

8733

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKUNDA
İDARENİN KUSURA DAYALI SORUMLULUĞU

MASTER TEZİ

Ömer ANAYURT

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Zehra ALTINBAŞ

Ankara - 1989

Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

İÇİNDEKİLER

| | Sayfa |
|---------------|-------|
| İçindekiler | II |
| Kisaltmalar | VI |
| Bibliyografya | VIII |
| Giriş | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SORUMLULUKLA İLGİLİ GENEL ESASLAR

| | |
|--|----|
| I. GENEL OLARAK DEVLETİN SORUMLULUĞU | 5 |
| A. Devletin Yasama Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu | 6 |
| B. Devletin Yargı Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu | 8 |
| C. Devletin Yürütme Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu | 9 |
| II. DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ | 11 |
| A. Genel Olarak | 11 |
| B. Türk Hukukunda Devletin Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi | 16 |
| 1. Tanzimata Kadar Olan Dönemde | 16 |
| 2. Tanzimat Dönemi ve Devletin Sorumluluğuna Doğru İlk Teşebbüsler | 17 |
| 3. Meşrutiyet Dönemi ve İdarî Yargıya Giden Yolun Kapatılması | 19 |
| 4. Cumhuriyet Dönemi: Çağdaş Anlamda Sorumluluğa Doğru | 20 |
| a) 1924 Anayasası dönemi | 21 |
| b) 1961 Anayasası ve sorumluluğun anayasal bir kural halini alışı | 22 |
| c) 1982 Anayasası ve bugünkü durum | 25 |
| III. MUKAYESELİ HUKUKTA İDARENİN SORUMLULUĞU | 26 |
| A. Alman Hukukunda | 26 |
| B. İngiliz Hukukunda | 28 |
| C. Avrupa Topluluğu Hukukunda | 29 |
| IV. İDARİ SORUMLULUK ESASLARI | 31 |
| A. Kusura Dayalı Sorumluluk | 31 |

| | |
|--|----|
| B. Kusursuz Sorumluluk | 33 |
| 1. Ortaya Çıkışı ve Doğuran Sebepler | 33 |
| a) Sınai ve teknik ilerlemeler | 34 |
| b) Kusuru ispatın bazı güçlükler arzemesi | 34 |
| c) Dinsel görüşlerde meydana gelen köklü değişmeler | 35 |
| 2. Kusursuz Sorumluluk İlkelerine Yüzeysel Bir Bakış | 37 |
| a) Tehlikelilik ilkesi | 37 |
| b) Hakkaniyet-nesafet ilkesi | 38 |
| c) Sosyal tehlike ilkesi | 38 |

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN KUSURA DAYALI SORUMLULUĞU

| | |
|--|----|
| I. SORUMLULUĞUN TEMELİ VE POZİTİF KAYNAKLARI | 40 |
| A. Sorumluluğun Temeli | 40 |
| B. Sorumluluğun Pozitif Kaynakları | 43 |
| II. SORUMLULUĞU GEREKTİREN KUSUR: HİZMET KUSURU | 45 |
| A. Hizmet Kusurunun Tanımı | 45 |
| B. Hizmet Kusurunun Özellikleri | 48 |
| 1. Bağımsız Oluşu | 48 |
| 2. Asli Bir Sorumluluk Oluşu | 50 |
| 3. Anonim Oluşu | 51 |
| 4. Genel Oluşu | 53 |
| 5. Olaylara Göre Değişkenlik Göstermesi | 54 |
| III. HİZMET KUSURU TEŞKİL EDEN HALLER | 55 |
| A. Genel Olarak | 55 |
| B. İdarî Eylemlere İlişkin Hizmet Kusuru | 56 |
| 1. Hizmetin Kötü İşlenmesi | 57 |
| 2. Hizmetin Geç İşlenmesi | 58 |
| 3. Hizmetin Hiç İşlenmemesi | 60 |
| C. İdarî İşlemlere İlişkin Hizmet Kusuru | 63 |
| 1. İdarî İşlemin İttihazından Doğan Hizmet Kusuru | 63 |
| 2. İdarî İşlemin Uygulanmasından Doğan Hizmet Kusuru | 66 |
| a) Genel olarak hukuka aykırı işlemlerin uygulanmasından doğan hizmet kusuru | 66 |

| | |
|--|----|
| b) İptali kabil işlemlerin uygulanmasından doğan hizmet kusuru | 68 |
| c) Yoklukla malül işlemlerin uygulanmasından doğan hizmet kusuru | 69 |
| 3. Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Hizmet Kusuru | 71 |
| IV. HİZMET KUSURUNUN DERECESESİ VE BUNUN TESBİTİNDE GÖZÖNÜNE ALINMASI GEREKEN DURUMLAR | |
| A. Kusurun Derecesi | 74 |
| B. Kusurun Derecesini Tesbit Bakımından Gözönüne Alınması Gereken Durumlar | 77 |
| 1. Hizmetin İcrasında İdarenin Karşılaştığı Güçlükler | 77 |
| 2. Hizmetin Sosyal Önemi | 77 |
| 3. Zarara Uğrayanın Durumu | 77 |
| 4. Zararın İhtimal Derecesi | 77 |
| 5. İdarenin Sahip Olduğu İmkân ve Araçlar | 78 |
| 6. Hizmetin İcra Zamanı ve Yeri | 79 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET KUSURU İLE KAMU PERSONELİNİN KUSURLU FİİL VE DAVRANIŞLARINDAN DOĞAN SORUMLULUK İLİŞKİSİ

| | |
|---|----|
| I. GENEL OLARAK KAMU PERSONELİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU | 80 |
| II. KAMU PERSONELİNİN KUSURLU FİİL VE DAVRANIŞLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKUMUZDAKİ YERİ | |
| A. 1965'ten Önceki Dönemde Kamu Personelinin Sorumluluğu | 81 |
| B. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Yürürlüğe Girişinden 1982 Anayasasının Kabulüne Kadar Olan Dönemde Kamu Personelinin Sorumluluğu | 83 |
| 1. Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesinin Niteliği | 83 |
| 2. Doktrinin 13. Maddeye Bakışı | 85 |
| 3. Uygulamada Durum | 87 |
| a) Uyuşmazlık Mahkemesi'nin tutumu | 87 |
| b) Yargıtay'ın tutumu | 87 |
| c) Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı | 87 |

| | |
|--|------------|
| d) Danıştay'ın tutumu | 88 |
| C. 1982 Anayasası ve Bugünkü Durum | 90 |
| III. KAMU PERSONELİNİN GÖREVSSEL KUSURLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU | 95 |
| A. Sorumluluğun Şartları | 96 |
| 1. Zarara Memur ve Diğer Kamu Görevlisinin Sebebiyet Vermiş Olması | 96 |
| 2. Zararın Kamu Hukukundan Doğan Yetkinin Kullanılmasından Ortaya Çıkış Olması | 98 |
| 3. Kusurlu Fiil ve Davranışın Hizmete-Göreve İlişkin Olması | 99 |
| B. İdarenin Kamu Personeline Rücu | 100 |
| DÖRDÜNCÜ BÖLÜM | |
| İDARENİN SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR | |
| I. KAMU PERSONELİNİN SALT KİŞİSEL KUSURLARI | 108 |
| A. Salt Kişisel Kusur Kavramı | 108 |
| B. Salt Kişisel Kusura Bağlı Sonuçlar | 109 |
| 1. Kamu Personelinin Bizzat Sorumlu Oluşu | 109 |
| 2. Salt Kişisel Kusurun Tayin ve Tesbitinde Adli Yargının Görevli Oluşu | 112 |
| C. Salt Kişisel Kusuru Belirleyici Kriterler | 113 |
| 1. Zarar Verme Kastıyla Hareket Etme Kriteri | 114 |
| 2. Ağır Kusur Kriteri | 115 |
| 3. Fiilin Suc Teşkil Etmesi Kriteri | 117 |
| 4. Hizmetten Ayrılabilir Kusur Kriteri | 119 |
| II. TAZMİNİ GEREKEN BİR ZARARIN BULUNMAMASI | 121 |
| A. Sorumluluk Şartı Olarak Zarar | 121 |
| B. Sorumluluğu Gerektiren Zararın Nitelikleri | 122 |
| III. İLLİYET BAĞININ KURULAMAMASI | 124 |
| A. Üçüncü Şahsın Kusuru | 125 |
| B. Zarara Uğrayan Kusuru | 126 |
| C. Mücbir Sebepler | 127 |
| D. Beklenmeyen Haller | 129 |
| SONUÇ | 131 |

KISALTMALAR

| | |
|------------------|---|
| Ad.Der. | : Adalet Dergisi. |
| age. | : Adı geçen eser. |
| agm. | : Adı geçen makale. |
| agt. | : Adı geçen tez. |
| ag.teb. | : Adı geçen tebliğ. |
| aks.fik. | : Aksi fikir. |
| Ank.Bar.Der. | : Ankara Barosu Dergisi. |
| Ank.Huk.Fak.Der. | : Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi. |
| Any. | : Anayasa. |
| Any.Mah. | : Anayasa Mahkemesi. |
| Amm.İd.Der. | : Amme İdaresi Dergisi. |
| ayn.fik. | : Aynı fikir. |
| B. | : Bası. |
| BK. | : Borçlar Kanunu. |
| bk. | : Bakanız. |
| C. | : Cilt. |
| CMUK. | : Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu. |
| Çev. | : Çeviren. |
| D. | : Daire. |
| Dnş. | : Danıştay. |
| Dnş.Der. | : Danıştay Dergisi. |
| DDGK. | : Dava Daireleri Genel Kurulu |
| DDK. | : Dava Daireleri Kurulu. |
| dn. | : Dipnotu. |
| DMK. | : Devlet Memurları Kanunu. |
| Drl. | : Derleyen. |
| E. | : Esas. |
| Gzt. | : Gazete. |
| HD. | : Hukuk Dairesi. |
| HUMK. | : Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu. |
| İst.Huk.Fak.Mec. | : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası. |

| | |
|-------------------------|--|
| İYUK. | : İdarî Yargılama Usulu Kanunu. |
| K. | : Karar. |
| m. | : Madde. |
| Muk.Huk.Der. | : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. |
| RG. | : Resmi Gazete. |
| S. | : Sayı. |
| sh. | : Sayfa. |
| Siy.Bil.Fak.Der. | : Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. |
| Siy.Bil.Ok.Der. | : Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi |
| T. | : Tarih. |
| TODAİE. | : Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü. |
| TTK. | : Türk Ticaret Kanunu. |
| Uys.Mah. | : Uyuşmazlık Mahkemesi. |
| vb. | : Ve benzeri. |
| vd. | : Ve devamı. |
| Y. | : Yıl. |
| Yg.HGK. | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. |
| Yg.İçt.Bir.Büy.Gen.Kur. | : Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu. |
| Yg.Kar.Der. | : Yargıtay Kararları Dergisi. |

BİBLİYOGRAFYA

GENEL ESERLER

1. Akbay, M. : Umumi Amme Hukuku, C.I, B.2, Ankara 1951.
2. Akgüner, T. : Kamu Personel Yönetimi, İstanbul 1988.
3. Aldıkacı, O. : Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, B.4, İstanbul 1982.
4. Artukmaç, S. : Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950.
5. Azrak, A.Ü. : Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İstanbul 1982.
6. Balta, T.B. : İdare Hukukuna Giriş, I, Ankara 1970.
7. Berki, A.H. : Mecelle, Ankara 1959.
8. Berkin, N. : Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
9. Demickol, A.-
Lalumière, P. (Cev: Kaboğlu, İ.): Kamu Hukuku, Ankara 1984.
10. Derbil, S. : İdare Hukuku, C.I, B.4, Ankara, 1955.
11. Derbil, S. : İdare Hukuku, C.I, B.5, Ankara 1959.
12. Duran, L. : Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974.
13. Duran, L. : İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
14. Duran, L. : Türkiye Yönetiminde Karmaşa İstanbul 1988.
15. Duran, L. : İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964.
16. Düren, A. : İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979.
17. Eren, F. : Borçlar Hukuku, Genel Hüküm-

