

İDARE HUKUKUNDA İDARENİN HİZMET KUSURU VE DANIŞTAY UYGULAMASI

Ahmet BOZDAĞ *

ÖZET

Hukuk devletinin bir gereği olan hizmet kusuru, genel, anonim, asli, bağımsız ve esneklik özelliklerine sahip idare hukukuna özgü bir kavramdır. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin hiç işlememesi, kötü işlemesi veya geç işlememesi sonucu ortaya çıkan ve idarenin ortaya çıkan zararı ödemesini öngören bir sorumluluk türüdür. Hizmet kusuru, idarenin yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan eylemlerinden ve işlemlerinden doğmaktadır.

Danıştay'ın hizmet kusurunu ağır ve hafif kusur olarak ikiye ayırması hukuka uygun değildir. Böyle bir ayırım ne anayasada ne de kanunlarda bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Kusuru, İdarenin Kusuru, Kusur

ABSTRACT

Service Fault of Administration in Administration Law

Service fault is a conclusion of state governed by the rule of law and it has got characters like generality, anonymous, actual, independent and elasticity. Service fault is a specific concept of administrative law. Service fault is a responsibility that predicts administration to pay the losses and occurs when public services are submitted badly or not on time and also occurs when any public services are submitted. Service fault results from activities and transactions that are outside legislation and judgment function of administration.

It is unlawful to cut service fault in two parts as gross fault and crepe fault by Council of State. There is like this distinction neither in constitution nor in acts.

Key Words: *Service fault, administration fault, fault*

* Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi).

1-GİRİŞ

Hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden biri de idarenin hukukla bağlı olması ile idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması gereğidir. Hukuk devletinde hukuk, sadece vatandaşlar için değil; aynı zamanda tüm idari yapısıyla devlet için de bağlayıcıdır. Diğer bir deyişle devlette, hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı hesap verebilir olmalı, kişilere verdiği zararları tazmin etmelidir. XIX. yüzyıla kadar kabul görmüş olmakla birlikte, devletin görev ve fonksiyonlarının artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi, liberal devletten sosyal devlete geçişin gerçekleşmesi sonucunda, devletin sorumsuzluğu ilkesinden uzaklaşarak, idarenin de her türlü işlem ve eylemlerinden sorumlu olması gerektiği ilkesi benimsenmiştir (Karataş, 2006: 8). Bu ilke, hukuk devletinde idarenin, hem hukuka uygun hareket etmesini hem de hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları tazmin etmesini zorunlu kılmaktadır (Gözübüyük ve Tan, 2006: 739). Bu zorunluluk hizmet kusuru olgusunu ortaya çıkarmış olup, hizmet kusuru da idarenin ve personelinin hukuka aykırı ve görevle bir şekilde bağlantılı olan her türlü işlem ve eyleminden doğan zarardan idarenin sorumluluğunu öngören idare hukukuna özgü bir kavramdır.

İdare hukukunda hem doktrinde hem de uygulamada idarenin hizmet kusuru kabul edilmekle birlikte, hizmet kusurunun kapsamı, sınırları ve şartları konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çalışmada devletin, yasama ve yargılama fonksiyonu dışında kalan¹ ve idari nitelikteki fonksiyonu kapsamında yer alan işlem ve eylemlerinden kaynaklanan hizmet kusuru ve bu kusur sonucunda ortaya çıkan zararların tazmini konusunu özellikle tartışmalı yönlerinin ön plana çıkarılarak incelenecektir.

2- İDARENİN SORUMLULUĞU

Sorumluluk, sözlükte "mesuliyet, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma" anlamlarına gelmektedir (Yılmaz, 2002: 1109). İdare hukukunun bir kavramı olarak sorumluluk, idarenin özel kişilere vermiş olduğu mali nitelikteki zararları tazmin etme yükümlülüğünü ifade etmektedir. İdarenin işlem ve eylemleriyle kişilere verdiği zararları tazmin etmesi gereği, hukuk devletinin ve hakkaniyetin bir gereğidir. Hukuk devleti olan ülkemizde de idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu durum Anayasa'da şöyle düzenlenmiştir; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. ... İdare, kendi eylem ve işlemlerinden

¹ Anayasa'da ve kanunlarda yasama ve yargı fonksiyonundan kaynaklanan zararların nasıl tazmin edileceğine dair genel bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle yasama ve yargının sorumluluğu düzenlenmemiştir. Sadece CMK'nın 141. maddesiyle koruma tedbirlerinin haksız, yersiz veya usulüne göre yapılmaması durumunda idarenin sorumluluğu düzenlenmiştir, Yıldırım, 2008: 249-250.

doğın zararı ödemekle yükümlüdür” (Any md. 125). “ Memurlar ve diğerk kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğın tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla² ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir (Any md. 129). “ Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir” (Any md. 40). Bu hükümlere paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda da “kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir” (md. 13), hükmü düzenlenerek idarenin sorumluluğı kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, Anayasa maddeleri arasında tam bir uyum olamamakla birlikte, genel olarak idarenin ve kamu görevlilerinin görevle ilgili işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların idarece tazmin edileceğı açık bir şekilde kabul edilmiştir. İdarenin hizmet kusurunun varlığı için Anayasa’nın 40. maddesi “kamu görevlilerinin haksız işlemlerinin” varlığını, 129. madde ise, “kamu görevlilerinin kusurlarının” varlığını aramaktadır. Söz konusu haksızlığın veya kusurun belirli bir derecede olması aranmamıştır. Hangi derecede olursa olsun hizmetin kusurlu olması zararın tazmini için yeterli kabul edilmiştir.

İdare hukukunda idarenin iki tür sorumluluğı kabul edilmektedir. Biri idarenin özel hukuk ilkeleri doğrultusunda yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğı; diğeri ise, idarenin idare hukuku ilkeleri doğrultusunda yapmış olduğı sözleşmeler ve idarenin her türlü işlem ve eyleminden kaynaklanan kamu hukuku ilkeleri doğrultusunda oluşmuş idare hukukuna özgü sorumluluk türüdür (Yayla, 2009: 351). İdarenin kişilere verdiği zararları tazmin yükümlülüğü, idarenin “hizmet kusuruna (kusurlu sorumluluk)” ve “kusursuz sorumluluğına” dayanmaktadır (Kılınc, 2009: 3). Biz konumuz gereğı bu çalışmada idarenin sadece hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğunu irdeleyeceğiz.

