

HİZMET KUSURU VE KARAKTERLERİ

Prof. Ragıp Sarıca

Hizmet kusuru ne demektir? «Hizmet kusuru» mefhumundan ne anlamak lâzımdır? Bunu izah edebilmek için —bu hususta Türk doktrin ve mehakim içtihadı oldukça fakir olduğundan— daha ziyade Fransız literatürüne ve jürisprüdansına dayanarak hizmet kusurunun, evvel emirde, umumî olarak ve kabataslak bir surette tarifini yapacağız; sonra da muhtelif karakterlerini tesbite çalışacağız.

I. Hizmet kusurunun umumî ve kaba taslak *tarifi* :

Hizmet kusuru idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âmme hizmetinin ya *kuruluşunda*, tanzim ve tertibinde veya *teşkilâtında*, bünyesinde, personeline yahut *işleyişinde* —gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, mürakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, ilh... şeklinde tecelli eden —bir takım *aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık* arzetmesidir.

İşte her ne zaman ki, bir âmme hizmetinin icrası zımında veya ifası dolayısıyla, muayyen bir ajan veya memura —malûm kıstaslardan herhangi birine göre— atıf ve izafesi mümkün şahsî bir kusurla değil de, dediğimiz gibi, âmme hizmetinin bizatihi kuruluşunda veya teşkilâtında yahut işleyişinde müşahede olunan herhangi bir aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık, hülâsa kusur ile karşılaşırsak burada bir hizmet kusuru var demektir. Artık burada şahsî kusurdan değil, ancak hizmet kusurundan bahsetmek icap eyler.

II. Hizmet kusurunun muhtelif *vasıflarına* gelince :

A — Hizmet kusuru, bir kere, —isminin de delâlet ettiği veçhile— *hizmetin*, daha doğrusu hizmeti gören, görmekle mükellen olan *idare hükmî şahsının*, kısacası *idarenin kusurudur*¹⁾. Görülüyor ki «hizmet ku-

¹⁾ Fırsat zuhur etmiş iken aşağıdaki noktayı belirtmek faydalı olur: Bazı Fransız müelliflerinin de işaret ettikleri üzere «âmme hizmeti» kelimesinin Fransızca karşılığı olan «Service public» kelimesinin gerek âdi lisanda, gerekse hukuk

sur»u —ajan ve memurun kusuru olmayıp, idarenin kusuru olmak itibariyle— *şahsî kusurdan* tamamen *farklıdır*. Onun yanı başında yer alan *başka bir kusurdur*. Hattâ onun *zıddıdır*.

B — «Hizmet kusuru» —hizmetin, idarenin kusuru olmak hasebiyle— *idare hukuku çerçevesine giren* bir mefhum olup; hususi hukuk esaslarına göre değil, idare hukuku zaviyesinden, hususiyle idari kaza içtihatlarına nazaran mütalâası gerekir. Başka bir söyleyişle hizmet kusuru Borçlar Kanunundaki «haksız fiil» den bambaşka bir şey olup; *idare hukukuna has, nev'i şahsına münhasır, muhtar, müstakil, orijinal* bir mefhumdur.

dilinde iki mânası vardır, daha doğrusu, pek de yerinde olmamakla beraber, aynı tâbir ayrı iki mânada kullanılmaktadır. Şöyle ki esas itibariyle «Service public» tâbiri kolektif bir ihtiyaca cevap veren «idari faaliyet» (activité) mânasına gelmekle —ve bu itibarla Türkçede kullandığımız mânada «âmmе hizmeti»ne tamamen tekabül etmekle— beraber; bir de, bunun yanında, bu faaliyeti ifa eden uzviyeti, teşkilâtı, idare hükmi şahsını, kısaca idareyi (organisme) de istihdaf eder, bu gibi bir mânaya da gelir, daha doğrusu bu mânada da kullanıldığı vâkidir.

Hiç şüphe yok ki ayrı şeyler için ayrı adlar intihap etmek titiz bir lisan ve terminolojinin birinci şartı olup; aynı kelimelerin, aynı tâbirlerin çeşitli mânalar taşınması, muhtelif mânalarda kullanılması bir takım mahzurlar arzeder, iltibaslara, karışıklıklara sebebiyet verir. Nitekim «Service public» tâbirinin hem «faaliyet», hem de bu faaliyeti ifa eden «teşkilâtı» ifade etmesi, tabiiyle, bir takım müşkülâtı müeddi olmaktadır. Bâhusus ki, idare hukukunda her âmmе hizmetinin behemehal idare hükmi şahısları tarafından icrası zarurî olmayıp; alelâde şahısların, bilfarz birer hususi hukuk şahsı olan imtiyazlı şirketlerin de âmmе hizmeti ifa edebilmeleri kabul olunmaktadır. Bu itibarla faaliyetin kendisi bir âmmе hizmeti olduğu halde bunu icra eden uzviyet, teşkilât, şahıs hiç de «idare» den mâdüt olmayabilir, yani burada maddî mânada bir «Service public», bir «âmmе hizmeti» mevcut olduğu halde; uzvi mânada bir «Service public» ten, bir «idare hükmi şahsından» bahsolunamaz. (Bu hususta ve ezcümle «service public» mefhumunun sadece «faaliyet» mânasına kullanılmayıp aynı zamanda «uzviyet» mânasına da kullanılmasının arzettiği bazı mahzurlar hakkında izahat ve misal için bakınız: A. de Laubadère, Manuel, sah. 21).

«âmmе hizmeti» mefhumunun Fransız lisanında ve Fransız İdare Hukukunda iki mânâ taşıdığını böylece kaydettikten sonra; şunu ilâve etmek isteriz ki: Kendi hesabımıza «hizmet kusuru» mefhumunun da —tıpkı «âmmе hizmeti» mefhumu gibi— ayrı iki mânâ taşıdığını, ve ayrı iki mânada kullanıldığını sanmaktayız. Gerçekten «hizmet» kelimesi —yukarıda arzettiğimiz veçhile— yalnız «faaliyet» değil,

Gerçi isminin de işaret ettiği üzere hizmet kusurunda da bir kusur mevzuubahstır, bir kusur mevcuttur. Lâkin bu kusur —anlatmak istediğimiz veçhile— hususî hukuktaki kusurdan, kusurlu fiilden, daha doğrusu haksız fiilden ayrı ve müstakil bir kusur : idare hukukuna göre mânalandırılması icap eden; velhasıl muhtevası, hududu ve şümulü idare hukuku esaslarına göre çizilmesi gereken bir kusurdur.

C — Aynı zamanda bu kusur *gayri şahsî, mücerret, objektif ve anonim* bir kusurdur. Şöyle ki :

a) Bir kere bu kusurun behemehal *ismen, cismen malûm ve muayyen* bir şahsa, tâyin ve teşhis edilen bir *ajan ve memura atıf ve izafesine lüzum yoktur*. Zira, dediğimiz gibi, hizmet kusuru muayyen bir ajan veya memurun şahsına râci şahsî bir kusur olmayıp; muayyen bir âme hizmetini görmekle mükellef olan idare teşkilâtına, idare hükmî şahsına, idareye —bu hizmeti yürütmekle mükellef olması itibariyle— te-rettüp eden bir kusurdur. Bu cihetle kusurun muayyen ve müsemma bir ajanla, memurla herhangi bir alâka ve bağı yoktur. Yâni hizmet kusurunun mevcut olabilmesi için herhangi bir ajan veya memurun, sureti

aynı zamanda «idare» yi de ifade ettiği gibi; «hizmet kusuru»ndan bahsedilirken de hem bir taraftan faaliyette müşahede olunan bir kusura işaret edilmekte, hem de diğer taraftan bu faaliyeti ifa ile mükellef olan veya bu faaliyeti icra eylemekte olan idare teşkilâtına, idare hükmî şahsına, kısacası idareye atıf ve izafesi mümkün bir kusura işaret edilmek istenilmektedir. İşte, öyle zannediyoruz ki, «hizmet kusuru» hem bir yandan faaliyetteki, hizmetteki kusuru ifade etmekte; hem de diğer yandan bu faaliyeti icra eden idarenin kusuruna matuf bulunmaktadır. Bu itibarla «hizmet kusuru» hizmetin kusuru veya idarenin kusuru mânasına gelmektedir. Hattâ bundan dolayıdır ki, bir çok Fransız müellifleri hizmet kusurundan bahsederlerken «faute de service» —yâni «hizmet kusuru» diyecek yerde «faute du service» —yâni «hizmetin kusuru» tâbirini tercihan kullanmaktalar; bazıları ise «faute de service» tâbirinin yanlış olduğunu bile iddia eylemektedirler. Zira «faute de service» ajan ve memurların —hizmet sırasında, hizmet münasebetiyle veya hizmet vesilesiyle— işledikleri şahsî kusurları dahi tenavül eder, içine alır. Halbuki «faute du service» sadece idarenin mesuliyetini müeddi olan, teknik bir mânayı haiz bulunan, «şahsî kusur»un zıddı olan, halen evsaf ve karakterlerini tetkik etmekte olduğumuz «hizmet kusuru»nu ifade eder. Bu terminolojik izahata nihayet verirken, memleketimizde «hizmet kusuru» tâbirinin yerleşmiş bir tâbir olmak hasebiyle, ipkasına taraftar olduğumuzu; fakat bu kelimenin hakikatte «hizmetin kusuru» mânasına geldiğinden bizim daima bu mânada kullanacağımızı kaydedelim.

mahsusada, kusuru zarurî değildir. Bu gibi bir kusurun bulunması zarurî olmadığı gibi, şüphesiz isbatına da hacet yoktur.

Evet, hizmet kusuru —ajanın, memurun şahsından kat'ı nazar— sadece hizmetin ya kuruluşunda, tanziminde, tertibinde veya teşkilâtında, bünyedinse, personelinde, yahut işleyişinde müşahede olunan gayri şahsî, mücerret, objektif, anonim ve bu sebeple hizmeti görmekte mükellef idarenin heyeti umumiyesine muzaf ve şâmil olan gayri şahsî mücerret, objektif, anonim bir kusurdur.

b) Bunun gibi, hizmet kusuru mevzuubahs olan hallerde, zarara sebebiyet veren hizmetin başında bulunan, ajan ve memurun ismen, cismen, teşhisi mümkün olsa ve hattâ hâdise de teşhis edilmiş bulunsa bile keyfiyet hizmet kusurunun taharri ve tesbitinde mahkemece hiç nazarı itibara alınmadığı gibi; *mahkeme, kararında* ajan ve memurdan bahsetmeye lüzum dahi görmez, *ajan ve memurun ismini zikir* bile etmez.

Gerçi «idare» adını verdiğimiz muhtelif hükmi şahıslar mânevî birer varlık olmak itibariyle, hakikatte bir takım gerçek kişiler: yâni ajan ve memurları vasıtasıyla faaliyette bulunurlar ve, yine hiç şüphe edilemez ki, bu faaliyetlerin, hizmetlerin ifasında müşahede olunabilecek her türlü kusur —yâni her hizmet kusuru— dahî, netice itibariyle, muayyen şahısların, belli veya bilinmesi mümkün bir takım ajan ve memurların —bu hizmeti iyi kurmamak, fena tanzim ve tertip etmek; teşkilâtında lâzım gelen itina ve ihtimamı göstermemiş olmak; bünyesine gereken veçhe ve hüviyeti verememek; personelin intihabında, tevziinde, tavzifinde icap ettiği kadar titiz, dakik, hassas davranmamak, işleyişinde lüzumlu emir, talimat, direktifleri vermemek veya nezaret, teftiş ve mürakabeyi kifayetsiz bir surette icra etmek, hizmete tahsis edilmesi icap eden vasıtaları noksan, elverişsiz veya kötü olarak seçmiş veya vermiş olmak; zarurî tedbirleri almamak suretiyle — şahsan irtikâp ettikleri bir takım kusurlara irca olunabilir.

Lâkin —şahsî kusurdan tamamen farklı olarak— hizmet kusuru mefhumuna müracaat olunduğunda, yâni bu kusura müsteniden idarenin mesuliyeti cihetine gidildiğinde hizmetin icrasında müşahede olunan aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakathık, hülâsa kusurdan bahsedilirken ayrıca bu kusuru irtikâp eden ajan ve memurun ismen, cismen, münferiden tayin ve teşhisine lüzum olmadığı gibi bu aksaklığın, aykırılığın, bozukluğun, intizamsızlığın, eksikliğin, sakatlığın, velhasıl bu kusurun muayyen ve müsemma bir ajan ve memurun eseri olduğunu, ona râci bulunduğunu, onun şahsına atıf ve isnadı mümkün olduğunu isbata da hacet yoktur.

D — Hizmet kusurunun bir diğer vasfı şudur ki : hizmet kusuru nazari, mücerret, kabli, basit, umumî, mutlak, sert, değişmez bir mefhum olmaktan ziyade *amelî, müşahhas, ampirik, mürekkep, hâdisevî, nisbî, elâstikî, mütehavvil ve kaypak* bir mefhumdur.

Gerçekten —Devlet Şûrasının daha Rotschild kararında ve ihtilâf mahkemesinin ise tâ Blanco kararında belirtildiği üzere— âmme hizmetlerinde müşahede olunan ve idarenin mesuliyetini intaç eyliyen ihmal, hata ve kusur «her hizmetin mahiyet, icap ve ihtiyaçlarına göre değişir».

Evet hiç şüphe yoktur ki, ister hususî hukukta sözü geçen bir kusur olsun, ister idare hukukunda yer alan bir kusur olsun ve adı ne olursa olsun kusur daima kusurdur. Lâkin —hususî hukuktaki kusur nazariyesinden («haksız fiil» telâkkisinden) farklı olarak— idare hukukunda cari olan kusur nazariyesi («hizmet kusuru» telâkkisi) «kusur» dan bahsedebilmek ve binaberin, bundan idareyi mesul tutmak için bu kusurun —her hizmetin mahiyetine, bünyesine, nevine, cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlerine, şart ve mûtalarına göre— *muayyen bir derecede ağır ve vahim* olmasını zarurî telâkki etmektedir.

Diğer bir söyleyişle idare hukukunda «hizmet kusuru vardır» diyebilmek, binnetice idarenin mesuliyeti cihetine gidebilmek için —hizmetin mahiyet ve bünyesine, nevi ve cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlerine, şart ve mûtalarına göre— hâdisede muayyen bir ağırlık ve vahamet derecesine varmış bir kusur aranır. İdarî mahkeme bazı hallerde, daha doğrusu bazı âmme hizmetlerinde *hafif, basit, alelâde* bir kusurun; bazı âmme hizmetlerinde ise *ağır, vahim bir kusurun*; nihayet bazı âmme hizmetlerinde de *fevkalâde, müstesna, âşikâr derecede ağır ve vahim* kusurun... mevcudiyetine ancak kanaat getirdiğinde bunu, «idarenin mesuliyetini mucip mahiyette bir hizmet kusuru» telâkki ederek, idarenin mesuliyetine hükmeder. .

