bu takdirde mesuliyet bahis mevzuudur; yani, Fransada temsilî tasarruflarına müşabih hallerde mesuliyet vardır; meselâ elektirik ve hava gazı, su tevziatı, otobüs ve tramvay hizmetlerinde olduğu gibi. Hangi hizmetin bu kategorilerden birinin içine girdiğini tesbit etmede içtihat ümitsiz bir karışıklık içindedir; ekseriya muayyen bir Devlet mahkemesinin kabul ettiği ayırma kıstasına göre, muayyen bir hizmetin ifasında bir taahhüdün nakıs bir şekilde yerine getirilmesinden dolayı bir mahalli idarenin tazminata mahkûm edilmesi icap ettiği halde, aynı hadisede ele alınan başka bir kıstasa göre o mahalli idarenin kazaî muafiyete sahip olduğu neticesine varılmaktadır; zira, esas ittihaz edilen kıstasların esası

(75) Stake v. Kendall, 1845, 3. Horvards, Rep. 87.

(76) Spanlding v. Vilas'ı mukayese ediniz, 161, U. S., 483. Vekillerin kazaî muafiyetleri hakkında bak. Goodnow, Principles of the Administrative Law Of The United States, 1905, s. 399, vd.

(77) Heigel v. Wicita County, 1892, 84, Tex. 392 hadisesinde Teksas hadisesinde Mahkeme şu şekilde karar vermiştir, Vilâyetlerin, bilhassa mameleklerinin ve müesseselerinin idaresindeki ihmallerinden dolayı hukukî mesuliyetlerini kabul eden bir çok kanunlar Teşrii Meclisler tarafından çıkarılmıştır.

tamamen keyfi ve gayrı mantikidir. Bazı Amerikan hukukçuları, her şehrin iki vazifesi bulunduğu ve bunların arasında yapılmak istenilen tefrikin hiç bir esasa istinat etmediğini ve dolayısıyla terk edilmesi icap ettiği müdafaa ediyorlar. (78). Hatta mahkemelerin bazıı, "beledi teşekküllerin" mesuliyetlerinin veya ademî mesuliyetlerinin istinat ettiği esasların mantıkî ve sağlam olmadıklarını bizzat kendileri kabul etmiştir. Mahkemelerce umumiyetle tatbik edilen prensipler tenakuzlara varmakta ve aynı mahiyetteki hadiselerle ayrı kıstasların tatbik edilmesi neticesini tevhit etmektedir. (79).

Bir dava dolayısıyla garp Devletlerinden birinin Ali Mahkemesi, haksız fiilinden mütevellit tazminat davası için, kanunla verilmiş sarih muvaffakati olmadıkça, hiç bir Devletin mesul olmayacağına hükmetmiştir. Mevzubahis hadisede bir vatandaş, mülkiyeti Devlete ait olan ve fakat spor gösterileri için hususi şahıslara kiralanmış bulunan bir esliha salonundaki natamam bir korkuluğun yıkılmasından mutazarrır olmuştu. Fakat, vaka unsurlarının aynı olduğu başka bir hadisede "beledi teşekkülün" haksız fiilden dolayı mesuliyetine hükmedilmişti. (80).

Bir Amerikan hukukçusu bu abes durum için şöyle demektedir: "Böyle bir doktrinin basit izahı, onun kâfi bir reddi sayılır. İşte bu çeşit hokkabazlıklardır ki halkın hukuk tedrisatına karşı nefretini kamçulamaktadır; hoş olmayan bir kaç kelimeyle vaziyeti izah etmek istersek, bu, bir Amerikan mahkemesinden sadır olmasını istemediğimiz, kuvvetin hak olduğudur". (81).

