

İDARİ KARARLARDAN DOLAYI İDARE ALEYHİNE AÇILAN TAM KAZA DAVALARI

Doçent Ragıp Sarıca

Bilindiği üzere idare aleyhine açılan dâvalar «iptal» ve «tam kaza» dâvaları (1) olmak üzere başlıca iki kategoride toplanmaktadır. Yine malûm olduğu veçhile iptal dâvası, sadece bir kararın mevzuata aykırılığına binaen mahkemece iptaline müteveccih olduğuna göre, bu gibi bir dâva münhasıran idarî kararlar aleyhine açılabilir; hiç bir suretle doğrudan doğruya idarî fiil ve ameliyelere karşı ikame olunamaz (2).

Halbuki idarî fiil ve ameliyelere karşı tam kaza dâvası açılabilirliği muhakkak ise de; idarî kararların da - gerek doğrudan doğru-

(1) Derhal şu noktaya işaret edelim ki; kanun vâzımız idarî dâvalardan bahsederken bunları açıkça «iptal» ve «tam kaza» dâvaları diye adlandırmıyor. Filhakika Devlet Şûrası kanunumuz bu dâvalara bir isim vermekten âdeta çekiniyor ve kaçınıyor.

Mamafih şunu ilâve etmek lâzımdır ki, hâlen mer'î Şûrayı Devlet kanunumuzda «iptal» ve «tam kaza» tâbirlerine yer verilmediği halde mülga 1925 tarih ve 669 numaralı Şûrayı Devlet kanununun dahiliye encümeni mazbatasında tam kaza dâvalarına karşılık olarak «kazal kâmile tâbi dâvalar» terimi kullanılmıştır. Aynı zamanda şu nokta da kayda değer ki: bizzat kanunda bu yolda bir sarahat bulunmadığı halde Türk doktrini idarî dâvalara birer ad koymakta asla tereddüt göstermemiş ve Fransız terminolojisinden ilham alarak birinci nevi dâvaları «iptal dâvası», ikincileri de - «recours de pleine juridiction» karşılığı olarak - «tam kaza dâvası» veya «kazal kâmile tâbi dâva» diye tesmiye etmiştir. Nihayet şunu da ilâve edelim ki, «tam kaza dâvası» veya «kazal kâmile tâbi dâva» unvanı altında ifade olunan dâvalara Fransada çok defa «recours en indemnité» denildiği gibi; bizde de bazan «tazminat dâvası» adı verilmektedir. Görülüyor ki, bu üç tâbir müteradiftir. Bu itibarla biz bunları hep aynı mânada kullanacağız.

(2) Bu hususta tafsilât için bakınız: Ragıp Sarıca; İdarî Kaza; 1944; S. 11-13.

ya, gerek dolayısıyla - bu gibi bir dâvaya zemin ve mevzu teşkil edip edemeyeceği cayı sualdir.

Gerçekten iptal dâvaları yanında tam kaza dâvalarına yer veren Devlet Şûrası kanunumuz bu sonuncuların idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılabilceğini söylemektedir. İşte, bu yazımızda, idari fiiller gibi idari kararların da tam kaza dâvalarına mevzu teşkil edip edemeyeceğini ve ne gibi hallerde ve hangi şartlar altında idari bir kararın böyle bir dâvaya sebebiyet verebileceğini araştırmak istiyoruz.

Bu meseleyi lâıykı veçhile inceliyebilmek için, zannımızca, bir tefrik yapmak zarureti vardır. Şöyle ki:

Evvelâ bir kararın icrası ve tatbiki dolayısıyla bir tam kaza dâvası açılıp açılmıyacağını;

Sonra da bir kararın sadece ittihazi münasebetile bu gibi bir dâvanın ikame olunup olunamıyacağını tetkik ve tesbit etmek icap eder.

Yalnız derhal şunu kaydedelim ki: Bir makale çerçevesini fazlasıyla aşmış olmak korkusile, biz bu yazımızda, sadece birinci mesele üzerinde durmayı; yani ancak idarece müttehaz bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla idare aleyhine bir tam kaza dâvası açılıp açılmıyacağını araştırmakla iktifa etmeyi; ikinci problemi, yani bir kararın münhasıran ittihazi keyfiyetinin de bu gibi bir dâvaya zemin ve mevzu teşkil edip edemeyeceğini başka bir yazıya bırakmayı daha doğru buluyoruz.

Konumuzun sınırlarını bu suretle tesbit ettikten sonra mesele- nin tetkikine girişebileceğimizi sanıyoruz.

I. Evvelâ hemen şu noktaya işaret edelim ki burada bahse mevzu olan kararlar idare tarafından veya idare namına alınan ve uzak- tan veya yakından âmme hizmeti ile ilgili bulunan kararlardır. Yani bir âmme hizmetinin ifası sırasında veya icrası zımında ittihaz olunan kararlardır. Esasen bilindiği üzere idarenin vazifesi âmme hizmetlerini görmekten ibaret olduğu gibi; idari dâvalar da bu gibi hizmetlerden çıkan ihtilâflardan başka bir şey değildir. Bu itibarla bu nokta üzerinde fazlaca durmağa lüzum olmasa gerektir.

II. Şunu da ilâve edelim ki, idare harekete geçmezden, yani icraatta bulunmazdan, kısaca maddi birtakım fiil ve ameliyelere gi-

rişmezden önce umumiyetle icraî mahiyette birtakım kararlar itti haz eder. Bir kelime ile idare, maddî fiil ve hareketlerini hemen daima icraî mahiyette birtakım kararlara istinat ettirir (3).

III. Şu da muhakkaktır ki bir karar icra olunmak üzere itti haz olunur ve idarece müttehaz her karar fiiliyatta hemen daima icra olunur.

IV. Şunu da kaydedelim ki, bir kararın icra ve tatbiki: bu kararın birtakım maddî fiil ve ameliyeler vasıtasile, fiilen yerine getirilmesi demektir. Meselâ bir belediyenin, - belediye yapı ve yollar kanununa istinaden - bir binanın yıktırılması veya - belediye zabıtası talimatnamesine tevfi kan. köpeklerin öldürülmesi hususunda bir karar itti haz etmesi halinde, aşikârdır ki, mezkûr kararların tatbik ve icrası: binanın fiilen yıktırılmasından ve köpeklerin hakikaten öldürülmesinden ibarettir.

V. Son olarak şunu belirtelim ki: umumiyetle bir karar ancak icra olunduktan sonra bir mâmeleke veya şahsa tesir edebilir; maddî veya manevî bir zarara sebebiyet verebilir. Başka bir söyleyişle icra ve tatbik mevkiine konmayan bir kararın mücerret itti hazı keyfiyeti, umumiyetle, bir zarar tevli t edemez ve binaberin idare aleyhine bir tazminat dâvasına meydan vermez.

Meselâ bir binanın - belediye yapı ve yollar kanununa aykırı olarak - yıktırılması hakkında belediyece müttehaz bir karar ancak icra ve tatbik sahasına konduğu, yani bina yıktırıldığı taktirdedir ki bir şahsın mâmelekinde tesir husule getirebilir; maddî birtakım zararlara sebebiyet verebilir.

Bunun gibi bilfarz bir belediyenin - belediye zabıtası talimatnamesinin 13 üncü maddesine tevfi kan - sokaklarda sahi psiz, ağızlık sız ve markasız gezen köpekler gibi - mezkûr talimatnameye tamamen aykırı olarak - sahibi, ağızlığı ve markası olan köpeklerin dahi belediye memurları tarafından öldürülmesi hususunda bir karar itti haz etmesi halinde bu karar ancak icra ve tatbik mevkiine konduğu, yani bu gibi bir köpek öldürüldüğü taktirdedir ki, sahibi bundan bir acı ve ıstırap duyabilir, şahsan ve manen müteessir olabilir, kıl saca manevî bir zarara duçar kalabilir.

(3) Bu nokta hakkında tafsilât için bakınız: S. S. Onar; İdare Hukuku, 1942, 111-112.

İşte hemen bütün müellifler idarî bir karardan dolayı, ancak bu karar icra ve tatbik sahasına konduğu takdirde, kısaca bu karar fiilen yerine getirildiği zaman maddî ve manevî birtakım zararlar doğabileceğini, binaenaleyh ancak bu halde idare aleyhine bir tazminat dâvası açılabileceğini kabul etmekteledir.

O halde ki, bu telâkkinin idare hukukunda klâsik görüşü ifade ettiği, haklı olarak, söylenebilir.

Şunu da ilâve edelim ki, kendi hesabımıza, biz bu telâkkinin hakikati tamamen aksettirdiğine kani bulunmuyoruz. Zira, bizce, bu tezde kısmen bir hakikat payı mevcut olmakla beraber kısmen bir hatâ da gizlidir

Gerçekten idarî bir kararın, maddî ve fiilî birtakım vasıta ve ameliyelerle, tatbik ve icra mevkiine konması maddî veya manevî herhangi bir zarara sebebiyet verdiği takdirde idare aleyhine bir tazminat dâvası açılabileceği bizce de muhakkaktır. Bu tezi müdafaa edenler, zannımızca, bu noktada haklıdırlar. Bu hususta onlarla mutabıkız. Ancak .ileride ikinci bir yazımızda izaha çalışacağımız veçhile - biz, idarî bir kararın münhasıran ittihazı keyfiyetinin de müstakillen, yani icra ve tatbik safhasına geçilmeksizin dahi - nadir de olsa bazı hallerde - maddî veya manevî birtakım zararlara sebebiyet verebileceğine; binnetice idare aleyhine bir tazminat dâvasına vesile teşkil edebileceğine, inanıyoruz. İşte, fikrimizce, yukarıdaki tezi müdafaa edenler bu noktada aldanıyorlar. Biz, onlardan yalnız bu hususta ayrılıyoruz.

Şimdilik burada yalnız birinci nokta üzerinde duralım ve idarî bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılabileceğini bazı mîsallerle izah ve ispata çalışalım:

A. Meselâ bir binanın belediye tarafından - belediye yapı ve yolları kanununa aykırı olarak - yıktırılması hakkında ittihaz olunan kararın icra ve tatbiki - yani binanın yıktırılması - bina sahibinin veya bu bina üzerinde lehine bir intifa hakkı tesis olunan şahsın birtakım zararlara uğramasına sebebiyet verir.

Hîç şüphe yoktur ki, bu gibi bir halde, mezkûr kararın tatbik ve icrasından hakkı muhtel olan gerek malik, gerekse intifa hakkı sahibi, idarî mahkemeye müracaatle, belediyeden bir tazminat talep edebilir.