3- HİZMET KUSURU

İdarenin kusura dayanan sorumluluğı, Fransız Danıştay’ı ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de uygulamalarından etkilenerak, uygulamada “hizmet kusuru”

2 “Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğın zararı, toplum ödemek zorunda değildir”, Dan. 5. D., 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234, Karavelioğlu ve Karavelioğlu, 2009: 174’den.

kavramı ile anlatılmaktadır (Günday, 1996: 240; Gözübüyük ve Tan, 2006: 741). Hizmet kusurunun tam ve kapsamlı bir tanımını yapmak zor olmakla birlikte genel olarak doktrinde (Sarıca, 1949:858; Özdemir, 1963:22; Yıldırım, 2008:253; Kılınc, 2009:4; Atay, 2006:571) hizmet kusuru; idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde bir takım aksaklık, hukuka aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlık veya ihmalin ortaya çıkması, şeklinde tanımlanmaktadır (Karataş, 2006:6). Hizmet kusuru, kamu hizmetlerinin hukuki yapısı ve bundan doğan devlet borcu ile açıklanabilir. Günümüzde sosyal devlet olmanın bir gereği olarak devlet, kamu hizmetlerini imkânları ölçüsünde durumun gerektirdiği şekilde ve ihtiyaçlara göre devamlı ve istikrarlı bir şekilde halka sunmak ve halkın bu hizmetlerden eşit bir şekilde yararlanmasını sağlamak zorundadır. İşte bu hizmet borcunun ifa edilmemesi, eksik ve hatalı ifa edilmesi, zamanında ifa edilmemesi idarenin hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Hizmet kusuru hem idarenin eylemlerinden hem de işlemlerinden doğabilir (Karataş, 2006:6). Çünkü idarenin işlem yapma nedeni de sonuçta bir kamu hizmetini yürütmek veya vatandaşlara sunmaktır. Bu nedenle, hukuka aykırı olan idari işlemlerden doğan zararın tazmini de hizmet kusuruna dayandırılabilir (Yıldırım, 2008:254; Atay, 2006:575; Özdemir, 1963:87; Günday, 1996:244)³.

İdarenin görevlilerinin, görevleri gereği, görevleri sırasında, kendilerine verilmiş araç ve gereçleri kullanarak veya görevlerinin verdiği nüfuzu ve yetkileri kullanarak görevleriyle, doğrudan veya dolaylı ilgili olan hukuka aykırı işlem ve eylemleriyle üçüncü kişilere verdiği hukuka aykırı zararlar, idarenin hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. Hatta söz konusu idari işlem veya eylem suç oluştursa bile yine de hizmet kusuru sayılacaktır (Yıldırım, 2008:283)⁴.

Bu tanım ve kanuni düzenlemeler ışığında hizmet kusurunun temel ve ayırt edici özelliklerini şöyle sınıflandırabiliriz;

3 "İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir", Dan. 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

4 "Kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen 'görev kusuru' niteliğinde hizmet kusuru oluşturmaktadır". Dan. 10. D., T. 22.12.2006, E. 2004/1690, K. 2006/7348, (Danıştay Dergisi, Sayı 116, 2007, s.309); "Öte yandan bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı işlem ve eylemlere ilişkin kusurun, kasti suç niteliği taşıya bile hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinene ilkelerindedir", Dan. 2. D., T. 09.05.2005, E. 2004/1813, K. 2005/1642, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009); Yargı kararının yerine getirilmemesi eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu tartışmasıdır. Ancak Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrası gereği bu tür davalar idare aleyhine açılmakta fakat idare ödediği tazminatı kusurlu kamu görevlisine rücu edebilmektedir, Dan, 10. D., T. 27.02.2007, E. 2004/13990, K. 2007/739, (Danıştay Dergisi, Sayı 116, 2007, s.305).

3.1. Genellik

Hizmet kusuru, idarenin merkez teşkilatı, taşra teşkilatı, yerel yönetimler, genel bütçeli ve özel bütçeli tüm kamu kuruluşu niteliğindeki kamu tüzel kişilerinin sunmuş olduğu hizmetlerden kaynaklanan kişisel zararların tazmini için geçerli olan genel bir sorumluluk halidir (Atay, 2006:577; Özdemir, 1963:25; Yayla, 2009:362-363; Karataş, 2006:19). Bu haliyle hizmet kusuru, kural olarak idarenin ve kamu tüzel kişilerinin üçüncü kişilere verdiği zararlarından doğan sorumluluğunun esasını oluşturmaktadır. Bu genellik, sadece idare ve kamu tüzel kişiler için değil, aynı zamanda idarenin tüm işlem ve eylemleri için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, hizmet kusurunun varlığı açısından idarenin sunmuş olduğu hizmetler arasında herhangi bir ayırım ve sınıflandırma yapılmamıştır. Kanunlarda özel düzenleme bulunmadığı sürece tüm kamu tüzel kişilerinin sunduğu her türlü hizmet için hizmet kusuru genel bir sorumluluk türüdür.

Ancak hizmet kusuru, sadece yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan idari işlem ve eylemler için geçerlidir. Diğer bir deyişle Anayasa ve kanunlarda aksi belirtilmediği için yasama ve yargı fonksiyonu kapsamındaki işlem ve eylemler bakımından devletin sorumluluğu kabul edilmemiş olup, bu işlem ve eylemlerden doğan zararlar yargı denetimi dışında tutulmuştur. Fakat vurgulamak gerekir ki yargı makamlarının yargılama fonksiyonu dışında kalan ve idari nitelikteki eylem ve işlemleri idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilecek olup, idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Danıştay da verdiği bir kararda bu durumu şöyle işaret etmiştir. Fonksiyonel bakımdan, yasama ve yürütmeden ayrı olup, bağımsız olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen 'idari işlemler' kapsamına girmemektedir. ... savcılarının yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulabileceği açıktır. ... Yargı kararları ile kaldırılan giyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, cumhuriyet savcıları yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkin olduğundan, Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davanın da idari yargıda görülmesi gerekmektedir" ⁵.

3.2. Anonimlik

Hizmet kusurunun anonim olması, kusurun, ismen belirli bir kamu görevlisine izafe edilememesi, kusurun kaynağının bizzat hizmetin kendisinde aramasıdır. Çünkü hizmet kusuru, belirli bir kamu görevlisinin kişisel bir kusuru değil; kamu hizmetini görmekle yükümlü kamu idaresine, bu hizmeti yerine getirmedeki yükümlülüğü dolayısıyla yükletilen bir kusurdur (Özdemir,

⁵ Dan. 10. D., T: 18.06.2008, E. 2006/6131, K. 2008/4559; Dan. 10. D., T. 17.10.2007, E. 2007/1376, K. 2007/4756, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

1963:29; Atay, 2006:577; Günday, 1996:241. Çoğunlukla, kamu hizmetinin görülmesi sırasında ortaya çıkan zarara, hizmetin görülmesinde görevli olan veya görevli olması gereken kişilerden kimin veya kimlerin sebep olduğunu bulmak veya tespit etmek mümkün değildir. Bazen de idare hukukundaki ast-üst ilişkisi nedeniyle birden fazla kişinin zincirleme kusuru nedeniyle kamu hizmetinin görülmesi sırasında zararlar oluşmaktadır.