Bu hususta bir fikir edinmek için Fransız doktrin ve jürisprüdanına bir göz gezdirecek olursak; her hizmetin nevi ve cinsine göre ayrı

2) Devlet Şûramızın da aynı içtihada sahip bulunduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten bir Tevhidi İçtihat Kararında Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu «idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır... Ancak hizmet kusuru *hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre* takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından» biri olduğunu söylüyor. (D.D.G.K. E: 47/83, K: 47/164, Sayın Danıştay Üyelerinden B. A: Şeref Hocaoğlu'nun «Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları 1933-1948» adlı çok kıymetli eserlerinden naklen sah. 126-127.)

ağırılık ve vahamet derecesine varmış bir kusurun mevcudiyeti aranmakta olduğunu görebiliriz. Mahkeme kararlarının tahrir tarzına göre: kâh «hafif, basit, alelâde bir kusur», kâh «ağır ve vahim bir kusur» kâh da «fevkalâde ve istisnai, âşikâr derecede ağırılık ve vahamet arzeden bir kusur» ancak bu hizmeti görmekle mükellef idarenin mesuliyetine mesnet teşkil eder³. Başka bir ifade ile denebilir ki âmme hizmetlerinde müşahede olunan her aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık : İdarenin —otomatik olarak— mesuliyetini mucip bir hizmet kusuru teşkil etmeyip; bu aksaklığın ve sakatlığın, âmme hizmetinin nevine ve cinsine, hâdisenin cereyan tarzına, kısacası hal ve şartlara göre mahkemenin takdirine göre, müşahhas surette tayin edeceği muayyen bir ağırılık ve derecede olması zaruridir.

Bilfarz, Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre :

a) Bir kere mevzuata ve hukuka aykırı *idarî kararların ittihaz ve tatbiki* Fransız Devlet Şûrası inanlarına göre : her hal ve kârda idarenin otomatik surette mesuliyetini müeddî bir hizmet kusuru sayılmaz. Başka bir söyleyişle her iptal sebebi aynı zamanda ve otomatik olarak bir tazminat sebebi teşkil etmez. Mevzuata, hukuka aykırılık, ancak ağır ve önemli olduğu taktirdedir ki, iptal sebebi aynı zamanda mesuliyeti mucip bir hizmet kusuru telâkki edilir. Şöyle ki, sadece :

- 1 — Kaziyei muhkemeye riayetsizlik,
- 2 — İlâmın tenfizi zımında idareden istenilen yardım ve müzahe-
retin esirgenmesi,
- 3 — Esas cihetinden aykırılık,
- 4 — Maksat cihetinden mugayeret,
- 5 — Esaslı şekil noksanı... İdarenin mesuliyetine mesnet teşkil eden hizmet kusuru olarak kabul olunmaktadır. Bilâkis alelâde şekil hatası

3) Bu nokta hakkında gereken izahatı tekml klasik eserlerde bulmak mümkün olduğu gibi; bilhassa Duez'in Responsabilité de la puiss. publique adlı eserinde (sah. 18 - 57 ve 312 - 13) ve Colliard'ın Le préjudice dans la resp. adm. kitabında (sah. 258 - 293) bulabilirsiniz. Şunu da ilâve edelim ki kendi hesabımıza bu bahsi inceleyen bu iki esere sık sık atıflar yapacağımız gibi; hizmet kusurunun yukarıda umumî surette tesbit ettiğimiz muhtelif ağırılık ve vahamet dereceleri hakkında en müfit izahatı —gerçi yalnız zabıta hizmetinin ifasındaki hizmet kusurlarına münhasır olmakla beraber— bu üç derecedeki kusur hususunda cari olan umumî esasları en canlı ve muknî surette belirten Francis - Paul Bénéoit'nın «La responsabilité de la puiss. publ. du fait de la police adm. 1946» adlı kitabına müracaatla da vereceğiz (sah. 4 - 57).

ve salâhiyetsizlik idarenin mesuliyetini mucip olacak kadar ağır ve vahim bir kusur sayılmamaktadır.

Memleketimize gelince; idarî kararların mevzuata ve hukuka aykırılık arzemesi halinin tek başına bir hizmet kusuru sayılamıyacağı Devlet Şûramızca pek açık ve kesin olarak kabul edilmiş bulunmaktadır..

Gerçekten idarenin içtihadî hatası neticesinde zarara uğrayanlara tazminat verilmesine mahal olup olmadığı hususundaki bir tevhidî içtihat kararında yüksek mahkeme, kanun sözcüsünün «*idarece müttehaz vazifeden ihraç, müsta'fa addi gibi idarî muamele ve kararın salâhiyetli mafevk makam veya kaza mercüince haksızlığının sübut ve takriri halinde idarî makamın mağdur hakkında zıman ile ademi mükellefiyetini kabul hukuk esaslarına aykırı düşeceği*» yolundaki mütalâaları hilâfına olarak aynen şöyle demektedir :

«İdarenin sorumluluğu için *hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır. İctihadî tasarruflar ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse* bu takdirde dahi idarenin sorumlu tutulması tabiidir. Ancak hizmet kusuru, hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle içtihadî tasarruflarda idarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulmaması icap» eder¹.

1) D.D.G.K. E: 47/83 K: 47/164. Sayın Ş. Hocaoğlunun ismi biraz evvel geçen eserinden naklen (sah: 126 - 127). Bu münasebetle, kendi hesabımıza, mevzuata, hukuka aykırılığı sabit olan idarî bir kararın ittihazi keyfiyetini bir hizmet kusuru saymağa mütemayil olduğumuzu kaydedelim. Nitekim Danıştayımızın yukarıdaki kararından bir hayli zaman evvel, iptal sebebinin aynı zamanda umumî ve mutlak surette bir hizmet kusuru ve binnetice bir tazminat sebebi teşkil edip etmeyeceği, bir karar tahlili sırasında, araştırırken Fransada her iptal sebebinin Fransız Devlet Şûrasınca behemehal bir hizmet kusuru addedilmediğini belirttikten sonra aynen şöyle demistik: «Aynı esasların memleketimizde kabule şayan olup olmadığını tayin eylemek, hiç şüphe yok ki, Devlet Şûramıza terettüp eder. Bu cihetle, bu mesele hakkında kat'î bir hüküm verebilmek için Devlet Şûramızın içtihadına irtizar etmekten başka çare yoktur. Maamafih, kendi hesabımıza, Fransız Devlet Şûrası içtihadını tasvip etmediğimizi kaydedebiliriz. Gerçekten «kusur» —ve bu meyanda «hizmet kusuru»— tesmiye ettiğimiz şey de nihayet: Devlet nizamına, mevzuata, hukuka, bir kelime ile cemiyet dahilinde riayetli gereken kaidelere aykırı hareketten başka bir şey değildir. Bu itibarla idarenin mevzuata aykırı karar ittihaz etmesi: aynı zamanda bir hizmet kusuru işlemesi demektir. İyi kurulmuş, bünyesinde, teskilâtında, nizamlarında, personelinde, işleyişinde bir aksaklık ve bozukluk müşahede

b) Tetkikimizin doğrudan doğruya mevzuunu teşkil eden *maddi tasarrufların, fiil ve amelîyelerin*, kısacası *âmme hizmetlerinin icrasına* gelince : burada da her aksaklık ve sakatlığın idarenin mesuliyetini tevhit edecek mahiyette bir hizmet kusuru sayılmayıp —muhtelif hizmetlere göre— ancak muayyen derecede ağırlık ve vahamet arzeden bir kusurun : idarenin mesuliyetine vesile veren bir hizmet kusuru olarak kabul edildiğini aşağıdaki misallerle izaha çalışalım :

edilmeyen ideal bir idare, pek tabiidir ki, mevzuata, hukuka aykırı karar ittihaz etmez. Bu kaziyenin aksi ise şudur ki: her ne zamanki idare mevzuata mugayir bir karar ittihaz eder : fena kurulmuş, bünyesinde, teşkilâtında, nizamlarında, personeline, işleyişinde —teşhisi belki kolaylıkla mümkün olmamakla beraber— herhangi bir aksaklık, bozukluk mevcut demektir. Kısaca bu takdirde idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusurunun mevcudiyetini bir karine ve faraziye olarak kabul etmek gerektir. Binaberin —muayyen ve müsemma bir memurun şahsına isnat ve izafesi mümkün bir şahsi kusurun mevcudiyeti tesbit olunmadığı hallerde— idare tarafından ittihaz edilen bir kararın mevzuata herhangi cihetten aykırılığından ötürü mahkemece iptali, fikdimizce, idarenin aynı zamanda —hizmet kusuruna binaen— mesuliyetini intaç etmelidir. Zannımızca bu gibi hallerde hâdisede ayrıca bir hizmet kusurunun mevcut olup olmadığını aramaya, hizmet kusurunun mevcudiyetini isbata lüzum dahil yoktur. Zira —arzettiğimiz vechile— mevzuata aykırı kararlar ittihaz eden bir idarenin fena kurulmuş olduğunu, kötü işlediğini, bir kelime ile idareye bir hizmet kusuru atıf ve izafe olunabileceğini bir karine ve faraziye olarak kabul etmek icap eder.»

(Huk. Fak. Mecmuası, 1944; cilt X, sayı 1-2, sah. 389-401 ve bilhassa No. 8).

5) Derhal şu noktayı belirtelim ki : Vereceğimiz misalleri, mümkün mertebe, hep aynı sahadan secmeğe dikkat edeceğiz. Çünkü bu suretle aynı sahaya ve kategoriye dahil, aynı neviden bir âmme hizmetinin muhtelif cinslerine göre dahil kusurda muhtelif dereceler arandığı daha ziyade göze çarpacaktır. Bunun gibi bu misalleri, elimizden geldiği kadar zabita hizmetlerinde, polis servisinde müşahede olunan kusurlara ait olmak üzere intihap edeceğiz. Zira —idare hukukunda, daha doğrusu Fransız mehakim içtihadında idarenin, hizmet kusurundan ötürü, mesuliyeti bahsinde zabita hizmetine müteallik kusurdan dolayı Devletin, idarenin mesuliyeti en güç ve en güç olarak kabul edilmiş olduğundan —polis, zabita işlerinde müşahede olunan hizmet kusurlarından mütevellit mesuliyetten bahsetmekle bir taşla iki kus vurmuş olacağız. Şöyle ki hizmet kusuru nazariyesinde —hem zabita vazifesinin çeşitli tezahürleri, mütenevvi cinsleri, muhtelif şube ve dalları olmak hasebiyle bu hizmetin tezahür şekline, cinsine, şube ve dalına göre— kusurda aranılan türlü derece farklarını belirtmiş olacağız; hem de aynı zamanda, zabita gibi en fazla hâkimiyet telâkkisine dayanan, eski tâbiriyle «temsiyet tasarrufları»na mukabil birer

Bir kere bu misalleri irae etmenden evvel, umumî olarak, aşağıdaki esasları tesbit etmek faydalı olacaktır :

1 — Mahkeme kararlarına göre, hizmet kusurunun üç derece arzedebileceğini yukarıda kaydetmiş bulunuyoruz. Fırsat zuhur etmiş iken bu üç derecede kusur hakkında *umumî bir fikir* verelim ve ezcümle bunların *ölçüsünü*, kabataslak ve takribî olarak dahi olsa, tayin etmeğe çalışalım :

aa) *Hafif, basit, alelâde kusur :*

İsminin de işaret ettiği veçhile, hafif, ehven bir kusurdur; lâkin aşağıda⁶, 6 numaralı notta izah edildiği gibi, hafif kusur hiç de lâalettayin herhangi bir kusur değildir. Bu hafif kusur sadece diğer iki kusurdan —yâni «ağır ve vahim kusur» ile «fevkalâde, müstesna ve âşikâr derecede ağır, vahim» kusurdan— *nisbeten daha hafif, ehven ve ehemmiyetsiz* bir kusurdur. Yoksa haddi zatında bu kusur da az çok ağırca bir kusurdur. Bunu böylece tesbit ettikten sonra; bu hafif, basit, alelâde kusurun kıstasını araştıralım. Denebilir ki, hafif, basit, alelâde kusur *iyi bir idarenin* irtikâp etmiyeceği kusurdur.

«hâkimiyet tasarrufu» telâkki olunan, adli kaza icthatlarımızdaki ifadeye göre Devletin «hükümlerlik hukukunun ifasına» taallük eden bir faaliyetten, vazifeden, hizmetten dahi Devletin, idarenin mesul tutulduğunu göstermek suretiyle, hizmet kusuru nazariyesinin idare hukukunun her sahasında tatbik olunan bir esas olduğunu meydana koymuş olacağız.

e) Dikkat edilmek lâzım gelir ki : burada «hafif, basit, alelâde» bir kusurdan bahsedilmekle beraber; bu yine lâalettayin, herhangi bir kusur olmayıp, yine muayyen derecede ağır bir kusurdur. Yâni demek istiyoruz ki, lâalettayin herhangi bir kusur, başka bir söyleyişle en hafif, en ehven bir kusur : hiç bir zaman bir hizmet kusuru sayılmamaktadır. Hafif, basit, alelâde bir kusur da olsa, mahkeme bu kusurdan bahsederken, bunu bu suretle teshis ve tavsif etmiş bulunsa dahi, bu kusur da yine muayyen bir ağırlık derecesi arzeden bir kusurdur. Ancak şu var ki buradaki ağırlık derecesi : süphesiz ki diğer iki hale, yâni «ağır, vahim kusur»a ve «fevkalâde, müstesna, âşikâr derecede ağır ve vahim kusur»a nazaran daha hafif ve ehvendir. Bu itibarla bundan bahsedilirken, diğer iki hale nisbeten daha hafif ve ehven olduğuna işaret maksadıyledir ki, bu «hafif, basit, alelâde kusur» olarak tavsif olunur. Yoksa, bir kere daha tekrar edelim, zannolunmamalıdır ki lâalettayin herhangi bir kusur, en hafif bir kusur : bir hizmet kusuru sayılır. Hayır, böyle değildir. İdarenin mesuliyetine mesnet teşkil edebilmek, hizmet kusuru telâkki olunabilmek için kusurun hafif de, basit de olsa «alelâde» tesmiye olunsa da yine az çok ağırca, vahimce bir kusur olması Fransız jürisprüdansında aranmaktadır.

bb) *Ağır ve vahim* kusur ise : *daha önemli* bir kusur olup; bunun kıstası da şudur ki: bu gibi bir kusur *vasat bir idarenin* dahi işlemeyeceği kusurdur.

cc) *Nihayet fevkalâde, müstesna,, âşikâr derecede ağır ve vahim* kusur en önemli kusur olup; bunun kıstası da şudur ki : bu ancak *fena bir idarenin* ika edebileceği kusurdur.