B. Bilfarz idare - polis vazife ve salâhiyeti kanununa tevfiқан - uyuşturucu maddeler kullanılan bir yerin kapatılmasına karar vere.

cek yerde; kanuna aykırı olarak burada mevcut bütün eşyanın ve bu meyanda mobilyenin zaptı ve satılması hakkında bir karar ittihaz etse, bu kararın icra ve tatbik mevkiine konması - yani mezkûr eşya ve mobilyenin zaptı ve satılması keyfiyeti. mobilye sahibinin veya bu mobilye üzerinde rehin veya hapis hakkı olan bir kimsenin birtakım zararlara uğramasını intaç eder. Aşikârdır ki, bu gibi bir halde, alâkadar idare aleyhine bir dâva açarak idarî mahkemeden idareyi tazminata mahkûm etmesini isteyebilir.

C. Bir vilâyetin, mevzuata herhangi cihetten aykırı olarak, vilâyet dahilinde usulüne tevfikân açılan bir sergi, pazar veya panayırın dağıtılması hakkında ittihaz ettiği kararın tatbik ve icrası halinde - yani serginin, bu karara binaen, zorla dağıtılması üzerine - sergiye iştirak eden şahıslar birtakım zararlara uğrayabilirler

Pek tabiidir ki mezkûr şahıslar idarî mahkemeye başvurarak zararlarının tazminini idareden isteyebilirler.

D. Bunun gibi bir devlet müzayedesine iştirak eden bir kimsenin, idare tarafından - arttırma, eksiltme ve ihale kanununa mugayir olarak - müzayededen çıkarılması hakkında müttehaz kararın icra ve tatbiki - yani bu karara istinaden müzayede salonundan fiilen çıkarılması - dolayısıyla uğradığı zararların idarece tazminini mahkemeden isteyebileceği muhakkaktır.

E. Kezalik usulüne tevfikân icra edilmekte bulunan herhangi bir faaliyet, meslek veya san'atın men'i hususunda idare tarafından mevzuata aykırı olarak ittihaz olunan bir kararın tatbik ve icrası - yani bu karara müsteniden mezkûr faaliyet, meslek veya sanatın icrasına idarece cebren nihayet verilmesi veya bu karar dolayısıyla alâkadarların bu işi tatil ve terk zorunda kalmaları - halinde bu yüzden mutazarrır olanların idare aleyhine idarî mahkemede bir tazminat dâvası açabilecekleri bedihidir.

F. Bir şahsa herhangi bedeni bir mükellefiyet veya vecibe tahmili hakkında idarece - mevzuata muhalif olarak - alınan bir kararın icra ve tatbiki - yani bu karar mucibince mezkûr şahsın işbu müsule gelen zararların idare tarafından tazmini gerektir. Bu itibarla sule gelen zararların idare tarafından tazmini grekir. Bu itibarla mezkûr şahıs tarafından idare aleyhine bir tazminat dâvası ikame olunabileceği derkârdır.

Meselâ bir kimsenin - askerlik kanunu hilâfına - bilfarz askerlik çağından veya sırasından evvel silâh altına alınması, yahut askerlik müddetinden fazla bir zaman alıkonması hususunda idarece müttehad bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla mutazarrır olması faraza askerliği müddetince mutad meslek ve san'atini icra edemiyerek müsbet ve menfi birtakım zararlara duçar kalması - halinde idareden tazminat talep edebileceği muhakkaktır.

Bunun gibi meselâ idare tarafından alınan bir kararla bir kimseye - sıtma mücadelesi kanununa aykırı olarak - bir bataklığın kurutulması mükellefiyetinin tahmili üzerine bu şahsın, mezkûr karara binaen, işbu vecibeyi yerine getirmek mecburiyetinde kalması halinde idareden bu yolsuz kararın icrası yüzünden uğradığı zararların bilfarz bu iş için ihtiyar eylediği masrafların tazminini istiyebileceği aşikârdır.

Keza idare tarafından - bedenî mükellefiyet kanununa mugayir olarak - bir kimsenin bilfarz muayyen bir bölge dahilinde arabasile taş taşınması hususunda müttehad bir kararın icra ve tatbikından - yani mezkûr şahsın bu karara tevfikân bu işi ifa zorunda kalmasından - ötürü husule gelen zararların - meselâ yaptığı bütün masraflarla bu müddet zarfında taşıyabileceği müşterileri taşıyamamaktan mütevellit noksanın, başka bir tâbirle mahrum kaldığı kazancın tazminini idareden talep edebileceği zâhirdir.

G. Bir talebenin meselâ - mevzuata ve hukuka aykırı olarak - okuldan kat'i tardı veya - üssü mizan kaideleri hilâfına - sınıfta ipkısı, yahut üç senelik rejime tâbi iken - üniversite talimatnamesine mugayir olarak - dört senelik rejime tâbi tutulması, yahut da yolsuz olarak fakülte kaydının terkini hususunda... idarece müttehad herhangi bir kararın tatbik ve icrası - yani mezkûr karara binaen talebenin idare tarafından okuldan ihracı, sınıfta ipkısı, dört senelik rejime tâbi tutulması, alâkasının kesilmesi keyfiyeti - dolayısıyla talebe, idarî mahkemeye müracaatle, uğradığı zararın tazminini idareden istiyebileceği gibi; tekrardan okula alınmasını, terfi ettirilmesini, üç senelik rejime bağlanmasını, kaydının yenilenmesini; hülâsa muhtel olan hakkının herhangi bir suretle tamirini de talep edebilir.

H. Bunun gibi maaş veya maaşın teferruatından madut mesken, uzak yerler, pahalılık, çocuk ve yabancı dil zammı, temsil karşılığı, harcırah (yevmiye, yol, aile masrafı), ikamet yevmiyesi, ma-

kam tahsisatı, tekaüt maaşı, tazminatı, ikramiyesi, dul ve yetim maaşı, ilh.. gibi bir kimsenin kanunen istihkakı olan paranın idare tarafında - mevcut ve mer'i ahkâm hilâfına - tevkifi veya noksan tediyesi hakkında müttehaz kararın icra ve tatbik sahasına konmasından - yani tediye'nin durdurulmasından veya paranın eksik ödenmesinden- dolayı hakkı muhtel olan şahıs idarî mahkemeye başvurarak zarar ziyan talep edebileceği gibi, kanunen itası gereken paranın tediyesini de istiyebilir.

İ. Kezalik idare tarafından bir memur hakkında - mevzuata aykırı bir surette - ittihaz olunan vekâlet veya umum müdürlük emrine alma, resen başka bir daire veya vilâyete nakil ve tahvil gibi ihtiyatî tedbirlerden madut bir kararın tatbik ve icrası halinde; yani Vekâlet emri kararına binaen vazifesinden fiilen uzaklaştırılması ve resen nakil ve tahvil kararına müsteniden bulunduğu daire veya vilâyetten diğer daire veya vilâyete gitmek zorunda kalması halinde memur, bu yüzden uğradığı zararların tazminini idareden istiyebileceği gibi muhtel olan hukukunun herhangi bir şekilde tamirini de talep edebilir.

J. Buna mümasil olarak idare tarafından mevzuata mugayir olarak bir memurun vaktinden evvel tekaüde sevki veya istifa talebinde bulunmadığı halde müstafi addi hususunda ittihaz olunan bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla - yani memurun fiilen tekaüde sevki veya müstafi telâkki olunarak vazifesine nihayet verilmesi münasebetile - hiç şüphe yok ki mumailleyh, uğradığı zararların tazmini ve ihlâl olunan haklarının herhangi bir suretle tamiri zımında, mahkemeye başvurabilir. Mahkeme de tazminata veya muhtel olan hakkın tamiri için gereken herhangi bir hususa hükmedebilir.

K. İdare tarafından mevzuata aykırı bir surette ittihaz olunan bir vergi tahakkuk kararının - yine mevzuata, ezcümle tahsili emval kanununa muhalif olarak - icra ve tatbiki, yani verginin fiilen tahsili halinde mutazarrır şahsın, mahkemeye müracaatle, cebren tahsil olunan veya ödemek zorunda kaldığı paranın istirdadı ve bu yüzden uğradığı diğer zararların da tazmini cühetine gidebileceği şüphe götürmez bir hakikattir.

Bu muhtelif misalleri irae ettikten sonra bunlar hakkında bazı mütemmim izahatı da verelim:

1. Bir kere bu misallerin «*numerus clausus*» kaidesine tâbi olmadıklarını, yani bunların tadadı ve tahdidî bir mahiyet arz etmediklerini kaydedelim.

Gerçekten, muhtelif sahalardan seçtiğimiz, bu misalleri vermekle biz sadece idarî bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla birtakım hakların muhtel olabileceğini, bazı zararların husule gelebileceğini, binnetice bu yüzden idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılabilceğini anlatmak istedik. Yoksa herhangi maddî veya mânevî bir zarara sebebiyet verebilecek idarî kararların kâffesi hakkında misaller aramak ve bulmak teşebbüsünde bulunmadık. Esasen idarenin faaliyet sahasının genişliği, âmme hizmetlerinin tenevvüü, nihayet bu işler dolayısıyla ittihaz olunan idarî kararların bolluğu nazara alındığı takdirde bu gibi bir teşebbüsün akamete mahkûm kalacağı kolaylıkla tezahür eder.

Dediğimiz gibi, biz sadece, idarenin muhtelif mahiyetteki kararları hakkında bir fikir vermek istedik. Bunun için de, mümkün merete çeşitli sahalara ait olmak üzere, bazı misaller seçmek ve irae etmekle iktifa eyledik. Bu itibarla, biliyoruz ki, bu misallerin adedini nâmütenahi çoğaltmak ve misal listesini hudutsuz olarak uzatmak pekâlâ mümkündür.

2. Şunu da belirtmek lâzımdır ki, yukarıdaki misallerin müşterek bir vasfı vardır. Şöyle ki, hepsinde idare tarafından ittihaz olunan kararın tatbik ve icrası mevzuubahistir. Başka bir söyleyişle şimdiye kadar verdiğimiz misallerde kararın idare tarafından ittihazi değil; ittihaz olunan kararın tatbik ve icrası rol oynamaktadır.

Filhakika evvelce arzettiğimiz veçhile, biz şimdilik burada, yalnız idarî bir kararın tatbik ve icra mevkiine konması meselesi üzerinde durmaktayız, ancak bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılıp açılmıyacağını incelemekteyiz. Bir kararın mücerret ittihazi halinde herhangi bir zararın husule gelip gelebileceğini; bu münasebetle idare aleyhine bir dâva ikame olunup olunamayacağını ise başka bir yazımızda tetkik edeceğiz.