Kamu hizmetinin anonimliği özelliği, hem vatandaşları idareye karşı korumak hem de kamu hizmetinin sürekli ve aksamadan işlenmesini sağlamaktadır. Şöyle ki, hizmet kusurundan dolayı zarar gören vatandaşların, zararın idarenin hangi personelinin kusurundan kaynaklandığını bilmesi ve bunu ispat etmesi çoğu durumda imkânsızdır. İşte bu ilkeyle, vatandaşın haklı olması ve zararının tazmini için sadece zararın hizmet kusurundan kaynaklandığının ispatı yeterli görülmüştür. Kusurun idarenin hangi personeline ait olduğunun vatandaş açısından bir önemi olmayıp, bu sorun idarenin iç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca hizmet kusurunda kusurun, idarenin personeline izafe edilmesi ve personelin sorumluluğuna gidilebilmesi halinde, idarenin personeli kamu hizmetini yerine getirirken, takdir yetkisini hep pasif kalmaktan yana kullanacak ve içinde bulunduğu tedirginlik nedeniyle görevini gereği gibi ifa edemeyecektir. Bu nedenlerle hizmet kursunda kusur, hizmetin bünyesiyle kaynaşmış durumdadır (Kılınc, 2009:6). Hizmet kusurunun anonim olması nedeniyle idare, kusurun hangi personeline ait olduğunu bilse dahi bu durumu öne sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁶.

3.3. Asililik

Hizmet kusurunun asililiği, hizmet kusurundan dolayı zarar gören kişinin, zarar açıkça idarenin personelinin kusurundan kaynaklanmış olsa bile zararının tazmini için doğrudan doğruya hizmeti yürüten idareye başvurabilmesini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle idarenin, hizmet kusurundan doğan zararlardan doğan sorumluluğu asli ve birinci derecedendir (Karataş, 2006:24; Özdemir, 1963:35; Atay, 2006:572-573). İdarenin sorumluluğunun asililiği, anayasadan ve kanunlardan doğmaktadır. Gerek Anayasamızın 129. ve 40. maddelerinde ve gerekse de Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde açıkça, hizmet kursundan kaynaklanan zararlar dolayısıyla açılacak davaların doğrudan doğruya idare aleyhine açılacağı hükme bağlanmıştır. Danıştay da verdiği bir kararda, "Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturur" diyerek bu ilkeyi vurgulamıştır⁷.

6 "İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. ...bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, **anonim bir niteliğe sahip**"tır, Dan. 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

7 Dan. 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009); "İda-

Bu nedenle, hizmet kusuru nedeniyle doğan zararların tazmini için açılacak tazminat davalar, doğrudan doğruya idare aleyhine açılacaktır.

3.4. Bağımsızlık

Hizmet kusurunda da idarenin sorumluluğu kusura dayanmakla birlikte, idare hukukundaki bu kusur, özel hukuktaki kusur kavramından anlam ve kapsamı bakımından oldukça farklıdır (Atay, 2006:572). Hizmet kusurundaki kusurun gerek oluşumu gerek kapsamı ve içeriği idare hukuku ilkeleri doğrultusunda oluşturulmuş olup; özel hukuktaki kişilerde aranan sübjektif nitelikteki kusurdan farklı olarak, kamu personelinin dışında kalan ve kamu hizmetinin kuruluş, işleyiş ve usulü gibi dış âleme yansımalarından kaynaklanan objektif ve bağımsız olan nevi şahsına münhasır bir kusurdur (Ödemir, 1963:44; Kılınc, 2009:5)⁸. Diğer bir deyişle hizmet kusurunun varlığı, kamu personelinin kusuruna bağlı değil; hizmetin kusurlu olmasına bağlıdır (Gürsoy, 1980:76).

3.5. Esneklik

Hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti için geliştirilmiş kesin ve değişmez ölçütler bulunmamaktadır. Birbirinden farklı yapı ve işleyişte çok sayıda kamu kurum ve kuruluşunun bulunması; her kurum ve kuruluşun farklı şartlarda ve özellikle kamu hizmeti yürütmesi ve dolayısıyla kamu kurumlarının ve yürütülen hizmetlerin yekpare olmaması, hizmet kusurunun tespiti için tek bir ölçütün kullanılmasını zorlaştırmıştır. Diğer bir deyişle hizmet kusurunun varlığı ve derecesi, olaylara, zamana, şartlara ve hizmetin türüne göre değişkenlik ve farklılık göstermektedir (Atay, 2006:577). Bu nedenle, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri, zamana, mekâna ve şartlara göre devamlı bir değişkenlik gösterdiğinden, hizmet kusuru teorik, somut, sert ve değişmez bir kavram olmaktan ziyade; fiili, soyut, esnek ve değişken bir kavramdır (Sarıca, 1949:862). Örneğin, Danıştay verdiği bazı kararlarda, bazı hizmet türleri için idarenin sorumluluğunun doğa bilmesini ağır hizmet kusurunun bulunması şartına bağlarken⁹; bazı hizmet türleri için ise sadece basit hizmet kusurunun

renin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp asli bir sorumluluktur ...”, Dan. 10. D., T. 13.02.2006, E. 2004/9120, K. 2006/1220, Karavelioğlu, 2009:180’den.

8 “İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan he türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, ... bağımsız karakteri olan bir kusurdur”, Dan. 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

9 “İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir”, Dan. 10. D., T. 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

varlığını yeterli kabul etmekte, ancak tazminat miktarını kusur derecesine göre belirlemektedir¹⁰. Dolayısıyla hizmet kusuru esnek bir kavram olup, varlığı her olaya göre farklılık arz etmekte ve bu nedenle mahkemenin takdir yetkisine bağlı bulunmaktadır¹¹.

4. HİZMET KUSURUNUN NEDENLERİ

İdare, anayasanın ve kanunların kendisine verdiği görev ve yetki kapsamında ve imkânları dâhilinde, topluma kamu hizmeti sunmak için gerekli örgütlenmeyi yapmak, gerekli araçları temin etmek, gerekli personeli istihdam etmek ve eğitmek, gerekli denetimleri yapmak ve kamu hizmetinin aksamadan devam etmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. İşte idarenin anayasa ve kanunlarca kendisine verilmiş bu görevi hiç yapmaması, kötü yapması veya geç yapması durumunda idarenin kusurlu sorumluluğu doğacaktır. Doktrinde (Sarıca, 1949:887; Candan, 2005:171-172; Gözler, 2007:725) ve yargı kararlarında¹² idarenin yürütmek zorunda olduğu veya yürüttüğü kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumunda idarenin hizmet kusurunun doğacağı konusunda fikir birliği bulunmaktadır.