İşte İngiltere ve Birleşik Devletlerde, Devletin, memurların, ajanların, müesseselerin ve teşekküllerin haksız fiillerden dolayı hususî şahıslara ıka ettikleri zararlar için mesuliyetleri, ve bu fiillerinden dolayı maruz kalabilecekleri takipler için kazai muafiyetleri hakkındaki durum böylece hulâsa edilebilir. Bu iki memlekette mevcut olan rejim, haksız fiilleri için mesuliyetsizliğin ve kaza muafiyetinin aşağı yukarı kaybolduğu Fransız ve kara Avrupasının diğer memleketlerinde mevcut bulunan rejimle taarruz halindedir.

Fransada da, bu mesuliyetsizlik prensibi, daha önceleri bir kaide idi; fakat, bir taraftan Devletin bir hümi şahsiyet olarak kendine terettüp e-

(78) Borchard'a bak. Government Liability in Tort, Yale Law Journal, t. XXXIV, s. 49. Bu makale beledi teşekküllerin mesuliyetlerine müteallik içtihatların mufassal bir hulâsasını muhtevlidir.

(79) Riddoch v. State, 68, Wash, 329.

(80) Little v. Holyake, 199, Mass, 114.

(81) Maguire, zikredilen makale, Harvard Law Rev. t. XXX, 1916, s. 132.

den vazifeleri ve hakları olduğunu belirten demokratik anlayışın inkişaf etmesi, ve diğer taraftan da Devlet faaliyetlerinin artması ve amme hizmetlerinin ifasında Devletin geniş bir korporasyon telâkki edilmesi ve memleketin en büyük iş vereni haline gelmesi neticesinde, Devletin de, haksız fiillerinden dolayı zarar ıka ettiği hususi şahıslara, tıpkı hususi sektördeki patronlar gibi tazminat ödemesi ve mesul olması icap ettiği fikri yerleşti. Hülâsa olarak denilebilir ki, biri Devlet için ve diğeri de Devletinkinden ayrı olarak hususi sahadaki iş veren için cari olan bir birinden ayrı iki mesuliyet kaidesi yoktur. Hususi müteşebbise tatbik edilen "istihdam edenin, istihdam ettiklerinin fiilinden dolayı mesuliyeti" hakkındaki bu meşhur kaide, istihdam eden Devlete de tatbik edilmelidir. Bu düşünüşün tesirile, Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesinin bir eseri olarak Devletin mesuliyetini tesbit eden bir içtihat Fransada teşekkül etti ve bu içtihat sayesinde hususi şahıslar, âmme makamlarınca ıka edilmiş zararlardan dolayı tazminat alacaklarından emin oldular; bu hal, "Rule of Law" kaidesinin cari olduğu anglo sakson memleketlerinde mechul kalmış bir noktadır. Sadece Devletin mesul olması ve hususi şahısların ta kiplerine maruz kalması kâfi değildi; Devletin yanında vilâyetler ve komünlerde mesuldüler; ve Fransada, Tahtın "müntesibi" olan ve olmayan diye idarî teşekküller ve organlar arasında bir tefrik bahis mevzuu değildir. Bundan ayrı olarak, Amerikada mevcut olduğu gibi, beledi veya yarı -beledi korporasyonlar veyahut da belediye vazifeleri arasında "hükümete ait" veya "hususî" vazifeler diye bir ayırma Fransada mevcut değildir. Fransada, haksız fiilin ıka edildiği zamanda yapılmakta olan amme hizmetinin mahiyeti ne olursa olsun, vilâyetler ve komünler haksız fiillerinden her zaman mesuldürler. Mesuliyet, hükmedilen tazminatı ödeyecek kaynak'ara belki sahip olmayan zavallı memurun omuzlarına yükletilmiştir. Fransızlar, memurların vazifelerini ifaları sırasında yapmış oldukları hareketlerin, kendisini istihdam eden Devletin hareketleri gibi telâkki eden nazariyeyi benimsememişlerdir; tıpkı, hususi hukukdaki vekilin hareketlerinden müvekkilin mesul olması gibi. İngiltere ve Birleşik Devletlerde Parlâmentoca çıkarılıp da Devlete mahdud bir mesuliyet yükliyen kanunlar gayet dar bir şekilde tefsir edilir ve bazı hallerde (meselâ, 1887 de neşredilen Tucker Act) bu mesuliyet bir hiç mesabesine indirilirken, Fransada, Devletin mesuliyeti doktrini, bilindiği vechile, Devlet Şûrasının liberal tefsirleriyle gittikçe genişlemiştir. Fransada, Devletin mesuliyetine müteallik hususlarda hakimiyet tasarrufu ve temsilyet tasarrufu ayırımı, bilindiği vechile terkedilmiştir; Fransız hukukçularından bazıları, Devlet Şûrasının yeni içtihadını, eskiden mevcut şahsi kusur ve hizmet kusuru ayırımının bir terki, ve her iki kusur arasında bir fark gözet-