3. Şu nokta da kayda değer ki, seçtiğimiz misallerde tatbik ve icra safhasına geçiş; ya bizzat idare tarafından vaki olmaktadır; yani şikâyeti mucip karar idarî birtakım fiil ve ameliyeler vasıtasıyla icra olunmaktadır. Meselâ, bir binanın belediye tarafından yıktırılmasında olduğu gibi, kararı doğrudan doğruya idare, kendi vasıta-

larile tatbik ve icra eylemektedir. Yahut da bazı misallerde temas ettiğimiz veçhile- karar, doğrudan doğruya alâkadar tarafından yerine getirilmek suretile, tatbik ve icra olunmaktadır. Şöyle ki, idare tarafından ittihaz olunan icraî karara ittiba mecburiyetinde bulunan alâkadar, çok defa kendisi bu kararı fiilen yerine getirmek zorunda kalmaktadır. Bilfarz idarenin aldığı karar üzerine ceza, zabıta, haciz gibi müeyyidelerin tehdidi altında bulunan şahıs, kendiliğinden, idarece emredilen bedeni mükellefiyeti ifa etmek; menolunan faaliyet, sanat veya mesleğe nihayet vermek; istenilen vergi veya resmi ödemek ıztırasındadır.

Görüldüğü üzere idare tarafından alınan bir kararın tatbik ve icrası, hâdisesine ve icabına göre, ya bizzat idare tarafından deruh-te edilmekte, yani idarî birtakım fiil, ameliye ve vasıtalarla temin olunmaktadır; veya karar alâkadar tarafından kendiliğinden bilmeceburiye yerine getirilmektedir.

Şunu ilâve edelim ki, idarece müttehaz bir kararın bizzat idare veya doğrudan doğruya alâkadar tarafından tatbik ve icrası arasında, tetkik ettiğimiz mesele bakımından, hiç bir fark yoktur (4). Zira karar ister resen idare tarafından ittihaz edilmiş, ister bizzarure alâkadar tarafından yerine getirilmiş olsun, her iki ihtimalde kararın tatbik ve icrası bahse mevzu olmaktadır. Her iki halde zarara, şikâyete, dâvaya idarî bir kararın tatbik ve icrası sebebiyet vermekte; hulâsa dâvanın mevzuunu bu tatbik ve icra keyfiyeti teşkil eylemektedir.

4. Şunu da tavzih etmemiz lâzımdır ki: Yukarıdaki misallere göre idarî bir kararın tatbik ve icrası ya bir hakkı ihlâl eder veya bir zarara sebebiyet verir. Daha doğrusu bir kararın tatbik ve icrası

(4) Bildiğimize göre tam kaza dâvası bakımından yukarıdaki iki hal - yani idarece müttehaz bir kararın idarî birtakım ameliye ve fiiller vasıtasile bizzat idare tarafından tenfizi ile birtakım müeyyidelere çarpılmak endişesiyle doğrudan doğruya alâkadar tarafından yerine getirilmesi keyfiyetleri - arasında bir fark kabul etmiyen yegâne müellif Teissier'dir. Gerçekten idarenin, idarî kararlardan mütevellit mes'uliyetini inceliyen müellif bu kararların «ya icraî birtakım ameliyeler vasıtasile veya cezai müeyyidelere çarpılmak tehlikesine maruz kalan fert tarafından» tatbik ve icra olunabileceğine işaret etmekte; iki ihtimali bir arada mütalea etmekle de iki hal arasında tam kaza, tazminat dâvası yönünden bir fark mevcut olmadığını zımnen itiraf etmektedir.

(Teissier; La responsabilité de la puissance publique. Répertoire Béquet. t. 23. Sah. 150, No. 150.)

dolayısıyla ya ihlâl olunan bir hakkın tamiri talep olunur veya uğrılan bir zararın tazmini istenir. Meselâ mevzuata aykırı bir kararla okuldan müebbeden tardedilen talebe, kararın infazı zımında, mektepten ihraç edilmekle - talebe hukuku muhtel olmak itibarile - tekrardan mektebe alınmak suretile hakkının tamirini idareden istiyebileceği gibi; bu yüzden birtakım zararlara uğradığı takdirde - bilfarz meccanî ve leyli talebe iken, mektepten koğulması üzerine, bir pansiyonda ikamet ve iaşesini temin maksadile birtakım masraflar ihtiyar eylediğinde - idareden zararlarının tazminini de talep edebilir. İdare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açabilir.

Bunun gibi mevzuata muhalif olan idarî bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla hakkı muhtel olan veya birtakım zararlara duçar kalan bir memur, idarî mahkemeye müracaatle, hakkının tamirini veya zararlarının tazminini talep edebilir. Meselâ yolsuz bir kararın tatbiki zımında vekâlet emrine alınan bir memur vazifesine iadesi suretile muhtel olan hakkının tamirini istiyebileceği gibi; bu yüzden - bilfarz maaştan mahrum kalmakla - uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Mahkeme de memurun vazifesine iadesi lâzım geldiğine hükmedebileceği gibi, idareyi tazminata da mahkûm kılabilir.

Görülüyor ki, idarî bir kararın tatbik ve icrası, hâdisesine göre, ya bir hakkın herhangi bir şekilde tamirine veya sadece tazminat itasına sebebiyet verebilir. Her iki halde bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılabileceği muhakkaktır (5). Bu itibarla idarî bir kararın tatbik ve icrası

(5) Filhakika malûm olduğu üzere «iptal dâvaları» yanında ayrı bir tabaka teşkil eden «tam kaza dâvaları» - iptal dâvaları gibi idare hukukuna has, nev'i şahsına münhasır, istisnai mahiyette dâvalar olmayıp - hukuk dâvalarına benziyen; başka bir söyleyişle adliye mahkemelerinin salâhiyeti dahiline giren dâvalara müşabehet arzeden dâvalardır.

Esasen - hemen bütün müelliflerin işaret ettikleri veçhile - iptal dâvaları yanında yer alan bu idarî dâvalara «tam kaza dâvası» veya «kazal kâmile tâbi dâva» isminin verilmesi de bundan ileri gelmektedir. Yani -iptal dâvalarından farklı olarak- bu dâvalar gerek dâvacı tarafından dermeyan olunabilecek talepler, gerek mahkemenin haiz olduğu salâhiyet ve imkânlar, gerekse hükmün doğuracağı neticeler bakımından umumî dâvalara, adli dâvalara müşabihtirler. Şöyle ki, iptal dâvasında ancak idarî bir kararın iptali talep olunabileceği, mahkeme sadece kararın iptaline hükmedebileceği ve nihayet mahkeme kararı bu gibi bir neticeden başka herhangi bir hüküm doğuramayacağı halde; tam kaza dâvasında çeşitli talepler dermeyan olunabilmekte, mahkeme ihlâl olunan bir hakkın ta-

zımında hakkın ihlâli ile zararın husule gelmesi arasında, tetkik ettiğimiz mesele bakımından bir fark olmadığı zâhirdir.

5. Şu da kayda değer ki, yukarıdaki misallerin bazılarında idarî bir kararın tatbik ve icrasından bir mâmelekin yalnız herhangi bir unsuru, yani sadece muayyen bir gayri menkul veya menkul; diğerlerinde mâmelekin heyeti mecmuası; bir kısmında ise bir şahsın hayatı, sıhhati, hürriyeti, şerefi, haysiyeti, şöhreti, gibi unsurlardan terekküp eden manevî mâmeleki müteessir olmaktadır. Hulâsa madde veya manevî birtakım zararlar husule gelmektedir.

6. Şunu da ehemmiyetle nazara almak lâzımdır ki, idarî bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvasının açılıp açılmıyacağını tesbit edebilmek için evvel emirde mezkûr kararın hukuka aykırı olup olmadığını araştırmak icap eder. Hakikaten, verdiğimiz bütün misallerde, şikâyeti mucip kararın mevzuata, hukuka herhangi cihetten mugayir olduğuna her defasında sarahaten işaret eyledik. Seçtiğimiz bütün misallerde dâvaya zemin ve mevzu teşkil eden idarî kararın mevzuata, hukuka aykırı olduğunu bir faraziye olarak kabul ettik.

Bununla beraber idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvasına vesile ve mevzu teşkil edebilmek için hakikaten mezkûr kararın behemehal mevzuata, hukuka mugayir olması lâzım gelip gelmiyeceği ayrıca tetkike değer bir meseledir. Gerçekten bu mesele idare hukukunun en önemli ve aynı zamanda en münakaşalı problemlerinden biridir. İşte bu noktayı burada tekrardan ele almakla bu meseleyi daha fazla incelemek ve deşmek istiyoruz.

Bu cihetle idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvasının açılabilmesi için idarece ittihaz olunan ve tatbik ve icra mevkiine konan idarî bir kararın muhakkak surette mevzuata, hukuka herhangi bakımdan bir aykırılık arzetmesi lâzım gelip gelmediğini her şeyden evvel kendi kendimize soralım.

Aşikârdır ki, bu suale -biri menfî, diğeri müsbet olmak üzere- iki şekilde cevap verilebilir.

miri zımında gereken herhangi bir muamelenin ifasını, herhangi bir tedbirin ittihazını hüküm altına alabilmekte, nihayet mahkeme kararı da muhtelif hükümler, neticeler tevhit edebilmektedir. (İptal dâvaları ile tam kaza dâvaları arasında bu fark için bakınız: R. Sarica, İdarî kaza 1942, S. 239-241 ve 245-246.)

a) Menfî bir cevap verilebilir ve denebilir ki: tam kaza, tazminat dâvası ile kararın mevzuata, hukuka aykırılığı arasında zarurî bir ilgi ve münasebet mevcut değildir. Karar mevzuata, hukuka muğayir olmasa da - tam kaza dâvasının açılabilmesi için aranılan bütün şartlar tahakkuk ettiği takdirde . idare aleyhine bu gibi bir dâva ikame olunabilir.

Bildiğimize göre . tamamen nazari ve âdeta akademik bir ihtimal olarak tesbit ettiğimiz . bu birinci hal şekline hiç bir müellif temas etmemekte ve sarahaten taraftar olmamaktadır. Lâkin, zannımızca, meseleyi bu şekilde vaz' ve münakaşa etmek faydadan hâli değildir. Zira tam kaza dâvası ile hukuka aykırılık meselesi arasında zarurî bir bağ olup olmadığı ancak bu suretle tavazzuh edebilir. Bu itibarla . velev ki nazari ve akademik bir mahiyet arzetsen . bu menfi hal tarzı üzerinde biraz durmak, bu meseleyi kurcalamak iktiza eyler.

Fikrimizce hukuka aykırılık meselesinin tam kaza dâvası ile herhangi bir ilgi ve münasebeti olup olmadığını kesin olarak tesbit edebilmek için her şeyden evvel tam kaza dâvasının ne gibi bir esasa ve temele istinat ettiğini bilmemiz lâzımdır.

aa) Bilindiği üzere «tam kaza» veya «tazminat» dâvası tesmiye ettiğimiz dâva prensip itibarıyla «hizmet kusuru» esasına dayanmaktadır. Yani idare aleyhine bu gibi bir dâvanın açılabilmesi için, esas itibarıyla, ortada idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusurunun mevcudiyeti şarttır (6).