4.1. Hizmetin Kötü İşlemesi

İdare, yürüttüğü kamu hizmetlerini imkânları dâhilinde çağın gereklerine uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. En genel anlamıyla hizmetin kötü işlemesi, idarenin yürüttüğü hizmetin çağın gereklerine uygun olmaması, idareden objektif olarak beklenen özen ve dikkatin gösterilmemesi, olması gereken standart ve kalitede yapılmamasıdır (Atay, 2006:580; Özdemir, 1963:51; Candan, 2005:172). Diğer bir deyişle idare, yürüttüğü kamu hizmetini imkânlar dâhilinde kendisinden beklenen objektif özen ve dikkati göstererek yapmak ve olağan şartlarda sunması gereken kalitede hizmet sunmak zorundadır.

Bir kamu hizmetinin gereği gibi işleyip işlemediğini tespit etmek için her zaman ve her kamu hizmetine uygulanabilecek belirli ve kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin gereği gibi işleyip işlemediğini tespit etmek, her somut olayı kendi şartları içinde zamana, mekâna, idarenin imkânlarına ve tarafların ve üçüncü kişilerin davranış ve olaya katkıları göz önünde

10 “Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir”, Dan. 10. D., T. 27.02.2007, E. 2004/13990, K. 2007/739, (Danıştay Dergisi, Sayı 116, 2007, s.305).

11 “... Ancak idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir”, Dan. 8. D., T. 15.04.2004, E. 2004/672, K. 2004/1829, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

12 Dan. 6.D., T. 23.05.2008, E. 2006/4923, K. 2008/3340; Dan. 2. D., T. 13.07.2007, E. 2007/1297, K. 2007/3247; Dan. 8. D., T. 15.04.2004, E. 2004/672, K. 2004/1829 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

bulundurularak yapılacak bir değerlendirme sonucunda mümkün olabilecektir (Günday, 1996:241; Ödemir, 1963:51). Bununla birlikte doktrinde idarenin,

- Konuyla ilgili mevzuata, yerleşmiş içtihat ve uygulamalara uymaması,
- Meslek ilke ve kurallarına ve hizmet gereklerine uymaması,
- Gerekli teşkilatı tam olarak kurmamış olması,
- Yeterli sayıda ve kalitede personeli istihdam etmemiş olması,
- Personelin gerekli eğitime sahip olmaması,
- Gerekli denetimlerin yeterince yapılmamış olması,
- Hizmeti yürüten personelin, gerekli özen ve dikkati göstermemesinin, hizmetin kötü işlediğine karine oluşturduğu kabul edilmektedir (Atay, 2006:581; Kılınç, 2009:11).

Kısacası, somut olayda kamu hizmetini yürüten idare, imkânları dâhilinde elinden gelen çabayı ve dikkat ve özeni gösterseydi söz konusu zarar yine de meydana gelir miydi – gelmez miydi? Bu sorunun cevabına göre, idarenin yürüttüğü hizmetin kötü işleyip işlemediği tespit edilecektir.

Danıştay da verdiği kararlarda, her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmeye tabi tutarak, hizmetin kötü işleyip işlemediğine karar vermektedir. Danıştay verdiği kararlarda, "hastaya ait grafiklerin muhafaza edilmemesini ve hastanın dosyasının kaybedilmesini"¹³, " hastanede yapılan ve sonucu pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, ikinci bir testle doğrulanmadan hastaya açıklanmasını"¹⁴, "tedviren görevlendirmenin üç yıl sürmüş olmasını", "memurun sicilinin tedviren görevlendirilmiş ve gerçekte göreve atanma şartlarını taşımayan amir tarafından doldurulmuş olmasını"¹⁵, "kamu görevlisinin

13 " ... Davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafiklerin gerektiği şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetlerinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği ...", Dan. 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

14 Dosyanın incelenmesinden, davacıların yakını olan şahsın, 7.1.2004 tarihinde ... Devlet hastanesi laboratuvarlarında çalışan ve arkadaşı olan laboratuvar teknisyenine yaptırdığı HIV testi sonucunun pozitif (+) çıktığının laboratuvar teknisyeni tarafından davacılar yakınına söylendiği; sonucu öğrenen davacılar yakınının 9.1.2004 tarihinde intihar etmek suretiyle yaşamını kaybettiği, ... davacı yakınının ölmeden önce yakınlarına ölümcül bir hastalığa yakalandığını ve bu yüzden intihar edeceğini içeren bir mektup bırakmıştır. Daha sonra Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde ve Ankara Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan testlerin sonucu negatif (-) çıkmıştır. Mevzuata göre testin sonucunun pozitif çıkması halinde test sonucunun hasta ve yakınları da dahil hiç kimseye söylenmeden hastanın doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan sonucun hastaya açıklanması nedeni ve etkisiyle davacı yakınının yaşamına son vermesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunmaktadır, Dan. 10. D., T. 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

15 "Olayda, davacı lehine İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce atamasının iptali yolunda verilen kararın davalı idarece ısrarla uygulanmamak suretiyle ağır hizmet kusuru işlenmiş olması, bu hizmet kusurunun devamında, anılan Mahkeme kararı ile davacı açısından çalışma koşullarının elverişsiz

görev sırasında ve hizmet araçlarını kullanarak suç işlemiş olmasını"¹⁶, "yol çalışması sırasında gerekli uyarıcı işaret ve levhaların konulmamasını"¹⁷, "tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin hastaya bildirilmemesi ve riskin azaltılması için ilaç dozunu ayarlama gereği özenin gösterilmemesini"¹⁸, "gerekli tedbirlerin alınmamış olması ve personelin psikolojik ve fizyolojik takibinin yapılmamış olmasını"¹⁹, "savunma yapmak

olduğu bu şekilde verim alınmasının beklenemeyeceği belirtildiği halde, 2002 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesi, davacının görev yaptığı bu birimin müdürlüğüne vekil olarak dahi atanma koşullarını taşımayan kişinin tedviren görevlendirilmiş olması ve uygulamada çok zorunlu hallerde, olabildiğince kısa bir süre için başvuru bu yöntemin davacının 2000 ve 2003 yılı sicil dönemlerini de kapsayacak şekilde üç yıldan fazla bir süre boyunca sürdürülmüş olması, bu dönem boyunca davacı hakkında memuriyet görevinden ayrılmış sayılma işlemi de dahil olmak üzere oldukça ağır işlemlerin tesis edilmesi karşısında, iki yıl üst üste aynı şekilde olumsuz sicil alınması ve bir başka sicil amiri emrinde denendiği yılda da durumun değişmemesi halinde memuriyet görevinin sona erdirileceği yönünde 657 sayılı Yasada yer alan hüküm ile 2000 ve 2003 yılı sicillerinin de olumsuz düzenlendiği dikkate alındığında, yetersiz amir tarafından uygulanan bu işlemler nedeniyle davacının hak etmediği ağır bir muameleyle tabi tutulduğu, İdarelerce hizmetin en ehil kişiler eliyle yürütülmesi gerekir iken geçici ve zorunlu bir uygulama olan yasayla tanınmamış tedviren görevlendirme yöntemi üç yıldan fazla bir süre boyunca davalı idarece sürdürülerek hizmetin kötü işlemesine yol açıldığı, sürenin uzunluğu ve bu sicil amirince tesis edilen çoğu işlemin İdare Mahkemelerine iptal edildiği göz önüne alındığında ağır hizmet kusurunun oluştuğu sonucuna varılmaktadır", Dan. 2. D., T. 13.07.2007, E. 2007/1297, K. 2007/3247; (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