meksizin her iki halde de Devletin mesuliyetinin kabul edildiği şeklinde tefsir etmektedirler. (82). Münakaşa mevzuu olan bu nokta üzerinde ne söylenirse söylenir, Uyuşmazlık Mahkemesinin şahsi kusuru gittikçe daha dar bir şekilde tefsir ettiği ve geniş bir tefsir yolu ile kusuru, hizmet kusuru addetmeğe imkân hasil oldukça hizmet kusuru saydığı ve dolayısıyla de mesuliyeti Devlete yüklemeye çalıştığı red edilemeyecek bir hakikattir. (83).

Bu son seneler zarfında Fransız idare mahkeme'lerinin içtihatlarının umumi temayülü, şahsi kusur ve hizmet kusuru tefrikinin yapmaksızın, idare makamlarının bütün kusurlarından mütevellit zararların mesuliyetini Devlete yüklemek merkezindedir. (84). Duguit gibi bazı Fransız hukukçuları, Devletin mesuliyetine esas olmak bakımından kusur mefhumunu tamamen red etmektedirler; -Duguit, hakikat halde Devlet kusur işliyemez demektedir- ve onun yerine risk, sosyal risk prensibinin ikame edilmesini istemektedir (85). Bu görüş tarzı Amerika'da sempati ile karşılanmıştır. (86). Yeni içtihadın gelişmesi neticesinde memurların mesuliyeti azalmış ve onun yerine Devletin mesuliyeti geçmeğe başlamıştır. Haurion, eğer bu temayül devam edecek olursa, ileride şahsi kusur için memurlar aleyhine her hangi bir dava açılmayacağını ve bütün zarar ziyan davalarının Devlete karşı ikame edileceğini söylemektedir. (87). Bir İngiliz veya Amerikan hukukçusu için, şahsi kusurundan dolayı memurun mesul olmasının kaldırılması tahammülsüz bir şeydir; zira onlar, bu gibi hareketlerin mesuliyetinin Devlete yükletilmiş olmasını esasından yalnız telâkki etmektedirler ve bundan ayrı olarak da, vazifesinin ifasında memurların başlıca muharriki olan kanuna bağlılığın ortadan kalkacağını zan etmektedirler. (88). İhtimal dahilinde olan bu tehlike, Fransız müelliflerinin de gözünden kaçmış değildir. (89). Bunun mukabilinde, vazifesini ifa ederken yapabileceği kusurlardan mesul olan ve takibat neticesinde bu kusurlarından mutazarrır olan hususi şahıslara tazminat ödemeğe mahkûm olan memurun, bütün bu risklerin muvacehesinde vazifesini yaparken

(82) Jèze, R. D. P. t. XXVII, s. 76; t. XXXI, s. 596.

(83) Hauriou tarafından zikredilen hadiselere bakınız, Op. Cit. 10'uncu tabı, s. 373.; Duguit'nin işaret ettiği noktalar, Transformations, s. 261.

(84) Zikredilen makalede Flinaux'nun çıkardığı neticelere bak. s. 356. Sonra, Tomaso, Greco, Pluchard, Regnaud, Deroziere kararları ile Cot tarafından zikredilen diğer kararlara bakınız, s. 238.