Hâdisemizde ise . yani idarece müttehaz bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla bir hakkın muhtel olması veya bir zararın husule

(6) Burada «hizmet kusuru» hakkında tafsilât ve teferruata girişecek değiliz. Yalnız tetkik etmekte olduğumuz meselenin lâayık veçhile aydınlanabilmesi için «hizmet kusuru» mefhumundan kaba taslak bir surette ne anlamak lâzım geldiğini kısaca arz edelim. Hizmet kusuru: Bir âmme hizmetinin ihdasında, kuruluşunda, işleyişinde müşahede olunan ve fakat muayyen ve müsemma bir şahsa, ajana, memura isnadı kabil olmayan anonim bir kusur, yani faili bilinmiyen, belli olmıyan, daha doğrusu bir idare ajan veya memurunun şahsından ziyade bizzat idarede - yani idare personelinin heyeti mecmuasında, idarenin teşkilâtında, bünyesinde, nizamında, işleyişinde - aranması lâzım gelen ve bundan dolayı bizzat idareye atıf ve izafesi gereken herhangi bir yolsuzluk, sakatlık, aksaklık, bozukluktur. Daha fazla izahat için bakınız: R. Sarıca, İdarî Kaza, 1942, S. 214-218.

gelmesi halinde . hizmet kusurunu doğrudan doğruya kararın itti-
hazında aramak mecburiyeti vardır. Zira biz, hakkın sırf idari bir
karardan muhtel olduğunu, zararın münhasıran idare tarafından it-
tihaz olunan karardan husule geldiğini bir faraziye olarak kabul edi-
yoruz. Şu halde kararın tatbik ve icrasında idareye atf ve isnat olu-
nabilecek herhangi bir yolsuzluk, aksaklık, bozukluk mevcut olma-
dığını da farzediyoruz demektir. Başka bir söyleyişle hakkın,, kara-
rın yanlış tatbikinden muhtel olmadığını; zararın, kararın kötü bir
surette icrasından neşet etmediğini bir karine olarak kabul eyle-
mekteyiz.

Demek ki, idareye atf ve izafesi mümkün herhangi bir yolsuzluk,
aksaklık, bozukluk varsa bunu kararın tatbik ve icra safhasında
. yani icra ve tatbik ameliyelerinde- değil; kararın ittihazi safha-
sında . bir kelime ile kararın kendisinde- aramamız lâzımdır.

Halbuki bir kararın ittihazi dolayısıyla hizmet kusuru olsa olsa
ancak ittihaz olunan kararın mevzuata, hukuka aykırı olması halin-
de bahse mevzu olabilir. Kısaca herhangi bir kararı ittihaz etmekle
idarenin bir hizmet kusuru işlemesi ancak bu kararın hukuka mu-
gayeret arzetmesiyle mutasavver ve mümkündür.

Gerçekten mevzuata, hukuka herhangi cihetten aykır olmıyan
bir karar ittihaz etmekle idarenin herhangi bir kusur irtikâp etmesi
mümkün olmadığı gibi; böyle bir ihtimal tasavvur ve farz dahi olu-
namaz.

Bu itibarla mevzuata herhangi bakımdan herhangi bir muhale-
fet arzetmiyen bir kararın . hizmet kusuru esasına istinaden . idare
aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvasına vesile, zemin ve mevzu
teşkil edemeyeceği meydandadır.

bb) Lâkin bu gibi bir kararın - yani mevzuata tamamen uygun
olan bir kararın . hizmet kusuru prensibinden başka herhangi bir
temele müsteniden . idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvasına
meydan verip vermiyeceği ayrı bir meseledir.

Gerçekten - bilindiği üzere . idarenin malî mesuliyeti, idare hu-
kukunda, yalnız hizmet kusuru fikrine ve prensibine değil; başka
birtakım istisnai, tâli, fer'i ve mütemmim esaslara ve nazariyelere
de istinat etmektedir. Ezcümle idarenin mes'uliyeti: Müsavat, risk,
hakkaniyet, sebepsiz mal iktisabı.. gibi bazı temellere de dayanmak-
tadır (7).

(7) Bu hususta tafsilât için bakınız: R. Sarıca; İdari Kaza; 1942;
S. 221-225.

Şu halde mevzuata uygun bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla idarenin hizmet kusuruna binaen değilse bile - yukarıda saydığımız diğer esaslardan herhangi birine istinaden mes'ul tutulup tutulamayacağı; bu esaslardan birine tevfikan idare aleyhinde bir tazminat, tam kaza dâvası açılıp açılmayacağı cayı sualdir.

Evvelce işaret ettiğimiz veçhile, bildiğimize göre, bugüne değin hiç bir müellif bu suali açıkça vaz' ve bu meseleye doğrudan doğruya temas etmemiş olmakla beraber; biz, kendi hesabımıza, bu suali ortaya atmakla ve buna cevap vermeğe çalışmakla lüzumsuz bir iş yapmadığımızı kani bulunuyoruz. Zira, malûm olduğu veçhile, idarî kararların ittihaz veya tatbikinden değil de sadece idarî fiil ve ameliyelerin ifasından ve icrasından mütevellit tam kaza, tazminat dâvalarında hizmet kusuru dışında da, yukarıda tadat ettiğimiz, birtakım esaslar kabul olunmaktadır. Bunlara istinaden idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılabilir. Elhasıl bu hallerde idare mes'ul tutulmakta ve tazminata mahkûm edilmektedir.

İdarî fiil ve ameliyelerin icrasından dolayı idare, hizmet kusuru haricinde de, mes'ul tutulduğuna göre; idarî kararların ittihaz veya icrasından dolayı idarenin, yine hizmet kusuru dışında, mes'uliyeti cihetine neden ve niçin gidilemeyeceği cidden tetkike değer bir meseledir.

Meselâ idare hukuku sahasında ortada idareye atf ve izafesi mümkün hiç bir hizmet kusurunun mevcut olmadığı halde idarenin, herhangi bir faaliyetinden dolayı, - hizmet kusurundan gayri herhangi bir esasa müsteniden - mes'ul tutulduğunu gösteren bazı misalleri ele alalım. Bunlara kıyasen, idare tarafından mevzuata tamamen mutabık bir surette ittihaz olunan bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idarenin mes'uliyeti cihetine gidilip gidilemeyeceğini araştıralım.

Fransız müelliflerinin işaret ettikleri veçhile Fransada Devlet Şurası, daha 19uncu asırdan itibaren - ortada herhangi bir kusur mevcut ve idareye bir hizmet kusuru isnadı mümkün olmadığı halde - idarenin birtakım icraat, ef'al ve harekâtından mütevellit zararları - objektif mes'uliyet, yani illiyet, risk, müsavat... esasına istinaden - idareye tazmin ettirmek suretiyle idarenin hizmet kusuru dışında da mes'uliyetini ötedenberi kabul etmiş bulunmaktadır.

Meselâ, idarenin herhangi bir icraatı, faaliyeti, fiili, ameliyesi neticesinde bir hususî mülkün, gayri menkulün maddeten müteessir olması - bilfarz tahribe uğraması - veya iktisadî kıymetinin hanel.

dar bulunması . farazâ satış ve icar kıymetinin düşmesi . ve yahut istifade imkânlarının zail olması veya azalması - meselâ tamamen veya kısmen oturulamıyacak hale gelmesi . halinde, idareye velek ki herhangi bir kusur isnadı mümkün olmasa dahi, idarenin icraatı, faaliyeti, fiili, ameliyesi ile diğer taraftan husule gelen zarar arasında bir illiyet münasebetinin mevcudiyetine binaen idarenin mes'uliyeti kabul olunmakta ve idarî mahkeme idareyi tazminata mahkûm kılmaktadır (8).

Meselâ idare tarafından bir bölgede birtakım nafia işlerinin icrası

(8) Yalnız şunu kaydetmemiz lâzımdır ki: Fransız Devlet Şûrasına göre risk esasına binaen idarenin mes'uliyetine hükmedebilmek için bir takım şartların tahakkuku aranmaktadır. Şöyle ki, bir kere zarar ile diğer taraftan zarara sebebiyet veren idarî fiil, ameliye ve hareket arasında bir illiyet münasebetinin mevcudiyeti zaruridir. Sanien bu zararın hususi (spécial) bir mahiyet arzemesi gerekir; yani umuma, herkese şâmlı olmayıp sırf dâvacıya veya dâvacının dahil bulunduğu mahdut bir kategori eşhasa münhasır bulunması icap eylemektedir. Nihayet bu zararın gayri tabii (anormal) bir mahiyeti haiz olması şarttır. Yani cemiyet hayatının normal bir surette tevliht ettiği ve bu itibarla şikâyet etmeksizin katlanılması iktiza eyliyen tabii ve alelâde bir zararın fevkinde bir zarar sayılabilmesi muktazidir. Meselâ Fransız mahkeme içtihatlarıncâ bir cad-denin idare tarafından tamiri dolayısıyla yolcuların ve hususi nakil vasıtalarının muvakkat bir zaman için yollarını değiştirmek ve birazıcık uzatmak mecburiyetinde kalmaları idare fonksiyonunun ve müşterek cemiyet hayatının doğurduğu tabii, zarurî, alelâde bir mahzur, külfet, zarar telâkki olunmaktadır. Bu itibarla idare yolun uzaması dolayısıyla; bilfarz daha fazla benzin sarfına mecbur kalan bir otomobil sahibinin bu masrafını, bu zararını tazmin mecburiyetinde değildir.

Halbuki, yine aynı içtihatlarâ göre, bir demiryolu inşası dolayısıyla bir tünel açılması yüzünden bir gayri menkul sahibinin uğradığı zarar anormal telâkki olunmaktadır. Zira tünel açılması; mahiyeti ve ehemmiyeti itibarile cemiyet hayatının ve idare fonksiyonunun bir mülke mutad ve normal olarak tahmil ettiği mükellefiyetlerin ve zararların fevkindedir. Binaenaleyh idare tarafından tazmini lâzım gelir.