2 — Üç türlü kusurun kabataslak miyarını böylece tesbit ettikten sonra; idarî kazanın, hangi esaslardan hareketle ve ne gibi mülâhazalara istinaden, bir âmme hizmetinde müşahede olunan kusurun yukarıdaki üç kusur kategorisinden herhangi birine gireceğini tayin ettiğini umumî ve nazari olarak araştıralım. Kısacası mahkeme herhangi bir âmme hizmetinde kusurun hafif veya ağır veyahut fevkalâde ağır kusur olmasını şart koşarken, ne gibi *umumî ve nazari mütalaları* nazari itibara aldığını —tamamen umumî ve nazari olarak : yâni herhangi ameli ve müşahhas hâdiseden kat'ı nazar— tesbite çalışalım.

Denebilir ki : Devlet Şûrasının —kusuru üç dereceye taksim ederken ve bunlardan herhangi birine sokarken— nazara aldığı umumî ve nazari, esas ve düşünceler şunlardır :

aa) Âmme hizmetinin icrasında idarenin maruz kaldığı *müşkülâtın derecesi*;

bb) Âmme hizmetinin *sosyal önemi*, yâni kolaylıkla mesuliyeti cihetine gidilmesi suretiyle umumî menfaatlerin müteessir olup olmaması;

Yukarıdaki iki esası böylece tesbit ettikten sonra şunu ilâve etmek icap eder :

aa) Devlet Şûrası herhangi bir âmme hizmetinde müşahede olunan bir aksaklıktan, sakatlıktan dolayı, idarenin mesuliyetine hükmetmek için hafif, ağır veya fevkalâde kusurdan birini ararken hareket noktası şudur ki : aa¹) şayet bu hizmetin muntazam ve mükemmel bir surette icrası idare için *kolay* ise hizmette müşahede olunan hafif bir kusur mesuliyet için kâfi görünür.

aa²) Eğer hizmetin muntazam ve mükemmel bir surette icrası *oldukça zorluk* arzetyekte ise kusurun da, idarenin mesuliyetine mesnet teşkil edebilmesi için, ağır olması aranır.

aa³) Nihayet hizmetin muntazam ve mükemmel bir surette icrası hususunda idare *çok fazla müşkülâta* maruz bulunuyorsa, kusurun da fevkalâde ağır olması zaruri telâkki olunur.

bb) Bu birinci mülâhaza yanında ve belki ondan daha fazla ağır basan endişe : âmme hizmetinin sosyete bakımından, umumî hizmet zaviyesinden haiz olduğu önemdir. Şöyle ki, herhangi bir âmme hizmetinin *sosyal ehemmiyeti* ne kadar fazla ise, şüphesiz, idarenin tazminata mahkûm edilebilmek ihtimali ile irkilmesine ve faaliyetini herhangi bir zarara sebebiyet vermemek kaygusuyla gereği gibi icra eylemekten kaçınmasına yol açmamak lâzımdır. Bu itibarla hizmetin arzettiği sosyal ehemmiyete göre, idarenin mesuliyeti cihetine gidilmesi hususunda da, hizmette müşahede olunan kusurun da az veya çok önemli bir kusur olması aranır.

3 — Kusurun derecesinin takdir ve tâyininde, idarî kazanın yukarıdaki umumî ve nazari esaslar dairesinde hareket ettiğini, böylece arzyledikten sonra; şimdi de herhangi bir hâdisede Devlet Şûrasının —yukarıdaki umumî ve nazari esaslara göre derecesi taayyün eden— kusurun hafif, ağır veya fevkalâde ağır olduğunu o hâdisede nasıl ve ne gibi *amelî ve müşahhas bir ölçü* ile, tesbit edeceğini araştıralım. Zira biraz evvel tetkik ettiğimiz mesele ile şimdi araştırmak istediğimiz mesele bambaşka şeylerdir. Gerçekten yukarıda mevzuubahs olan mesele : herhangi bir âmme hizmetinin —müskülât derecesine ve sosyal önemine göre— tamamen nazari olarak, dâva konusunu teşkil eden müşahhas hâdiseden kat'î nazar, mesuliyete yol açabilmek için arzetmesi lâzım gelen kusur derecesinin tâyinidir.

Halbuki burada, —yukarıdaki esaslara göre— bilfarz fevkalâde ağır bir kusurun mevcudiyeti mesuliyet için zarurî addedilen bir âmme hizmetinin sebebiyet verdiği tazminat dâvasında mahkeme hizmette müşahede olunan kusurun hakikaten ağır olup olmadığını nasıl tayin edeceği mevzuubahstir¹.

İşte bu gibi bir meselenin hallinde Devlet Şûrasının başvurduğu amelî ve müşahhas ölçüler şunlardır :

aa) Mahkeme herhangi bir hâdisede kusurun önemini, derecesini bir kere *mutazarrır şahıs bakımından* tevhit ettiği netayicin ehemmiyetine, ağırlığına, vahametine göre takdir ve tayin eylemektedir. Bu su-

1) Hiç şüphe yok ki yukarıdaki mîsalde fevkalâde ağır bir kusur için yürütüğümüz muhakeme ağır kusur ve hattâ hafif kusur için de aynen varit olup; nazari bakımdan ağır kusurun mevcudiyeti aranan bir hizmet ile karşılaştığında, mahkemenin, hâdisede kusurun hakikaten ağır olup olmadığını; keza nazari olarak hafif kusurun mevcudiyeti kâfi sayılan bir hizmet muvacehesinde kusurun hakikaten hafif olup olmadığını nasıl ve ne suretle tayin edeceği cayı sualdir.

retle kusurun derecesinin taharrisinde ve takdirinde mahkeme idareden ziyade mutazarrır şahsı nazara almakta, onu korumaktadır.

Meselâ denebilir ki, doğurduğu netayiç nazara alınmadığı takdirde haddi zatında hafif bir kusur şeklinde tecelli eden bir kusur, sırf netayici bakımından mütalâa olunduğu için, mahkemece ağır bir kusur telâkki edilmektedir. Lâkin bunun aksı varit olmayıp : faraza haddi zatında ağır olan bir kusur —tevlit ettiği netayiç, sebebiyet verdiği zarar ehemmiyetsiz olsa dahi— asla hafif bir kusur mertebesine düşmez, yine ağır kusur mahiyet ve vasfını muhafaza eyler.

bb) Bunun gibi herhangi bir hâdisede kusurun önemini, derecesini, mahkeme, zararın bir taraftan *tahakkuk ihtimaline*, daha doğrusu ihtimal derecesine göre, diğer taraftan da buna mani olmak için idarenin yeddi iktidarında bulunan vasıta ve imkânlarla göre takdir ve tayin eylemektedir. Meselâ hâdisede zararın vukuunu tahmin etmek kolaylıkla mümkün iken, idarenin bunu tahmin ve derpiş etmemiş olması mahkemece işbu hâdisede aranılan derecede ağır kusurun mevcudiyeti ve sübutü için kâfi bir sebep telâkki olunacaktır. Aksi halde, yâni zararı tahmin etmek idare için imkânsız veya zor idiyse bu, mesuliyete yol açabilmek için aranılan derecedeki kusurun mevcut olmadığına bir delil teşkil edecektir.

Bunun gibi zararı önlemek için idarenin elindeki vasıta ve imkânlar mahkemece kâfi telâkki edilirse bu, aranılan evsafa kusurun mevcudiyeti için kâfi görülecektir. Aksi halde aranılan derecede kusur sabit görülmiyecektir.

cc) Nihayet herhangi bir hâdisede kusurun önemini, derecesini mahkeme takdir ve tâyine çalışırken mutazarrır şahsın *korunmaya değer* telâki edilip edilmeyeceğini gözönünde tutmaktadır. Şöyle ki : âmme hizmeti muayyen halk tabaka ve zümrelerine, muayyen eşhas kategorilerine arzedilmekte, yâni bilhassa bu gibi kimselere müteveccih bulunmakta, velhasıl bu hizmetten doğrudan doğruya bunlar istifade eylemekte veya hut hizmetin harekete geçmesine bir takım şahıslar sebebiyet vermiş ise bu gibi şahısların mezkûr hizmetin icrasından dolayı mutazarrır olmaları ile hizmetin tamamen dışında kalan, yâni —bir taraftan hizmeti gören idareye, diğer taraftan hizmetten istifade edenlere veya bunu tahrik eyliyenlere nazaran— tamamiyle üçüncü şahıs durumunda bulunan kimselerin zarara uğramaları arasında bir fark gözetilmektedir. Şöyle ki hizmetin müteveccih bulunduğu şahsın tazminat talebi ile karşılaştığında mahkeme, kusurun derecesini tayin ve takdirde daha sert ve titiz davranmakta; bilâkis üçüncü şahsa tazminat itasında kusuru tavsif

ederken daha cömert ve geniş hareket etmektedir. Başka bir söyleyişle mesuliyete mesnet teşkil etmek için birinci halde daha önemli, ikinci halde daha ehven bir kusur aramaktadır..

4 — Yukarıda tesbit ettiğimiz *umumî ve nazari* esaslarla *amelî ve müşahhas* ölçüleri mukayese edecek olursak; bunlar arasında bir nevi *tenakuz* ve zıddiyetin mevcut olduğu göze çarpar.

Gerçekten kusurun derecesini umumî ve nazari olarak —hizmetin mahiyeti, nevi ve cinsine göre— takdir ve tayin ederken mahkeme daha ziyade idarenin lehinde sayabileceğimiz bir takım mülâhazalara dayanmaktadır. Şöyle ki —yukarıda işaret ettiğimiz veçhile— kusurun derecesini, idareyi, bir taraftan âmme hizmetinin icrası bakımından, diğer taraftan tazminata mahkûm olma tehdidi bakımından, müşkülâta maruz bırakmaksızın tâyin etmeye mütemayil bulunmaktadır. Halbuki kusurun derecesini hâdisede amelî ve müşahhas olarak tavsife çalışırken mahkemenin daha ziyade mutazarrır şahıs lehine temayül ettiğine işaret eyledik. Şöyle ki, kusurun derecesini bir kere mutazarrır şahıs hakkında doğrudan doğruya netayicin ehemmiyetine göre tayin etmekle doğrudan doğruya ferdi himaye ettiğini; saniyen zararın tahakkuk ihtimaline ve eldeki imkânlarla göre tesbit etmekle ne idare, ne de fert lehine hareket etmeyip, ikisi ortası ve âdeta bitaraf bir tavır takındığını; lâkin salisen mutazarrırın durumunu nazara alarak tavsif etmekle de —son bir tahlilde— yine mutazarrır şahsı vikâye ettiğini söyleyebiliriz.

İşte denebilir ki, hizmet kusurunun taharrî, takdir ve tâyininde idari mahkeme zıt menfaatleri, yâni bir taraftan idarenin, diğer taraftan ferdin menfaatlerini telif edecek bir hâl sureti araştırmakta ve tatbik eylemektedir; ki gerek Rotschild, gerekse Blanco kararında sözü geçen «Devletin hakları ile hususî hakların... müteakıl hak ve vecibelerin tavsif ve telif»i ile de esasen buna işaret edilmek istenilmektedir.

Ancak şu var ki, yukarıdaki umumî ve nazari esaslarla amelî ve müşahhas ölçüler bir tenakuz ve zıddiyet arzettiklerine göre, bunların telifinde hangi noktai nazarın ağır basacağı, haklı olarak sorulabilir. Bu suale —Fransız Devlet Şûrası İçtihatları gözönünde tutulduğunda— verilecek cevap ise şudur ki: Devlet Şûrası iki noktai nazar çarpıştığında daha ziyade amelî ve müşahhas esaslara, mülâhazalara kıymet atfetmekte, daha ziyade bunlarla amel ve ihticaç eylemektedir. Demek oluyor ki, son bir tahlilde, amelî ve müşahhas mülâhazaların mahkemece umumî ve nazari esaslardan üstün tutulduğunu ve bunların hâdisede daha fazla ağır bastığını söylemek doğru ve yerinde olur.

Nitekim, Duez Fransız Devlet Şûrasının hizmet kusurunda aradığı ağırlık derecesini Devlet Şûrasının, her hâdisede idare edilenlerin —işbu âmme hizmetinin icrası hususunda— idareden beklemek ve talep etmekte haklı oldukları alâka, dikkat, itina, titizliği, ilh... gösterip göstermediğine göre ameli ve müşahhas surette takdir ve tesbit ettiğini kayıt ile idarî mahkemenin bu takdir ve tesbit işinde aşağıdaki düşüncelerden mülhem olduğunu ilâve ediyor :

aa) Bir kere âmme hizmetinin icra edildiği *zamanın* kusurun ağırlığı üzerinde tesiri vardır. Şöyle ki, Devlet Şûrası, âmme hizmetinin normal zamanda ifası ile (harp, salgın hastalık, her türlü âfetler... gibi) fevkalâde ve buhranlı zamanlarda ifası arasında —idarenin bu hizmetin icrasında maruz kaldığı müşkülâtı nazara alarak— bir fark gözettiği ve birinci halde kusurun derecesinin takdir ve tesbitinde daha sert ve şiddetli davranıp ikinci halde daha mülâyim ve yumuşak hareket ettiği gibi; umumiyetle gündüzleri icra edilen bir âmme hizmetindeki kusurla geceleri, hususiyle gecenin ilerlemiş bir saatindeki kusur arasında aynı şekilde bir tefrik yapmaktadır. Meselâ idarenin —sokakları tenvir vazifesindeki kusuru dolayısıyla— gece yarısından bir hayli sonra, iki buçuk raddelerinde bir hastaya çağırılan doktorun sakatlanmasına sebebiyet verdiğinde, Devlet Şûrası idarenin mesuliyetini— aynı hâdisenin faraza gece yarısından evvel cereyan etmesi haline nazaran— daha zor kabul etmektedir.

bb) Saniyen hizmetin icra edildiği *mahallin* kusurun ağırlığı üzerinde tesiri vardır. Şöyle ki, Devlet Şûrası, umumiyetle, âmme hizmetinin ana - vatanda icrası ile müstemlekelerde ifası arasında —yine hizmetin icrasında idarenin uğradığı müşkülât bakımından— bu gibi bir fark gözettiği gibi; çok defa hizmetin ifa edildiği mahalli —yine aynı bakımdan— kusurun ağırlığını takdir ve tâyin için nazara almaktadır. Meselâ bir nümâyişe iştirak eden veya hattâ bunu sadece seyreden bir kimsenin zabıta tarafından sokakta tartaklanması, döğülmesi ile karakol kapısından içeri girdikten sonra hırpalanması, döğülmesi arasında elbetteki fark olup; idarî mahkeme ikinci halde idarenin mesuliyetini, birinci hale nazaran, çok daha kolaylıkla kabul etmektedir.

cc) Sâlisen hizmetin icrasında idarenin elinde bulunan *vasıta ve imkânların* da kusurun ağırlığı üzerinde tesiri vardır. Nitekim meselâ Paris Belediye mezbahasından hayvanların —gereken tedbirlerin alınmasından dolayı— kaçmasında Devlet Şûrasının, idarenin mesuliyetini daha fakir ve bu kadar geniş imkânlara malik olmıyan belediyelere nazaran, daha kolaylıkla kabul ettiği göze çarpmaktadır.