16 "...Öte yandan bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindedir. Olayda, Giresun Orman Bölge Müdürlüğünde avukat olan davacının, Muğla Orman Bölge Müdürlüğüne atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Ordu İdare Mahkemesinin E:1998/617 sayılı dosyasında, davalı idarece verilen savunma dilekçesi ve eklerinde kullanılan ifadelerle davacıya hakaret edildiği iddiasıyla 10.000.000.000.-TL. manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir. Bu durumda idarede görevli kişi ya da kişilerin kusurlu hareketinden ileri geldiği ve bu durumun savunma dilekçesinin mahkemeye sunulması görevinin ifası sırasında gerçekleştiği iddiası karşısında, yukarıda yer alan Anayasa ve Yasa hükümleri ile İdare Hukuku ilkeleri gereği idarenin hizmet kusuru nedeniyle var olan sorumluluğundan hareketle uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır", Dan. 2. D., T. 09.05.2005, E. 2004/1813, K. 2005/1642 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

17 "İdare Mahkemesince dosya üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonrasında düzenlenen raporda, davacının 2918 sayılı Yasa ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ilgili hükümlerini dikkate almayarak dikkatsiz, tedbirsiz ve kural dışı davranış nedeniyle davacının kazanın meydana gelişinde %100 (yüzdeyüz) kusurlu bulunduğu tespit edildiğinden, bilirkişi raporunun karara dayanak alınacak nitelikte görülerek davanın reddine karar verilmiş ise de, yukarıda bahsi geçen üç ayrı raporda da belirtildiği üzere davalı idarenin herhangi bir yatay ve dikey işaretleme yapmadığı, uyarıcı levha koymadığı ve uçuşunun bulunduğu yere bariyer yaptırmadığı tartışmasızdır. Bu halyle, gerekli işaretleme ve bariyeri yaptırmayan davalı idarenin kamu hizmetini eksik yapması nedeniyle hizmet kusuru işlediği açıktır", Dan. 8. D., T. 15.04.2004, E. 2004/672, K. 2004/1829 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

18 "Davacının kulak zararının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin kendisine bildirilmemesi ve böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gereği özenin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunun oluştuğu hk.", Dan. DDGK, T. 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

19 "Davacılar murisinin görev sırasında başka bir polis memuru tarafından silahla vurulmak suretiyle öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda; İdare Mahkeme-

için yasal sürenin tanınmadan memura ceza verilmesinin²⁰ hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir.

4.2. Hizmetin Geç İşlemesi

İdarenin yürüttüğü kamu hizmetlerini tam olarak ve hukuka uygun olarak yürütmesi yeterli olmayıp; idarenin aynı zamanda yürüttüğü hizmetleri, zamanında ve gerekli hızda yapması zorunludur (Atay, 2006:582; Karavelioğlu, 2009:2005; Kılınc, 2009:12). Bu, yürütülen hizmetten beklenen maksimum verimin sağlanması için gereklidir. İşte idarenin yürüttüğü hizmeti, mevzuatın gerektirdiği sürede veya hizmetin gereklerine uygun sürede başlamaması veya bitirmemesi hizmetin geç işlemesini oluşturmakta ve bu durum idarenin hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir²¹. Gerçekten de hizmetin yapılması ne kadar önemliyse, hizmetin zamanında başlaması ve zamanında bitirilmesi de bir o kadar önemlidir. Özellikle ülkemizde, son yıllara kadar vatandaşların en çok şikâyet ettiği konuların başında bürokrasinin çok yavaş işlemesi konusu gelmekteydi. Bilgi ve belge akışının hızlandığı, iletişimin kolaylaştığı günümüzde, uzun zaman alan bazı haberleşmelerin daha kısa sürede çözümlenebilir hale geldiği şüphesizdir. İdareler tarafından, bu kolaylığı hayata taşıyan teknoloji imkânlarından faydalanmak suretiyle, işlemlerin hızlandırılmasını sağlayacak çalışmalar yapılması bir zorunluluktur²².

since devriye görevi sırasında davacılar murisinin, olay öncesinde de psikolojik problemleri olduğu açık olan başka bir polis memurunun arkadan ateş açması suretiyle öldürüldüğü, kamu hizmetinin işlemesini sağlayacak idarenin hizmetin yürütülmesi için seçtiği personelin fizyolojik ve psikolojik takibini yaparak gerekli tedbirleri almakla ya da uygun personeli seçmekle yükümlü olduğu, hizmetin gereği gibi yürütülmemesinin hizmet kusurunu oluşturduğu ve idarenin meydana gelen zararı tazminle sorumlu olduğu, maddi tazminat isteminin yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu saptanan miktar üzerinden kabulü gerektiği ayrıca duyulan acı, elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek ve zenginleşmeye sebebiyet vermeyecek şekilde bir manevi tazminatın da ödenmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kabulü hukuka uygun olup kararın onanması gerekir", Dan. 10. D., T. 06.02.2003, E. 2001/5251, K. 2003/494, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

20 Anayasanın ve TCDD Personel Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri uyarınca, soruşturmayı yapan veya ilgili disiplin kurulunca davacının üzerine atılı fiiller belirtilmek ve 7 günden az olmamak üzere süre verilerek savunması alınmak suretiyle disiplin cezası verilmesi gerekirken, davacının soruşturmacı tarafından alınan ifadesi yeterli görülerek verilen cezada hukuka uyurluk bulunmamaktadır. Bu nedenle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 8.9.2006 günlü, E:2005/520, K:2006/1408 sayılı kararı ile; makinist yardımcısı olarak görev yapan davacıya, makinistlerin görevleri arasında sayılan bir görevi yerine getirmede gerekli olan cezada hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline, işlem nedeniyle aylığından yapılan kesintinin de dava açma tarihi olan 1.4.2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine ilişkin kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır, Dan. 12. D., T. 06.03. 2009, E. 2007/1419, K. 2009/1123, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009).