Şunu da ilâve edelim ki, risk nazariyesine göre etraf için bir muhatara, bir tehlike arzeden her hangi bir faaliyette bulunan idare -velev ki bu faaliyeti ifa ile bir kusur işlemiş sayılamasa ve bu faaliyeti görürken her hangi bir kusuru, ihmali ve tedbirsizliği de sabit olmasa - mücerret etraf için tehlike arzeden bir faaliyet icra ettiğinden ve bu faaliyetten netice itibarile bütün topluluk, kollektivite istifade eylediğinden dolayı, - fertlerin, idarî faaliyetler karşısında müsavata esasına binaen - mezkûr faaliyetlerden husule gelen hususi ve gayri tabii mahiyetteki zararlardan mes'ul tutulmaktadır.

dolayısıyla civardaki hususi bir binanın sarsılarak yıkılması; sızan suların istilâsına uğraması; hava ve ziyadan mahrum kalması; kesif duman, şiddetli gürültü, kötü koku, kuvvetli sarsıntıya maruz bulunması; binaya girip çıkma imkânsızlığından ötürü kullanılamaz hale gelmesi; nezaretinin kapanması; caddenin irtifaındaki değişiklik üzerine mesken dahilinin gelip geçenlerin rüyet sahasına girmesi; bir parkta ağaçların kat'ı münasebetiyle bedii manzarasının bozulması halinde idarenin hizmet kusuru haricinde, sırf objektif mes'uliyet, yani risk esasına tevfikan mes'ul tutulduğunu gösteren kararlar mebzuldür (9).

Bu misalleri burada teker teker tahlil ve münakaşa edecek değiliz. Maksadımız sadece idare hukuku sahasında idarenin hizmet kusuru dışında da mes'uliyeti cihetine gidildiğini göstermek ve bu misallere kıyasen idare tarafından mevzuata, hukuka tamamen uygun olarak ittihaz olunan herhangi bir kararın tatbik ve icrasından dolayı da idarenin mes'ul tutulup tutulamıyacağını tesbit etmekten ibarettir.

Yukarıda göz gezdirdiğimiz bütün misallerde idarenin mes'uliyetine zemin ve mevzu teşkil eden keyfiyetin: idarenin icraatından, faaliyetinden ibaret bulunduğu meydandadır. Kısaca burada zararı tevhit eden âmil: meselâ bir nafıa işinin icrası zımında idare tarafından yapılan bir fiil ve ameliyedir. Bilfarz bir yolun inşası, caddenin genişletilmesi düzeltilmesi, yükseltilmesi, ray döşenmesi, elektrik, telgraf hatlarının geçirilmesi, kanal açılması... gibi herhangi idari fiil ve ameliyeler mevzuubahistir.

Dediğimiz gibi, zarar bu gibi işlerin yapılması münasebetiyle husule gelmekte; daha doğrusu zararı bu gibi idari fiil ve ameliyeler doğurmaktadır.

Halbuki, arzettiğimiz veçhile, Fransada bu gibi hallerde, idare hizmet kusuru dışında da -yani bu hâdiselerde idareye herhangi bir kusur isnadı mümkün olmadığını ve olamayacağını mahkeme dahi açıkça kabul ve beyan eylediği halde risk esasına tevfikan mes'ul addolunmakta ve tazminata mahkûm kılınmaktadır.

İşte incelemek istediğimiz mesele: bu gibi hallere, misallere kıyasen idarenin hizmet kusuru dışında mes'ul sayıldığı gibi; hukuka aykırı karar ittihazi haricinde de, yani aldığı herhangi bir kararın

(9) Bu ve buna benzer misaller için bilhassa bakınız: Colliard Le préjudice dans la responsabilité administrative; Sah. 50-68 ve 244-251; Duez, La responsabilité de la puissance publique 1938, Sah. 64-82.

mevzuata, hukuka hiç bir cihetten mugayir bulunmaması halinde de . mes'ul tutulup tutulamıyacağıdır.

Fikrimizce gerek «mümasil vaziyetlere mümasil muamele tatbiki» emreden adalet fikrine, gerekse «müşabih hâdiselerin aynı hal suretine tâbi tutulmasını» âmir bulunan hukuk telâkkisine göre idarenin, birinci vaziyette, yani maddî ef'al, harekât, icraat ve amelîyatından dolayı . idareye herhangi bir hizmet kusuru isnadı mümkün olmadığı halde . mes'ul tutulduğu gibi; ikinci halde de, yani daha evvel ittihaz olunan bir kararın, yine maddî birtakım fiil ve amelîyeler vasıtasıyla, tatbik ve icrasından ötürü de . mezkûr karar mevzuata, hukuka herhangi bir cihetten bir mugayeret arzetmese bile - aynı şartlar altında ve aynı esasa tevfikân mes'ul sayılması lâzımdır.

Zira, işaret etmek istediğimiz veçhile, iki hâdise müşabehet ve mümaselet arzulemektedir.

Gerçekten meselâ bir yolun, idare tarafından maddî birtakım fiil ve amelîyeler marifetiyle, inşası, açılması, genişletilmesi, yükseltilmesi hâdisesi ile aynı yolun inşası, açılması, genişletilmesi, yükseltilmesi hususunda daha evvel idarece alınan bir kararın tatbik ve icra mevkiine konmak suretiyle inşası, küşadı, tevsii.. ilh keyfiyeti arasında hiç bir fark mevcut olmadığı aşikârdır

Olsa olsa iki vaziyet arasında şu fark tesbit edilebilir ki: ilkinde idare bu işlere, evvelce karar almaksızın, girişmekte; halbuki diğerrinde aynı faaliyete, bu yolda bir karar verdikten sonra, tevessül eylemektedir.

Bu farka rağmen her iki halde aynı idarî fiil ve amelîyelerle karşılaşmakta olduğumuz muhakkaktır. Çünkü her ikisinde bir yolun inşası, açılması, genişletilmesi, ilh.. mevzuubahistir. Yalnız, dediğimiz gibi, birinci vaziyette ortada bir karar mevcut değildir. Daha doğrusu bu icraatın, bu fiil ve amelîyelerin mukaddem bir karara istinat edip etmemesi ve daha evvel idare tarafından alınmış bir kararın tatbik ve icrasından ibaret olup olmaması: bizi alâkadar etmemekte; bu itibarla tarafımızdan nazara alınmamakta ve binnetice hâdisede rol oynamamaktadır.

Halbuki ikinci halde ortada bir karar vardır. Daha doğrusu şikâyeti mucip icraatın, fiil ve amelîyelerin bu gibi bir karara dayanması ve mezkûr kararın tatbik ve icrasından ibaret bulunması: bizi ilgilendirmekte, bu cihetle tarafımızdan hesaba katılmakta ve binnetice hâdisede rol oynamaktadır.

Esasen idarenin, umumiyetle, her hareketini önceden müttehad icraî bir karara istinat ettirdiği hatırlanacak ve seçtiğimiz misalde - ister önceden müttehad bir karara istinat etmeksizin, ister bu gibi bir karara dayanmak suretiyle olsun. bir yolun açılması, genişletilmesi işinin, her iki hâdisede de, aynı idarî, teknik ve fennî, hulâsa aynı müşahhas fiil ve ameliyeler vasıtasıyla ifa olunacağı nazara alınacak olursa iki hâdisede arasında fark olmadığı kendiliğinden tezahür eder.

Filhakika, biraz dikkat etmek şartıyla, iki halde de aynı hareketlere şahit oluruz, aynı fiil ve ameliyelerle karşılaşırız.

Arada bir fark varsa bunun, birinci ihtimalde hâdiseyi, karar zaviyesinden değil, sırf müracaat olunan fiil ve ameliyeler bakımından mütalea ettiğimiz halde; ikinci vaziyette aynı olayı karar açısından, daha doğrusu bu kararın tatbik ve icrası yönünden tetkik etmemizden neşet ettiği meydandadır.

Görüldüğü üzere mevcut fark: hâdiselerin mahiyetinden değil, sadece bizim bunlara bakış tarzımızdan doğmaktadır. Şöyle ki, hâdiseye sadece idarenin ef'al ve harekâtı, icraatı, ameliyatı zaviyesinden baktığımızda bizi yalnız zararın doğrudan doğruya bu fiil ve ameliyelerden husule gelmiş olması alâkadar eder. Bilâkis aynı hâdisede idarenin mezkûr icraat ve faaliyetini mukaddem bir karara istinat ettirdiğini nazara aldığımız takdirde bizi zararın bu kararın tatbik ve icrasından meydana gelmiş olması ilgilendirir.

Yoksa, bir kere daha tekrar edelim ki, her iki hâdisede aynı nevîden fiil ve ameliyelerin zararı doğurdukları muhakkaktır. Ancak şu var ki, arzettiğimiz gibi, birinde bu fiil ve ameliyeleri karar zaviyesinden tetkik ve mütalea etmiyoruz. Bu itibarla mezkûr icraatın bir karara müstenit olup olmadığını ve binnetice bu kararın mevzuata, hukuka uygun bulunup bulunmadığını araştırmıyoruz. Ortada sadece bir hizmet kusurunun mevcut olup olmadığına dikkat ediyoruz.

Halbuki, diğerinde, aynı fiil ve ameliyeleri karar açısından müşahede ve tahlil ediyoruz. Bu cihetle mezkûr icraatın evvelce idare tarafından müttehad bir karara dayandığını nazara alıyoruz. Bu fiil ve ameliyelerin, mezkûr kararın tatbik ve icrasından ibaret olduğunu hesaba katıyoruz. Binnetice kararın mevzuata, hukuka uygun olup olmadığını araştırıyoruz.

Böylelikle ki, hakikatte aynı mahiyet ve manzara arzeden, iki hâdisede arasında bir fark tesbit edebiliyor ve bunları ayırabiliyoruz.

İşte birinci hâdisede, herhangi bir fiil ve ameliyenin icrası münasebetiyle idarenin bir zarara sebebiyet vermesi halinde - ortada bir hizmet kusuru mevcut bulunmasa dahi Fransız Devlet Şûrasının, idareyi risk esasına istinaden - tazminata mahkûm ettiğini görüyoruz.

Biz, kendi hesabımıza, birinci hâdiseye ile tamamen müşabih ve mümasiil bir mahiyet arzeden ikinci hâdisede de idarece müttehad bir kararın tatbik ve icrası dolayısıyla husule gelen zararı - mezkûr karar velev ki mevzuata, hukuka hiç bir suretle mugayeret arzetmesede dahi - birinci hâdiseye kıyasen idareye tazmin ettirmek lâzım geldiğine inanıyoruz

Kanaatimizce, birinci hâdisede kabul olunan hal suretinin, adalet ve hukuk mantığı icabı, ikinci hâdiseye de tatbiki gerekir.