Bu hususta daha başka misaller vermek lâzım gelirse, idareye —yolların bakımı ve nezareti bakımından— terettüp eden çeşitli vazifelerin ifası hususunda Devlet Şûrasının bir takım tefrikler yaptığını söyleyebiliriz. Meselâ Devlet Şûrası kilometrelere baliğ olan cadde ve yollarda idarenin, daima hâzır ve nâzır olarak, kilometreler boyunca her türlü aksaklık ve sakatlıklara mani olacak çarelere başvuramayacağını nazara alarak seyrüsefer bakımından zuhur eden herhangi bir ârıza, mahzur veya zorluğa idarece bir kere hemen ittilâ peyda edilmemesini ve bu gibi aksaklıkların derhal bertaraf edilmemesini, mesuliyetini mucip olacak derecede bir kusur saymamaktadır.

Farazâ alelâde bir ferдин, gece muziplik olsun diye idarenin yol tamerinde kullandığı boş bir katran fiçisini, getirip yolun ortasına bırakmasından çok vakit geçmeden husule gelen zararda idarenin mesuliyetini müeddî olacak mahiyette bir kusûr görmemektedir. Kezalik bir hususî şahsa ait kamyonun bir ormanı kateden bir yolun kenarındaki ağaçlardan birine çarparak ağacın, yolun üzerine devrilmesinden 24 saat geçmeden başka bir otomobilin, aynı yoldan geçerken idare tarafından kaldırılmamış olan bu kütüğe çarpıp zarara uğramasından dolayı otomobili sahibi tarafından idare aleyhine —yollar üzerindeki bakım ve mürakabe hizmetini gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle —açılan tazminat dâvasında Devlet Şûrası— bir taraftan idarenin ilk sademeden haberdar edilmemiş olması, diğer taraftan arada geçen vaktin kısalığı hasebiyle— ortada idarenin mesuliyetini mucip bir hizmet kusuru görmemiştir.

Bunun gibi Devlet Şûrasına göre idareden yolların —en hafif ârizadan dahi âri olmak üzere— bakımını mükemmel bir surette sağlaması her zaman ve her yerde beklenemez. Meselâ yüksek mahkeme, idarenin «halkın yollardan gayeye uygun bir surette istifade etmesini temin ile mükellef olduğunu» beyan etmekle beraber; kendi fiili dışında olarak üçüncü şahıslar tarafından yol üzerinde bırakılabilecek olan çeşitli eşya ve mevad her an kaldırmak mecburiyetinde olmadığını kabul eylemektedir.

Binnetice bu gibi hallerde bakımsızlığın ancak çok bariz ve normalin fevkinde olması halinde hizmet kusurunun idarenin mesuliyetini müeddî olacağını içtihat eylemektedir.

Bilfarz herhangi bir kimse tarafından yol üzerine atılıp oradan idare tarafından kaldırılmıyan kısa bir tel parçasına, oradan geçmekte olan bir kimsenin takılıp düşmesi ve bu yüzden bir otomobil altında ezilmesi hâdisesinde Devlet Şûrası, dul eşi tarafından idare aleyhine açılan tazminat dâvasında işi «normal bakım» mefhumu zaviyesinden mütalâa

ederek kazanın normal bir bakımsızlıktan neşet etmediğini beyanla dâvayı reddetmiştir.

Görülüyor ki, Devlet Şûrası hizmet kusurunun takdir ve tavsifinde bakımsızlığın normal sınırları aşip aşmaması kıstasına istinat eylemektedir, ki, aynı tefriki yalnız yolların bakımı hususunda değil, sair hususlarda da tatbik etmektedir.

Meselâ idareye ait bir işaret direğinin bir üçüncü şahıs tarafından sökülüp bir kanala atılması dolayısıyla, aradan çok vakit geçmeden, bir başka şahsa ait bir vapurun hasara uğraması üzerine idare aleyhine açılan dâvada Devlet Şûrası direğin atılması ile kazanın vuku bulması arasında çok kısa bir zaman geçtiğini, binaberin seyrüsefere memur ajanların kazadan evvel direğin ortadan yok olduğunu müşahede edecek durumda olmadıklarını, ortada idarenin dikkatini çekecek herhangi bir hâdise de cereyan etmedikçe idareden bir kanalın yatağında her an taharriyat ve sondajlar yapması beklenilemeyeceğini, şu halde idarenin bu kazadan mesul tutulamıyacağını kabul etmiştir..

Kezalik bir belediyeye ait umumî çamaşırhanede, bakımsızlığın ancak normal hudutları aşması halinde belediyenin mesuliyetini mucip bir kusur sayılacağını beyan eylemiştir.

Bunun aksine olarak her ne zaman ki idare bir yol üzerinde herhangi bir tamir veya sair nafia işi icrasına tevessül ederse, bu gibi icraatın doğurabileceği her türlü tehlikeye mani olmak hususunda idarenin hususî bir dikkat ve itina göstermesi ve vaktinde hareket etmesi lâzım geldiği Devlet Şûrasınca içtihat edilmektedir. Zira idare bu gibi icraata girişirken faaliyeti yolun muayyen ve mahdüt bir sahasına inhisar etmektedir. Bu itibarla kendisinden bu gibi muayyen ve mahdüt bir sahada hususî bir nezaret ve dikkat sarfetmesi bihakkın beklenilebilir ve istenilebilir.

Meselâ yol üzerindeki nafia işlerinin gereken surette iş'ar edilmemesi yüzünden herhangi bir zararın husule gelmesi halinde Devlet Şûrası bunu idarenin mesuliyetini mucip bir hizmet kusuru saymaktadır. Bilfarz bir su borusunun tamiri için veya yol kenarına ağaç dikebilmek için yolda çukur açıldığı halde yolcuların bundan herhangi bir işareti mahsusa ile hiç bir surette haberdar edilmemesi, bir tazminat sebebi addedildiği gibi; bir yolun katranlanma ameliyesinin elverişli bir surette iş'ar edilmemesi de mesuliyeti müeddi bir hizmet kusuru telâkki edilmektedir.

İdarenin yol üzerinde herhangi bir nafia işine giriştiği takdirde kabul edilen bu hal sureti yol üzerinde, velevki üçüncü şahıslar tarafından olsun, husule getirilen herhangi bir ârıza ve aksaklıktan idarenin herhangi bir suretle haberdar edildiği veya bunu bizzat keşif ve meydana

koymak için aradan makul bir müddet geçtiği halde kazaya mani olmağa yarayacak ihtiyat tedbirleri ittihaz etmediği ahvalde dahi aynen tatbik olunmaktadır. Yâni burada gereken tedbirlerin alınmaması idarenin mesuliyetini müeddî bir hizmet kusuru sayılmaktadır.

Meselâ bir binanın yıkılmaya yüz tutup tehlike arzettiğinden, üçüncü şahıslar tarafından, haberdar edildiği halde belediyenin harekete geçmemesi mesuliyetini intaç ettiği gibi; idarenin iki otomobilin ayrı istikamette seyirlerine pek de müsait olmıyan bir yolun kenarında, yüksek çalılık ve otların örtmekte olduğu tehlikeli bir bataklıkın mevcudiyetinden resen haberdar olması lâzım geleceği düşüncesiyle Devlet Şûrası idarenin halkı bundan haberdar edecek hiç bir işaret koymamasını mesuliyeti mucip bir hizmet kusuru saymıştır. Bunun gibi bir tramvay durağı civarında şosedde bir çukur mevcut iken idarenin bu hususta hiç bir himaye tedbiri almamasını idarî mahkeme mesuliyete mesnet teşkil eden bir hizmet kusuru addetmiştir.

dd) Râbian bir hizmetin icrası hususunda idarenin elinde kendisine rehberlik vazifesi görebilecek olan sarıh bir *metnin*^{s)} mevcut olup olmasının kusurun ağırlığı üzerinde tesiri vardır.

Gerçekten Devlet Şûrası herhangi bir hizmetin icrası hususunda idarece takip edilmesi gereken hattı hareketi tayin eden bir metin mevcut olduğu halde, idarenin buna uymamasını, idarenin bu gibi bir rehberden ve binaberin kolaylıktan mahrum olduğu hallere nisbeten daha ağır bir kusur saymakta ve bu gibi ahvalde idarenin mesuliyetine daha kolaylıkla hükmetmektedir.

Meselâ idarenin —para havalesi, bono, yardım, tazminat kabilinden olmak üzere— bir takım tediyelerde bulunurken imzaları ve hüviyetleri tahkik etmesi hususunda bir sürü tamimler mevcut olduğu halde idarenin buna uymaması yüzünden bilfarz hakikî alacaklı yerine bir sahtekâra tediyatta bulunması suretiyle husule gelen zararların idarece tazminini Devlet Şûrası kolaylıkla kabul etmekte; bilâkis bu gibi bir metnin fikdanı halinde mesuliyete bu kadar kolayca hükmeylememektedir.

Kezalik okullarda öğrencileri bir takım kazalardan koruyacak tedbirin ittihazi hususunda kanunî ve nizami ahkâm mevcut iken, idarenin bunları nazara almaması halinde Devlet Şûrası idarenin mesuliyeti cihtine kolaylıkla gitmektedir.

Bunun gibi seyrüsefere müteallik ahkâma riayetsizlik de kolaylıkla idarenin mesuliyetine yol açmaktadır.

s) Ki, bu metin bir kanun olabileceği gibi, bir nizamname, talimatname, hattâ bir tamim ve sirküler olabilir.

ee) Nihayet *mutazarrır şahsın* âmme hizmeti karşısındaki *durumunun* kusurun ağırlığı üzerinde tesiri vardır. Şöyle ki, umumiyetle, âmme hizmetinden istifade edenlerin bu hizmetin icrası zımında herhangi surette *mutazarrır* olmaları haline nazaran hizmet muvacehesinde tamamiyle üçüncü şahıs durumunda bulunanların zarardide olmaları halinde idarenin mesuliyeti daha kolaylıkla kabul olunmaktadır.

Duez'e istinaden verdiğimiz bu izahatla idarenin mesuliyetini mucip hizmet kusurunun —âmme hizmetinin mahiyetine, nevi ve cinsine göre— ağırlık derecesinin değiştiği gibi —zikrolunan sair bakımlara göre— de tahavvül ettiğini tesbit etmiş oluyoruz. Bu hususta daha müşahhas misalleri hemen aşağıda irae edeceğimizden bu kadarlık bir izahatle yetinebileceğimizi sanıyoruz..

5 — Bütün bu izahattan sonra, şimdi âmme hizmetlerinde müşahede olunan çeşitli aksaklık ve sakatlığın *hizmetin mahiyetine, nevine, cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlerine, şart ve mütalarına* göre değiştiğini ve mahkemenin idareyi tazminata mahkûm etmek için bazan hafif, bazan ağır, bazan da fevkalâde ağır bir kusur aradığını gösteren *misaller* zikredelim :

aa) Devlet Şûrası içtihatlarına göre, iraesî mümkün çeşitli misaller arasından, seçtiğimiz aşağıdaki hallerde *hafif, basit, alelâde* bir kusur idarenin mesuliyetini müeddî bir hizmet kusuru telâkki olunmaktadır :

Birinci misal : Komünlerin —bizde belediyelerde görüldüğü gibi— ölülerin techiz, tekfin, nakil ve *tedfîni* işinde müşahede olunan hafif, basit, alelâde bir kusur komünün mesuliyeti için kâfi görülmektedir⁹. Zira bu âmme hizmetini mükemmel ve muntazam bir surette icra etmek idare için kolaydır.

Halbuki ceñaze, siyasi bir mahiyet ve vasıf taşımakta ise komünün, bu hizmeti icra ederken işliyeceği kusurun ancak ağır ve vahim olması halinde, mesuliyeti kabul olunmaktadır. Çünkü bu gibi hallerde hizmetin icrası, âmme intizamı bakımından, emniyet ve âsâyişin muhafazası bakımından daha fazla zorluk arzedebilir.

İkinci misal : Kezalik Fransada —yine bizde olduğu gibi— komünler bizzat kır eğlenceleri, donanmalar, festivaller, çeşitli temsiller... velhasıl her türlü *eğlenceler tertip* edebildikleri ve bu gibi eğlence yerlerini işletebildikleri gibi; bu kabil yerlerin hususî şahıslar tarafından tesis ve

⁹) Bunu teyit için ezcümle şu karar zikrolunabilir : Cons. d'Etat Société Lustria, 31/1/1936.

işletilmesini intizamı âmme bakımından, *ruhsata bağamak* vazifesiyle de mükelleftirler. İşte Devlet Şûrası içtihatlarına göre bizzat komün tarafından tesis, tertip edilen ve işletilen her çeşit eğlenceler âmme hizmeti mahiyetini haiz olup; bunlar halk için tehlike arzettiğinde gereken tedbirlerin alınmaması da idarenin mesuliyetini mucip hafif, basit, alelâde bir kusur sayılmaktadır.

Zira bu gibi hizmetlerin bizzat idare tarafından deruhte edilmesinde mübrem ve müstacel bir ihtiyaç olmayıp; idarenin bunları üzerine alması halinde, uzun uzadıya düşünüp, bunları mükemmel ve muntazam bir tarzda, herhangi bir tehlike arzemiyecek surette organize ve icra etmesi icap eder; aynı zamanda atış, donanma, spor tezahürleri, beden hareketleri... gibi eğlenceler çok defa, muhtelif bakımlardan —gerek bunlara iştirak edenler, gerek seyirciler, gerekse üçüncü şahıslar için— bir takım tehlikeler arzetye; fakat bu gibi bir tehlikeyi tahmin etmek idare için kolaylıkla mümkün bulunmaktadır. Bu itibarla bu gibi hallerde Devlet Şûrası idarenin mesuliyetine kolaylıkla hükmetmekte, yâni idareyi mesul kılmak için, hafif, basit, alelâde bir kusurla iktifa eylemektedir. Meselâ komünlerin bizzat tertip ettikleri spor bayramları vesilesiyle bir takım kazaların hüsule gelebileceğini tahmin etmeleri ve nazara almaları lâzım geldiğini gözönünde tutarak Devlet Şûrası, icabında, yaralanacak olanları kaldırmak ve tedavi altına almak hususunda gereken tedbirleri almamalarını mesuliyeti mucip alelâde bir kusur saymaktadır". Bunun gibi bir kır bayramı vesilesiyle top atılırken, eskiden kalma bir tunç havan topunun infilâk etmesi hafif kusur addolunmakla beraber mesuliyeti mucip olmaktadır".