- ler, C.II,B.2, Ankara 1988.
18. Erim, N. : Anne Hukuku Dersleri,
Ankara 1942.
19. Eroğlu, H. : İdare Hukuku, Genel Esaslar,
İdarî Teşkilat ve İdarenin
Denetlenmesi, B.5, Ankara 1985.
20. Esen, B.N. : Türk Anayasa Hukuku, B.2,
Ankara 1971.
21. Esin, Y. : Danıştay'da Açılacak Tazminat
Davaları, İkinci Kitap, Esas,
Ankara 1973.
22. Esin, Y.-Dündar, E. : Danıştay'da Açılacak Tazminat
Davaları, Birinci Kitap, Usul,
Ankara 1971.
23. Feyzioğlu, F.N. : Borçlar Hukuku, Genel Hüküm-
ler, C.I, İstanbul 1979.
24. Giritli, İ.-Akgüner, T. : İdare Hukuku Dersleri, Giriş
İstanbul 1985.
25. Giritli, İ.-Bilgen, P. : İdare Hukuku Dersleri, I,
İstanbul 1979.
26. Giritli, İ.-Bilgen, P. : İdarî Kaza Ders Notları,
İstanbul 1966.
27. Giritli, İ. : Kamu Yönetimi Teşkilatı ve
Personeli, B.7, İstanbul 1983.
28. Göreli, İ.H. : Devlet Şurası, Ankara 1953.
29. Gözübüyük, A.S. : Yönetmelik Yargısı, B.6, Ankara
1982.
30. Gözübüyük, A.S. : Türkiye'nin İdarî Yapısı,
Ankara 1971.
31. Gözübüyük, A.S. : Yönetim Hukuku, Ankara 1983.
32. Gözübüyük, A.S. : Yönetim Hukuku, B.2, Ankara
1988.
33. Kalpsuz ve Diğerleri : Türk Hususî Hukukunda Atıf
Usulleri ve Kısaltmalar,
Ankara 1964.
34. Kapani, M. : Kamu Hürriyetleri, B.5,
Ankara 1976.
35. Karatepe, S. : İdare Hukuku, İzmir 1988.
36. Köprülü, B. : Medenî Hukuk, İstanbul 1979.
37. Kubalı, H.N. : Esas Teşkilât Hukuku Dersleri

- İstanbul 1957.
38. Malkoç, İ.-Malkoç, A. : Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukukî Sorumlulukları
Ankara 1988.
39. Okandan, R.G. : Umumî Amme Hukuku,
İstanbul 1976.
40. Onar, S.S. : İdare Hukukunun Umumî Esasları, C.I, II, III, B.3.
İstanbul 1966.
41. Önen, E. : Medenî Yargılama Hukuku,
Ankara 1979.
42. Özay, İ.H. : Devlet, İdarî Rejim ve Yargısal Korunma, İstanbul 1985.
43. Özyörük, M. : İdare Hukuku Ders Notları,
(Teksir), Ankara 1977.
44. Pınar, İ. : Açıklamalı-İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu ve İlgili Mevzuat, C.I, B.4, Ankara 1987.
45. Riennow, R. : Introduction to Government,
B.3, New York 1965.
46. Sarıca, R. : İdarî Kaza, İstanbul 1942.
47. Sarıca, R. : İdarî Kaza, C.I, İdarî Davalar, İstanbul 1949.
48. Seviğ, V.R. : Kısa İdare Hukuku, Ankara 1943.
49. Seyidoğlu, H. : Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı, B.3, Ankara 1987.
50. Tanilli, S. : Devlet ve Demokrasi, B.3,
İstanbul 1982.
51. Tandoğan, H. : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku,
Ankara 1981.
52. Tekinay, S.S. ve
Diğerleri : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, B.5,
İstanbul 1985.
53. Tuncay, A.H. : İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları, Ankara
1972.
54. Tunçomağ, K. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, B.5, İstanbul 1979.

55. Üçok, C.-Mumcu, A. : Türk Hukuk Tarihi Dersleri,
B.3, Ankara 1982.
56. Üstündağ, S. : Medenî Yargılama Hukuku,
C.I, B.3, İstanbul 1984.
57. Yayla, Y. : İdare Hukuku, İstanbul 1985.
58. Yenice, K.-Esin, Y. : İdarî Yargılama Usulu,
Ankara 1983.
59. Zanobini, G.(Çev.Akgüç, A.-Erman, S.): İdare Hukuku,
C.I, Umumiyet İtibariyle
İdarî Nizam, İstanbul 1945.

MONOGRAFİLER

60. Aygen, C. : Teşriî Faaliyetinden Dolayı
Devletin Hukukî Mesuliyeti,
Ankara 1955.
61. Başgil, A.F. : Devletin ve Diğer Amme Hüküm
Sahislerinin Mesuliyeti Mese-
lesi, Ankara 1940.
62. Bilge, N. : Bakanların Görev ve Sorumluları
Ankara 1956.
63. Çalkın, F.-Tuğsavul, M.: Haksız Fiillerden Doğan Taz-
minat Davaları, İstanbul 1948
64. Duez, P. (Çev.Senil, i.): Mukavele Dışında Amme Kudre-
tinin Mesuliyeti, Ankara 1950
65. Duran, L. : Türk Kamu Personelinin Malf
Sorumluluğu, Ankara 1974.
66. Gözübüyük, A.F. : Mücbir Sebepler ve Beklenme-
yen Haller, B.3, Ankara 1977.
67. Gözübüyük, A.S. : Amerika'da ve Türkiye'de İda-
renin Kazai Murakabesi,
Ankara 1961.
68. Özdemir, N. : Hizmet Kusuru Teorisi ve İda-
renin Sorumluluğu, Tez,
Ankara 1963.
69. Özkol, A. : Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar-
ı Açısından İdarî Yargının
Görev Alanı, Tez, Ankara 1970.
70. Tutum, C. : Türkiye'de Memur Güvenliği,
Ankara 1972.

71. Uler, Y. : İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970.
72. Uluslan, İ. : Medenî Hukukta Fedâkarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul 1977.

DERLEMELER

73. Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1966.
74. Delcros, X.-Delcros, B.(Çev.Candan, T.): Fransız Hukuk Sisteminde İdarî Sorumluluk Rejimi, Ankara 1984.
75. Devlet Memurları El Kitabı, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Yayını, B.3, Ankara 1987.
76. Dincer, G. ve Diğerleri: Danıştay Kararları, Ankara 1967.
77. Gözübüyük, A.S.-Kili, S.: Türk Anayasa Metinleri, B.2, Ankara 1982.
78. Harlow, C.-Distel, M.(Çev. Candan, T.): İngiltere'de Kamu Gücünün Hukukiliği ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1984.
79. Hocaoğlu, A.S. : Danıştay İctihadı Birleştirme Kararları, 1933-1948, Ankara 1949.
80. Kuzu, B. : Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988.
81. Öztürk, K. : Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C.III, Ankara 1966
82. Tanilli, S. : Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1980.
83. Yüzyıl Boyunca Danıştay: Danıştay Yayını, Ankara 1968.

MAKALELER

84. Aral, R. : Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi, Yüzyıl Boyunca Danıştay, (Kollektif Eser), Ankara 1968, sh.225-439.

85. Azrak, A.Ü. : Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1968, C.XXVII, S.2, sh.367-379.
86. Azrak, A.Ü. : İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, İstanbul 1980, sh.135-145.
87. Balkar, K.G. : Fiilden Doğan Mesuliyetler, Adalet Dergisi, 1953, S.4, sh.361-373.
88. Balkar, K.G. : Hizmet Kusuru-Şahsi Kusur Mefhumlarını Ayıran Kıstaslar Ankara Barosu Dergisi, 1953, S.4, sh.361-373.
89. Balta, T.B.(Cev.Yenice, K.):Organlarının Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu,Danıştay Dergisi, Y.4, 1974, S.12-13, sh.100-120.
90. Başpınar, R. : Tam Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, (Kollektif Eser),Ankara 1968, sh.481-511
91. Başpınar, R. : İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetime Tabi Tutulması, Danıştay Dergisi, Y.1, 1971, S.3, sh.59-85.
92. Belgesay, M.R. : Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti, Adalet Dergisi, 1960, S.7, sh.343-355.
93. Berki, S. : İstihdam Edenlerin Mesuliyeti 1956, C.XI, S.3, sh.59-77.
94. Devrim, S. : Kurumun Personele Rücu Hakkı, Danıştay Dergisi, Y.10, 1980, S.38-39, sh.17-22.
95. Duran, L. : Türk Kamu Personelinin Malf

- Sorumluluğu Sorunu, Anne İdaresi Dergisi, 1984, C.XVII, S.2, sh.3-20.
96. Duran, L. : İdarî İşlemlerden Sorumluluk, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1968, C.XXXIII, S.3-4, sh.3-26.
97. Duran, L. : İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, C.XII S.1, sh.130-199.
98. Erkut, C. : İYUK. Çerçevesinde İdarî Dava Türleri ve Bazı Usulî Değişiklikler, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1985, C.LI, S.1-4, sh.221-285.
99. Feyzioğlu, T. : İdarenin Kaziyet Muhkemeye Riyetini Temin Hususunda Vatanın Büyük Millet Meclisi ne Müracaat Hakkı Bir Müeyyide Olabilir mi? Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.IV, S.1-4
100. Gökâlp, A.S. : İptal Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, (Kollektif Eser), Ankara 1968, sh.440-480.
101. Gürsoy, K.T. : İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukukî Sorumluluğunun Ana Hatları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu İstanbul 1980, sh.72-73.
102. Güran, S. : İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, Danıştay Dergisi, Y.9, 1979, S.34-35, sh.58-65.

- 103.Güran, S. : Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu, Amme İdaresi Dergisi, 1984, C.XVII S.3, sh.28-35.
- 104.İmre, Z. : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1948, C.XIV, S.3-4, sh.1475-1542.
- 105.İnan, A. : Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu, Danıştay Dergisi, Y.14, 1984, S.42-43, sh.18-37.
- 106.Karafakih, İ.H. : Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukukî Mesuliyetleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1956, S.3, sh.39-47.
- 107.Karayalçın, Y. : Siyasî İktidar ve Yüksek Memurlar, Tercüman Gazetesi, 6.11.1979, sh.2.
- 108.Kılıçoğlu, A. : Hakimlerin Hukukî Sorumluluğu, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1973, C. , S.1-4, sh.231-267.
- 109.Özdeş, O. : Hakimlerin Hukukî Sorumluluğu ve Devlet, Danıştay Dergisi, Y.1, 1971, S.2, sh.9-17.
- 110.Özdeş, O. : Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu, Danıştay Dergisi, Y.6, 1976, S.20-21, sh.25-45.
- 111.Özdeş, O. : Danıştayın Tarihçesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay, (Kollektif Eser), Ankara 1968, sh.41-224.

112. Özgen, E. : İdarî Tasarruflardaki Sakatlıklar, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-4, sh.255-289.
113. Sarıca, R. : Yoklukla Malûl İdarî Kararlardan Dolayı İdarenin Malî Mesuliyeti Meselesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947 C.XIII, S.2, sh.893-910.
114. Sarıca, R. : İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, Ebul Ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, sh.1191-1281.
115. Sarıca, R. : İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir mi? İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, C.XI, S.3-4, sh.3-35.
116. Sarıca, R. : İdarî İctihatlar, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1944 C.X, S.1-2, sh.399.
117. Sarıca, R. : İdarî Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1944, C.X, S.3-4, sh.486-514.
118. Sarıca, R. : Şahsî Kusur ve Mesele-i Müstehire, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, C.XII, S.4, sh.1037-1057.
119. Sarıca, R. : İdare Ajan ve Memurlarının Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukukî Mesnetleri, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1949 C.XV, S.1, sh.34-54.

120. Sarıca, R. : Hizmet Kusuru ve Karakterleri
İstanbul Hukuk Fakültesi Mec-
muası, 1949, C.XV, S.3-4,
sh.858-895.
121. Sencer, M. : Osmanlı İmparatorluğunda Tan-
zimat Sonrası Siyasal ve Yö-
netsel Gelişmeler, Anne İdare-
si Dergisi, 1984, C.XVII, S.3,
sh.47-71.
122. Tuğsavul, M. : Borçlar Kanununun Yönünden Dev-
letin Mesuliyeti, Adalet Der-
gisi, 1949, S.1, sh.57-67.
123. Ulusan, İ. : Tehlike Sorumluluğu Üstüne
Mukayeseli Hukuk Araştırmala-
rı Dergisi, 1970, S.6,
124. Yayla, Y. : İdarenin Sorumluluğu ve Müc-
bir Sebep, Sorumluluk Huku-
kunda Yeni Gelişmeler III.
Sempozyumu, İstanbul 1980,
sh.45-59.

"If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern, neither external nor internal controls on government would be necessary."(*)

GİRİŞ (**)

"Yasama, hükümet etme ve yargılama olmayan tüm kamusal kurum ve işler.." olarak tarif edebileceğimiz (1) idarenin, bütün faaliyetlerini genel anlamda kamu hizmeti kavramında mütalâa edebiliriz.