(85) Traité de droit Constitutionnel, 2 inci tabı, t. III, 1923, sect. 81.

(86) Yukarda Laski ve Borchard'ın zikredilen makalelerine bakınız.

(87) Lemonier davasındaki notuna bak., 1918, ve aynı zamanda Cot., Op. Cit. s. 315-324.

(88) Laski ile mukayese ediniz, Zikredilen makale, s. 158; Ve Wolton, zikredilen makale.

(89) Jacquelin, Les principes dominants, s. 124.

ve kanunu tatbik ederken korkak ve çekingen olacağını teslim eden Amerikan hukukçuları da yok değildir. Meselâ, kanun yapılmasını emrettiği halde, teknik bilgisi olmayan bir jüri tarafından, şarbon hastalığına müptelâ bir hayvanın hasta olmadığına karar verilebileceğini, bunun neticesinde de yaptığı fiilin gayrı kanuni olacağını ve sıhhat memurunun mal sahibine kesilen hayvanın bedelini tazmin etmesi lâzım geleceğini bir sıhhat memuru bilirse, şarbon hastalığına tutulmuş bir atın kesilmesine emir vermekte tereddüt edeceği muhakkaktır.

Şahsi mesuliyet prensibinin memurun çalışması üzerine yapacağı te-sirleri bir tarafa bırakarak düşüncecek olursak, pek az bir maaşı olan küçük bir memura hizmetin riskini yüklemek ve zayıf malî kaynakları ile kusurunun günahını tazmin ettirmek gayrı adil görünmektedir. Kusurun masum kurbanını da, bir çok hallerde tazminatı ödeyecek kadar parası olmayan bir memura karşı, kuru bir dava hakkından başka bir çareye başvuramaz halde bırakmak da adaletsizliktir. Ve bu adaletsizlik, Devletin de memurun kusurundan faydalanmağa kalkması halinde son haddine çıkar. Böyle bir mesuliyet sisteminin, anglo-saksonların çok iftihar ettikleri "Rule of Law" -Hukuk Devleti- kaidesiyle nasıl bağdaşabileceğini keşfetmek kolay değildir. (90). Son seneler zarfında, Devletin mesul olmadığı ve kazaî muafiyeti bulunduğu hakkındaki anglo-Amerikan sistemi, "az tatminkâr", "gayrı mantıklı", "vakti geçmiş", "hukuk devleti fikri" ile gayrı kabili telif ve modern hayatın icaplarıyla hiç bir münasibeti olmadığından dolayı, İngiliz ve Amerikan hukukçuları arasında kendisini inkâr etmekten çekinmeyen hasımlarla karşılaştı. Filhakika, bu mevzu üzerinde yeni yazı yazmağa başlayan müelliflerden bazıları bu nazariyeyi müdafaya teşebbüs etmişlerdir; fakat, çok muhtemeldir ki, Dicey'in noktayı nazarını müdafaa edecek bir kimseye bu gün artık rastlanamaz. Bilakis, bu müelliflerden bir çoğu, kara Avrupası idare hukukunun umumi prensiplerine ve idarî kazasına karşı büyük bir sempati izhar etmişlerdir. Anglo-Amerikan rejiminin tenkidi ve istinat ettiği mevzuatta reform talepleri, hem İngilterede ve hem de Amerikada devlet hizmet ve faaliyetlerini geniş bir şekilde arttırmıştır. Eskiden ferdiyetçi bir felsefî politikanın tesiriyle Amerikan ve İngiliz Devletleri, posta hizmetlerinin dışında içtimaî faideyi haiz pek az hizmetin ifasını deruhte ediyorlardı. Fakat devletçilik ve devlet sosyalizmi fikrinin gelişmesi neticesinde bu durum tamamiyle değişti. Her iki memlekette de kanallara, doklara, limanlara ve sulama vasıtalarına sahiptir ve bunları işletmektedir; -İngiltere de demir yolları ve telgraf dahil-; bir çok iktisadi ve ticari müesseselere sahiptir, nakliyatçılıkla uğraş-