Halbuki bu gibi eğlence yerlerinin bizzat komün tarafından meydana getirilmeyip, hususî müteşebbisler tarafından tesisinde ve işletilmesinde idarenin rolü sadece —âmmenin emniyet ve istirahatı bakımından bunlar üzerinde bir mürakabe icra ederek— bunlar için müsaade, ruhsat vermekten ibaret bulunmaktadır; ki, bu gibi bir mürakabenin daha müşkülâtle icra edilebileceği düşüncesiyle, Devlet Şûrası idarenin bu hususta ancak ağır ve vahim bir kusuru sabit olması halinde mesuliyetini kabul etmektedir.

Üçüncü misal : Komünlerin dinî bayram günlerinde dinî maksatlarla halkın toplanmasına ve tezahüratta bulunmasına müsaade etmeleri mutat olup; bir komünün, bir piskopos şerefine tertip edilen tezahürata yalnız izin vermekle iktifa etmiyerek komün emlakından madût bir haça,

10) Cons. d'Etat Vidonne 30/10/1931; Bourelly 30/10/1931; Cornu 20/4/1932.

11) Cons. d'Etat Bissière 27/3/1935.

bir takı - zafer asılmasına da ayrıca müsaade etmek suretiyle, âdeta bu *tezahürata faal* bir şekilde *iştirak* ettiği mülâhazasıyla Devlet Şûrası, mezkûr haçın buna mütehammil olup olmadığını esaslı bir surette tahkik etmemesinin her ne kadar ağır bir kusur sayılamıyacağını teslim etmekle beraber, bu yüzden husule gelen bir kazada, bu gibi hafif bir kusurdan dahi komünün mesuliyetine hükmetmiştir¹²⁾.

Dördüncü misal : Gece şenlikleri, donanmaları vesilesiyle *havâî fişek atılması* gibi eğlenceler, ister bizzat komün tarafından organize edilmiş olsun, ister hususî teşebbüsler tarafından tertip edilmiş ve komünce bu hususta sadece müsaade verilmiş bulunsun —gerek seyircilerin, gerekse üçüncü şahısların emniyet ve selâmeti bakımından— gereken tedbirlerin alınması hususunda hafif bir ihmâl, dikkatsizlik, kusur Devlet Şûrasınca, son zamanlarda, komünün mesuliyeti için kâfi görülmektedir¹³⁾.

Bilfarz bu gibi gece şenliklerinde, donanmalarda havâî fişek atışı işinin kâfi teknik garanti arzetmiyen müteşebbisler tarafından tertip olunmasına müsaade etmek¹⁴⁾; atışın komün tarafından tertip edilmesi halinde, münasip olmıyan bir mahalde, yetgisiz bir memur tarafından icrası¹⁵⁾; fişek sandıklarının açık olarak ateş mahallinin civarında bırakılması¹⁶⁾; fişeğin tecrübesiz bir kimseye veya çocuğa tevdi¹⁷⁾; infilâk etmemiş bir fişeğin taharrisine girişmek hususundaki ihmâl¹⁸⁾; kötü malzeme kullanılması : bilfarz vakitsiz infilâk eden veya havalanacak yerde ufkî istikamette yol alan yahut havalandıktan sonra yere alevler içinde düşen fişek istimali¹⁹⁾ hususunda en hafif ihmâl, dikkatsizlik ve ihtiyatsızlık, velhasıl en hafif ve basit kusur komünün mesuliyetini mucip bir hizmet kusuru telâkki olunmaktadır. O suretle ki, hattâ, burada dâ-

12) Cons. d'Etat. Bergeret 15/12/1943.

13) Cons. d'Etat. Roger 18/5/1945; Chaussard 6/8/1952; Riou du Cosquer 16/10/1929; Rigaud 7/1/1932; Sarrazin 20/3/1935; Bouillot 9/12/1936; Audy et Rigoulet 11/5/1937.

14) Fırsat zuhur etmiş iken şunu kaydetmek faydalı olur ki : bu sahada Devlet Şûrası içtihatlarında, kusurun derecesi hususunda, bir tabavvül göze çarpmaktadır. Söyle ki daha eski kararlarında idarî mahkeme, komünün mesuliyetine hükmetmek için, hafif kusurla iktifa etmeyip; behemehâl «ağır ve vahim» kusurun mevcudiyetini zarurî telâkki etmekteydi.

15) Cons. d'Etat Brisset 26/11/1931; Cantemerle 16/1/1935.

16) Cons. d'Etat Cie. l'Abeille et autres 18/6/1926.

17) Cons. d'Etat Daimant 5/11/1924.

18) Cons. d'Etat Charles 21/11/1929.

19) Cons. d'Etat Lacour 1/7/1936.

vacının, âdeta kusuru isbat etmesine lüzum dahi olmaksızın yalnızca atış ile zarar arasındaki illiyeti belirtmesi kâfi geleceği ve bu kabil hâdiselerde sanki idare aleyhinde bir kusur karinesinin kabul edildiği yolunda bir şüphe zihne bihakkın takılmaktadır²⁰.

Beşinci misal : İdarenin, bizzat kendi koyduğu nizamata ve talimata gerek kendisinin *riayet etmemesi*, gerekse bunlara *riayet olunmasını temin eylememesi* yüzünden husule gelen zararlardan dolayı idare aleyhine açılan dâvalarda da Devlet Şûrası sadece hafif, basit, alelâde bir kusurun mevcudiyetini —idarenin mesuliyeti bakımından— kâfi görmektedir.

Meselâ bir belediyenin, mezarlıklar hakkında ısdar ettiği bir talimatnameye muhalif olarak bir takım mezarlar açılmasına göz yumması²¹; seyrüsefer hususunda vazettiği talimatnameye aykırı olarak bazı teşekküllere ait otobüslere bir takım kolaylıklar, müsaadeler bahşetmesi halinde, rakip şirketlerin bundan mutazarrır olarak belediye aleyhine açtıkları tazminat dâvasında talimatname dışı imtiyazların tanınması²²; belediye talimatnamelerine göre toplu olarak yolcu taşıyan nakil vasıtalarının behemehal sigorta edilmesi lâzım gelirken bu lâzimeye riayet edilip edilmediğini araştırmaksızın belediyece bu gibi bir teşebbüsün icrasına ruhsat verilmesi²³...

Fırsat zuhur etmiş iken şunu kaydetmek faydalı olur ki : Devlet Şûrasına göre idarenin, bizzat kendi ısdar ettiği nizamata ve talimata değil de başka makamca vazolunan nizamname, talimatname ve talimata riayetsizliği halinde mesuliyeti için sadece ağır ve vahim kusur kâfi görülmeyip, —doktrinin şiddetli tenkitlerine rağmen— behemehal fevkalâde ve müstesna derecede ağır ve vahim bir kusur zarurî sayılmaktadır²⁴.

20) Cons. d'Etat Bouillot 9/12/1936; Marchand 3/11/1922; Roumier 23/2/1923; Chauveau 20/3/1929. Bu hususta tafsilât için bakınız : Bénolt, ismi geçen eser sah. 35, No. 37.

21) Cons. d'Etat Deniau 10/12/1937.

22) Cons. d'Etat Chambre syndicale 26/6/1931.

23) Cons. d'Etat Meslot 16/10/1939. Sırası gelmiş iken, kusurun derecesini tayin işinin ne kadar takdirî ve hattâ ne kadar sübjektif ve indî olduğunu göstermek için şunu belirtmek faydalı olur ki : Devlet Şûrası son zamanlara kadar sigorta edilmeyen bir nakil vasıtasının işletilmesine müsaade olunmasını idare için ağır ve vahim bir kusur telâkki ettiği halde; yukarıda işaret olunduğu üzere şimdi bunu hafif ve basit bir kusur saymaktadır.

24) Cons. d'Etat, Ville de Versaille, 4/3/1932.

Yukarıdaki izahat ile zabıta vazifesinde, polis servisinde müşahede olunan hafif, basit, alelâde hizmet kusurlarının misalleriyle birlikte, tetkikine nihayet veriyoruz.

bb) Yine Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre —türlü misaller arasından seçtiğimiz aşağıdaki hallerde— ancak *ağır ve vahim* bir kusur idarenin mesuliyetini mucip bir hizmet kusuru telâkki olunmaktadır:

Bir kere her şeyden evvel, umumî bir müşahede kabilinden olarak, şunu kaydetmek yerinde olur ki : bir çok âmme hizmetlerinde ve ezcümle zabıtaya müteallik her çeşit âmme hizmetlerinde —biraz evvel gördüğümüz hafif kusur ve daha sonra tetkik edeceğimiz fevkalâde, müstesna ve âşikâr derecede ağır ve vahim kusur halleri müstesna— Devlet Şûrası umumiyetle, idarenin mesuliyetine hükmetmek için, hizmette müşahede olunan aksaklığın, sakatlığın ikisi ortası bir kusur, yâni ağır ve vahim bir kusur derecesine varmasını zarurî telâkki etmektedir. O halde ki âmme hizmetlerinde ve hususiyle zabıta servisinde umumî nazariye : ağır ve vahim kusur nazariyesidir demek doğru ve yerinde olur.

Gerçekten —evvelce arzettiğimiz veçhile— her ne zaman ki âmme hizmetinin icrası az çok müşkülâta maruzdur ve aynı zamanda sosyal bir önem arzeder, İdarî mahkeme hafif, basit, alelâde bir kusurla iktifa etmeyip; idarenin mesuliyetine esas olabilmek için ağır ve vahim bir kusurun mevcudiyetini arar.

İşte, çok defa ve ezcümle bu konuda, yâni zabıta servisinde bu gibi mülâhazalar, yâni hizmetin icrasında idarenin umumiyetle maruz kaldığı müşkülât ve bu hizmetin —halkın emniyet, sükûn ve selâmeti bakımından— haiz olduğu ehemmiyet Devlet Şûrasını ortalama bir hal sureti kabulüne sevk ile, ne hafif ve basit, ne de çok ağır ve vahim bir kusur aramayıp, ağır ve vahim bir kusurun mevcudiyetini şart koşmasını izah eder.

Bu umumî mülâhazadan sonra bu hususta bazı misaller vererek meseleyi aydınlatmağa çalışalım :

Biraz evvel, yukarıda da —istitraten arzettiğimiz üzere— bir komün dahilinde hususî teşebbüslerin kır veya spor bayramları gibi şenlikler ve donanmalar, tiyatro, sinema, cambazhane, ilâh... gibi türlü temsiller ve bilcümle oyunlar, eğlenceler tertip etmeleri ve bu gibi eğlence yerleri işletmeleri halinde komüne —komün sınırları içinde halkın sıhhat, emniyet, istirahat ve sükûnunu teminle mükellef olmak hasebiyle— düşen vazife: bu eğlencelerin halk için hiç bir tehlike ve tehdit arzemediğini, mürakabesini icra ederek, tahkik ve tesbit ettikten sonra bunlara müsaade etmekten ibarettir. İşte komünün bu mürakabe ve nezaret vazifesinde ihmali, dikkatsizliği, velhasıl bir kusuru mevcut se, bu gibi faali-

yetlerden mutazarrır olan şahıslar için, şüphesiz, adli kazada doğrudan doğruya bu gibi eğlence yerleri işletenler aleyhinde Borçlar Kanunu hükümlerine tevfikân tazminat dâvası yolu açık olduğu gibi, bunun yanında —mürakabe ve nezaret vazifesindeki hizmet kusurundan ötürü— doğrudan doğruya komün aleyhine de idarî kazada bir tam kaza, tazminat dâvası ikame etmek imkânı da mevcuttur.

İmdi bu gibi tam kaza, tazminat dâvası ile karşılaştığında Devlet Şûrası, umumiyetle, kusurun ağır ve vahim olmasını aramaktadır.

Nitekim —aşağıda görüleceği üzere— yüksek mahkeme, bu gibi hallerde, hem bir taraftan ağır ve vahim kusurun bulunması lâzım geldiğini belirtmekte, hem de diğer taraftan hâdisede böyle bir kusur bulunmasına kanaat getirdiğinden, komünün mesuliyetine hükmetmektedir :

Birinci misal : eğlence mahallerinde atış icrasına, atış yer ve tesisatının tehlike arz edip etmediğini kontrol etmeksizin müsaade etmek²⁵.

İkinci misal : Belediye sınırları içinde belediyeye ait bir meydana ateşle ısıtılmış hava ile şişirilen bir balonun şişirilmesi sırasında seyircilerin ateş yerine sokulmasına mani olacak *zabıta kordonu* tesis etmemek²⁶.

Üçüncü misal : Açık hava sinemasına müsaade ederken halkın emniyetini temin zımında *gereken tedbirlerin* alınıp alınmadığını lâıyıkı veçhile *kontrol etmemek* ve şüphesiz, evleviyetle, bu gibi bir mürakabeyi hiç icra eylememek²⁷.

Yukarıdaki hallere mukabil, Devlet Şûrası yine ağır kusurun mevcudiyetini zarurî addetmekle beraber; hâdisede ağır kusur bulunmadığına meselâ şu hallerde kanaat getirmiştir : komünün, normal şartlara uygun olduğu tahkikat neticesinde sabit olan, bir cambazhanenin belde dahilinde faaliyette bulunmasına müsaade ettikten sonra vahşi hayvanların kurtularak veya gösteri sırasında kafeslerinden çıkarılarak halk arasına dağılmaları, karışmaları ve zarara sebebiyet vermeleri halinde zabitanın geç haberdar olması yüzünden müdahale edememesi²⁸; bir açık hava temsilinde bir direğe asılı petrol lâmbasının bir köpek tarafından devrilmesiyle yangına sebebiyet vermesi²⁹.

Dördüncü misal : âmmenin emniyet ve selâmetini teminle mükellef olan idarenin, zabıta vazifesini kusurlu bir şekilde ifa etmesi halinde,

25) Cons. d'Etat Thévenet 23/7/1916; Lemmonier 26/8/1918; Le Guillon 29/1/1936.

26) Cons. d'Etat Vallon, 22/1/1936.

27) Cons. d'Etat Cadours, 23/3/1938; Perpignan 29/7/1943.

28) Cons. d'Etat Coulon, 1/5/1925; Munier 17/3/1932.

29) Cons. d'Etat Vallet 20/6/1919.

Devlet Şûrasının —eğlence tertibi gibi haller haricinde de— idareyi, hizmet kusuruna binaen, mesul kılmak için, umumiyetle, bunun ağır ve vahim bir kusur şeklinde tecelli etmesini aradığını gösteren başka misaller daha irae olunabilir. Bilfarz, Paris belediye *mezbah*asından kaçan bir öküzün sebebiyet verdiği zarardan Paris belediyesi —gerekten tedbirleri almaması, ağır ve vahim bir kusur teşkil ettiğinden— mesul sayılmıştır. Zira hayvanların daima kurtulup kaçmaları ihtimali varit olup, bunu tahmin etmek idare için kolay ve mümkün bulunduğu gibi; Paris belediyesi gibi geniş bir zabıta personeline malik bir idare her türlü tehlikeyi bertaraf edecek imkân ve vasıtalara da sahiptir³⁰.