Sözkonusu faaliyetlerin yerine getirilmesi amacıyla idarenin, idari faaliyetleri gerçekleştirme aracı olan işlem ve eylemlerini bir takım hukukî araçlarla frenleme ve denetlemek gerekir (2). Aksi halde, yani denetimden uzak bir idare keyfiliği, zorbalığı getirir.

İdari faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında fertlerin uğramış oldukları zararları tazmin ettirebilmek imkânının tanınması, hiç kuşkusuz idarenin hukuka bağlılığının sağlanmasında iptal davaları kadar etkili bir araçtır.

Hukuk devletinin gereklerinden biri olan idarenin hukukî-mali sorumluluğu (3), idari faaliyetlerin icrası zımında ortaya çıkan zararların tazmini, fert aleyhine bozulan dengenin yeniden tesisini amaç edinen bir kurumdur.

XVIII. yüzyıl sonlarına kadar idarenin hukukî sorumluluğu kabul edilmemişti. Ancak, hukuk Devleti fikrinin gelişimine paralel olarak, önce idarenin kusura dayalı sorumluluğu ve ardından kusursuz sorumluluğu

(*) Rienow, R.: *Introduction To Government*, B.3, New-York 1965, sh.265.

(**) Teze ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce tezin yazım diline değinmek gerekir. Şunu ifade edeyim ki kullanılan dil açısından kendimi hiç bir kayda tabi kılmadım. Ancak bariz aşırılıklardan, bağnazlıklardan kaçındım. Bunun dışında eski-yeni ayırımında bulunmaksızın kullandım kelimeleri.

(1) Duran, L.: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, sh.2.

(2) Giritli, İ.-Akgüner, T.: *İdare Hukuku Dersleri, Giriş*, İstanbul 1985, sh.12.

(3) Balta, T.B.: *İdare Hukukuna Giriş, I*, Ankara 1970, sh.64; Giritli, İ.- Akgüner, T.: age., sh.32; Esin, Y.- Dündar, G.: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap, Usul*, Ankara 1971, sh.12.

kabul edilmiştir. Bugün, idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı fertlerin uğramış oldukları zararların tazmini gereği tartışmasız kabul edilmektedir.

İdarenin sorumluluğu konusu Fransa'da olduğu gibi ülkemizde de idarî yargı organının elinde doğup, gelişmiş ve gelişmesini devam ettirmektedir.

İdarenin sorumluluğu konusu, idare hukukunun en önemli ve uygulamasına en çok rastlanılan konulardan biri olmakla birlikte, aynı zamanda bir çok soru olan fakat çok azına çözüm getirilmiş bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer taraftan sorumluluk konusu sürekli değişim ve gelişim içinde olan bir konudur. Genç ve henüz oluşum içinde bulunan idare hukuku, bu değişimden ziyadesiyle etkilenmektedir. Fakat ne yazık ki bu alanda yazılanların çoğu, 1961 Anayasası ve 521 sayılı Danıştay Kanunundan önceki döneme ilişkindir. Oysa 1961 Anayasası ve ardından 1982 Anayasası yürürlüğe konmuş ve idarî mevzuatta büyük ölçüde değişmiştir. Doğal olarak idarenin sorumluluğu konusu da bu değişimden ister istemez etkilenmiştir.

Aradan otuz yıla yakın bir süre geçmiş olmasına rağmen idarenin hukukî sorumluluğu konusunda bir monoğrafik çalışmanın yapılmamış olması ve konunun taşıdığı önem, böyle bir konuyu seçişimizde başlıca etkenler olmuştur.

İdarî faaliyetlerin görülmesi sırasında fertlerin uğramış oldukları maddî ve/veya manevî zararlar, idareye atıf ve izafe olunabilen bir kusurun yahut idarenin hiç bir kusurunun bulunmadığı bir fiil ve davranışın sonucu olabilirler. Birinci anlamda idarenin kusura dayalı sorumluluğu, ikinci anlamda ise kusursuz sorumluluğu söz konusudur. İşte tez konumuzu, idarenin kusurlu fiil ve davranışından doğan zararlardan sorumluluğu, yani kusura dayalı sorumluluğu teşkil etmektedir. Bu anlamda zarar, bir idarî işlem, eylem ve idarî sözleşmenin eseri olabilir. Ancak idarî sözleşmelerden doğan zararlar idarenin genel sorumluluk rejiminden ayrı bulunması nedeniyle tezimizin dışında tutulmuştur. Kısaca amacımız, idarenin her tür sorumluluğu değil, sözleşme dışı kusura dayalı sorumluluğunu ortaya koymaktır.

Öte yandan sorumluluk hukukunun bir maddî (esasa ilişkin) bir de şekli (usulî) yanı vardır. Biz tezimiz boyunca idarî sorumluluğun esasına ait ilke ve kuralları yani maddî sorumluluk hukukunu ele aldık. Konuyla doğrudan veya çok yakın ilişkisi ve önemi olmadıkça usulî ilke ve kuralların açıklanmasına yer vermedik. Bu suretle tezimizi dört ana bölümde ele aldık:

Birinci bölümde idarenin sorumluluğuna ilişkin genel bilgilere yer verdik. Devletin yasama ve yargı faaliyetlerinden doğan zararların tazmine konu olup olamayacağını tartıştık. Devletin ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunun tarihi gelişimini genel olarak ve özellikle Türk Hukuku bakımından ele aldık. Değişik hukuk sistemlerinde idarenin sorumluluğuna kısa bir şekilde değindik. İdarî sorumluluk sebeplerine yani kusurdan sorumluluk ve kusursuz sorumluluk esaslarına oldukça yüzeysel bir bakışla sorumluluk esasları hakkında çerçeve bir bilgi verdik.

İkinci bölümde, idarenin kusura dayalı sorumluluğunun tek teorisi olarak karşımıza çıkan "hizmet kusuru"nu tanıttık. Hizmet kusurunun özelliklerine değindikten başka hizmet kusuru teşkil eden halleri idarî işlemler ve eylemler açısından ayrı ayrı ve çeşitli yönleriyle açıkladık.

Kamu hizmetleri, kamu personeli eliyle yürütüldüğünden fertlerin uğramış oldukları zararlarda çoğu zaman idarenin kusurunun yanısıra kamu personelinin de kusuru bulunabilir. Hatta, zarara kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışı da yol açabilir. Kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışı bazen göreve-hizmete ilişkin olup bundan ayrı mütalâa olunamazken, bazen de hizmete tamamen yabancı, hizmetten tecrit ve tefrikini gerekli kılan bir nitelik arzeder. Kamu personelinin, hukukî sonuçları bakımından tamamen farklı olan bu kusurlu fiil ve davranışlardan (doktrin ve uygulamada benimsenmiş kavramları kullanarak) birincileri "görevsel kusur" ikincileri ise "salt kişisel kusur" olarak tavsif ettik. İşte tezimizin üçüncü bölümünü kamu personelinin "görevsel kusur"larına ayırdık. Burada Devlet Memurları Kanununun 13. maddesini, 1982 Anayasasının 129/5. maddesini teori ve uygulama açısından geniş bir tahlile tabi tutarak

"görevsel kusur" dan doğan sorumluluk ve bu sorumluluğun "hizmet kusuru" ile olan ilişkisine değindik.

Tezimizin dördüncü ve son bölümünüyse idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran durumlara ayırdık. Burada idarenin sorumluluğunun şartları olarak da sayabileceğimiz zarar, zarara yol açan fiil ve davranışın idareye atfolunabilmesi ve zarar ile fiil ve davranış arasındaki iliyet bağı unsurlarını, idarî sorumluluk hukuku açısından inceleyerek, bunların yokluğunun idarenin sorumluluğunu nasıl ve ne gibi şartlar altında kaldırabileceğini açıkladık.

Tezde doktrinin yanısıra yüksek mahkeme kararlarına da geniş bir şekilde yer vermek suretiyle, sorunun teorik yanıyla birlikte uygulamadaki durumunun da gösterilmesine çalışılmıştır.

Bunlara ilâveten belirtelim ki, tezimizin amacı Türk hukuk sistemi bakımından idarenin kusura dayalı sorumluluğunun ortaya konulmasıdır. Bu nedenle mukayeseli hukuk bilgilerine mümkün olduğunca fazla yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SORUMLULUKLA İLGİLİ

GENEL ESASLAR

I. GENEL OLARAK DEVLETİN SORUMLULUĞU

Bilindiği üzere Aristo'dan günümüze kadar gelen bir ayırımla Devletin işlevleri yasama, yürütme, yargı organları arasında paylaştırılmış bulunmaktadır. Devletin hukukî veya siyasî işlevleri olarak da adlandırılan (1) bu işlevlerin yerine getirilmesi sırasında veya dolayısıyla kişilerin zarara uğramaları her zaman mümkündür. Örneğin yasama organı tarafından vaz'olunan bir kanun belirli bir veya birden fazla şahsın önceki kanunlara göre ve tamamen meşru bir surette kazanmış oldukları hakları ihlal edebilir. Böylece onları bir takım zararlara maruz bırakabilir. Veya bir mahkeme bir davacının dosyasını yahut tevdi etmiş olduğu senedi kaydedebilir veya mahcure kötü bir vâsi tayin edebilir yahut adli bir hata ile bir kimse hakkında yanlış bir hüküm vermek suretiyle bazı zararlara yol açabilir (2). Kişiler böyle durumlar karşısında Devlete karşı direnme ve kendilerini koruma çarelerini arayacaklardır elbette. İşte kişilerin kendilerini koruma ve Devlete karşı direnmelerinden Devletin sorumluluğu doğmuş ve gelişmiştir (3).

Devletin hukuki sorumluluğu denince saydığımız üç organın faaliyetlerinden doğan sorumluluğu anlaşılır. Konumuz, Devletin yürütme organının faaliyetlerinden daha doğrusu yürütmenin teknik yönünü oluşturan idarenin işlem ve eylemlerinden doğan hukukî sorumluluğudur. Ancak idare hukukunu doğrudan ilgilendirmemekle beraber Devletin diğer organlarından doğan zararlar da Devlet aleyhine bir tazminat davası şeklini aldıklarına göre bu organların faaliyetlerinden doğan sorumluluğa da değinmenin yararlı olacağı gayesiyle kısaca da olsa değinilecektir.

(1) Kubalı, H.N.: *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İstanbul 1957, sh.184; Yayla, Y.: *İdare Hukuku*, İstanbul 1985, sh.19.

(2) Sarıca, R.: *İdarî Kaza, C.I*, İstanbul 1949, sh.137.

(3) Aygen, C.: *Tesriî Faaliyetinden Dolayı Devletin Hukukî Mesuliyeti*, Ankara 1955, sh.3.

A. Devletin Yasama Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu

Yasama organı kanun yapma, karar ittihaz etme, ölüm cezalarını onaylama vs. gibi bir çok faaliyetlerde bulunur. Bütün bu faaliyetlerinden doğan sorumluluğu konumuzun sınırlarını aşacağından burada yalnız kanun yapma faaliyetinden doğan sorumluluğu ele alınacaktır.

Belirtelim ki burada değinmek istediğimiz, kanunun idare tarafından yanlış yorumlanması veya yolsuz tatbiki olmayıp, idareye hiç bir kusur isnat edilmediğini ve edilmeyeceğini fark ederek, salt kanun vaz'etmek suretiyle bir takım zararlara doğrudan yasama organının sebebiyet vermesidir.

Aslında yasama organı tarafından vaz'edilen bir kanunun behemâhal maddeten bir zarara yol açması için kanunun uygulanması gerekir. İdare, kanunu yasama organının isteği gibi uygulamakta, fakat buna rağmen bazı zararlar ortaya çıkmaktadır. Böylece zararın meydana gelmesine doğrudan doğruya yasama organı sebebiyet vermektedir. Örneğin bir kanun önceki kanuna göre farklı bir miras rejimini getirerek önceki kanunun mahfuz hisseli mirasçı olarak kabul ettiği kimselere mahfuz hisse tanımıyor veya mahfuz hisse miktarını azaltıyor. Böyle bir kanundan eski kanuna göre mirasçı olanlar veya daha fazla mahfuz hisseye sahip olanlar zarara uğramışlardır. Bu zarar da doğrudan kanundan doğmuştur. Bu durumda zarara uğrayan için Devlete karşı acaba tazminat davası açma imkânı var mıdır?