21 "Kamu idarelerinin, görmekte yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, yasalara, hukuka uygun hareket ederek ve yürütülen hizmetin özelliğine göre, makul sayılabilecek süre içinde yapmaları gerekir. Yürütmekle görevli olduğu hizmeti makul sayılabilecek süre içinde yapmayarak geciktiren idarenin hizmeti kusurlu işlediğinin kabulü zorunlu olup; hizmetin geç yürütülmesi sonucu kişilerin uğradığı zararın, hizmet kusuru olan idarece tazmini gerektiği açık bulunmaktadır", Dan. 10. D., T. 01.05.1984, E. 1984/1041, K. 1984/910, Karavelioğlu, 2009:206'dan.

22 Dan. 10. D., T. 20.11.2007, E. 2005/7545, K. 2007/5333, (Danıştay Dergisi, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s.322 vd.).

Sonuç olarak idare yürüttüğü hizmetleri, varsa mevzuatta belirtilen süre de, mevzuatta belirli bir süre yoksa hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkânlar ve günün şartlarının verdiği elverişlilik ölçüsünde makul bir sürede başlamak ve bitirmek zorundadır. Bu nedenle, hizmetin geç işleyip işlemediği her somut olayın kendi şartları ve özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir (Atay, 2006:582).

Danıştay da verdiği kararlarda idarenin, "sınavı kazanan ve stajını tamamlayan kişiyi geç atamasını"²³, "inşaatı zamanında bitirmemesini"²⁴, "bakanlar kurulunun kararnameyi geç çıkarmasını"²⁵, "hastaya geç müdahale edilmesini"²⁶, "idari işlemleri ve yazışmaları makul süreyi aşacak şekilde geç yapmasını"²⁷ hizmetin geç işlemesi olarak değerlendirilmektedir.

23 "Bu durumda, davacının göreve iade edilmesi istemiyle 7.6.1991 tarihinde yaptığı başvuru üzerine, davacının açıktan atama niteliğindeki başvurusu davalı idarece değerlendirilerek memuriyet engel bir halinin saptanmaması halinde göreve iade edilmesi gerekirken, adı geçenin başvurusundan 6 ayı aşan bir süre geçtikten sonra 13.1.1992 tarihinde göreve başlatılması sebebiyle doğan maddi zararlarının göreve iade edilmesi isteğiyle yaptığı başvuru tarihinden itibaren yasal faiziyle tazmin edilmesi ve özlük haklarının tanınması hususu yukarıda işaret edilen Anayasanın 125. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğundan, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı görülmüştür", Dan. 12. D., T. 13.09.1995, E. 1995/892, K. 1995/1750, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009); "Olayda, 26.10.1998 tarihinden itibaren davalı idarede müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davacının, 3 yıllık müfettiş yardımcılığı sonunda 12.12.2001 tarihinde yeterlik sınavı yapıldığı ve başarılı olduğu, mevcut boş müfettişlik kadrosu bulunmaması nedeniyle atamasının yapılmadığı, atamasının 8.1.2003 tarihinde yapıldığı, 24.1.2003 tarihinde geç atanma nedeni ile parasal ve özlük haklarının verilmesini istediği dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, kadrosuz memur çalıştırılmayacağına ilişkin 33. maddesi hükmü ile yukarıda metinlerine yer verilen 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. ve 9. maddeleri hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden üç yıl önce belli sayıda müfettiş yardımcısını göreve başlatan idarenin, bunların yeterlik sınavlarının ne zaman yapılacağını ve idarenin hangi derecede kaç kadroya gereksinimi olduğunu bildiği halde kadro değişikliği çalışmalarını 190 sayılı K.H.K. nin 7. maddesinde belirtilen sürede yapmaması nedeniyle hizmet kusuru işlediği açıktır. Bu kusurlu davranış nedeniyle, 2001 yılı Aralık ayında müfettişliğe atanmaya hak kazanan davacının atamasının gecikmesi nedeniyle müfettişliğe atanmayı hak ettiği tarih ile atamasının yapıldığı tarih arasındaki, iki görev arasında oluşan parasal hak farklarının davacının talebiyle sınırlı olmak kaydıyla tazmin edilmesi gerektiği tabiidir", Dan. 2. D., T. 14.12.2004, E. 2004/4318, K. 2004/1544, (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009)

24 "Dolu savak boşaltma kanalı inşaatını zamanında tamamlamayarak, şiddetli yağmurlar sonucu barajın taşmasına neden olan idarenin, bu nedenle meydana gelen su basması olayında hizmet kusurunun bulunduğu hk", Dan. 10. D., T. 07.03.1985, E. 1982/3348, K. 1985/477, Candan, 2005:174'ten.

25 "Yönetmelikle ön görülen süre içinde gümrük vergisi oranının indirilmesiyle ilgili kararnemenin geç çıkarılması nedeniyle yükümlü zarara sokulamayacağından, geç çıkartılan kararname sebebiyle fazla ödenen gümrük vergisi farkının davacıya tazminin iadesi gerekir", Dan. DDK., T. 10.05.1967, E. 1967/2, K. 1967/373, Karavelioğlu, 2009:207'den.

26 "Hastanın uzun süre bekletilmesi ve hastanede her türlü tıbbi imkan, doktor ve serum bulunduğu halde zamanında kendisine müdahale edilmemesi sonucu vukua gelen ölüm olayında idare hizmet kusuru işlemiş olup, sorumluluğu gerekir", Dan. 12. D., T. 18.11.1968, E. 1967/2767, K. 1968/2118, Karavelioğlu, 2009:208'den.

27 "Davalı idarece, gerekli yazışmaların zamanında ve en kısa sürede neticelenecek şekilde yapılmayarak, 8 ay gibi bir süre sonunda davacının isteminin yerine getirilmesinde, görevli personelin ve dolayısıyla da idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır", Dan. 10. D., T. 20.11.2007, E. 2005/7545, K. 2007/5333, (Danıştay Dergisi, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s.322 vd.)

4.3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Nasıl idarenin, yürütmekte olduğu kamu hizmetini kötü yürütmesi hizmet kusuru oluşturmakta ve bundan doğan zararlardan idare sorumlu tutulmamaktaysa; idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini hiç yürütmemesi (idarenin eylemsizliği) de idarenin hizmet kusurunu oluşturmakta ve bundan kaynaklanan zararlardan idare sorumlu tutulmaktadır (Özdemir, 1963:58; Kılınç, 2009:11; Atay, 2006:583). Diğer bir deyişle idarenin, kanunla kendinse görev olarak verilen kamu hizmetini hiç yerine getirmeyerek hareketsiz kalması da idarenin sorumluluğunu doğuracak nitelikte bir hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.