Meselâ bir yolun inşası, genişletilmesi hususunda müttehad kararın mevzuata, hukuka herhangi cihetten herhangi bir aykırılık arzetmediğini kabul ve farzetsek dahi, neticede bu kararın tatbik ve icrası dolayısıyla biraz evvel işaret ettiğimiz zararlardan herhangi birinin husule gelebileceği aşikârdır

Bilfarz kararın tatbik ve icrasından bir gayri menkul yıkılmak, suların istilâsına maruz kalmak, hava ve ziyadan mahrum kalmak.. ilh. suretiyle müteessir olabilir. Bedihidir ki, bu hal ile, Fransada Devlet Şûrasının risk esasına binaen idareyi tazminata mahkûm ettiği hal arasında netice itibariyle hiç bir fark mevcut değildir. Zira her ikisinde zarar: bir nafıa işinin ifası zımında birtakım maddî fiil ve ameliyelerin ifasından doğmaktadır. Ancak - daha evvel işaret ettiğimiz üzere - iki hâdiseye arasında şu fark vardır ki, birinde hâdiseye doğrudan doğruya idarenin faaliyetinden, icraatından, kısaca idare tarafından icra olunan fiil ve ameliyelerden mütevellit mes'uliyetine taallûk eder. Halbuki ikinci hâdiseye idare tarafından ittihaz olunan kararların tatbik ve icrasından dolayı idarenin mes'uliyeti bahsine girer.

Birinci hâdisede idarenin bu fiil ve hareketi bir hizmet kusuru teşkil etmediği halde idare mes'ul tutulduğuna göre; buna kıyasen ve muvazi olarak ikinci hâdisede de mezkûr karar mevzuata aykırı olmadığı halde, idarenin mes'uliyetine hükmetmek icabeder.

Zira birinci hâdisede fiil ve ameliye, bir hizmet kusuru sayılmadığı halde, nasıl risk esasına istinaden idarenin mes'uliyetini mucip oluyorsa; ikinci hâdisede karar, mevzuata uygun telâkki olunduğu halde, yine aynı risk esasına tevfikân idarenin mes'uliyetini intaç etmesi lâzım gelir.

Risk nazariyesinin tatbikinde mahkemece nazara alınan bütün unsurlar ve şartlar birinci hâdisede olduğu gibi ikinci hâdisede de tahakkuk ettiği takdirde aynı mes'uliyet esasını kabul etmemek için ortada hiç bir mantıkî sebep olamaz.

Aksi hal tarzını kabul etmek, adalet hislerimizi müteessir edeceği gibi, hukuk telâkkimizi ve zevkimizi de rencide eder.

Gerçekten idare hukuku sahasında kabul olunan risk esasına göre birinci hâdisede, idarenin herhangi bir fiil ve ameliyesinden dolayı hakkı muhtel olması halinde bir şahsın hizmet kusuru dışında da - idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açabilmesi mümkün iken; ikinci hâdisede idarenin mümasil fiil ve hareketi sırf mukaddem idarî bir karara dayandığından ve mezkûr karar da mevzuata mutabık bulunduğundan - bu gibi bir dâva ikame edememesi adalet bakımından olduğu gibi, hukuk mantığı bakımından da kabili izah ve müdafaa bir hal sureti sayılamaz.

Bu itibarla zannımızca mevzuata herhangi cihetten bir aykırılık arzetmiyen idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılıp açılmıyacağı meselesini, müelliflerin yaptıkları gibi, hiç vaz' ve münakaşa etmeksizin ve esbabı mucibe göstermeksizin tamamen bertaraf veya menfi bir şekilde halleylemeğe kalkışmak doğru değildir.

Hiç şüphe yok ki hukukî zevkimiz mevzuata, hukuka herhangi bir mugayeret arzetmiyen bir kararın tatbik ve icrasından dolayı idarenin mes'uliyeti cihetine gidilmesini kolaylıkla kabul etmemize ilk nazarda mânidir. Lâkin bu kadarı bu hal suretinin reddi için kâfi değildir. Çünkü biraz evvel işaret ettiğimiz veçhile aynı hukukî zevkimiz idareye herhangi bir kusur isnadı mümkün olmadığı halde idarenin mesul tutulmasına hiç de mâni olmamaktadır. Bilâkis hukukî zevkimiz de, hattâ akli selimimiz de idarenin hizmet kusuru dışında sebebiyet verdiği gayri tabii, istisnai, husufi zararlardan mesul olmasını tasvip ve tecviz eylemektedir.

Şu halde aynı hukuk mantığı bize aynı şartların tahakkuku halinde ve aynı esasa binaen - idarenin, mevzuata mutabık bir kararın tatbik ve icrasından dolayı da, mes'uliyeti cihetine gitmemizi tavsiye ve hattâ emreder.

Nitekim Fransız Devlet Şûrası içtihatları arasında, mevzuata tamamen uygun olduğu bizzat devlet şûrasınca kabul ve beyan olduğu halde idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı - idarenin

.risk esasına istinaden. mes'ul tutulduğunu gösteren kararlara tesadüf etmek mümkündür.

Kendi hesabımıza, hemen bütün Fransız müelliflerinin risk nazariyesinin tatbikine misal olarak göstermeyi itiyadedindikleri ve fakat, her nedense, mevzuata uygunluğu mahkemece açıkça kabul ve beyan olunan bir kararın tatbik ve icrası hâdisesi ile ilgili bulunduğunu söylemeyi unuttukları Couiteas kararını (10) bu hususta bir misal olarak zikredebileceğimize kaniiz.

Hâdise şudur: Couitéas namında bir şahıs Tunusta yüzlerce yerlinin fuzulî işgali altında bulunan bir arazinin, kendi hususî mülkü olduğunu iddia eylemiş ve adli mahkeme nezdinde bir tahliye dâvası ikame etmiştir. Neticede dâvasını kazanarak bu yerin tahliyesi hususunda mahkemedan bir karar, bir ilâm almıştır. Bu ilâmın tenfizi zımında Couitéas icraya müracaat etmiştir. Lâkin icra memuru, tahliye emrini tebliğ ve mahkeme masraflarını şâgillerden tahsil maksadiyle, mezkûr gayri menkule gittiğinde taş yağmuruna tutulmuş ve oradan ayrılmak mecburiyetinde kalmıştır.

Bunun üzerine icra memuru ve Couitéas - bizde olduğu gibi Fransada da hini hacette idare, zabıta ve askerî kuvvet kanunen icra memuruna yardımla mükellef bulunduğu göre - mahkeme kararının icra marifetiyle infazı imkânsızlığı karşısında idareden yardım talebinde bulunmuşlardır. Kısaca idareden ilâmın zabıta ve askerî kuvvet marifetiyle tenfizini istemişlerdir.

Halbuki idare, ilâmı tenfiz zımında kuvvete müracaatle şâgilleri buradan zorla çıkarmıya teşebbüs edildiği takdirde - mevcut emarelere göre - o bölgedeki bütün yerlilerin, aşiretlerin isyanına sebebiyet verilmiş olacağını ileri sürerek; yani bu suretle âmme intizam ve emniyetinin ihlâl edilmiş olacağı mucip sebebiyle yardım ve müzaherette bulunamayacağı hususunda bir karar ittihaz etmiştir. Bu karara istinaden de ilâmın tenfizi hususunda muavenetini esirgemiş, yardımdan imtina eylemiştir.

İdarenin bu imtinaından dolayı hukuku muhtel olan Couitéas, bu sefer, Devlet Şûrasına başvurmuş; ilâmın ademi tenfizinden - yani arsasının tahliye olunmamasından. ötürü, gayri menkulden istifade edememek suretiyle, duçar olduğu zararın idare tarafından tazminini talep etmiştir.

(10) Mezkûr kararı şu mecmualarda bulmak mümkündür: Sirey 1923, 3, 57; Dalloz Hebd. 1924, S. 93; Rev. Dr. Public. 1924. S. 208 ve müt.

Dâvacıya göre idarenin imtinaı ağır bir kusur, bir kelime ile bir hizmet kusuru teşkil ettiği gibi; idare tarafından ittihaz olunan karar da .kaziyei muhkemeye riayetsizlik cihetinden . mevzuata mugayir, kısaca iptale mahkûm bulunmaktadır.

İşte bu esaslara binaen Couitéas idarenin tazminata mahkûm olmasını istemektedir.

Hâdisede mütaleasını uzun uzadıya dermeyen eden müddeiumumî (commissaire du gouvernement) Rivet bu noktayı nazara iştirak etmemektedir. Ona nazaran hâdisede bir hizmet kusuru mevcut olmadığı gibi; idare tarafından müttehaz karar da mevzuata, hukuka aykırı değildir.

Gerçekten müddeiumumî (kaziyei muhkemeye riayet ve ilâmi tenfiz mecburiyetinin) cemiyet nizamının temelinde yer alan bir hukukî prensip ve nas olduğunu kabul etmekle beraber; bu prensip ve düstur kadar münakaşa götürmeyen ve yine hukuk düzeninin esaslarından madut bulunan (ferdî hürriyet), (ticarî hürriyet), (kanunların üstünlüğü).. gibi birtakım esas ve dogma'ların - idarenin her şeyden evvel cemiyet hayatını, âmme intizam ve emniyetini muhafaza ile mükellef bulunması dolayısıyla - bir hizmet kusuru ve hukuka aykırılık teşkil etmeksizin ihlâl olunabileceğini iddia etmektedir.

Rivet, Fransız Devlet Şûrasının bu hususta ötedenberi böyle düşündüğünü; içtihadının bu merkezde olduğunu yüksek mahkemeye hatırlatıyor. Müteaddit kararlar zikretmek suretiye Devlet Şûrasının - idarenin, cemiyet hayatını, âmme intizamını korumak mecburiyeti karşısında . ferdî hürriyet, ticarî hürriyet, kanunun üstünlüğü.. gibi birtakım hukukî esaslara aykırı olarak ittihaz olunan kararları mevzuata mugayir telâkki etmediğini; binnetice bunları iptal etmediğini izah ve ispat ediyor.

İşte müddeiumumî, bu içtihatlarla imtisalen hâdisede, şikâyeti mucip kararın mevzuata, hukuka aykırı sayılamıyacağını ve imtinaından dolayı da idareye herhangi bir kusur isnat olunamıyacağını söylüyor.

Devlet Şûrasına hitaben diyor ki: «İdarenin müdafaasında ileri sürdüğü saiklerin hakikate tetabuk ettiğine - yani mezkûr kararın hakikaten âmme intizam, sükûn ve emniyetinin ihlâli gibi saik ve sebeplere istinad eylediğine . bu hususta mürakabenizi kullanmak, yani bu gibi saik ve sebeplerin hâdisede hakikaten mevcut olup olmadığını araştırmak suretiyle, kanaat getirdiğiniz takdirde mezkûr

kararın mevzuata, hukuka uygun olduğunu beyan etmeniz lâzımdır.»