Devletin yasama organının işlevinden dolayı sorumluluğu kural olarak kabul edilmemektedir. Bu sorumsuzluk, egemenliğin kutsal oluşu ve sorumlulukla bağdaşmayacağı, milleti temsil eden yasama organının sorumluluğunun milletin sorumluluğu anlamını taşıdığı, kanunların genel olduğu; bu itibarla kişisel bir zararın sözkonusu olamayacağı, parlamento üyelerinin sorumsuzluğu; dolayısıyla yasama organının da sorumsuzluğa yol açacağı Devleti sorumlu tutacak organın bulunmadığı gibi sebeplerle açıklanmaya çalışılmıştır (4).

(4) Bu konuda ileri sürülen görüşler ve karşı görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Aygen, C.: age., sh.15 vd.; Sarıca, R.: age., sh.142 vd.; Onar, S.S.: *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C.III, B.3, İstanbul 1966, sh.1726 vd.

Türk Hukukunda yasama organının faaliyetinden doğan Devletin sorumluluğu çeşitli ihtimallere göre şu şekildedir: Eğer kanunda zararın Devlet tarafından tazmin edileceğine ilişkin olarak açık bir hüküm varsa bu takdirde Devlet için tazmin yükümlülüğü doğar. Eğer kanun açık bir şekilde zararın Devlet tarafından tazmin edilemeyeceğini belirtmişse böyle bir kanunun bugünkü Anayasal Düzen içinde Anayasaya aykırı olacağı kuşkusuzdur. Yayla'nın da haklı olarak belirttiği üzere "...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı.. Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayan Anayasanın yaklaşımı, tazminat yasağı koymaya, bizce izin veremez" (5).

Eğer kanunda tazminat konusunda gerek sarih gerek zımni herhangi bir hüküm, yoksa bu halde de, hukukî eşitlik ilkesi gereğince Devletin sorumluluğuna gidilebilmelidir. Çünkü yasama organının bir kanunu, belirli bir vatandaş grubunu diğerlerine nazaran daha ağır bir yük altına sokarsa hukukî eşitlik ilkesine aykırı bir tedbir almış olur. Bu nedenle bu gibi hallerde Devletin sorumluluğu kabul olunmalıdır (6).

Devletin yasama faaliyetlerinden ötürü hukukî sorumluluğuna karar verecek merciî bulmak ilk bakışta zor gibidir. Ancak her kanun gibi zarara yol açacak kanun da sonuçta bir idarî işlemle uygulanabileceğinden, zararın tazmini yine tam yargı davasıyla istenebilecektir. Ancak idarî işlem kanuna uygun olduğundan sorunun kusursuz sorumluluk ilkelerinden olan hakkaniyet-nesâfet ilkesine göre çözümlenmesi gerekir (7).

Sonuç olarak "... bugünkü hukuk devleti anlayışımız içerisinde ne parlamentonun ilahî hukukundan bahsedilebilir ve ne de tasarruflarını muteber kılmak için sebep aramak mecburiyetinde olmayan bir makama ihtiyaç vardır. Fert ve vatandaş olarak Devlet otoritesine hürmetle

(5) Yayla, Y.: age., sh. 130.

(6) Aygen, C.: age., sh.95; Sarıca, R.: age., sh.203; Yayla, Y.: age., sh.128; Erin, N.: *Anne Hukuku Dersleri*, Ankara 1942, sh.246; aksi fik., Başgil, A.F.: *Devletin ve Diğer Anne Hükümlü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi*, Ankara 1940, sh.19.

(7) Giritli, İ.: Bilgen, P.: *İdarî Kaza Ders Notları*, İstanbul 1966, sh.104.

inkıyat vazifemiz olduğu kadar, bu otoritenin haklarımızı ihlal etmesi halinde bu hakkımızı istihsal etmek için kanun yollarına müracaat etmemiz de hem vazifemiz ve hem de en sarih hakkımızdır"(8).

B. Devletin Yargı Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu

Yargı merciilerinin idarî ve yargısal olmak üzere iki tür görevleri vardır. Vesayet, senet tanzimi, mirasın tasfiyesi gibi bir takım işleri, tamamiyle yargı faaliyetlerinden ayrı bir nitelik taşır.

Türk Hukukunda tazminata dair kanunda açık bir hüküm bulunmuyorsa mahkemelerin idarî faaliyetlerinden dolayı Devletin hukukî sorumluluğu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre (9) idarî işlerden dolayı kural, Devletin sorumsuzluğudur. Eğer Devletin sorumluluğu kural olsaydı, kanun bazı hallerde Devletin sorumlu olacağını açık bir şekilde belirtme gereği duymazdı. Dolayısıyla ayrıca Devletin sorumlu olacağını göstermediği diğer bütün idarî işlerde Devletin sorumluluğu yoktur. Bu nedenle kanunlarda gösterilen hallerin dışındaki idarî işlem sebebiyle ortaya çıkan zararlar bakımından zarara uğrayan şahısların Devlet aleyhine tazminat davası açmalarına hukuken imkân yoktur.

Diğer bir görüşe göre ise (10) idarî işlerden dolayı kural Devletin sorumluluğudur. Kanun bazı hallerde ise işin önemi dolayısıyla ayrıca belirtme gereği duymuştur.

Mahkemelerin yargısal işlerinden dolayı Devletin sorumluluğu konusu da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre (11) hâkimlerin verdikleri kararlardan doğan zararlardan dolayı Devlet kural olarak sorumlu tutulamaz. Ne özel hukuktaki sorumluluk sebepleri ne de idare hukukuna ilişkin sorumluluk sebepleri hakimler hakkında uygulanamaz. Bu görüş sahiplerine göre hakimler adli vazifelerini ifa ederken kişilere vermiş oldukları zararları bizzat

(8) Aygen, C.: age., sh. 98-99.

(9) Sarıca, R.: age., sh.217; Artukmaç, S.: *Bizde İdarenin Murakabesi*, İstanbul 1950, sh.470.

(10) Başgil, A.F.: age., sh.24-25.

(11) Sarıca, R.: age., sh.216; Artukmaç, S.: age., sh.470; Yayla, Y.: age., sh.132; Giritli, İ.- Bilgen, P.: age., sh.104; Onar, S.S.: age., sh.1732-1733; Önen, E.: *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979, sh.17; Özdeş, O.: *Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu ve Devlet*, *Dış.Der.*, Y.1,1971, S.2, sh.9 vd.; Üstündağ, S.: *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I,B.3, İstanbul 1984, sh.96.

kendileri ödemek durumundadır. Bu konuda Devlete sorumluluk düşmez. Çünkü yargı organları ile Devlet arasında, Devletin sorumluluğunu gerektirecek idare hukuku anlamında bir hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır.

Ayrıca hakimler yargısal faaliyetlerinde tamamen bağımsızdırlar. Diğer taraftan eğer sorumluluğu kabul edilirse, hakimın verdiği ve kesin hüküm teşkil eden davayı tekrar ele alma durumuyla karşı karşıya kalınacaktır ki bu durum kesin hüküm esaslarıyla bağdaşmaz.

Diğer bir görüşe göre (12) ise hakimlerin hukukî sorumluluğunu gerektiren durumlarda, Devletin ikinci derecede bir sorumluluğu olması gerekir.

Kanaatimizce, Hukuk Usulu Mahkemeleri Kanununun 573. maddesinin mefhumu muhalifinden genel olarak Devletin sorumluluğunun kabul edilmediği anlaşılmaktadır. 573-576. maddeler hakimlerin hukukî sorumluluk hallerini tespit etmiş bulunmaktadır. Bu hallerin varlığında hakim zarara uğrayan şahıslara karşı şahsen sorumludur.

Yargı faaliyetinden devletin sorumlu tutulmayacağı kuralının hukukumuzdaki tek istisnası 7.5.1964 gün ve 466 sayılı "Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesine Dair Kanun" olup, kanunda gösterilen durum ve şartlar dışında tutuklananlar ile kanuna uygun olarak tutuklanıp hakkında kovuşturmayla son verme, beraat veya ceza verilmesine gerek olmadığına dair karar verilenler ve ayrıca mahkûmiyet hükmü almakla beraber tutukluluk süreleri mahkûmiyet süresinden fazla olanların uğramış oldukları zararlar Devlet tarafından karşılanmaktadır. Bu konudaki davaların Adli yargıda görüldüğünü belirtelim.

C. Devletin Yürütme Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu

Bilindiği üzere Türk Anayasa Düzeninde yürütme organı Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşmaktadır. İdare, Anayasamıza göre ayrı bir organ olmayıp yürütme

(12) Belgesay, M.R.: Devletin Adli Faaliyetten Hukukî Mesuliyeti, *Ad.Der.*, 1960, S.7, sh. 343-355; Karafakih, İ.H.: Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukukî Mesuliyetleri, *Siy.Bil.Fak.Der.*, 1956, S.3, sh.46; Kılıçoğlu, A.: Hakimlerin Hukukî Sorumluluğu, *Ank.Huk.Fak.Der.*, 1973, C.XXX, S.1-4, sh.231-267; Berkin, N.: *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969, sh. 39-40.

organı içinde yer almaktadır.

Yürütme organı ile idare birbirine bağılı olarak çalıştıklarından aralarındaki sınırı belirlemek güçtür. Yürütme bir yönüyle idaredir; bir yönüyle hükümettir (13).

Muazzam kamu hizmet ve faaliyetleri gören bir makinaya benzetilen "devlet yönetimi"nde bu makinanın sevk ve idaresi hükümet tarafından, makinanın her bir parçasının çalışması ise idare tarafından gerçekleştirilir (14). Kısaca ifade edecek olursak, hükümet ile idare yürütme faaliyetini birlikte yerine getirmektedir.

İdarî rejimi benimsemiş ülkelerde Devletin yürütme faaliyetinden dolayı, genel olarak, sorumluluğu kabul edilmektedir. Özellikle yürütmenin bir alt birimi olan idarenin her türlü işlem ve eylemlerinden dolayı Devletin hem özel hukukta hem de idare hukukunda sorumluluğu kabul edilmektedir. Cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlemlerden doğan zararlar bu konuda tek istisnayı oluşturmaktadır.

Hükümet tasarrufları (15) nedeniyle zarara uğrayan şahıslar için önceleri Devlettten zararlarını tazmin ettirme imkânı yoktu. Ancak Fransız Danıştay, son zamanlarda kusursuz sorumluluk esaslarından hareketle, hükümet tasarruflarından zarara uğrayan şahısların bu zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiş ve böylece hükümet tasarrufları nedeniyle de Devletin sorumluluğu kabul edilmiştir (16).

Türk Hukukunda da bugün aynı esas geçerlidir. Çünkü 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasası hükümleri de hükümet tasarruflarına imkân tanımamaktadır (17).

İdari yargı yerlerinin, açılan tazminat davalarını

(13) Giritli, İ. - Akgüner, T.: *İdare Hukuku Dersleri, Giriş*, İstanbul 1985, sh.6.

(14) Eroğlu, H.: *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, B.5, Ankara 1985, sh.10.

(15) Hükümetin ya da hükümet dışında bir idari kuruluşun yargı denetimi dışında kalan, yürütmenin idare sıfatıyla değil de hükümet olmak sıfatıyla yaptığı işlemler olup, 1961 Anayasasının kabulüne kadar, Danıştay içtihatlarına göre, mukabele-i bilmişil kararları, yabancıların sınır dışı edilmesi kararları, iskân mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan önlemler ve kararlar, Türk ve yabancı uyrukluğuna ilişkin çeşitli işlemler hükümet tasarrufu olarak kabul edilmiş yürütme işlemleridir. Ayrıntılı bilgi için bk., Giritli, İ.-Akgüner, T.: age., sh.65 vd.; Giritli, İ.: *Hükümet Tasarrufları*, İstanbul 1958; Gözübüyük, A.Ş.: *Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazalı Murakabesi*, Ankara 1961, sh. 33 vd.

(16) Giritli, İ. - Akgüner, T.: age., sh.70.

(17) Giritli, İ. - Akgüner, T.: age., sh.70; Eroğlu, H.: age., sh.54; Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetmelik Yargı*, B.6, Ankara 1982, sh.26.

bu nedene dayalı olarak, ön şartlar yönünden reddetmeyerek davanın esasına girmeleri hukuk Devleti anlayışına uygun düşer.

Yürütme alanına ilişkin olarak Devletin sorumsuzluğunun istisnaları Anayasanın 125/2 ve İdarî Yargılama Usulu Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan, Devletbaşkanının yani Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yapmış olduğu işlemler ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21. maddesinde ifadesini bulan Yüksek Askeri Şura Kararlarıdır. Yargı yolu kapalı olan bu iki duruma ilişkin işlemlerden zarar görenler bunu ne Devlete ne de zarar verene izâfeten tazminat davasına konu yapamazlar.

II. DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Devlet teorilerinin, tamamen Devletin mutlak egemenliği düşüncesinden kuvvet aldığı, aşağı-yukarı XIX. yüzyıla kadar olan dönemde, Devletin sorumsuzluğu esas, tartışmasız kabul edilmekteydi. Çünkü Devlet, mutlak anlamda egemen olup; egemenliğin en belirgin yanı ise kendisini, hesap vermeye mecbur hissetmeksizin herkese kabul ettirebilmesidir.

Klasik egemenlik anlayışına göre hükümdar, din ve Devletin sahibi olup, egemenlik mutlak bir biçimde onunla temsil olunmaktadır. Bu anlayışta egemenlik, diğer hiç bir iktidara tâbi olmama ve kendine rakip bir iktidarı kabul etmeme (18) şeklinde tezahür ettiğiinden egemenlik ile sorumluluğun bağdaşamayacağı açıktır (19). Devletin sorumluluğu hükümdarın sorumluluğudur ki bu durum, kulun efendisinden hesap sorması anlamını taşır ve tâbi-metbu sıfatlarının inkârı sonucunu doğurur (20).

Özetle bu tür devlet anlayışında hükümdar ya da egemenliği temsil eden kimse kamunun refah ve saadeti için gerekli gördüğü her türlü tedbirleri almak; bu meyanda kişilerin hukukuna müdahale etmek, külfetler yüklemek hak ve kudretini haiz olup, bu alandaki işlem ve eylemlerinden

(18) Akbay, M.: *Umumî Hukuk, C.I, B.2*, Ankara 1951, sh.396.

(19) Özdemir, N.: *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Tez*, Ankara 1963, sh.8.

(20) Başgil, A.F.: a.g.e., sh.6.

hiç kimseye hesap vermek durumunda değildi (21).

Bu dönemde Devletin sorumluluğunun kabul edilme-
yişinin sebepleri konusunda değişik fikirler ileri
sürülmüştür: Bazıları bu durumu, Devletin ahlakî ve hukukî
niteliğinden bahisle bu niteliğinin haksız fiillerde
bulunabilmesine engel teşkil edeceği fikriyle açıklarken,
bazıları Devletin hukuku yaratma işlevinden hareketle,
böyle bir işlevin hukuka aykırı bir hareketle bağdaşama-
yacağı sonucuna varmakta; bazıları ise Devlet şahiyetinin
"kamu" niteliğinde olduğundan, bu niteliğin özel hukuka a-
it bir ilke olan zararlardan sorumluluk kuralına, Devletin
tâbi olamayacağı görüşüyle açıklamaya çalışmıştır (22).

"... Mutlak monarşi devrinde siyasal despotizme
karşı yoğrulmuş ve o zamana kadar baskı altında ezilen
ferdi bu baskıdan kurtarmak, onu toplum içinde tabii ve
dokunulmaz haklarla donatılmış olarak ön plâna almak" ama-
cını güden XVIII. yüzyılın ferdiyetçi ve liberal anlayışı
(23), "... insana mutlak bir değer bir gaye değeri olarak
vatandaşlık hukuku tesis edince ..." mutlak, egemen, so-
rumsuz Devlet anlayışına da son vermesi gerekir idiyse de,
esasta bir değişiklik meydana getirmemiş, eskiden hükümdar
ile temsil olunan egemenliği bu kez kamu ile temsil ettir-
mek istemiştir (24). Başka bir ifadeyle Devlet gücünün,
ortaçağın sonlarından itibaren devam edip gelen nitelikle-
rinde kural olarak bir değişiklik meydana getirmeksizin
onu tek bir ferdin kişisel gücünden ibaret olma durumundan
çıkartıp topluma mal etmiştir (25).

"Ruhu ve yapısıyla" dönemin ferdiyetçi anlayışını"
çeşitli yönleriyle yansıtan bir ayna olan" 1789 Beyan-
namesi (26) bile durumu değiştirememiştir. Gerçi Beyanna-
menin 15. maddesinde "Halkın, her memurun yönetimi hak-
kında hesap sorma hakkı vardır" hükmü yer almaktaysa da bu
hüküm Devletin sorumluluğunu değil, Devlet adına hareket
eden memurların kişisel sorumluluğunu dile getiriyordu.

(21) Balta, T.B.: *İdare Hukukuna Giriş*, I, Ankara 1970, sh.60.

(22) Zanoşını, G. (Çev: Akgüç, A. - Erman, S.): *İdare Hukuku, C.I. Umumiyet İtibariyle İdarî Nizam*,
İstanbul 1945, sh.293.

(23) Kapani, M.: *Kamu Hürriyetleri*, B.5, Ankara 1976, sh.50.

(24) Başgil, A.F.: age., sh.6.

(25) Okandan, R.G.: *Umumî Anme Hukuku*, İstanbul 1976, sh.750.

(26) Kapani, M.: age., sh.50.

XIX. yüzyıla gelindiğinde sorumsuz Devlet düşüncesi bir takım etkilerle yavaş yavaş sarsılmaya başlamış ve böylece Devletin sorumluluğuna doğru adımlar atılmaya başlanmıştır.

Bu yeni gelişmenin temelinde yatan en önemli sebeplerden birisi kuşkusuz siyasî, felsefî ve ekonomik düşüncelerde meydana gelen köklü değişikliklerdir. Bu zamana kadar zaman zaman karşı çıkılan mutlak egemenlik düşüncesi, bu yüzyılda çeşitli siyasal ve felsefî düşünce akımlarının etkisiyle gittikçe önemini yitirmeye başlamıştır. Eşitlik ilkesi, demokrasi ve demokratik fikirlerin toplum vicdanında oluşturduğu, Devlet hayatının nimet ve külfetlerinde herkesin eşit olduğu düşüncesinin sonucu olarak, Devlet, fertlere verdiği zararlardan sorumlu olacaktır. Aksi takdirde nimette-külfette eşitlik kuralı bir anlam ifade etmeyecektir (27). Bu düşünce artık zihinlerde yerleşmeye başlamıştır.

Diğer taraftan eskiden kişilerin Devletle olan ilişkileri askerlik, adliye, polis, zabıta gibi oldukça sınırlı alanlarda gerçekleşiyor; bu durum da doğal olarak kişi ile Devlet çıkarı arasındaki teması azaltıyordu. Oysa XIX. yüzyıldan itibaren Devletin faaliyet alanı genişlemiştir. Bir zamanlar yalnızca iç ve dış güvenliğin sağlanması gibi klâsik kamu hizmetlerini yürüten Devlet, haberleşme, ulaşım, sağlık, bayındırlık, konut, eğitim gibi sosyal ve ekonomik nitelikli bir çok hizmeti faaliyet alanına katmıştır. Böylece kişi ile Devlet ilişkileri her alanda göze çarpmaya başlamıştır. Özellikle, liberalizmin ekonomik alanda karşılaştığı güçlükler sonucu ortaya çıkan devletçilik politikasını takip eden ülkelerde Devletin elini uzatmadığı alan kalmamıştır. Bu duruma bir de aşırı kırtasiyecilik eklenince sorumluluk düşüncesi ister istemez yeni bir şekil alacaktır (28).

Bütün bunlara ilâveten, Devletin memurlara nazaran daha fazla ödeme yeteneğinin bulunması nedeniyle memurları kişilerle karşı karşıya bırakıp Devletin geniş malî imkânlarını devreye sokarak zararı karşılama fikri de

(27) Başgil, A.F.: age., sh.7.

(28) Başgil, A.F.: age., sh. 7; Özdenir, N.: agt., sh.10.

sorumluluğun bugünkü duruma gelişindeki etkenler arasında sayılmaktadır (29).

Böylece yukarıdaki sebepler, Devletin sorumsuzluğu fikrini kökünden sarsmış ve hukukî bir şahıs sıfatıyla *sorumlu- lığına* gidilmesi fikrinin zihinlerde temellerini atmıştır.

Önceleri Devlet faaliyetleri: Kamu hukuku tüzel kişiliği sıfatıyla yaptığı faaliyetler ve özel hukuk kişiliği sıfatıyla yaptığı faaliyetler olarak iki grupta mütalâa olunmuş ve birincilere hakimiyet tasarrufları, ikincilere ise temsil tasarrufları denilmiştir. Bunlardan temsil tasarrufları, Devletin özel hukuk kişileri gibi yapmış olduğu faaliyetlerdir. Devletin bu tür faaliyetlerinden özel hukuk kurallarına göre sorumluluğu kabul edilmiştir. Devletin diğer faaliyet türü olan hakimiyet tasarruflarında ise yine sorumluluğu kabul edilmemiştir.

Ancak bir müddet sonra Devletin özel hukuk tüzel kişiliği sıfatıyla yaptığı faaliyetlere ilişkin özel hukuk sorumluluk esasları, hakimiyet tasarruflarının bazılarında teşmil kılınmış ve yargı mercileri özel hukukun istihdam edenle müstahdem arasındaki ilişkide uygulanan sorumluluk prensiplerinden yararlanmışlardır ve böylece Devletin istihdam eden sıfatıyla memurun verdiği zararlardan sorumluluğuna gidilmiştir. Bu düşünce gerçi Devletin sorumluluğunun hiç kabul edilmediği döneme nazaran büyük bir aşama olmasına rağmen, bir çok açılardan tatmin edici bulunmayarak (30), doğrudan kamu hukukunda kurallar aranmasına yol açmıştır.

Böylece artık Devletin kamu tüzel kişisi sıfatıyla yaptığı faaliyetlerden dolayı sorumluluğunda kamu hukuku ilke ve kurallarına göre çözümlenmesine gidilmiştir. Bu anlayışta memur, Devletin bir organı bir uzvu sayılmış ve

(29) Henri, L.: *Traite Pratique de la Responsabilite Civil*, Paris 1955, sh.967'den naklen Özdemir, N.: agt., sh.10.

(30) Herşeyden önce Devlet ile memur arasındaki ilişki sözleşmeye dayanmayıp kamu hukukunun bir dalı olan idare hukuku kurallarına göre düzenlenir. Böylece olunca, onların işlem ve eylemlerini, müstahdem sayarak özel hukuk hükümleri uygulanamaz denilmiştir. Diğer taraftan istihdam-müstahdem ilişkisine dayalı sorumluluk kusur prensibine dayanır. Devlet yalnızca zararı veren memuru iyi seçmediği, gereken şart ve nitelikleri iyi araştırmadığı için sorumlu olacaktır. Eğer kusur isnat olunamıyorsa sorumluluk olmayacaktır. Çok kere de kişilere verilen zararlarda bu zararları atfedecek bir fail bulmak zordur.

memura isnadı mümkün olmayan bir kusurun varlığı halinde memurun şahsı ortadan silinerek sorumluluğu Devlet kendi üstüne almış ve bunun içinde memurun kişisel ve subjektif kusurunun yanısıra hizmet kusuru diye objektif bir kusur tasavvur olunmuştur.

6.12.1855 tarihli Rothschild kararıyla başlayan(31) 1 Şubat 1873 tarihli Blanco kararıyla (32) da daha açık bir biçimde kendisini ortaya koyan bu yeni sorumluluk anlayışına göre Devletin sorumluluğu artık doğrudan doğruya bir sorumluluktur.

Gelişme bununla da kalmamıştır. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunun sadece kusura yandırılması yeterli görülmemiştir. Çoğu zaman ortada kusurlu bir hareket olmadan idare olunanların zarara uğraması veya öteki vatandaşlara nazaran farklı bir külfete katlanma zorunda kalması durumu hukukî eşitliği bozuyordu. Bu nedenle de idarenin sorumsuzluk ilkesinden sorumluluk esasına geçilirken kusur, sorumluluğun tek sebebiyken, XX. yüzyılda kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri ortaya çıkmıştır.

Böylece, XIX. yüzyılın özellikle II. yarısından itibaren gündeme gelen ve bugün çağdaş bir içeriğe sahip olan Devletin sorumluluğu ilkesi, günümüzde hemen hemen her Devlet için vazgeçilmez bir kural haline gelmiştir.