(90) Borchard, Yale Law Journal, t. XXXIV, s. 8.

maktadır ve böylece, hususi şahıslar ve şirketlerle rekabet ederek, iktisadi ve ticari teşebbüslerin normal faaliyetine müdahaleye başlamıştır. Müteşebbis ve idareci olarak Devletin rolünün değişmesi, kendisini gayri mesul ve kazaî murakabeden masum tutan o yüksek mevkiinden inmesini tevhit etti ve hususi şahıslarla aynı mesuliyet derecesinde bulunması için ileri sürülen taleplerin artmasını sağladı. Hususi şahıslarda aynı işleri yapan ve onların bir nevi rakimi bulunan Devlet, kendilerine karşı adil olabilmek için, kendisi için ademi mesuliyet ve hususi şahıslardan olan rakipleri için mesuliyet kaidelerini artık bertaraf etmelidir. Her ne zaman ki bir Devlet hususi hukuk sahasına giren ve kendisine bu sahada bir hususi hukuk şahsı sıfatı yeren bir faaliyetle iştigal ederse, artık haksız fiillerinden dolayı gayri mesul ve kazaî murakabeden muaf olduğuna dair ileri sürülen esbabı mucibeler alt üst olur. Bu gibi hallerde Devletin mesuliyeti, sadece adalet fikri bakımından değil, fakat aynı zamanda hukuk mantığı bakımından da mahkûm edilmektedir. (91).

Pek eski ve sağlam bir prensip olan «istihdam edenin mesuliyeti» kaidesi, nasıl hususi müteşebbislerce tatbik ediliyorsa, aynı şekilde ve Kara Avrupası Devletlerinde umumiyetle tatbik edildiği şekliyle kabul ve tatbik edilmelidir. Kusurlarından ve haksız fiillerinden dolayı masum memurların muvacehesinde mesuliyetin Devletçe deruhte edilmesi ve bu mesuliyetin tesbit edilmesi için mahkemeleri selâhiyetli kıлма, Devleti itibardan düşürmediği gibi, kudretinden bir şey kaybetmesi neticesini tevhit etmez. Bu, sosyal bir toplulukta, herkesin fiillerinin risklerine muhatap olması ve bu risklerin vecibeler yüklemesinden başka bir şey değildir. (92). Bu mesuliyetin İngilterede ve Birleşik Devletlerde kabul edilmesindeki gecikmenin sebebi ikidir: bir taraftan bu iki memlekette, amme hukukunun inkişafına mani olan an'aneye mübalâğalı bir zevkle bağlanmak, ve diğer taraftan da, yeni telâkkiler istifadelerine arzedilmiş olmasına rağmen, İngiliz ve Amerikan içtihadında halâ bir leke gibi duran orta çağ hukuk telâkkisine batıl bir hürmetle sapanmak.

Şurası şayanı şükrandır ki, izah etmiş olduğumuz fikirlerin inkişafı, her iki memleketin pozitif mevzuatı üzerine tesirsiz kalmadı. Bununla beraber İngilteredede, haksız fiillerinden dolayı Devlete karşı açılacak davaların önünde duran manialarda ancak iki rahne açılabilir. Bunlardan birincisi, «sebepsiz ambargo» koyması halinde Ticaret Vekâletini mesul tutan ve kabilî takip olduğunu bildiren 1894 tarihli Merchant Shipping Act isimli kanundur; bu kanunla çok mahdut olan mesuliyet, tatbikat-

(91) Freund, Private Claims Against the State, Pol. Sc. Quart. t. VIII, s. 650.