İdarenin belirli kamu hizmetlerini yerine getirmesi idare için bir zorunluluk olarak mevzuatta düzenlenmiş ise, idarenin söz konusu hizmeti topluma hiç sunmaması mutlak anlamda hizmet kururu oluşturacaktır. Diğer bir deyişle idarenin, kamu hizmetini sunma konusunda bağlı yetkiyle bağlı olduğu durumda, idare söz konusu hizmeti kamu yararı, hizmetin gerekleri ve olağan uygulama şekillerine uygun olarak elindeki imkanlar dahilinde yerine getirmek zorundadır (Atay, 2006:583). İdarenin bağlı yetkiyle bağlı olduğu konularda hizmetin hiç işlememesinin hizmet kusuru oluşturacağı ve bundan kaynaklanan zararlardan idarenin sorumlu tutulacağı gerek doktrinde (Karavelioğlu, 2009:208; Günday, 1996:242) gerekse yargı kararlarında²⁸ tartışmasız kabul edilen bir durumdur.

Ancak idare, idare hukukunda idareye tanınan geniş takdir yetkisinin sonucu olarak kamu hizmetlerini sunma konusunda her zaman bağlı yetkiyle bağlı olmayabilir. Diğer bir ifadeyle belirli hizmetlerin görülmesi konusunda idareye takdir yetkisi verilmiş olabilir. İdareye takdir yetkisi verilmesi, kamu hizmetinin yapısından kaynaklanan bir zorunluluk ise de; bu yetki, mutlak, keyfi ve denetim dışı bir yetki olmayıp; yasal sınırlar, idarenin imkânları, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır (Gözübüyük, 2000:277-278; Karavelioğlu, 2009:208). Takdir yetkisinin, kamu yararının ve hizmet gereklerinin sübjektif kavramlar olması, idarenin takdir yetkisini kullanarak hizmet sunmadığı durumlarda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitini güçleştirmektedir. Bu nedenle idarenin, kamu hizmetini yürütmek konusunda bağlı yetkiyle bağlı olmadığı, hizmeti sunmak ya da sunmamak konusunda takdir yetkinse sahip olduğu durumlarda hizmetin hiç işlememesinin hizmet kusur oluşturup oluşturmayacağı konusunda kesin bir ölçüt ve görüş bulunmamaktadır (Karavelioğlu, 2009:208). Ancak idari yargı, idarenin takdir

²⁸ "Öğrenci olan davacının, girmiş olduğu dersin notunun sehven fişlere işlenmemesi nedeniyle bir yıl geç mezun olmasından dolayı uğradığı maddi ve manevi zararın tazmininde, uygulanacak faizin, ...dava tarihinden itibaren uygulanması gerekir", Dan. İDDK., T. 14.04.2005, E. 2004/2413, K. 2005/249; Karavelioğlu, 2009:208'den.

yetkisini kullandığı durumlarda bu yetkiyi hukuka, hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun kullanıp kullanmadığını denetlemekle görevlidir. Bu denetim sonucunda, idarenin sahip olduğu takdir yetkisini hukuka, hizmet gereklerine veya kamu yararına aykırı kullanarak hizmetin hiç işlemediğinin tespit edilmesi durumunda, hizmet kusurunun varlığına karar verilecek ve bundan kaynaklanan zararlardan idare sorumlu tutulacaktır (Günday, 1996:243; Özdemir, 1963:61-62; Kılınç, 2009:12).

Danıştay kararlarında da idarenin, "yargı kararlarının idarece yerine getirilmemesi"²⁹, "yapılması gereken bir işlemin yapılmaması"³⁰, "tarihi surların bakım ve onarımının yapılmaması, kaçak ve hukuka aykırı yapılaşmaya göz yumulması"³¹, "idarenin araçlarının ve makinalarının mutlak bakım ve onarımının yapılmaması"³², "zorunlu mali sorumluluk sigortası olmayan aracın yurda girişine göz yumulması"³³, "idarenin, hizmet gereği olan araç ve

29 "Hakkında verilen gıyabi tutukluluk kararının mahkemece kaldırılmasına rağmen, davacının şikayetçi olarak gittiği karakolda, kaldırılmış olan gıyabi tutuklama kararı uygulanıp gözaltına alınmasında, temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen bir konuda gerekli koordinasyonu sağlamayan, gıyabi tutukluluk kararının kaldırıldığını kayıtlarına işleyemeyen ve davacının gözaltına alınmasına neden olan idarelerin ağır hizmet kusuru bulunduğu, bu nedenle idarelerce davacının maddi ve manevi zararlarının tazmini gerektiği", Dan. 10. D., T. 18.06.2008, E. 2006/6131, K. 2008/4559 (www.kazanci.com, erişim: 31.12.2009); İdarenin, mahkeme kararını yerine getirmeksizin usulsüz olağanüstü genel kurul toplantısına göz yummak ve bu genel kurul kararı gerekçe gösterilerek yargı kararının uygulanmasının imkansız olduğu gerekçesiyle yargı kararını uygulamamak suretiyle ağır hizmet kusuru işledikleri ve bu nedenle davacının manevi zararının doğduğunun kabulü ile bu zararın tazmini gerektiği açıklar", Dan. 10. D., T. 27.02.2007, E. 2004/13990, K. 2007/739, (Danıştay Dergisi, Sayı 116, 2007, s.304-305).

30 "Öğrenci olan davacının, girmiş olduğu dersin notunun sehven işlenmemesi nedeniyle bir yıl geç mezun olmasından dolayı uğradığı maddi ve manevi zararın tazmininde, uygulanacak faizin, ...dava tarihinden itibaren uygulanması gerekir", Dan. İDDK., T. 14.04.2005, E. 2004/2413, K. 2005/249, Karavelioğlu, 2009:208'den.

31 "Tarihi sur duvarlarının yıkılması sonucu davacıların murisinin ölümünden surların bakım ve onarımından sorumlu olan Kültür ve Turizm Bakanlığı ile, 50 metrelik koruma şeridinde işyeri açma ruhsatı veren ve sur çevresindeki yapılaşmayı önlemeyen belediyeler, hizmet kusuru kuramınca sorumludur", Dan. 6. D., T. 23.02.2004, E. 2002/4271, K. 2004/995 (Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 2004, Sayı 5, s. 190); "Deprem kuşağında yer alan bir bölgede, deprem tehlikesi göz önünde bulundurularak, bu alanlarda yapılaşmaya ilişkin tedbirlerin alınması, uygulanması ve denetlenmesi şeklindeki idari faaliyetlerde ortaya çıkan eksikliklerin, idarenin olumsuz eylemi niteliğinde olması nedeniyle, bu olumsuz eylem ile deprem sonucu oluşan zarar arasında illiyet bağıını kesen bir mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği hk.", Dan. 10. D., T. 29.06.2007, E. 2005/1353, K. 2007/6248 (Danıştay Dergisi, Yıl 38, Sayı 117, 2008, s.326 vd.).