(31) Fransız Danıştay, bu kararında "idarenin yürütmekle mükellef bulunduğu kamu hizmetinin şartlarını kamunun hakimiyeti altında düzenlemek yetkisi ancak idareye aittir; devlet ve onun adına hareket eden ajanlar ile hizmetten faydalanan kişiler arasında kamu hizmetleri vesilesiyle ortaya çıkan ilişkileri tayin etmek ve dolayısıyla bu ilişkiden doğan karşılıklı hak ve vecibelerin şumulünü ve niteliğini bilmek ve takdir etmek de idareye düşer. Bu münasebetlerle hak ve vecibeler iki fert arasında olduğu gibi yalnız medenî hukuk kuralları ve hükümleriyle düzenlenemez. Bihassa idare ajanlarından birisinin kusuru, ihmal veya hatası halinde devletin sorumluluğu ne genel ne de mutlak olup her hizmetin mahiyetine ve gereklerine göre değişir." Duez, P.(Çev.Senil, İ.): *Mukavete Dışında Anne Kudretinin Mesuliyeti*, Ankara 1950, sh.15-16, diyerek Devletin sorumluluğunda önemli bir çağır açmıştır.

(32) Bu kararda Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, "kamu hizmetinin yürütülmesinde çalıştırdığı kişilerce, özel kişilere verilen zararlardan dolayı Code Civil'de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler ile Devletin sorumluluğuna gidilemez. Esasen, mutlak ve genel olmayan bu sorumluluğun özel kişilerin haklarıyla Devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişkenlik gösteren kendine özgü kuralları vardır. Bu nedenle Devletin sorumluluğuna karar verme konusundaki görev idari yargı yerlerine aittir." Delcros, X.- Delcros, B.(Çev. ve Drl.: Candan, T.): *Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi: Fransa'da ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu*, Ankara 1984, sh.1, demek suretiyle bir **taraf-**tan bu tarafsorumluluğun kendine özgü kuralları olduğunu açık bir biçimde ortaya koymuştur.

B. Türk Hukukunda Devletin Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi

1. Tanzimata Kadar Olan Dönemde

Osmanlı Devleti genel olarak İslâm Hukukuna dayanan bir Devlet olup temel düzeni İslâmidir. Dinsel bir Anayasa temeli üzerine oturması Devletin anayasal niteliğidir (33). Bütün güçler padişahın kişiliğinde toplanmış olup (34) sorumluluk ancak Tanrı'ya karşıdır. Bir yandan eski egemenlik anlayışına bir yandan da İslâm siyaset ilkelerine dayanan özellikler hükümdara kamu hukukunda ayrı ve üstün bir yer vermektedir (35).

Üç kuvvete sahip oluşu dolayısıyla şeriata aykırı olmamak üzere (36), dilediği kanunu koyup uygulamasına imkân vermektedir (37). Memleketin sahibi olması sebebiyle de kişilerin mal ve canı üzerinde istediği şekilde hükümler hakkını haizdir (38). Ancak teorik esaslara göre mutlak olan iktidar şeriat hükümleriyle sınırlı olup şeriat hükümlerinin dışına çıkmasını Divan-ı Humayun ve ulemâ zaman zaman önlemeye çalışmışsa da bu, gerçekte tam işlemiş bir mekânizma olmayıp, örnekleri azdır (39). Aldıkaçtı'nın da belirttiği gibi (40) hükümdarın irad veya sınırlayacak başka bir kuvvetin kendisine sınırsız bir egemenlik sağlamış, elerine uyma zorunluluğu beklenen sınırlamayı, gerçekleştirmede yetersiz kalmıştır (41).

İslâm Hukuku ilkelerine göre kamu hizmetlerini yürüten memurlar ile Devlet yani Hükümdar arasındaki iliş-

(33) Esen, B.N.: *Türk Anayasa Hukuku*, B.2, Ankara 1971, sh.32.

(34) Aldıkaçtı, O.: *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, B.4, İstanbul 1982, sh.31; Üçok, C.-Humcu, A.: *Türk Hukuk Tarihi*, B.3, Ankara 1982, sh.209.

(35) Üçok, C.-Humcu, A.: *age.*, sh.209.

(36) Esen, B.N.: *age.*, sh.32.

(37) Aldıkaçtı, O.: *age.*, sh.31. IV. Murat'ın kadehi eline aldığı içki yasağını, içip bırakırken de yasağı yeniden koyduğunu söylemesi; diğerleri için kesin ve uyulması zorunlu olan buyrukların hükümdar tarafından dilediği zaman değiştirilebileceğinin kanıtıdır. Özay, İ.H.: *Devlet, İdarî Rejim, Yargısal Korunma*, İstanbul 1985, sh.8.

(38) Aldıkaçtı, O.: *age.*, sh.31.

(39) Üçok, C.-Humcu, A.: *age.*, sh.217; Tanilli, S.: *Devlet ve Demokrasi*, B.3, İstanbul 1982, sh.78.

(40) Aldıkaçtı, O.: *age.*, sh.33.

(41) Osmanlı hükümdarlarının cuma selâmlığına gitmek için saraydan çıkışlarında uyrukların "nağrur olma padişahım senden büyük Allah var" sözü, bu gücün sadece ilâhî bir gözetim altında olabileceğine bir işaretse de, İslâm'da Allah'ın sınırsız güç ve yetkisine bir benzetmeyle padişahın yetkilerinin sınırsızlığı ve denetimsizliğinin sade bir şekilde anlatımıdır. Özay, İ.H.: *age.*, sh.9.

ki bir çeşit vekâlet ilişkisi olduğundan (42) Devlet, memurunun yani vekilinin hizmetin dışında kalan kişisel fiillerinden sorumlu olmadığı gibi hizmetle ilgili fiillerinden de sorumlu olmaz. Çünkü ya memur kanunun sınırları içinde başka bir deyişle vekâlet sınırları içinde hareket etmiştir veya bu sınırı aşmıştır. Eğer vekâletin sınırları içinde hareket etmişse bu hareketiyle başka birisine zarar vermiş olsa bile bundan sorumlu tutulamaz. Çünkü Islâm Hukukunun kuralları esas alınarak hazırlanmış bulunan(43) Mecelle'ye göre(44) kanun dahilinde ve onun verdiği yetkiye dayanarak yapılan hareketlerden doğan zararlar ödenmez. Eğer memur kanun ve nizamaya uymayan bir takım fiillerde bulunmuşsa bundan da Devlet değil bizzat kendisi sorumlu olur. Çünkü vekâletin sınırlarını aşmıştır. Mecelle'ye göre(45), memur görevini yaptığı sırada başkalarına zarar vermeye yetkili olmadığından vekâletin sınırlarını aşmak suretiyle verdiği zararlardan kendisi sorumlu olur (46).

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Devletin sorumluluğu sonuçta idarenin yargısal sorununa bağlandığından (47), Devlet ya da Hükümdarın faaliyetlerinin yargısal denetiminin, hukuksal açıdan mümkün olmadığı bu dönemde sorumluluktan söz edilemez.

2. Tanzimat Dönemi ve Devletin

Sorumluluğuna Doğru İlk Teşebbüsler

Devletin sorumluluğu fikrinin doğuşu batıda olduğu gibi bizde de hukuk Devleti fikrinin ortaya çıkışıyla ve tekamülüyle ilgilidir.

Bizde hukuka bağlı Devlet düşüncesinin ilk adımı olarak Gülhane Hattı Hümayunu gösterilmektedir(48). Gerçekten de idarenin yargısal denetimi ve Devletin sorumluluğu konusunda ilk girişimlere de bu dönemde rastlamaktayız.

(42) Başgil, A.F.: age., sh.14.

(43) Köprülü, B.: *Medenî Hukuk*, İstanbul 1979, sh.43.

(44) Md. 44 "Cevaz-ı şer'i zamâna münafidir". Berki, A.H.: *Mecelle*, Ankara 1959 sh.15.

(45) Md.58, "Raiyye ya'ni tebe'a üzerine tasarruf maslahata menuttur", Berki, A.H.:age., sh.13.

(46) Başgil, A.F.: age., sh.14.

(47) Giritli, İ.-Akgüner, T.: age., sh.32.

(48) Uçok, C.-Mumcu, A.: age., sh.313; Aldıkaçtı, O.: age., sh.46; Giritli, İ.-Bilgen, P.: *İdare Hukuku Dersleri*, I, İstanbul 1979, sh.30; Gökalp, A.S.: *İptal Davaları, Yüz Yıl Boyunca Danıştay (Kollektif Esere)*, Ankara 1968, sh.469; aksi düşünce Eroğlu, H.: *Bizde Hukuk Devleti fikrinin başlangıcını 1876 Kanunu Esasîyeye dayandırmaktadır*. Eroğlu, H.:age., sh.41.

Gerçi bu dönem, hukuk Devleti ve bunun bir gereği Yargısal denetim açısından pek fazla bir şey getirmemişse de batı hukukuna açılma imkânı hazırlamış olması ve Şuray-ı Devlet'in kuruluşuna dolaylı olarak hizmet etmesi açılarından önemlidir (49). İdarî yargı temellerinin bu dönemde atıldığı söylenebilir (50).

1284 (1868) de, Fransız örneğine göre kurulan Şuray-ı Devlet (51) idarenin yargısal denetimini kurma yönünden yapılan ilk girişimdir (52). 8 Zilhicce 1868 tarihli Şuray-ı Devlet Nizamnamesinin 2. maddesine göre hükümet ile kişiler arasındaki davalara bakmak Danıştayın görevleri arasında sayılmıştır (53). Diğer taraftan Şuray-ı Devlet, bir uyumsuzluk mercii olup; adli yargıyla idarî yargı arasındaki görev ve yetki uyumsuzluklarını çözer (54).

Şuray-ı Devlet'in yargı yetkisi de diğer yetkilerinin tâbi olduğu kayıtlara bağlı olup tutuk adalet sistemi hakimdi (55). Yani yargı görevi dolayısıyla verdiği kararların, hükümlerin kendiliğinden icra kabiliyeti bulunmayıp, sadrazamın onayı, padişahın iradesiyle yürürlüğe giriyordu (56).

1870'te çıkarılan Şuray-ı Devlet Nizamnamesi ile aynı esaslar tekrarlanmıştır. 1881 tarihinde çıkarılan idare-i Umumiye-i Vilâyet Nizamnamesi ile idarî yargı yetkisinin genişletildiğini, "Meclisi Idare-i Vilayet"e yargı yetkisi tanındığını ve kararlarının onaya tabi olmadığını görmekteyiz (57). Ancak Şuray-ı Devlet'in yargısal görev

(49) Eroğlu, H.: age., sh.364.

(50) Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetmelik Yargı*, sh.15; Gökalp, A.S.: age., sh.469; Giritli, İ.-Akgüner, T.: age., sh.35.

(51) Şuray-ı Devlet'in tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Görelî, İ.H.: *Devlet Şurası*, age., sh.35. Ankara 1953; Özdeş, O.: *Danıştay'ın Tarihçesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Kollektif Eser), sh.226-439; Gökalp, A.S.: age., sh.441-480; Aral, R.: *Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi, Yüzyıl Boyunca Danıştay*, (Kollektif Eser), sh.226-439.

(52) Balta, T.B.: age., sh.226.

(53) 1868 tarihli Şuray-ı Devlet Nizamnamesi, m.2, Görelî, İ.H.: age., sh.9.

(54) Görelî, İ.H.: age., sh.12.

(55) Balta, T.B.: age., sh.226; Özkol, A.: *Uyumsuzluk Mahkemesi Kararları Açısından Yargının Görev Alanı*, Tez, Ankara 1970, sh.8; Sencer, M.: *Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat Sonrası Siyasal ve Yönetmelik Gelişmeler*, *Ann.İd.Der.*, 1984, C.XVII, S.3, sh.50; Giritli, İ.-Bilgen, P.: *İdarî Kaza*, sh.8.

(56) Şuray-ı Devlet Nizamnamesi Dahilisi, m.8, Görelî, İ.H.: age., sh.20.

(57) İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi, m.78, Görelî, İ.H.: age., s.20. Bu durumu bazı yazarlar Türkiye'de en aşırı bir idarî rejimi kurulması şeklinde değerlendirmektedirler. Bk., Derbil, S.: *İdare Hukuku*, C.I, B.5, Ankara 1959, sh.158; Özdemir, N.: age., sh.17.

yapan dairesinin Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ye bağlanmasıyla sistem işlemez bir duruma gelmiştir (58).

Şuray-ı Devletin kurulması, Devletin sorumluluğuna doğru atılmış bir adımsa da dikkate değer bir değişiklik oluşturamamıştır. Bunun en büyük sebeplerinden birisi kuşkusuz "...yeni" alınmasına rağmen "eski" nin atılamaması bu ikisinin hep yanyana yürütülmesi, batı hukuk kurumlarına kapıların aralanmasına rağmen eski hukuk sistemiyle de sıkı sıkıya bağlı kalınmasıdır. Esasen bu durum Tanzimat döneminin karakteristik bir özelliğidir. Yani ileriye doğru bir yöneliş olmasına rağmen geri ile bağlar koparılmak istenmemektedir (59). Doğal olarak böyle bir dönem de siyasi Devlete idarî yargı görevinin verilmesi Gözübüyük'ün de belirttiği üzere (60) bir özentiden öteye gidememiştir.