(92) Laski ile mukayese ediniz. a. g. m. s. 451.

ta daha az bir ehemmiyet arzetmekte idi; diğeri, 1919 senesinde kabul edilen Ministry of Transport Act kanunu olup, bu vekâleti, memurlarının -ajan ve müstahdem- fiil ve ihmallerinden mesul tutuyor ve hizmetle alâkalı olmak üzere haksız fiil veya mukaveleden doğan takiplere maruz bırakıyordu. İngiliz Deminyonlarında devletin mesuliyeti prensibi daha büyük bir ilerleme kaydetti. Kanada mevzuatı, kamusal hizmetlerin ifasından mütevellit zararlar için devleti mesul tutmaktadır ve buna benzer bir kanun Yeni Zellandada da kabul edilmiş bulunmaktadır. Garbi Avustralyada, Devletin bir gelir temin ettiği amme hizmetlerinin ifası sırasında meydana gelen zararlardan devlet mesuldür. Cenubî Yeni Gal'de, amme hizmetlerinin ifası sırasında hususi şahıslara ika edilen zararlardan dolayı Devletin mesul olduğuna Yüksek Mahkeme karar vermiştir. Mahkemenin belirttiği nokta şudur: İngiliz Kolanilerindeki mahalli hükûmetler, daha mütekâmil memleketlerde hususi teşebbüse bırakılan demir yolu, kanal inşaatı gibi teşebbüslere girişmek ve bunun neticesi olarak da büyük miktarda işçi kullanmak zaruretindedirler; eğer bu gibi şartlar altında "kırılın asla hata etmediğine mütedair" eski prensip tatbik edilmiş olsa idi, şartları tamamen başka olan İngiltereye nazaran vaziyet çok daha üzücü olurdu. (93).

Devletin kazaî muafiyetine ve ademi mesuliyetine dair eski nazariyeye en büyük darbe, Avustralya Commonwealth Parlamentosu tarafından 1903 de kabul edilen Judiciary Act ile vuruldu; buna göre Commonwealth, kendisi ile memurları arasındaki münasebetlerde istidam edenin mesuliyeti prensibinin tatbik edilebileceği bütün hallerde, haksız fiillerden dolayı mesuldür. Aynı kanunla eskiden usulü muhakemeyi tanzim eden "Petition of Right" kalkmıştır ve mutazarrır şahıs, Tahtda karşı -yani Avustralya Commonwealth" davasını, alelade hususi şahıslara karşı olan davalar gibi takip edebilmektedir, Hülâsa olarak denilebilir ki alelade hususi şahıslar, gerek ihlâl edilen haklarının mahiyeti bakımından ve gerekse mahkeme önünde tabi oldukları usulü muhakeme bakımından Devletle hakiki bir eşitliğe ulaşmıştır. Bir İngiliz hukukçusu Avustralyada Taht "mahkemelerin kazaî selâhiyetini tamamen tabî olmuştur" ve hususi bir şahıs şimdi Commonwealth'i davacı sıfatiyle mahkeme önünde zorhyabilir ve "biz, Avustralyada Yüksek Mahkemenin, suallere cevap vermesi ve delil ikame etmesi için Commonwealth'i zorladığını görmüş bulunuyoruz" demektedir. (94). İlâve edebiliriz ki bu hal tarzını bir İngiliz hukukçusunun kabul ve teyid etmesi çok yerinde bir harekettir.

(93) Harvard Law Rev., t. XXX, 1916, s. 25.

(94) Morgan, Introduction G. Robinson, Public Authorities and Legal Liability, s. 30,