Halbuki ufak bir beldede bu kabil bir hâdisenin cereyanı —elindeki imkân ve vasıtaların kifayetsizliği bakımından— idarenin mesuliyeti için kâfi derecede ağır ve vahim bir kusur sayılmamıştır³¹.

Beşinci misal : Fransız Devlet Şûrasına göre idarenin kanuna aykırı *nümayişleri* dağıtmak hususunda zabıta salâhiyetini kullanırken, yâni halkın emniyet, selâmet ve rahatını temin maksadiyle bu gibi bir âmme hizmeti icra ederken işliyeceği herhangi bir kusur da mesuliyetini müeddî olmayıp; ancak ağır ve vahim hizmet kusurları mesuliyetine meşnet teşkil eylemektedir.

Meselâ nümayişe iştirak edenlerden bazılarının tevkif olunarak, tevkif mahalline götürüldükten sonra haklarında sert, haşin ve şiddetli muameleye tevessül olunması³², zabıta ajanlarının fazla heyecana ve isticale kapılarak silâhlariyle ateş etmek suretiyle bazı kimselerin yaralanmasına veya ölümüne sebebiyet vermeleri³³ halinde ağır ve vahim kusur vardır ve bu itibarla idare bundan mesuldür.

Halbuki, umumiyetle kanuna aykırı olan bir nümayişe iştirak edenlere, binaberin gayri kanunî bir durumda bulunanlara karşı zabıtanın —bu kadar ağır ve vahim telâkki edilemeyecek olan yolsuz muamelelerinden, fiillerinden dolayı Devlet Şûrası— ortada kusur olmakla beraber, bunu hizmet kusuru teşkil edecek kadar ağır ve vahim bir kusur saymadığından, idarenin mesuliyeti cihetine gitmemektedir. Buna mukabil, üçüncü bir şahsın, nümayişle hiç bir ilgisi olmıyan bir kimsenin, faraza nümayiş mahallinden geçmekte olan bir yolcunun, zabıtanın sebebiyet verdiği bir zarardan dolayı idare aleyhine dâva açması halinde Devlet Şûrası, kusurun çok kolaylıkla ağır ve vahim bir kusur olduğuna ve bin-

30 Cons. d'Etat Masqueret 8/3/1929.

31) Cons. d'Etat Tomaso Gréco 10/2/1905.

32) Cons. d'Etat Clef 13/3/1925.

33) Cons. d'Etat Guiraud 18/3/1932; Papineu 29/1/1935.

netice hizmet kusuruna binaen idarenin mesuliyetine hükmetmektedir³⁴.

Altıncı misal : Yangın vukuunda *yangını itfa* hususunda idareye terettüp eden âmme hizmetinin icrasında da hafif, basit, alelâde bir kusur, mesuliyet için kâfi sayılmayıp; bu kusurun behemehal ağır ve vahim olması aranmaktadır. Hattâ denebilir ki, Devlet Şûrasının bugüne değin bu mevzua müteallik kararları arasında yalnız bir tek hâdisede ağır kusurun sübutuna kanaat getirilerek idarenin mesuliyetine hükmolunmuştur. Gerçekten bu hâdisede itfaiye personeline, su depolarından istifade edebilmek için, depo ağız anahtarlarının verilmemesi gibi ağır ve vahim bir kusur dolayısıyla Devlet Şûrası idarenin mesuliyetine karar vermiştir³⁵.

Yedinci misâl : Yıkılmağa yüz tutan *tehlikeli binaların* tamiri veya hedmi hususunda idarenin —âmmenin sıhhat ve emniyeti bakımından— haiz olduğu zabıta salâhiyetini kullanırken bu hizmeti fena, aksak, noksan surette icra etmesi yüzünden bir takım zararlar husule geldiğinde Devlet Şûrası yine hafif, basit alelâde bir kusurla iktifa etmemekte ve mutlaka ağır ve vahim bir kusur aramaktadır. Meselâ idarî mahkeme belediye reisinin vaktinde tehlikeden, daha doğrusu binanın çökmeğe yüz tuttuğundan haberdar edildiği halde hiç bir tedbir almaması yüzünden komşu binanın hasara uğramasını belediyeye isnadı gereken ağır ve vahim bir kusur —bir hizmet kusuru— telâkki ederek belediyenin mesuliyetine hükmetmiştir³⁶.

Buna mukabil şunu kaydetmek lâzım gelir ki, mutazarrır şahıs üçüncü bir şahıs durumunda olmayıp, bizzat tehlikeli, kusurlu binanın sahibi bulunuyorsa —idarenin bu zabıta servisini fena, aksak, noksan surette icra ettiği sabit olsa dahi— Devlet Şûrası, ya tehlikeyi önlemek vecibesinin evveli emirde alâkadarın kendisine terettüp ettiğini gözönünde tutarak, idarenin ademi mesuliyetine karar vermekte; veya, idarenin mesuliyeti cihetine gidilmesi mevzuubahs ise bu gibi bir kusurun ağır ve vahim bir kusur olduğunu kolay kolay kabul etmemektedir³⁷.

Sekizinci misâl : Şimdi irae edeceğimiz misallerde Devlet Şûrası yine idarenin mesuliyetine mesnet teşkil edebilmek için hizmetin icrasında müşahede olunan kusurun ağır ve vahim olmasını behemehal zarurî telâkki etmekle beraber; *hâdisede*, bu gibi *ağır ve vahim bir kusurun*

34) Cons. d'Etat Pluchard 24/12/1909; Costa 7/12/1917; Pasquelin 8/11/1933; Rappine 7/21/1934; Montillier 6/2/1935.

35) Cons. d'Etat Lafourcade 22/7/1931; Cons. d'Etat Marel. 25/4/1941.

36) Cons. d'Etat Dechauassine 4/6/1943.

37) Ezcümle Cons. d'Etat Cle. Phénix et autre 27/11/1925.

mevcut olmadığı neticesine vardığı göze çarpmaktadır : *Liman zabıtasının icrasında*, depo ve ambarlarda stok edilen malların yangın sebebiyle tahribinden dolayı sahipleri tarafından —yangını önlemekteki kusuruna binaen— liman zabıtasını ifa ile mükellef idare aleyhine açılan tazminat dâvalarında Devlet Şûrası bu gibi mahallerde yangınların kolaylıkla zuhur edebileceğini, faraza dikkatsiz bir yolcunun, her zaman, ateş alabilecek maddeler civarına sönmemiş bir kibrit veya sigara atabileceğini, bu cihetle, pratik bakımdan, idarenin bu gibi yangınlara mani olamayacağını, binnetice idarenin, liman zabıtasını icra ederken bu hususta ağır ve vahim kusuru isbat edilmedikçe mesuliyeti cihetine gidilemeyeceğini daima içtihat eylemiştir³⁸.

Kezalik idarenin *seyrüsefere* müteallik bilûmum hizmetlerinde daima ağır ve vahim kusur aranmakta ve fakat hemen hemen bu mevzua ait Devlet Şûrası kararlarında ağır ve vahim kusur hiç bir zaman sabit görülmemektedir³⁹.

Bunun gibi idari zabıtaya yol ve cadde üzerlerindeki kaza kurbanlarını tedavi yerlerine derhal nakletmek ve tedavilerini temin eylemek vazifesi terettüp etmekle beraber, Devlet Şûrası —bu hususta idarenin, umumiyetle, elverişli ve kifayetli vasıta ve imkânlardan mahrum bulunduğunu nazara alarak— vâki tehhürlerdeki kusuru çok defa mesuliyete mesnet teşkil edecek kadar ağır ve vahim saymamaktadır⁴⁰.

Bu verdiğimiz izahat ile ağır, vahim kusur hakkındaki misallerin irasine nihayet vermiş oluyoruz.

cc) Son olarak Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre —türlü misaller arasından seçtiğimiz aşağıdaki hallerde— ancak *fevkalâde*, *müstesna* ve *âşikâr derecede ağır ve vahim* bir kusur idarenin mesuliyetini intaç edebilecek olan bir hizmet kusuru telâkki olunmaktadır.

Birinci misal : meselâ ; bir kere *harp* gibi *fevkalâde ve buhranlı hallerde* idarenin —âmmenin emniyet ve selâmetini temin zımında— zabıta hizmetini mükemmel ve muntazam bir surette icra etmiyerek bir takım zararlara sebebiyet vermesi halinde hizmette müşahede olunan kusurun, idarenin mesuliyetine yol açabilmesi için, umumiyetle⁴¹, fevkalâde, müs-

38) Bildiğimizize göre, bunun tek istisnası, yani hâdisede ağır ve vahim kusurun sabit görüldüğü karar: 6/5/1934 tarihli Bacconin kararıdır.

39) Cons. d'Etat Massacry 20/12/1939.

40) Cons. d'Etat Lavisse 3/5/1944.

41) «Umumiyetle» gibi ihtirazi bir kayıt serdetmemizin sebebi şudur ki: harp halinde dahi idarenin ve hususiyetle zabıtanın bir âmme hizmetinin icrasında sadece ağır ve vahim derecedeki aksaklık ve sakatlıklardan dolayı da mesul olması müm-

tesna, âşikâr derecede, diyelim kısaca : «çok ağır ve vahim» bir kusur olması aranmaktadır. Nitekim aşağıdaki hallerde Devlet Şûrası idarenin mesuliyeti için fevkalâde, müstesna ve âşikâr bir kusurun mevcudiyetini aramakta; ve fakat hâdisede bu gibi bir kusurun mevcudiyetini sabit görmemektedir :

Meselâ 1914 - 18 harbi sırasında valinin — Nâzırdan, şüpheli her türlü *ilânların tahribi* hususunda aldığı talimat ve emir üzerine— lâyıkı veçhile bir tefrik yapmaksızın tehlikesiz bir takım ilânların tahribine tevessül etmesi, idarenin mesuliyetine mesnet teşkil edecek dereceye varan, çok ağır ve vahim bir kusur sayılmadığı gibi⁴², harp dolayısıyla ecnebilerin sevk edildiği bir *tecemmü kampına*, idarece yanlışlıkla bir vatandaşın sevk ile orada enterne edilmesi de fevkalâde, müstesna ve âşikâr derecede ağır ve vahim bir kusur sayılmamıştır⁴³. Kezalik 1939 harbi sırasında zabıtaca bir ajansın bürolarında *araştırma* icrasından mütevellit bir dâvada, fevkalâde ve müstesna derecede ağır bir kusur sabit görülmemiştir⁴⁴.

İkinci misal : Cezalarını çekmekte olan *mahkûmların firarı* dolayısıyla husule gelen zararlardan ötürü idarenin mesul tutulabilmesi için —firar mücerret tek başına idarenin mesuliyetini müeddî olmayıp— bunların muhafazası hususunda herhangi bir tedbirsizliğinin, dikkatsizliğinin, velhasıl kusurunun sabit olması ve aynı zamanda bu kusurun fevkalâde, müstesna ve âşikâr derecede ağır ve vahim olması aranmaktadır⁴⁵.

Üçüncü misal : otomobil kullanmak isteyenlere *şoför ehliyetnamesi verilmesi* için idarece icra olunan tecrübe ve imtihanlar sırasında husule gelen kaza ve zararlardan dolayı idarenin mesul tutulabilmesi için de yine idareye atıf ve izafesi gereken bir hizmet kusurunun mevcudiyeti zarurî olduğu gibi; bunun fevkalâde, müstesna, âşikâr derecede ağır ve vahim bir kusur olması da şarttır. Zira bu imtihanı, idare nam ve hesabına, icra eden ajan, memur, eksper bir talebeyi sevk ve idare eden bir

kündür. Nitekim Birinci Dünya Savaşı sırasında ilân edilen örfî idare rejimine binaen örfî idare makâmı, Pariste blicümle silâhları toplatmış iken, bilâhare bunların iadesi sırasında silâh ve mermilerin kısmen ziyat dolayısıyla bir silâh mağaza sahibinin, uğradığı zararın tazmini zımında, idare aleyhine açtığı tazminat dâvasında, bu esyanın kaybolmasını sadece ağır ve vahim bir kusur telâkki etmekle beraber Şûra, tazminata hükmetmiştir «Gobin kararı 6/7/1928».

42) Cons. d'Etat Cotte 31/11/1924.

43) Cons. d'Etat Legrand 29/7/1925.

44) Cons. d'Etat Gompertz 5/12/1941.

45) Rev. Pr. Pub. 1918, sah. 401.

hoca mesabesinde olmayıp, onun rolü sadece : otomobil kullanacak durum ve mertebeye vâsıl olduğunu iddia eden bir zatın, bu husustaki müracaatını is'af ile ehliyetinin tam olup olmadığını kontrol etmekten ibarettir.. Vâkıa bu ajanın, bu gibi bir kontrol icra ederken bir kusur irtikâp etmesi mümkündür. Ve nitekim bunun kusuru, idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusuru şeklinde tecelli eylediği takdirdedir ki, idarenin mesuliyeti düşünülebilir. Lâkin işte bu gibi hallerde Devlet Şûrası idarenin mesuliyetine hükmetmek için fevkalâde, müstesna, âşikâr derecede ağır ve vahim bir kusur aramakta ve çok defa hâdisede bu kadar ağır ve vahim bir kusurun mevcudiyetini sabit görmediği için dâvayı neticeten reddetmektedir. Meselâ imtihana tâbi olan bir zatın, sebebiyet verdiği bir zarar dolayısıyla ödemeye mahkûm tutulduğu meblâğın idarece tediyesine matuf bir dâva ikame ederek eksperin kendisine, fazlasıyla kalabalık bir yoldan gitmesini emrettiğini ve üstelik de soldan gitmesi lâzım gelirken bunu kendisine ihtar etmeyi ihmal eylediğini iddia etmesine mukabil Şûra, bu mevzuda çok ağır ve vahim bir kusur lâzım geldiğini belirterek, hâdisede bu gibi bir kusur olmadığından tazminata hükmetmemiştir⁴⁶⁾.

Dördüncü misal : *Delilerin tımarhanelere sevki* ve buralarda *muhafazası* gibi bir âmme hizmetinin icrasında müşahede olunacak kusurların da —idarenin mesuliyetine vesile teşkil edebilmek için— umumiyetle çok ağır ve vahim olması aranmaktadır. Şöyle ki tımarhaneye sevki icap eden bir şahsı, idare sevketmez; veya tehlikeli bir delinin tahliyesine karar verir; yahut bizzat müessese dahilinde nezaret ve mürakabedeki kusuru dolayısıyla bir delinin herhangi bir zarara düşer olmasına sebebiyet verir ise⁴⁷⁾ idarenin mesuliyetine ekseriya, fevkalâde, müstesna ve âşikâr bir derecede ağır bir kusur halinde hükmolunmaktadır.