3. Meşrutiyet Dönemi ve İdarî Yargıya Giden Yolun Kapatılması

Şuray-ı Devletin kurulması ile Devletin Sorumluluğu konusunda bazı gelişmelerin olacağı beklendiyse de gelişmeler bu yönde olmamıştır. 1876 Kanunî Esasisi (7 Zilhicce 1293) hükümet ile şahıslar arasındaki davaların adli yargıya ait olacağı hükmü ile (61) tanzimat döneminde idarî yargıya doğru açılan yolu kapayarak "idarî yargı sisteminin raftan kaldırılmasına" yol açmıştır (62).

Bu madde bazı yazarlarca uygulamada idare ile şahıslar arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan davaların adli yargıya, idareyle şahıslar arasındaki idare hukuku ilişkilerinden doğan davaların idarî yargıya ait olduğu, başka bir deyişle idarenin herhangi bir kişi gibi hareket ettiği hallerde uyumsuzluğun adli yargıya, idarenin kamu gücünü kullandığı hallerde uyumsuzluğun Şuray-ı Devlete ait olduğu şeklinde yorumlandığı ve ayrıca 1879 tarihli nizamnamenin de bu uygulamayı teyit eder görüldüğü ileri sürülmüştür (63).

(58) Özkol, A.: agt., sh.8.

(59) Kapanı, M.: age., sh. 95; Sencer, M.: agn., sh.47.

(60) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.15.

(61) 1876 Kanunî Esasisi, m.85. Tanilli, S.: *Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 1980, sh.14.

(62) Özkol, A.: agt., s.9; aynı yönde Duran, L.: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, sh.19.

(63) Onar, S.S.: age., C.I, sh.89; Sarıca, R.: *İdarî Kaza*, İstanbul 1942, sh.283; Giritli, İ.-

Bazı yazarlar ise (64) Anayasanın bu hükmüyle idarî yargıya son vermekle beraber bundan amacın yargısal denetimin adli yargıda tutuk adalet yönteminin bulunmaması nedeniyle daha etkili bir şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir.

7 Eylül 1302 (1886) de 1286 tarihli Şuray-ı Devlet Nizamnamesi Dahilisi'nin 3. maddesinde yapılan tadilatla memurların yargılanmalarına Şuray-ı Devletin Muhakemet Dairesince bakılacağı kabul edilmiş, ayrıca adalet mahkemeleri ile idare mahkemeleri arasında çıkan merciî uyuşmazlıklarının halli Şuray-ı Devletten alınarak Encümeni İhtilaf adıyla yeni kurulan bir heyete verildi (65). Böylece Şuray-ı Devlet bu tarihten itibaren sadece bir danışma meclisi ve münhasıran memur yargılama merciî haline gelmiştir (66). Diğer bir deyişle idarî yargı görev ve yetkisi hemen hemen hiçe indirilmiştir.

II. Meşrutiyet döneminde de idarî yargı açısından Şuray-ı Devletin yapısında önemli bir değişiklik göze çarpmamaktadır.

1913'te Şuray-ı Devletin, memurları yargılayan daireleri kaldırılarak, bu görev adliye mahkemelerine verilmiştir. Böylece Şuray-ı Devletin yargı işlevi sona ermiştir.

1922'de ise Millî Hükümetin kuruluşuyla, bütün imparatorluk kurumları gibi Şuray-ı Devletin de varlığına son verilmiştir.

Özetle, fert hak ve özgürlüklerinin anayasa metninden öte gidemediği bu dönemde de (67) yargısal denetim konusunda kayda değer bir gelişme kaydedilmemiştir.

4. Cumhuriyet Dönemi : Çağdaş Anlamda Sorumluluğa Doğru

a) 1924 Anayasası Dönemi:

1339 (1923) yılında Danıştay'ın yeniden kurulması için hazırlanan kanun tasarısı 20 Ağustos 1339 (1923) te

Bilgen, P.: İdarî Kaza, sh. 7.

(64) Derbil, S.: age., sh. 185.

(65) Görelî, I.H.: age., sh.27.

(66) Üçok, C.-Mumcu, A.: age., sh.325; Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1942, sh.284.

(67) Aldıkaçtı, O.: age., sh.75.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur (68). Ancak bu tasarının kanunlaşmasından evvel 1924 Anayasasının yürürlüğe girdiğini görmekteyiz. Anayasanın 51. maddesinde idarî dava ve uyuşmazlıkları çözmek üzere bir Şuray-ı Devlet kurulacağından söz edilmektedir (69). İşte Anayasa'nın bu hükmüne dayanılarak Danıştay'ın yeniden kurulması için hazırlanan yukarıdaki tasarı, 7 Aralık 1341 (1925) tarihinde 669 Sayılı Şuray-ı Devlet Kanunu adıyla yayınlanmıştır. Ancak 6 Temmuz 1927 tarihinde fiilen çalışmaya başlamıştır (70). Böylece idarî yargı sistemi uygulamaya geçmiş oldu (71).

Kanun 15. maddesinde Danıştay'ın idarî davalara bakacağı ve bunları karara bağlayacağını belirtmektedir. Ancak, zamanla ihtiyaçlara cevap vermede yetersiz kalan kanun, 21 Temmuz 1931 tarihli ve 1859 Sayılı kanunla tadil edilmiş ve 3546 sayılı kanunun çıkarılmasına kadar (1938) yürürlükte kalmıştır.

3546 Sayılı kanun da, daha sonra 1946 tarihli 4904 sayılı kanunla, 1959 tarihinde çıkarılan 7354 sayılı kanunla ve ayrıca 1960 yılında çıkarılan 20 ve 85 sayılı kanunlarla bazı değişikliklere uğramıştır.

Kanaatımızca Danıştay Kanununun böyle sık sık değişimi, idarî yargının gelişmesi sonucu olarak Danıştay'ın görevlerinin artmasına bağlanabilirse de kuşkusuz en büyük sebebi, hukuk Devleti düşüncesinin çağdaş içeriğiyle gün geçtikçe zihinlerde yer etmesi ve bunu tam ve gerçek anlamda gerçekleştirme istek ve çabalarında aramak gerekir.

Böylece Cumhuriyete kadar devam eden Devletin sorumsuzluğu kuralından 1927 yılından itibaren Danıştay'ın çalışmaya başlaması ve idare aleyhine açılan tazminat davalarına bakmasıyla uzaklaşıldığını (72) ve her geçengün çağdaş bir içeriğe kavuştuğunu görmekteyiz. Bu dönemde, özellikle 3546 sayılı kanun döneminde hizmet kusuruna dayalı tazminat davalarına sık sık rastlanmaktadır.

(68) Özdeş, O.: Danıştay'ın Tarihçesi, sh.81.

(69) 1924 Teşkilat-ı Esasîye Kanunu, m.51. Kuzu, B.: *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 1988, sh.298.

(70) Görelli, İ.H.: age., sh.47; Özdeş, O.: Danıştay'ın Tarihçesi, sh.95.

(71) Balta, T.B.: age., sh. 230; Özkol, A.: agt., sh.9.

(72) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.227.

Danıştay, önceleri idare aleyhine açılan tazminat davalarını kanunda hüküm bulunmaması halinde reddetmiştir. Örneğin, 12.11.1946 tarihinde "...davacı olağanüstü zamanlarda uygulanan Milli Korunma Kanununun verdiği yetkiye istinaden Ticaret Bakanlığınca çıktığı fiyatlarının tespitine dair verilen karar sebebiyle zarar etmiş olduğunu ileri sürerek tazminat isteminde bulunmuştur.

Danıştay 6. Dairesi davalı Bakanlıkça alınan kararın kanun ve yönetmelikle kendisine verilen yetkiye müstenit olduğunu, fazla kazanç temini maksadıyla elinde mal bulunduran ticarî müesseselerin kamu yararına alınan kararlar yüzünden maruz kalınan zararları istemeye hakları olmadığını, Milli Korunma Kanununun da hangi müdahaleler sebebiyle meydana gelecek zararların ödeneceği belirtilmiş olduğu ve davaya sebep olan müdahaleden doğan zararların ödeneceğine dair kanunda hüküm mevcut olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir(73). Ancak bu tutumunu 27.12.1946 gün ve 46/736 sayılı kararıyla değiştirmiş(74) bulunmasına rağmen çoğu zaman ağır kusuru aradığını görmekteyiz.

Danıştay'ın uzun süre idare aleyhine açılan tazminat davalarında ağır kusuru ataması, idarenin sorumluluk sınırının daralmasına ve idarî yargıda dava açma süresinin kısa olması sebebiyle idarî eylem ve işlemlerden zarar görenlerin adli yargıya başvurmalarına neden olmuştur. Ayrıca bu durumu Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatlarındaki karsızlık, zaman zaman özel hukuk kurallarını uygulama eğilimi göstermesi de etkilemiştir" (75).

b) 1961 Anayasası ve sorumluluğun **anayasal bir kural halini alışı:**

Danıştay, 1961 Anayasasının yürürlüğe girişine kadar idarenin sorumluluğunu kabul ederek bu yolla kararlar vermişse de 1961 Anayasasına kadar sorumluluk anayasal bir kural niteliğinde değildir. Danıştay sorumluluk için içtihatlarla ortaya çıkan hizmet kusurunu arıyor, kusursuz sorumluluk esasına henüz yaklaşmıyordu. Oysa Fransız Da-

(73) Başpınar, R.: *Tam Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Kollektif Eser), sh.497; tazminat talebinin kanunda hüküm bulunmaması sebebiyle reddine ilişkin başka bir örnek için bk. Dns.5. D.16.8.1945 gün, 45/1410 sayılı kararı, Başpınar, R.: *age.*, sh.497.

(74) Bk., Başpınar, R.: *age.*, sh.498.

(75) Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetmelik Yargı*, sh.227.

nıştayı bu esası uzun zamandan beri uygulamaktaydı. Diğer taraftan 2. Dünya Savaşından sonra yürürlüğe giren Anayasalara baktığımızda idarenin hukukî sorumluluğuna yer verdiklerini görmekteyiz (76).

1924 Anayasası'nın hukuk Devletinin gerçekleştirilmesi açısından eksiklikleri, ihtiyacı karşılamaktan uzak bulunan bazı yönleri ve uygulamada doğurduğu güçlükler üzerinde, 1954'lerden itibaren durulmuş ve bunların giderilerek tekrar meydan verilmemesini sağlayıcı tedbirlerin alınması üzerinde durulmuştur (77).

Bu durum yeni Anayasanın hazırlanmasında da etkili olmuş ve Anayasanın hazırlanmasında temel amaç demokratik bir hukuk Devletini gerçekleştirme fikri olmuştur (78). Nitekim bunu Anayasanın başlangıç kısmında da açıkça görmekteyiz (79). Dolayısıyla Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak saydığı hukuk devletini gerçekleştirmeyi mümkün kılacak bir düzenlemeye gitmiştir. Bu anlamda, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme, yargı organlarını idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu açıklamış (madde 8), idarenin hukuka bağlılığını sağlamak üzere 8. maddenin yanısıra 114. madde ile idarenin eylem ve işlemlerini yargı denetimine tutmuş, yargı denetimini de bağımsız mahkemelere tanımıştır. 140. madde ile Danıştay'ı yüksek mahkemeler arasında zikrederek görev ve yetkilerini belirlemiştir.

114. maddenin son fıkrasında yer alan "idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür"

(76) Örneğin 1948 İtalyan Anayasası'nın 28. m.si, 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'nın 34. m.si.

(77) Okandan, R.G.: age., sh.441.

(78) Okandan, R.G.: age., sh.441.

(79) Türk Milleti tarafından "... insan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk Devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için ... kabul ve ilân ..." olduğu 5. fıkrada dile getirilmiştir. Gözübüyük, A.Ş.: *Türk Anayasa Metinleri*, B. 2, Ankara 1982, sh.146.

hükmüyle, idarenin sorumluluğunu çağdaş anlamda anayasal bir kural olarak tespit etmiştir.

Anayasanın geçici 7. maddesindeki emre uyularak 159. maddede belirtilen kanun 24.12.1964 gün ve 521 Sayılı Danıştay Kanunu olarak çıkarılmıştır. Kanunun 30. maddesiyle "İdari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları" idarî dava türleri arasında sayılmıştır.