Şu son seneler zarfında Birleşik Devletlerde Devletin gayri mesul ve kazaî murakabeden muaf olduğu hakkındaki eski doktrini terk etmek ve hükûmet ajan ve memurlarının haksız fiillerinden dolayı meydana gelen zararlar için Devletin mesuliyetini kabul etmek hususunda büyük bir temayül belirmiştir. 1916'da Kongrenin kabul ettiği bir kanuna göre -Workingmen Compensation Act- Devlet hizmetinde çalışanların, vazifelerini yaparken maruz kalabilecekleri hasar ve zararlar için tazminat alabilecekleri esası kabul edildi. (95). Birinci Dünya Harbi esnasında milli hükûmet demir yollarının işletilmesini deruhte ettiği ve ticaret gemilerinin satışında ve işletilmesinde "Shipping Board" teşekkül ettiği zaman, hususi mülkiyette bulunan demir yolları ve ticaret gemilerinin tabi oldukları mesuliyeti kendisi de deruhte etti ve 1919'de kabul edilen bir kanunla da, kamusal hava yollarının işletilmesinden doğabilecek zararlar için de mesuliyet esası kabul edildi. 1922'de Kongrece kabul edilen diğer bir kanuna göre de, kanunî selâhiyetleri dahilinde hareket eden hükûmet memur ve müstahdemlerinin, ihmal neticesinde hususî şahıslara ika edilen ve 1000 doları geçmeyen zarar ve ziyanlar için Milli Hükûmetin muhtelif icraî makamları mesul addediliyordu. Nihayet 1925'de Kongrenin kabul ettiği başka bir kanun da, 1920'den beri hükûmetin işlettiği ticaret gemileri için kabul edilen mesuliyet prensibini, bundan böyle, donanma tarafından ika edilen zararlar için Federal Devlete de teşmil ediyordu. (96). Bu mesuliyeti deruhte etme hadisesi, Devletin mesuliyetinin inkişafında Birleşik Devletlerde bir devir açtı ve Devlet ticari mahiyetteki hizmetlerle uğraşırken, mesuliyetten beri olduğu hakkındaki eski kaidenin terk edilmesini tevlit etti. Federal ajan ve memurların ihmallerinden bin dolara kadar bir mesuliyeti kabul eden 1922 kanununun sahasının genişletilmesi lehine Birleşik Devletlerde umumi bir cereyen vardır. Eğer hükûmetin bin dolarlık bir zararı aşmayan hadiselerde mesul olması doğru ise, bu mikdarı geçen zararlar için mesul olması da aynı derecede doğrudur. Hali hazırda bin doları geçen talepler Kongreye arzedilmektedir ve talepte bulunan için yegâne hal çaresi, çok şüpheli olan bir tazminat kanununun Kongreden çıkmasıdır.

Kongre azaları ile "Claims Committee" azaları, bir çok defalar başka bir usulü muhakemenin kabul edilmesini istediler; talepleri, vaki iddiaları daha iyi tetkik edebilecek bir mahkemenin kurulması idi. Şimdi çok muhtemel görülmektedir ki yakın bir istikbalde Birleşik Devletler, bir kanunla, ajan ve memurların haksız fiillerinden, daha umumi ve daha ge-

(95) Federal Birliğin diğer Devletlerinde de buna benzer kanunlar kabul edilmiştir.

(96) Borchard'la mukayese ediniz, a. g. e. s, 498.

niş bir şekilde Devletin mesul olduğunu kabul edecek ve bu mesuliyet esaslarını tesbit edecek idarî mahkemeler kuracaklardır. Şüphesiz ki eski büyük dıvarda ehemmiyetli rahneler açılmıştır. Artık, bir taraftan peşin bir hükme ve diğer taraftan da yanlış bir anlayışa istinat eden kontinental idare hukuku ve idarî kazası hakkındaki itimatsızlık kaybolmak üzeredir. Birleşik Devletler, hiç olmazsa uzun bir zaman, deruhte edilen mesuliyetin mahiyet ve derecesinde veya açılan davaların usulü muhakemesinde, Fransa kadar ileri gidemezler. Fakat, Devlete karşı ferdî hakların kabulünün siyasî felsefede hâkim bir karakter teşkil ettiği ve "istihdam edenin mesuliyeti" doktrininin hususi hukukda çok müntaz bir mevki aldığı bir memleket hükûmetinin, kusurlu hareketlerinin mesuliyetini inkâr etmeğe ve kazaî muafiyet nazariyesinin eski ve itibardan düşmüş perdesi arasında saklanmağa devam edeceğini artık inanmak mümkün değildir.