Meselâ tımarhanede enterne edilen bir bâkirenin, yardımcı bir işçinin marifeti olarak, hâmile bırakılmasında idarenin, gereken nezaret ve mürakabeyi icra etmemesi bakımından, çok ağır ve vahim bir kusur işlediği kabul olunmakta ve binnetice idare mesul tutulmaktadır⁴⁸⁾. Keza-

46) Cons. d'Etat Pernot 31/10/1928.

47) Burada mevzu bahis olan bir delinin bizzat kendisine veya başka bir deliye iras ettiği herhangi bir zarardır.

Delinin kendisine veya başka bir deliye değil de müessese içinde veya aklı başında bir üçüncü şahsa zarar iras etmesi ihtimalinden burada bahsetmemekteyiz. Zira bu gibi bir halde idarenin sadece ağır ve vahim bir kusuru mesuliyeti için kâfi görülmektedir.

48) Cons. d'Etat Rivoal 14/6/1933.

lik firar eden tehlikeli bir delinin yakalanarak gardiyanlar tarafından tımarhaneye tekrardan sevki sırasında bunların —nezaret ve mürakabelerini icra hususunda gösterdikleri bir kaç dakikalık ihmal ve lâkaydiden bilistifade— tekrardan kaçmasına sebebiyet vermeleri halinde bu kusur; idareye atfı gereken fevkalâde ve müstesna bir hizmet kusuru sayılmıştır⁴⁹.

Buna mukabil bir delinin firar ederken bir nehirde boğulması veya firar ettikten sonra intihar etmesi veya tımarhane içinde bir kazaya uğraması halinde mürakabe ve nezarete kusur mevcut olmakla beraber bu idarenin mesuliyetini mucip olacak mahiyette fevkalâde ve müstesna bir kusur sayılmamıştır⁵⁰.

Evvelce, ağır ve vahim kusurlara müteallik misaller meyanında zikrettiğimiz üzere, delinin, yine bir deliye veya bizzat kendisine değil de, bir üçüncü şahsa zarar ika etmesi halinde, idarenin mesuliyeti için fevkalâde ve müstesna bir kusur yerine ağır ve vahim kusur arandığını hatırlatmak isteriz.

Bu son izahatle de çok ağır ve vahim kusurlara müteallik misallerin tâdadına ve aynı zamanda üç çeşit kusur hakkındaki tetkikimize nihayet vermiş oluyoruz.

E — «Hizmet kusuru» mefhumunu aydınlatmağa çalışırken şu noktayı da belirtmek faydalı olur ki : hizmet kusuru *âmm ve şâmil* bir mefhumdur. Şöyle ki : a — bir kere gerek *Devlet* tarafından ifa olunan âmme hizmetlerinde, gerekse —vilâyet, belediye, köy ve âmme müesseseleri şeklindeki— *bütüin diğer idare hükmi şahısları* tarafından icra edilen âmme hizmetlerinde bahis mevzuu olur. İşte bir kere bu bakımdan «hizmet kusuru» mefhumunun umumî ve geniş bir mefhum olduğu göze çarpar.

b — Saniyen hizmet kusuru —ileride vereceğimiz misallerden de anlaşılacağı üzere— *bilûmum âmme hizmetleri için* mevzubahs olup; her türlü âmme hizmetlerinde müşahede olunan hizmet kusurları da idarenin mesuliyetini mucip olmaktadır. Bu bakımdan da hizmet kusurunun âmm ve şâmil bir mefhum olduğu muhakkaktır.

c — Sâlisen, idarenin mesuliyeti bahsinde —«tam kaza, tazminat dâvasının sebepleri» içinde yer alan risk, sebepsiz iktisap, hakkaniyet...

49) Cons. d'Etat Chatry 29/1/1936.

50) C. d'Etat. Ludemann 12/4/1924; Guillaumie 27/10/1933; Pannetier 21/12/1934.

gibi bazı istisnalardan kat'î nazar— *umumî mesuliyet esası, âdî mesuliyet nazariyesi*, kısaca mesuliyet hakkında kabul edilen *ana kaide* : hizmet kusurudur. Başka bir söyleyişle idare hukukunda prensip itibarıyla idare aleyhine açılan bir tam kaza, tazminat dâvası neticesinde idarenin mesuliyetine hükümlenabilmek için bir hizmet kusurunun mevcudiyeti elzem ve zarurîdir. Hizmet kusuru mevcut değilse idare de kaideten⁵¹⁾ mesul değildir : tazminata mahkûm edilmez. İşte bu bakımdan da «hizmet kusuru» mefhumunun umumî ve geniş, hattâ ana mefhum olduğu bihakkın söylenebilir.

F — «Hizmet kusuru» mefhumu hakkında tam bir fikir vermek için son olarak şunu da ilâve etmek lâzım gelir ki : hizmet kusuruna müteallik misalleri mahkeme kararları arasından seçerken, bunları, ampirik bir surette gelişî güzel ve ardı ardına sıralayacak yerde; az çok ilmî, nazarî ve sentetik bir surette kategorilere ayırarak, irae etmek istersek, Duez'le birlikte, hizmet kusurunu üç grupta mütalâa edebiliriz. Şöyle ki hizmet kusuru :

- a) Ya hizmetin *fena işlemesinden* husule gelmiştir. Daha doğrusu hizmet kusuru hizmetin fena işlemesi şeklinde tecelli etmektedir.
- b) Veya hizmetin *hiç işlememesinden* ileri gelmiştir. Daha doğrusu hizmet kusuru hizmetin işlememesi şeklinde tezahür eylemektedir.
- c) Yahut da hizmetin işlemesindeki *gecikmeden* meydana gelmiştir. Daha doğrusu hizmet kusuru hizmetin işlemesinde müşahede olunan bir tehhür şeklinde manzur olmaktadır.

İşte Fransız mehakim içtihadında hizmet kusuruna müteallik çeşitli kararları bu üçüzlü tasnif dairesinde tetkik ile «hizmet kusuru» mefhumunu —evvelce kusurun ağırlığı hakkındaki izahat zımında verdiğimiz zabıtaya ait misallere zamimeten— mümkün mertebe başka başka sahalardan seçtiğimiz misallerle aydınlatmağa çahaşalım :

- a) Evvelâ hizmetin *fena işlemesinden* husule gelen hizmet kusurlarına mütedair bazı misaller irae edelim :

1 — İdarenin bir dosyayı veya bazı vesikaları kaybetmesi;

51) «Kaideten» diyoruz. Zira biraz evvel işaret ettiğimiz gibi idare hukukunda mesuliyet bahsinde ana nazariye : hizmet kusuru olmakla beraber, bu umumî mesuliyet esası yanında tâlî, fer'î ve mütemmim nazariyeler olan risk, sebepsiz iktisap, hakkaniyet gibi mesuliyet esasları da yer almaktadır.

2 — Orduya, zabıtaya ait beygirlerin plântonların elinden kurtulup kaçmaları;

3 — Kötü malzemenin kullanılması ve ezcümle teknik okullarda talebeye veya imtihan geçiren bir namzede bozuk âlet verilmesi;

4 — Âmme hizmetlerine veya ajan ve memurlara tahsis olunan lokal ve odaların gereken şartlara uygun bulunmaması : bilfarz bir postahanenin memurlara mahsus çıkış kapısının eşğinde lüzumsuz ve tehlikeli bir tümsek, bir çıkıntı bulunması; bunun gibi bir memura tahsis olunan çalışma mahallinde karbon gazının intişarı...

5 — İdareye ait araba, otomobil, otobüs, kamyon, gemi, vapur, çata-na, romorkör, tayyare velhasıl bilcümle nakil vasıtaları kazalarında, ehliyetsiz arabacı, şoför, kaptan, pilot, ajan, memur kullanılması; kifa-yetsiz, bozuk vasıta ve malzeme istimali; bu nakil vasıtalarının seyrü-seferi sırasında arabacı, şoför, kaptan, pilot vesair ajan ve memurların hatalı, dikkatsiz, kusurlu bir takım hareketlerde bulunmaları...

6 — Askerî manevra, talim ve atışlardaki aksaklıklar : bilfarz ha-kiki bir merminin manevra fişekleri arasına karışması ve bu suretle bir manevra sırasında manevra mermisi yerine hakiki mermi kullanılması...

7 — Zabıta hizmetinin işlemedeki her çeşit aksaklık, sakatlık : bilfarz bir hırsız kovalıyan polisin bir yolçuya çarparak yaralaması; veya —evvelce arzettiğimiz veçhile— bir nümayişe iştirak eden bir kim-senin veya üçüncü bir şahsın polis tarafından yaralanması; bir arbede sırasında, polisin, döğüşenleri korkutmak suretiyle ayırmak maksadiyle havaya ateş ederken bir üçüncü şahsı yaralaması...

8 — Nafia işlerinin kötü icrası: Meselâ bir yolun nizamata aykırı bir şekilde katranlanması; telgraf direk ve tellerinin kötü bir surette yerleştirilmesi; bir şahsın ikametgâhındaki telefon makinesini veya elektrik, havagazi saatini tamire gelen memurun, işçinin makine ve saati tamir edecek yerde tahrip eylemesi...

9 — İdare tarafından alâkadara hatalı, noksan malûmat verilmesi. Meselâ Devlet Şûrası bir gümrük memuru tarafından alâkadara yanlış malûmat verilmesi üzerine bu zatın, bilâhare kendisinden talep edilen gümrük resminden dün bir gümrük resmine tâbi olduğu zanniyle bir ta-kım ticarî muamelelere girişerek bazı mallar ithal etmesi halinde uğra-dığı zararın bu gibi yanlış malûmattan ileri geldiğini ve yanlış malûmatın ise idarenin mesuliyetini mucip bir hizmet kusuru teşkil ettiğini kabul etmiştir.

10 — İdari kararlarda yanlış, mesnetsiz bir takım kayıtların yer alması. Meselâ harp sırasında Devlet tarafından rekizisyon suretiyle el konulan bir ticaret gemisinde, Devlet nam ve hesabına, kaptanlık yapmakta olan bir şahsın —harbin sona ermesi üzerine, hususî bir kanunla, bu gibi rekizisyonlar umumî olarak kaldırıldığından— bu sebeple vazifesine nihayet verilmiş iken gemi mürettebatına ait sicilde, bu muamelelerin inzibatî bir cezadan ileri geldiği yolunda bir kaydın, sehven yer alması...

11 — İstimvallerde, rekizisyonlarda müşahede olunan aksaklık : meselâ bir iâşe rekizisyon komisyonunun bir şahsa ait hayvanların muşaderesinde işlediği yolsuzluklar...

12 — İdarenin çeşitli hukukî veya maddî hataları : Meselâ idare tarafından bir kimseye bir meblâğın tediyesi lâzım gelirken, ikametgâhu nazarı itibara alınarak bu kimsenin kolaylıkla teşhisi mümkün iken, sırf isimlerdeki müşabehet dolayısıyla idarenin bu kimseyi başkasıyla karıştırarak, bu parayı ödememesi; idarece imza mukabilinde bir kimseye tediyesi gereken bir paranın —imzalar hiç benzemediği ve bu itibarla kolaylıkla teşhisi mümkün olduğu halde— imzayı taklit etmek suretiyle kendisini o şahıs imiş gibi gösteren başka birisine tediyesi; bir polisin, tehlikeli bir şahıs zanniyle masum bir kimseye ateş etmesi ve ölümüne sebebiyet vermesi...

13 — Gümrük memurlarının kolaylıkla zedelenebilecek, kırılabilir olan kıymetli bir sanat eserini muayene ederlerken kırmaları.

14 — Kanun, nizamname, talimatname metinlerinin idarece yanlış tefsiri veya hatalı surette tatbiki.

b) Şimdi de hizmetin işlememesinden ileri gelen hizmet kusurlarına mütedair bazı misaller verelim.

Lâkin bu misalleri zikretmezden evvel derhal şu noktayı belirtmek lâzım gelir ki : Tetkik etmekte olduğumuz bu ikinci halde idarenin muayyen bir faaliyette bulunması, daha doğrusu muayyen bir âmme hizmetini icra etmesi icap ederken, herhangi bir sebeple, bu faaliyeti, bu hizmeti ifa etmemesi mevzuubahs olup; bu faaliyetin, hizmetin, ifası idare için ister *kanunî bir vecibe, mecburiyet* teşkil etsin, ister kanun bu hususta idareye *hareket serbestisi*, yâni bu faaliyeti ve hizmeti icra edip etmemek bakımından *takdir salâhiyeti* tanımış olsun⁵²⁾ faaliyetin,

52) Görülüyor ki bir âmme hizmetini icra edip etmemek hususunda idarenin takdir salâhiyetine sahip olması, idarenin de bu hareket serbestisine dayanarak, bunu

hizmetin ifa olunmaması idarî kazaca bir hizmet kusuru telâkki edilecek idarenin mesuliyetine vesile verebilir.

Bu kısa izahattan sonra misallere geçelim :

1 — İcrası gereken *nafia işlerinin icra olunmaması*, ezcümle *nafia eserinin hiç vücade getirilmemesi* veya vücade getirilmekle beraber *kıfayetsiz* olması Fransada bu konuda en tipik misalleri teşkil eylemektedir: Bir parmaklık konmaması; meselâ bir yolun kenarındaki boşluk, çukur, idarece doldurulmakta iken, yolun kenarında muvakkat su taşmalarına, seylâplara karşı— gereken eserlerin vücade getirilmemesi, ezcümle set, baraj inşa edilmemesi...

2 — Bunun gibi *nafia eserlerinin bakımsızlığı* da idarenin mesuliyetini mucip hizmet kusuru sayılmaktadır : meselâ bir komüne ait kanalizasyonun ve kaldırımın bakımsızlığı dolayısıyla bir şahsa ait binanın bodrumunda sızıntılar husule gelmesi; çakıl taşlariyle örtülü bir mektep avlusunda, bakımsızlık dolayısıyla, fazla sivri taş parçalarının bulunması ve bu yüzden, düşen bir talebenin yaralanmasına sebebiyet vermesi; bir şosenin, bakımsızlık yüzünden, gitgide aşınması ve bir kamyonun devrilmesine sebebiyet vermesi; bir yol veya sahil boyunca dikilmiş ihtiyar ağaçların, idarece kestirilip kaldırılmamasından dolayı, devrilerek bir kazaya sebebiyet vermeleri; bir limana ait havuzun, bakımsızlığı dolayısıyla, içindeki gemilerin hasara uğraması; tramvay raylarının bakımsızlığından zarar husule gelmesi; âmme hizmetlerine tahsis olunan binaların bakımsızlığı ile zarar meydana gelmesi...