32 "İdarenin, hizmete tahsisli termisyonun bakım ve kontrolünü yaptırmaması gerekir. Bakım ve kontrolün yapılmaması bir hizmet kusurudur. Bu nedenle, meydana gelen patlama sonucu meydana gelen ölüm olayında idarenin sorumluluğu vardır", Dan. 10. D., T. 10.10.1995, E. 1994/2230, K. 1998/527, Karavelioğlu, 2009:209'den.

33 "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesine göre, sınır girişinde zorunlu mali sorumluluk sigortasının yapılması gerekir. Gümrük girişinde, yasa ile öngörülen kontrolü yapmak ve araç için zorunlu sigorta tesis edilmesine yönelik tedbirleri almak gümrük İdaresinin görevidir. Bu görevleri yerine getirmeyen Gümrük İdaresi hizmet kusuru işlemiştir", Dan. 8. D., T. 20.02.1998, E. 1996/3, K. 1998/527 Karavelioğlu, 2009:209'den.

personeli sağlamaması"³⁴, "gerekli güvenlik önlemlerinin alınmamış olması", "gerekli denetimi yapmamış olması" gibi eylemsizliklerini hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir.

İdarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bir tazmin sorumluluğundan bahsedebilmek için, idarenin hizmet kusurunun bulunması, hizmet kusuru sonucu bir zararın doğmuş olması ve hizmet kusuruyla zarar arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Hizmet kusurunun ağır veya hafifi olmasının bir önemi yoktur. Bu nedenle, mevzuatta olmamakla birlikte Danıştay'ın içtihatlarıyla bazı hizmet alanları için kusurun ağır olması gerektiğinin ileri sürülmesi hukuka açıkça aykırıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmiş olan ve genel, anonim, asli, bağımsız ve esnek olan hizmet kusuru, idarenin ve personelinin hukuka aykırı ve görevle bir şekilde bağlantılı olan her türlü işlem ve eyleminden doğan zarardan idarenin sorumluluğunu öngören idare hukukuna özgü bir kavramdır. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin hiç işlememsi, kötü işlemesi veya geç işlemesi sonucu ortaya çıkan ve bundan doğan zararları idarenin tazminini gerektiren bir sorumluluk türüdür. Hizmet kusuru, idarenin yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan eylemlerinden doğabileceği gibi, idarenin işlemlerinden de doğabilir.

İdarenin personelinin görevle ilgili, görev sırasında, görevin verdiği yetki ve/veya nüfuzu kullanarak veya idarenin araçlarını kullanarak sebebiyet verdiği hukuka aykırı ve hatta suç oluşturan işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararlar da hizmet kusuru içerisinde değerlendirilecek ve idarenin sorumluluğunu gerektirecektir. Bu haliyle hizmet kusuru – şahsi kusur ayrımında, hizmet kusurunun alanı gittikçe genişlemekte, şahsi kusurun alanı ise gittikçe daralmaktadır.

Danıştay'ın risk taşıyan kamu hizmetlerinden yararlananların, idarenin işlem ve/veya eylemlerinden kaynaklanan zararlarının idarece tazmin edilebilmesini hizmet kusurunun ağır olması şartına bağlaması hukuka ve hakkaniyete aykırı bir uygulamadır. Çünkü bu uygulamanın ne anayasada ne de diğer mevzuatta mesnedi bulunmamaktadır. Gerek Anayasa'da gerekse de 657 sayılı kanunda

34 "Gümrük kapısının açılmaması nedeniyle bekletilen sebzelerin çürümesi sonucu uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada; davalı idare yapılmasından sorumlu olduğu bir kamu görevini yerine getirirken, hizmet gereği olan araç ve personeli sağlamak zorunda olduğuna, olayda ise, sınır kapısına Bakanlıkça yetkili bir memur atamamış bulunması nedeniyle davacı kamyonların sebepsiz olarak bekletildiği ve bu yüzden ihracat malı sebzelerin çürüdüğü anlaşıldığına göre, davalının uğradığı zarar karşılığı olan mal ve taşıma bedelinin hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini gerekir", Dan. 12. D., T. 11.10.1973, E. 1972/296, K. 1973/2427, Karavelioğlu, 2009:211'den.

idarenin hizmet kusurunun varlığı için hizmetin kusurlu olması ve hizmet kusuru ile zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği günümüzde, idarenin hizmet kusurunun ağır olmasının aranması hukuk mantığıyla da uyusmamaktadır. Hizmet kusurunun ağır veya hafif olması idarenin sorumluluğunun bir ölçütü değil; sadece ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak bir ölçüttür. Tehlikeli kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan ve hizmetten yararlanmayanların her türlü kamu hizmetinden kaynaklanan zararlarından idarenin kusursuz sorumluluğu aranmalıdır. İdarenin, tehlikeli olmayan kamu hizmetlerinden yararlananların hizmet kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumluluğu ise, hangi derecede olursa olsun (ağır-hafif) hizmet kusurunun varlığına bağlı olacaktır. Bunun için hizmet kusurunun varlığı yeterli olmalıdır. Bu nedenlerle Danıştay'ın içtihatlarını gözden geçirerek, bu konuda acilen yeni içtihatlar geliştirmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Atay, E. E. (2006). İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Candan, T. (2005). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005.

Gözler, K. (2007). İdare Hukuku Dersleri, 5. B., Ekin Yayınları, 2007.

Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2006). İdare Hukuku, C. II, Turhan Kitabevi, 2. B., Ankara, 2006.

Gözübüyük, A. Ş. (2000). Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 14. B., Ankara, 2000.

Günday, M. (1996). İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yeni Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996.

Gürsoy, K. T. (1980). "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülte Matbaası, 1980.

Karataş, T. (2006). İdare Hukukunda, İdarenin Hizmet Kusuru Dolayısıyla Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2006.

Karavelioğlu, C. ve Karavelioğlu, E. C. (2009). (Açıklamalı ve Son İchtihatlarla) İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. B., Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2009.

Kılınc, A. (2009). "İdarenin Sorumluluğu", (<http://www.turkhukuksitesi.com/makale/120.htm>, Erişim, 12.12.2009).

Özdemir, N. (1963). Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963.

Sarıca, R. (1949). "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İHFİM, C. XV, Sayı 4, 1949.

Yayla, Y. (2009). İdare Hukuku, Beta Yayınları, 1. B., İstanbul, 2009.

Yıldırım, T. (2008). İdari Yargı, Beta Yayınları, 1. B., Ankara 2008.

Yılmaz, E. (2002). Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 7. B., Ankara, 2002.

Danıştay Dergisi, S. 116, Yıl 2007.

Danıştay Dergisi, S. 118, Yıl 2008.

Danıştay Kararlar Dergisi, S.5, Yıl 2004.

www.kazanci.com (mevzuat ve içtihat programı)