Görülüyor ki Rivet, hâdisede bir hizmet kusuru mevcut olmadığına ve şikâyeti mucip kararın mevzuata, hukuka aykırı bulunmadığına kanidir. Ancak şu var ki, müddeiumumiye göre - her ne kadar idareye bir kusur isnadı mümkün ve mezkûr kararı mevzuata mugayir ve binnetice iptale mahkûm telâkki etmek kabil değilse de - bu kararın tatbik ve icrasından husule gelen zararın. «risque» esasına binaen - yine idare tarafından tazmini lâzımdır.

Filhakika Rivet hâdisede bir hizmet kusuru ve hukuka aykırılık bulunmadığını ispata çalıştıktan sonra; cemiyet, kollektivite âzaları arasında bir tesanüt ve müsavat mevcut olduğunu; bu itibarla cemiyet ve kollektivite menfaatine olarak yapılan herhangi bir işten, fiilden dolayı muayyen bir ferde hususî, istisnaî ve anormal bir yük ve fedakârlık tahmili halinde bu, tesanüt ve müsavat esasının ihlâl edilmiş olacağını; binnetice bu gibi hallerde mezkûr şahsa . umumî menfaat namına katlanmak zorunda kaldığı mükellefiyet ve fedakârlık mukabilinde - idare patrimuvanı, kolektivite (11) tarafından tazminat itası lâzım geldiğini ilâve ediyor.

Hulâsa müddeiumumî hâdisede dâvacının . cemiyet, kollektivite menfaati uğruna (12) - istisnaî, hususî, anormal bir fedakârlığa ve

(11) Gerçekten Fransız müelliflerinden G. Watrin'in belirttiği üzere idari bir faaliyetten bilfarz husule gelen 10.000 franklık bir zararın idare tarafından tazmini halinde idare patrimuvanından ödenen bu meblâğ hakikatte mükelleflerden tahsil olunan vergilerle ödenmektedir. Aşikârdır ki 10.000 franklık bir tazminatı ancak bu tutarda bir vergi karşılar. Yine mükelleflerin sırtına yüklenen bu meblâğ içinde bizzat mutazarrır şahsın da bir hissesi vardır. Görülüyor ki tazminatla vergi arasında sıkı bir münasebet mevcuttur. Bundan dolayıdır ki tazminat meselesi vatandaşların âmme mükellefiyetleri karşısında müsavata prensipliyle çok yakından ilgilidir. (G. Watrin, L'administration de la III. République S. 651).

(12) Filhakika, işaret ettiğimiz üzere, idare sırf zuhuru muhtemel bir isyanı önlemek, kısaca Fransız milleti ve hükümeti için birtakım gallelere mâni olmak maksadile ilâmı tenfizden imtina eylemektedir. Aşikârdır ki idarenin bu yolda hareket etmesinden, neticeten, bütün vatandaşlar istifade etmektedirler. Bu itibarla tekmil vatandaşların, fertlerin istifade ettikleri bir işten muayyen bir şahsın istifade edecek yerde billâkis mutazarrır kalması tesanüt ve müsavat esasıyla kabili telif değildir. İşte bu müsavatın tahakkuku için, kollektivitenin mezkûr şahsın zararını ödemesi lâzımdır.

zarara duçar kaldığını; bu cihetle zararın - risk esasına tevfikan - idare tarafından tazmini gerektiğini anlatmak istiyor. Mahkemedен, idareyi tazminata mahkûm etmesini talep ediyor.

Devlet Şûrası da, hâdisede idareye atıf ve izafesi mümkün herhangi bir kusurun mevcut olmadığını ve şikâyeti mucip kararın da mevzuata, hukuka mugayir bulunmadığını -bu yolda hareket etmekle «idarenin âmme intizam ve emniyetini muhafaza zımında kendisine bahşedilen salâhiyetleri kullanmaktan başka bir şey yapmadığını», «idarenin, bir ilâmın tenfiz şartlarını takdir ile mükellef olduğunu» ve nihayet «âmme intizam ve emniyeti için bir tehlike teşkil ettiğine kanaat getirdiği takdirde, ilâmın tenfizi hususunda yardım ve müzaheretini esirgemek hakkını haiz bulunduğunu» belirtmek suretiyle - açıkça kabul ve beyan eylemektedir.

Bununla beraber yüksek mahkeme, müddeiumuminin dermeyan ettiği esasa tevfikan - yani risk nazariyesine binaen - idareyi tazminata mahkûm ediyor.

Görülüyor ki, gerek müddeiumumi, gerekse Devlet Şûrası bir hizmet kusuru bulunmadığına ve dâvaya zemin ve mevzu teşkil eden kararın mevzuata, hukuka aykırı olmadığına tamamen kani buldukları halde; bu kararın tatbik ve icrasından dolayı husule gelen zararın idare tarafından tazminini kabul ediyorlar.

Şu halde, yukarıda sırf adalet ve hukuk mantığı bakımından müdafaa ettiğimiz, noktai nazar tatbikat sahasında da kabul edilmiş bulunuyor. Böylelikle taraftar olduğumuz hal tarzının yalnız nazari sahada bir temenniden ibaret olmadığını, mahkeme içtihadına da dayandığını ispat etmiş oluyoruz. (13).

(13) Hiç şüphe yok ki Couitéas hâdisesinde herhangi bir hizmet kusurunun mevcut olmadığı ve idarece müttehas kararın mevzuata, hukuka aykırı bulunmadığı hususundaki tezin doğruluğu - nazari sahada - münakaşa edilebilir. Bu tezin lehinde olduğu gibi aleyhinde de birtakım deliller dermeyan olunabilir.

Filhakika - dâvacının yaptığı gibi - idarenin, ilâmın tenfizi hususunda müzaheret ve yardımda bulunmayacağı hakkında, ittihaz ettiği kararın mevzuata; hukuka - kaziyei muhkemeye riayetsizlik cihetinden - aykırı sayılması lâzım geldiği kuvvetle iddia olunabilir. Zira, müelliflerin işaret ettikleri üzere, kaziyei muhkemeye riayetsizlik Fransada bizzat kanuna muhalefet telâkki olunmakta; bu itibarla bir iptal sebebi teşkil eylemektedir.

Bunun gibi hâdisede bir hizmet kusurunun mevcut olduğu dahi iddia

Zannımızca, idare tarafından ittihaz olunan bir kararın mevzuata, hukuka hiç bir suretle mugayir telâkki olunmadığı halde bu kararın tatbik ve icrasından dolayı . hizmet kusurundan başka bir takım esaslara tevfikan . idarenin mes'uliyeti cihetine girilebileceğini gösteren yegâne karar bu değildir. Gerçekten Fransız Devlet Şûrasının bu hususta birçok kararlarını daha misal olarak zikredebiliriz:

Meselâ Fransız Devlet Şûrasının «âni, mühletsiz azil» diye tercüme edebileceğimiz «brusque congediement» diye tavsif ettiği halde bir memurun vazifesine nihayet verilmesi hususunda idare tarafından ittihaz edilen karar mevzuata hiç bir cihetten aykırılık arzemesine dahi (14) vazifesinden bu suretle uzaklaştırılan memurun başka bir iş arayıp bulması için vakit bırakılmadığı, mühlet verilmediği takdirde idarî mahkeme - risk esasına binaen veya hakkani.

olunabilir. Nitekim, Couitéas kararını tahlil eden Hauriou bu noktai nazara mütemayil görünüyor. Âlîm hukukçu diyor ki: «Bu hâdise 1914-18 harbinden evvel Devlet Şûrasının karşısına çıksaydı idarî mahkemenin, mesuliyeti ve tazminatı hizmet kusuruna istinadettirmesi pek muhtemel idi. Hattâ 1923 de dahi yüksek mahkeme hâdisede bir hizmet kusurunun mevcut olduğunu söyleseydi, bunu, pekâlâ mümkün addeder ve kabul edebilirlik».

Görüldüğü üzere gerek kararın hukuka uygun olup olmadığı; gerekse hâdisede bir hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı münakaşayı muciptir. Ancak şu nokta dikkate şayandır ki: tetkik ettiğimiz mesele bakımından Devlet Şûrasının kabul ettiği noktai nazarın doğru olup olmadığı ehemiyeti haiz değildir. Gerçekten bizce matlup: Devlet Şûrasınca kabul mazhar olan tezin doğru olup olmadığını tesbit etmek değil, sadece mahkeme tarafından hizmet kusuru sayılmıyan bir halde mevzuata, hukuka uygunluğu, bizzat mahkemece, muhakkak surette, kabul olunan bir kararın tatbik ve icrasından dolayı yüksek mahkemenin tereddütsüz idareyi tazminata mahkûm ettiğini göstermektir. Halbuki öyle zannediyoruz ki, verdiğimiz izahattan bu nokta sabit olmuştur. Devlet Şûrasının mevzuata ve hukuka tamamen mutabık telâkki ettiği bir kararın tatbik ve icrasından idareyi mes'ul kıldığı tavazzuh etmiştir.

(14) Şu nokta dikkate şayandır ki: meşgul olduğumuz hâdiselerde idare tarafından ittihaz olunan karar, mahkemece, mevzuata ve hukuka uygun telâkki olunmaktadır. Devlet Şûrası kararın mevzuata, hukuka herhangi bakımdan mugayir bulunmadığını açıkça beyan eylemektedir. Buna rağmen yüksek mahkeme - birtakım düşüncelerle - idareyi tazminata mahkûm etmektedir.

yet düşüncesiyle . memurun yeni bir iş buluncıya kadar maişetini temine matuf bir tazminat itasına hükmetmektedir (15).

Bilfarz 1933 tarihli Alcaraz kararında (16) bir belediye meclisince bir memurun . hizmetin ifasında sabit olan kusuruna binaen . azli hususunda ittihaz olunan karardan dolayı açılan tazminat dâvasında dâvacının, kendi kusurundan ötürü, vazifesine nihayet verildiğini; bu itibarla azil kararının mevzuata aykırı sayılamıyacağını belirten Devlet Şûrası âni ve mühletsiz azil dolayısıyla, yani kendi tâbiriyle «dosya ve tahkikattan âmme hizmetinin selâmeti bakımından mazul memurun hemen yerine başkasının tâyini lâzım gelmediği anlaşıldığından» belediyeyi 1500 frank tazminat itasına mahkûm ve bu suretle memura yeni bir iş buluncıya kadar maişetini temin imkânını bahşediyor. Bunun gibi Besnard . Bernadac kararında (17) Orne vilâyet umumî meclisince, vilâyet mimarlığı makamının ilgası hususunda ittihaz olunan kararın bu makamı işgal etmekte olan mimara . kendisine bir iş aramak imkânı verilmeksizin . teahhurla tebliği üzerine mumaiyleh tarafından vilâyet aleyhine açılan tazminat dâvasında «mezkûr ilga kararının hal ve icaplara uygunluğu, yani oportunité meselesini münakaşa edemeyeceğini» belirtmekle işbu kararın mevzuata uygunluğunu kabul ettiğini anlatan Devlet Şûrası, kararın alâkadara vaktinde bildirilmemesinden, böylelikle mimarın vazifesine âni bir surette nihayet verilmiş olmasından dolayı idareyi 6000 frank tazminata mahkûm ediyor.