3 — Kezalik *nafia işlerine tevessül* olunurken gereken elverişli *işaretlerin*, sinyalların *vazolunmaması* da idarenin mesuliyetini müeddî hizmet kusurları teşkil eylemektedir : meselâ henüz üzerinden silindir ge-

ifa etmekten sarfinazar eylemesi, icabında, ademî ifa keyfiyetinin bir hizmet kusuru sayılmasına ve binaberin idarenin mesuliyetine hükümlenmesine mani teşkil eylememektedir; ki bu izahata göre takdir salâhiyetinin mesuliyet sebeplerini kaldıran haller arasında yer almadığı anlaşılmaktadır. Bu hususta fazla tafsilâta girmekten kaçınarak — Duez'le birlikte — idareye takdir salâhiyeti tanınan hallerde, idarenin, şu veya bu düşünce ile pasif kalmasının mevzuata, hukuka aykırılığı, tabiatıyla bahis meyzuu olamamakla ve şüphesiz, idarî mahkemenin idareye bu hizmeti ifa hususunda emir vermesi mutasavver olmamakla beraber; idarî kazanın idarenin bu takdir salâhiyetini kullanmasından husule gelen netayici tayin hususunda, yani bu menfi durumu dolayısıyla husule gelen zararların tazmini hakkında söz sahibi olduğunu kaydedelim (Duez, s. 29 - 30).

çirilmeyen bir yol kalınca bir taş tabakası ile kaplanmış olduğu halde idarece bir işaret vaz'ı ile bundan otomobil kullananların haberdar edilmemesi; yolun katranlandığını idarenin kolaylıkla görülebilecek elverişli bir işaret ile iş'ar etmemesi; yol kenarında ağaç dikmek maksadiyle çukur açıldığını işareti mahsusa ile bildirilmemesi; bir tren hattının geçtiği bir yerde müteharrik bir parmaklığın bulunmaması veya herhangi bir işaret vazolunmaması...

4 — Halkın hayat, sıhhat, emniyet ve selâmeti bakımından gereken *himaye tedbirlerinin* idarece ya hiç *ittihaz olunmaması* veya ittihaz olunmakla beraber bunların *elverişsiz olması* da hizmet kusuru teşkil edebilir. Meselâ : —evvelce uzun uzadıya tetkik ettiğimiz üzere— kır ve spor eğlencelerinde, her türlü temsillerde, donanmalarda, atışlarda gereken zabıta tedbirlerinin alınmaması, bir grev münasebetiyle yapılan nümayişi dağıtmak ve binnetice intizamı temin etmek için zabıta kuvvetinin kifayetsizliği dolayısıyla yardımına müracaat olunan askeri kuvvet üzerinde icap eden mürakabe ve nezaretin icra olunmaması yüzünden süvarilerin bir grevciyi lüzumsuz surette hırpalamaları; delilerin tımarhaneye sevki ve burada enterne edilmesi lâzım gelirken idarenin bu lâzime riayet eylememesi; zabıta tedbirlerinin fikdanı dolayısıyla bir deniz motöründe izdiham ve binnetice itişme ve kaza husule gelmesi...

5 — İdarenin, talim ve terbiye vazifesini ifa ederken, *ezcümle okullarda öğrencileri* her türlü tehlikeye karşı *koruyacak tedbirleri almaması*. Meselâ : küçük çocukların teneffüslerde oynadıkları okul bahçesinde dikenli çalılıkların kaldırılmaması; bir dershanede —nizamât mucibince— soba etrafına bir korkuluk, bir tel kafes gerilmemesi; teknik mahiyetteki elişleri derslerinin icrasında istimal olunan alât ve edevatın tehlikeli kısımlarının gereken kılıflarla örtümemesi; bir pençerenin açıldığında, köşedeki bir dolaba çarparak camların kırılması; bir lise talebesinin binicilik taliminin orduya ait bir mânejde icrası sırasında atının semerini takarken attan çifte yiyerek yaralanması; bir okulda, öğretmen sobayı, hademeye yaktırtacak yerde, talebeden birine yaktırtması dolayısıyla bu çocuğun bir takım yanıklara maruz kalması...

6 — İdarenin, bir takım *şahıslar üzerinde* haiz olduğu *nezaret vazifesini* icra ederken icap eden nezaret, mürakabe, muhafaza, *emniyet tedbirlerini almamış olması*. Meselâ : idarenin, bir teknik okulda —talimat gereğince— tehlikeli bir takım ameliyelerin icrası sırasında talebenin gözlük takmak mecburiyetinin yerine getirilip getirilmediğini mürakabe etmemesi; evvelce belirttiğimiz üzere, tımarhanede bir delinin, ge-

reken nezaretin icra olunmaması dolayısıyla, hâmile kalması veya yangına sebebiyet vermesi; askerî makamların er ve subaylar üzerinde mürakabelerini kullanmamaları yüzünden bilfarz erlerin bir şahsa ait korunun ağaçlarını ve parmaklıklarını tahrip etmeleri; bir er veya subayın bir düşman elbombası ile oynayıp bunu açmağa çalışırken bir infilâka sebebiyet vermesi, rekizisyon suretiyle el konulan bir bina dahilinde bir sarhoş erin ev sahiplerinden birini öldürmesi; zabitanın sokakta kavga ve döğüş dolayısıyla posta ettikleri bir şahsı tedavisiz bırakması; karakola sevkonulan bir sarhoşun, gece orada alıkondduğu halde, yanında kibrit kutusu bırakılması ve bu suretle üzerinde yattığı samanları tutuşturarak yangına sebebiyet vermesi ve kendisinin de bu yüzden ölmesi; hastahane hastalar üzerinde gereken nezaret ve mürakabenin ademi icrası yüzünden yatağına bir takım kayışlarla bağlı bulunan bir hastanın, yatağından düşerek boynu bağlara takılıp boğulması...

7 — Bir *kanun, nizamname veya talimatnamenin* idarece *tatbik olunmaması* da —aşağıdaki üç şartın tahakkuk etmesi halinde : bir kere idareye bu hususta, yâni bunları tatbik edip etmemek hususunda bir takdir salâhiyeti tanınmamış ise; saniyen idare, bunları umumî olarak tatbikten sarfınazar etmeyip, sırf muayyen, hususî ve müşahhas hallerde, yâni sadece muayyen şahıslara karşı tatbik etmekten imtina eylerse; salisen ve nihayet idare, herhangi bir zühul ve ihmal eseri olarak değil, bilerek ve isteyerek hususiyle ajan ve memurlarına bu yolda hareket etmeleri, yâni bu hallerde bunları tatbik eylememeleri hususunda emir, direktif ve talimat vermek veya mezkûr kanun, nizamname veya talimatnamenin tatbikini talep eden alâkadarın müracaatını, sarahaten veya zımnen reddetmek suretiyle, bunları tatbikten sistematik olarak imtina ediyorsa— bir hizmet kusuru sayılmaktadır⁵³.

c) Hizmetin *geç işlemesinden* meydana gelen hizmet kusurlarına müteallik misallere gelince : burada hizmet doğru ve muntazam bir surette icra olunmakla beraber, idare vaktinde harekete geçmemiş, hizmeti gereken derecede süratle yerine getirecek yerde betaat ve tehhür ile ifa etmiştir. İşte, mevzuat idareye muayyen bir müddet zarfında hareket etmek mecburiyetini tahmil etmiş olmasa dahi, Fransız Devlet Şûrası idarenin —âmme hizmetlerini, hal ve şartların, daha doğrusu hâdisenin icap ettirdiği derecede sürat ile, vakit kaybetmeksizin icra eylemek hususunda— genel bir vecibe ile mükellef olduğunu kabul etmektedir. O suretle ki,

53) Bu hususda tafsilât için bakınız : Duez, sah. 33-34 ve bu sahife altındaki notlar.

idare hizmeti ifada geciktiğinde bu tehhür, hiç bir metne aykırılık arzemesi dahi, başlı başına bir kusur sayılmakta ve idarenin mesuliyetini mucip olmaktadır. Velhasıl Devlet Şûrasına göre, idarenin, herhangi bir âmme hizmetinin icrasında, kendisinden beklenen sürati göstermemesi, diğer bir söyleyişle hâdisede fazla bataet ve tehhürle hareket etmesi, hizmeti vaktinde yerine getirmemesi: hizmetin mükemmel ve muntazam bir surette işlememesi, kusurlu olması demektir.

Bunu teyit için aşağıdaki Devlet Şûrası kararlarını zikredeceğiz :

Birinci misal : bir gayrı reşit, velisinin muvafakatini almaksızın sahte bir ad ile gönüllü olarak légion étrangère'e kaydolmuştur. Bu gönüllü olarak kayıt muamelesinin hukukan sahîh ve muteber olmadığı —velinin müracaatı üzerine— askeri makamca, derhal, tesbit ve genç de, hemen, terhis ve telhis olunmak lâzım gelirken, bu gönüllü gencin, bundan ancak iki ay sonra, kaydı silinmiş, lâkin bu müddet zarfında bir muharebede hayatını kaybetmiştir. İşte Devlet Şûrası terhis ve telhisteki tehhürü bir hizmet kusuru sayarak idarenin mesuliyetine hükmetmiştir⁵⁴.

İkinci misal : Muhik olarak derhal ve kolaylıkla tesbiti mümkün bir talebin idarece hemen tetkik edilerek gereken muamelenin yerine getirilmesi lâzım gelirken; idarenin bu husustaki tehhürü de bir hizmet kusuru telâkki olunmaktadır. Meselâ adli sicili hususunda, bir adli mahkeme kâtipliğinden alınan malûmat yanlış olduğundan bir şahsın, askeri makamca —müteaddit itirazlarına ve iddiasının doğru ve yerinde olduğunu isbata yarıyacak vesaik ibraz etmesine rağmen— kanuna aykırı olarak bir kalede, sabıkalı eşhas arasında, iki aydan fazla bir müddet, alakonulmasını Devlet Şûrası —bu itiraz ve vesaik üzerine— «talebin haklı ve esaslı olduğunu kolaylıkla tesbit mümkün iken idarenin, gereken muamelenin icrasında gösterdiği tehhürün muhik ve meşrû olmadığını» beyanla bu tehhürü, idarenin mesuliyetine mesnet teşkil edecek bir hizmet kusuru saymıştır⁵⁵.

Üçüncü misal : Bir inzibat komisyonunun, müddeti içinde karar itihaz etmemesi de, Devlet Şûrasına göre, bir hizmet kusurudur. Gerçekten şöyle bir hâdise cereyan etmiştir : hakkında bir inzibatî ceza verilmeye değin vazifesine muvakkat bir surette nihayet verilerek işten el çektirilen bir memur hakkında —talimatname hükümlerine göre— bir ay zarfında mütalâasını bildirmesi lâzım gelen bir inzibat komisyonu bu muameleyi bir ay içinde intaç etmemiştir. Bu yüzden vazifeden muvakkat surette uzak kalma, daha doğrusu işten el çektirilme müddeti

54) Recueil, 1919, Brunet sah. 650.

55) Rec. 1924, Poirey sah. 594.

bir aydan fazla sürmüştür. Her ne kadar bu inzibatî takibat neticesinde memur bilâhare azlolunmuş, yâni vazifesine kat'î olarak nihayet verilmiş ise de, Devlet Şûrası inzibat komisyonunun mücerret, gecikmesinden hasil olan bu usulsüz müddet uzamasından mütevellit zararın idarece, tazminine hükmetmiştir⁵⁶.

Dördüncü misal : Muhik ve bu itibarla is'afı gereken bir talebin idarece ilgili mercie geç nakledilmesi de bir hizmet kusurudur. Meselâ, sahihsiz addedilerek, öldürülmek üzere toplatılan sahihsiz köpeklerin kaldırıldıkları mahalle sevk edilen bir köpeğin sahibi, idareden bunun geri verilmesini talep etmiş iken, bu müracaatın vâki olduğu daire, köpekleri öldürmekle muvazzaf ajanları bu müracaattan vaktinde haberdar etmediğinden hayvanın, intizar müddetinin inkızasında telef edilmesi üzerine idare aleyhine açılan tazminat dâvasında Devlet Şûrası bu tehhürü bir hizmet kusuru olarak kabul etmiştir⁵⁷.

Beşinci misâl : yapı ve inşaat hususunda itası gereken bir ruhsatın geç verilmesi de bir hizmet kusurudur⁵⁸.

Altıncı misal : Şehir plânının, tevsi, amenajman, güzelleştirme plânlarının infazı zımında gereken kararların ittihazında veya bu gibi kararların bizzat icrasında belediyenin gösterdiği tehhür de bir hizmet kusurudur⁵⁹.

Yedinci misal : Derhal yürürlüğe giren veya kanunda meriyet tarihi tayin edilen bir kanunun, muayyen bir veya müteaddit şahıs hakkında hemen veya bu müddet içinde tatbik edilmemesi, yâni kanunun tatbikindeki tehhür de, Devlet Şûrasınca bir hizmet kusuru sayılmaktadır⁶⁰.

Sekizinci misâl : Vekâletlerden (nezaretlerden) malûmat elde etmek hususunda vaki müracaatların tetkikinde veya bunlara gereken cevapların verilmesindeki tehhür de bir hizmet kusurudur⁶¹.

Dokuzuncu misal : Her türlü evrak ve vesaikin nakli ve tevdiî hususundaki tehhür de bir hizmet kusuru teşkil eylemektedir⁶².

56) Rec. 1932, Liénard, sah. 821.

57) Rec. 1921, Malou - Dupré, sah. 975.

58) Ezcümle bakınız : Rec. 1923, Buffard, sah. 283.

59) Meselâ bakınız : Rec. 1935, Ville de Perpignan, sah. 777.

60) Tafsilât için : Duez sah. 37 ve bilhassa bu sahife altındaki 3 No. li nota bakınız.

61) Sirey, 1920,3,49, Gaillard.

62) Rec. 1923, Dame Gleizess. 333; Sirey 1926,3,56 Baléchat.

Onuncu misal : Muayyen bir âmme hizmetinin icrası sırasında muayyen bir ameliyenin vaktinde ifa olunmaması, yâni hizmette herhangi maddî bir tehhür de hizmet kusuru sayılmaktadır : bilfarz bir mezbaha kapısının vaktinde kapatılmamasından dolayı bazı hayvanların kaçmasına⁶³ veya bir su barajının zamanında açılmaması dolayısıyla bazı zararların husulüne⁶⁴ sebebiyet verilmesi hizmet kusuru sayılmıştır.

Bütün bu izahatla idare hukukunun esaslı ve önemli mefhumlarından biri olan «hizmet kusuru» hakkında bir fikir vermeğe çalıştığımızı ve eğer bunda birazcık dahi, muvaffak olduysak kendimizi çok bahtiyar sayacağımızı kaydederiz.

Ragıp Sarica

63) Rec. 1929, Masqueret sah. 276.

64) Rec. 1899, Société, des produits céramiques, sah. 19.