Keza Zeilabadine (18) ve Pomaret (19) kararları Devlet Şûrasının bu noktai nazarını teyit eylemektedir. Her iki hâdisede Devlet Şûrası bir âmme hizmet ve teşkilâtının, umumî menfaat mülâhaza siyle ve, yeni esaslara bağlanarak, tekrardan kurulması maksadiyle herhangi bir makam veya memuriyetin ilgası halinde ilga kararının mevzuata uygun olduğunu açıkça beyan etmeke beraber; bu suretle âni ve mühletsiz olarak vazifelerine nihayet verilenlerin idareden tazminat talep edebileceklerini kabul ediyor.

Seçtiğimiz bu misaller idarece müttehaz bir kararın mevzuata, hukuka uygunluğu, sarahaten veya zımnen, Devlet Şûrasınca kabul

(15) Şunu kaydedelim ki, bu tazminat umumiyetle memurun üç aylık maaşına muadil bir yekûna baliğ olmaktadır.

(16) Recueil 1933, Sah. 925.

(17) Rec. 1943; Sah. 658.

(18) Rec. 1909, Sah. 894.

(19) Rec. 1916, Sah. 498.

edildiği halde hizmet kusurundan ayrı birtakım esaslara .meselâ risk veya hakkaniyet prensibine istinaden (20) - idarenin mesuliyeti cihetine gidildiğini ispat etmektedir.

Fransada, Devlet Şûrası içtihatlarına göre, mevzuata tamamen uygun olduğu müsellem bulunan idarî bir karardan dolayı idarenin . hizmet kusurundan gayri birtakım esaslara tevfikan . mes'ul tutulduğunu göstermek için son bir misal daha zikredebiliriz.

Gerçekten, bilindiği üzere, idarenin hizmet kusuru, risk ve hakkaniyetten başka bir de sebepsiz mal iktisabı esasına istinaden mesuliyeti bahse mevzu olmaktadır.

İşte zannımızca Fransız Devlet Şûrasının idarî bir fiil neticesinde hususî bir şahsın mâmeleki aleyhine idare patrimuvanında bir tezayüt husule geldiği takdirde sebepsiz mal iktisabı esasına tevfikan idareyi tazminata mahkûm ettiği gibi; aynı vaziyet idarî bir kararın tatbikinden neşet ettiği takdirde - kararın mevzuata uygun olup olmadığı ayrıca araştırmaksızın ve mezkûr kararın mevzuata muhalif ve binnetice iptale mahkûm olduğunu karar altına almaksızın . sırf idare patrimuvanının sebepsiz olarak bir hususî şahsın mâmeleki aleyhinde çoğalmış ve zenginleşmiş olmasını nazara alarak idareyi, bu tezayüt nisbetinde, bir tazminata mahkûm ettiği de görülmektedir.

Meselâ Rigault kararı (21) bunu teyit eylemektedir.

Hâdise şudur: Paris belediyesi, turuku âmmeden addetmediği bir manastır avlusunun tenviri dolayısıyla istihlâk edilen gaz sarfiyatını üzerine almıyarak, o bölgedeki bina sahiplerinin âdeta bir (gérant d'affaire) i sıfatıyla ve onlar namına avans suretiyle ödemiştir. Lâkin bina sahiplerine rücu ederek bunların bu sarfiyatı deruhte etmeleri hususunda bir karar (emir) ittihaz eylemiştir. Bu karar muhibince ilgili bina sahiplerinden Rigault ailesi - yani karı koca . av.

(20) Şunu söylemek lâzımdır ki Duez, yukarıdaki hallerde Devlet Şûrasının, açıkça beyan etmemekle beraber, idarenin mes'uliyetine risk esasına istinaden hükmettiğine kanidir. (Bu hususta tafsilât içi müellifin evvelce ismi geçen eserine bakınız: S. 76-78). Zannımızca, Devlet Şûrası bu hususta sâkit olduğuna göre, mezkûr kararlarda yüksek mahkemenin hakkaniyet esasına binaen idareyi tazminata mahkûm ettiği de belki söylenebilir. Her neyse, burada bizi ilgilendiren nokta: mes'uliyetin şu veya bu esasa istinat etmesi değil; sadece mevzuata uygun bir karardan dolayı bahse mevzu olması ve mahkemece kabul edilmesidir.

(21) Recueil 1920, Sah. 596.

lunun tenviri için istihlâk olunan gazın bedeli olarak belediyeye 812 kûsur frank tediye mecburiyetinde kalmışlardır.

İşte tenvir masrafına iştirak suretiyle ödedikleri bu meblâğın iadesini belediyeden istemişlerdir. Belediyenin taleplerini reddetmesi üzerine idarî mahkemeye müracaat etmişlerdir. Âmmeye emlâkine dahil bulunan bu avlunun tenviri vazifesinin belediyeye terettüp etmesi itibariyle bu hususta istihlâk olunan gazın bedelini ödemek de ona düştüğü halde kendilerinin tediye ettiklerinden bahisle bu suretle belediye patrimuvanında kendi aleyhlerine olmak üzere 812 franklık bir tezayüt husule geldiğini, bir kelime ile belediyenin kendi sırtlarından zenginleştiğini iddia ve sebepsiz mal iktisabı esasına tevfikân bu paranın belediyeye iadesini ve tazminini talep etmişlerdir.

Devlet Şûrası ise hâdisede mezkûr kararın mevzuata uygun olup olmadığını aramıya lüzum görmeksizin ve bunun mevzuata, hukuka herhangi cihetten aykırı olduğunu beyan etmeksizin sadece «dosya ve tahkikattan anlaşıldığı üzere belediyenin vazifelerini ifadan imtina ettiği, ihtilâfı mucip olmamak itibariyle, sabit bulunduğundan... idarenin emri (kararı) üzerine dâvacılar bilmeceburiye veya kendiliklerinden belediye namına 812 franga baliğ olan tenvirat bedelini ödemek zorunda kaldıklarına göre bu meblâğın faiz ve hattâ faizin faiziyle birlikte belediye tarafından tazmini lâzım geldiğini» karar altına almıştır.

Şimdiye kadarki izahatımızdan idarî bir kararın tatbik ve icrasından dolayı herhangi bir hak muhtel olduğu veya zarar husule geldiği halde mezkûr kararın mevzuata, hukuka herhangi cihetten aykırılığı sabit olmadığı takdirde kaideten .yani hizmet kusuru esasına istinaden - idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılmamakla beraber; istisnaen .yani idare hukuku sahasında mes'uliyet hususunda cari olan risk, hakkaniyet, sebepsiz mal iktisabı, gibi tâlî, fer'î, istisnai ve mütemmim birtakım nazariyelere tevfikân idareye karşı bu gibi bir dâva ikame olunabileceği neticesine varmış bulunuyoruz (22).

(22) Yalnız şu noktaya bilhassa işaret edelim ki, yukarıda da belirtmeğe çalıştığımız veçhile - hususi hukukta olduğu gibi - idare hukuku sahasında da idarenin mes'uliyeti prensip itibariyle, kusur esasına istinat eder. Yani asıl, klâsik, ana, genel esas: Hizmet kusurudur. Bu itibarla

b) Mevzuata hiç bir cihetten mugayeret arzetmiyen bir karardan dolayı idarenin - velev ki bazı hallerde ve istisnai, tâli, fer'i ve mütemmim mahiyette birtakım esaslara istinaden olsun. mes'uliyeti kabul olduğuna göre; idarenin, evleviyetle mevzuata, hukuka herhangi bakımdan aykırılığı sabit bulunan bir karardan ötürü mes'uliyeti cihetine gidilebileceği izahtan varestedir. Hulâsa mevzuata mugayir bir kararın, idarenin mes'uliyetini intaç edeceği ispata dahi lüzum göstermiyecek kadar aşikâr bir keyfiyettir.

Aynı zamanda şu da muhakkaktır ki mevzuata, hukuka aykırı bir karar mes'uliyet bakımından. bir hizmet kusuru teşkil eder. Yani idarenin, mevzuata mugayir bir karar ittihaz etmekle bir hizmet kusuru işlediği tereddütsüz iddia ve kabul olunabilir. Gerçekten başka bir yazımızda, bir mahkeme kararı tahlili münasebetiyle (23) dediğimiz gibi: «(Kusur ve bu meyanda (hizmet kusuru) tesmiye ettiğimiz şey de nihayet: devlet nizamına, mevzuata, hukuka, bir kelime ile cemiyet dahilinde riayeti gereken kâdelere aykırı hareketten başka bir şey değildir. Bu itibarla idarenin mevzuata aykırı karar ittihaz etmesi: aynı zamanda bir hizmet kusuru işlemesi demektir. İyi kurulmuş, bünyesinde, teşkilâtında, nizamlarında, personeline, işleyişinde bir aksaklık ve bozukluk müşahede edilmeyen ideal bir idare pek tabiidir ki, mevzuata ve hukuka aykırı karar ittihaz etmez. Bu kaziyenin aksi ise şudur ki: her ne zamanki idare, mevzuata mugayir karar ittihaz ederse fena kurulmuş, bünyesinde, teşkilâtında, nizamlarında, personeline, işleyişinde teşhisi belki kolaylıkla mümkün olmamakla beraber herhangi bir aksaklık ve bozukluk mevcut demektir. Kısaca bu takdirde idareye atf ve izafesi mümkün bir hizmet kusurunun mevcudiyetini bir karine ve faraziye olarak kabul etmek gerektir.»

Bütün bu izahat idarenin, mevzuata, hukuka herhangi cihetten aykırı bir karardan dolayı, hizmet kusuru esasına istinaden mes'ul tutulabileceğini ve tutulması lâzım geldiğini, sanırız ki, ispata yeter.

Doçent Ragıp Sarıca

ki umumiyetle idareye herhangi bir kusur isnadı mümkün olmıyan hallerde idarenin mes'uliyetine hükmetmek de kabil değildir.

Lâkin hizmet kusuru yanında fer'i, tâli ve tamamlayıcı bir mahiyet arzeden esasların da mevcut olduğunu gördük. Bunlara, idari mahkemeler, bazan ve birtakım şartların tahakkuku halinde müracaat etmekteledir. Bu cihetle bu nazariyelerin vüs'at ve şümulü de mahkemelerin takdirine ve tatbikatına tâbidir.

(23) İst. Huk. Fak. Mecm. 1944, cilt X, sayı 1-2. R. Sarıca İdari içtihatlar. S. 399.