Böylece ilk olarak, Türk Hukukunda devletin kişilere karşı verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu hiç bir şüphe ve tereddüte yer bırakmayacak biçimde pozitif bir hukuk kuralı olarak Anayasa kuralına bağlanmıştır (80).

Anayasamıza bu hükümlerin girmesinden sonra sorumluluğu o zamana kadar sadece hizmet kusuru esasına dayandıran Danıştay'ın bu tarihten itibaren kusursuz sorumluluk ilkesine doğru yöneldiğini de görmekteyiz. Ancak, bu durumun Danıştay kararlarına yansımaları biraz gecikmiş olup bir süre daha hizmet kusurunu esas alıp kusurun olmadığı olaylarda tazminat taleplerini reddetmiştir (81).

Kusursuz sorumluluğun ilk uygulaması olarak, Dava Daireleri Genel Kurulunun 16.2.1962 gün ve 62/108 sayılı kararına rastlanmaktadır (82). Danıştay kanununda

(80) Özdemir, N.: agt., sh.19..

(81) Yenice, K.-Esin, Y.: *İdarî Yargılama Usulü*, Ankara 1983, sh.83.

(82) Söz konusu olayda kurul şu kararı vermiştir. "Dava, Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki Ordu Caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi üzerine davacıya ait apartman kapısının yol seviyesine nazaran aşağıya düşmüş ve zemin katının kısmen bodrum katına inkılâb etmiş olması sebepleriyle maruz kaldığı 75.000 liralık zararın risk (risque) esasına göre tazmin edilmesi dileğinden ibarettir. Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun genel esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler topluluğunun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar, topluluğun nef'ine katlanmış bir fedakarlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telâfi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır. Hadisede Ordu Caddesinin yükseltilmesi neticesinde davacıya ait apartmanın değerinde bir artış olmak makla beraber aynı binanın değerinde bir düşme de husule geldiği ve ayrıca apartmanın kapısının yeniden tanzim edilebilmesi için davacının bir takım masraflara katlanması gerektiği bilirkişi tetkikatından anlaşılmıştır. Bu zararın kıymet artışıyla mahsubu düşünülemez... Öte yandan mezkûr cadde üzerindeki diğer gayrimenkuller meyanında aynı bayındırlık işi dolayısıyla kıymetleri artan fakat hiçbir zarar görmeyenler bulunabileceği gözönünde tutulursa zararın mahsubu yoluna gidildiği takdirde davacının bu kabil gayrimenkul sahiplerine nazaran mağdur bir duruma düşmüş olacağını kabul etmek icap eder. Değer artışıyla zararın mahsubu bu itibarla varid olmayacağına ve zararın bayındırlık işinin ifasından ileri geldiği ve devamlı ve istisnai bir mahiyet taşıdığı zâhir bulunmasına binaen yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu zararın idarece tanzim edilmesi tabiidir." Başpınar, R.: age., sh.500'den naklen.

yürürlüğe girmesinden itibaren kusursuz sorumluluk ilkesinin geniş bir biçimde uygulanmasını görmekteyiz. Böylece idarenin sorumluluğu bütün çağdaş yönleriyle hukukumuzda girmiş ve uygulamaya yansımıştır.

Danıştay, bir yandan ülkemizin içinde bulunduğu şartları, diğer taraftan kamu hizmetlerinin gereklerini gözönünde bulundurarak, idarî sorumluluk alanında çatışan karşıt çıkarları (ki bunlar kamu yararı ile kişisel çıkarlardır) bağdaştırmaya çalışmış ve bu görevi titiz bir şekilde yerine getirme gayreti içinde görünmüştür (83).

c) 1982 Anayasası ve bugünkü durum:

1961 Anayasasının Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak saydığı hukuk Devleti ilkesi, 1982 Anayasasında da ifadesini bulmuştur. Dolayısıyla idarenin yargısal denetimini sağlayıcı hükümler aynen bu Anayasa da tekrarlanmıştır.

1961 Anayasasının 114.maddesinin ilk fıkrası 1971'de geçirdiği değişiklik sonucu idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır biçimini almış ve bu hüküm 1982 Anayasasının 125. maddesinde tekrarlanmıştır. 155. madde ile Danıştay yine bağımsız bir yüksek mahkeme durumundadır. Böylece yeni dönemin bu hükümleri, 1961 Anayasasından sonra sorumluluk yönünde başlayan gelişmelerin korunduğunu göstermektedir.

1982 Anayasasının 125/1, maddesi ilk bakışta 1961 Anayasasının 1971 değişikliğinden önceki şekline göre daha az kuvvetli olduğu düşünülebilirse de aslında aralarında pek anlam farkı yoktur.

İdarenin sorumluluğu, 1982 Anayasasında da 1961 Anayasasında olduğu gibi anayasal bir hüküm altına alınmıştır.

1982 yılında gerçekleştirilen idarî yargı reformuyla, idare ve Bölge İdare Mahkemeleri kurularak yeni bir düzenlemeye gidilmiş ve 2575 Sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanun ile 2577 sayılı Yargılama Usulü Kanunu çıkarılmıştır.

(83) Yenice, K.: - Esin, Y.: age., sh.83.

2577 sayılı Kanun, 2. maddesinde "idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak ... davalar"a ayrı bir idari dava türü olarak yer vermiştir.

Bugün idarenin sorumluluğunun çağdaş bir içeriğe kavuştuğu rahatlıkla söylenebilir.

III. MUKAYESELİ HUKUKTA İDARENİN SORUMLULUĞU

A. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda idare önceleri, ancak kamu personelinin hukuka uygun ve görev sınırları içerisinde kalan tasarruflarının sebep olduğu zararlardan sorumluydu. Eğer kamu personeli yetki sınırını aşarak kişilere zarar vermişse, bu zararlar için şahsen ve özel hukuk kurallarına göre, sorumlu tutulmaktaydı. Bunun için ise idari makamlar tarafından kamu personelinin yetkisi dışına çıkıp çıkmadığı önceden tespit edilmesi gerekiyordu.

Kamu personelinin eyleminden dolayı ortaya çıkan zararlardan, zarar görenin idareye başvurabilmesi ilk defa 1809 tarihli Prusya Kanununda ve daha sonra 1910 tarihli Alman Memurlar Kanununda ifadesini bulmuştur (84). Ancak bu sorumluluk, kamu personelinin vermiş olduğu zararlardan yetki sınırları içinde ve görevini ihlâl suretiyle sebep olduğu zararlara münhasırdı (85). Başka bir deyişle kamu gücünün kullanılması sırasında görevini ihlâl suretiyle ve diğer zararlardan, zarar görene karşı Alman Medeni Kanunu 839 ve Memurlar Kanunu uygulanacak ve zararlardan da idare sorumlu olacaktı. Görevi içinde fakat kamu gücünü kullanmadan yaptığı hukukî tasarruflardan, yani özel hukuk alanına giren işlemlerden ortaya çıkan zararlardan kamu personeli şahsen sorumlu olacaktı. 1919 tarihli Weimer Anayasası 131. maddesi ile bu duruma Anayasal bir nitelik verilmiştir.

Mahkeme içtihatları 131. maddeyi zarar gören lehine genişleterek idare ile hukukî ilişkilerinin niteliği ne

(84) Gürsoy, K.T.: İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukukî Sorumluluğunun Ana Hatları, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul 1980, sh.79.

(85) Gürsoy, K.T. ag. teb. sh.80.

olursa olsun, kendisine "kamu gücünün kullanılması" görevi verilmiş olan herkesi sorumluluk yönünden görevli saymıştır (86).

1949 tarihli Bonn Anayasası, 34. madde ile kamu personelinin kusurundan doğan zararların tazmininin idareye ait olduğu kuralını tekrarlamıştır. Kendisine bir kamu görevinin ifası verilen herkesi sorumluluk hukuku bakımından görevli sayarak, bunların eylemlerinden ve işlemlerinden doğan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu kabul edildi. Diğer taraftan Alman Medeni Kanununun 839. maddesinde değişiklik yapılarak "her görev ihlâli halinde" ibaresi yerine "kamu hizmetinin ifasında" ibaresi konuldu. Böylelikle Devlete ait olup özel hukuk alanına giren durumlar 34. maddenin uygulama alanı dışında tutulmuştur.

Gerek Anayasanın 34. maddesi ve gerek Alman Medeni Kanununun 839. maddesine göre idarenin sorumlu tutulabilmesi için kamu personelinin kusuru gerektiğinden çoğu zaman zarara uğrayan, bu şartın ispat edilememesi nedeniyle güçlkle karşılaşmaktaydı. Mahkemeler bu gerçeği görerek zamanla kusursuz sorumluluk hallerine yönelmişlerdir. Mahkemelerin "fedakarlığın paylaşılması talebi" olarak ortaya atıp geliştirdiği bu teorinin esası, 1794 tarihli Prusya Genel Kanunnamesinin 74 ve 75. maddelerine dayandırılmaktadır (87). Bunlardan 75. maddede ferdî bir hak ve menfaatini kamu çıkarı lehine feda etmek zorunda kalanlara Devlet bir tazminat vermek zorundadır denilmektedir (88). Ancak bu tür bir tazminat davası idarenin sadece hukuku uygun tasarruflarından doğan zararlara özgü olup, içtihatlar, idarenin hukuka aykırı hareketinden doğan zararlar bakımından bu tür bir davayı uzun süre kabul etmemişlerdir (89).

Bu duruma 11.4.1933 tarihli Alman Devlet Mahkemesi kararıyla son verilerek içtihatla kabul edilen fedakarlığın tazmini, hukuka aykırılıktan doğan zararlar

(86) Gürsoy, K.T.: ag. teb. sh.80.

(87) Azrak, A.Ü.: Alman İdare Hukukunda Devletin Anne Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti, *İst.Huk.Fak.Mec.*1962, C.XXVIII, S.2, sh.375.

(88) Azrak, A.Ü.: agm., sh.375.

(89) Gürsoy, K.T.: ag. teb. sh.83.

hakkında da uygulanmaya başlanmıştır (90).

Bugün Alman Hukukunda idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu söz konusudur.

Kusur sorumluluğu görev sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Yani Devlet ve diğer tüzel kişilerinin direktif ve nezaretinde kamu hizmetlerini yerine getiren kamu personelinin hizmetin ifası sırasında vermiş oldukları zararlardan Devlet sorumlu olup, Devlet daha sonra kamu personeline rücu edebilir.

Ancak şu hallerde, özel kanunlarla idarenin sorumluluğu yerine kamu görevlisinin sorumluluğu kabul edilmiştir (91).

- *Noterlerin fiilleri*
- *Devlet Memurlarının yabancılarla karşı işlemiş oldukları fiiller*
- *Posta Kanununa göre posta memurlarının fiilleri*
- *Dış politikaya ait tedbirlere teferru eden fiiller*

İdarenin hukuka aykırı olmayan fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluğu genellikle Bonn Anayasasının 14. maddesinde yer alan kamulaştırma ve kişisel haklar üzerine kamu lehine yüklenen külfetlerde kabul edilmektedir.

İdarenin hukuka aykırı fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluğu ise doktrinde hakkaniyet esasıyla, risk terisiyle, tehlike sorumluluğu ilkesiyle, sebepsiz iktisap teorisiyle açıklanmaya çalışılmaktadır (92).

B. İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukukunda idarenin sorumluluğuna özgü bir sistem yoktur. Bazı özel durumlar dışında, idari faaliyetlerin sebep olduğu zararların tazminine, özel hukukun sorumluluğuna ilişkin kuralları uygulanır (93).

Önceleri "The King can do no wrong" (kral hata yapmaz) kuralı mahkemelerce benimsenmiş ve sorumluluk memura yüklenmiştir.

İdarenin her türlü hareketinden doğrudan doğruya

(90) Gürsoy, K.T.: ag. teb. sh. 84.

(91) Azrak, A.Ü.: agm. sh.369.

(92) Azrak, A.Ü.: agm., sh.377-379.

(93) Harlow, C. - Distel, M. (Çev. ve Drl. Candan, T.): İngiltere'de Kamu Gücünün Hukukiliği, Hukuk Dışıılığı ve Sorumluluğu, Fransa'da ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1984, sh.109.

memurun sorumlu tutulması; kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılamayacağı, memurların hareket kabiliyetlerini daraltacağı gözönünde tutularak, mahkemeler, memurların sorumluluğunu daraltma yoluna gitmişlerdir (94).

Fransa'dakinin tersine Anglo-Amerikan Hukukunda idarenin sorumluluğunun tanınması ve kabul edilmesi için mahkemeler pek fazla gayret göstermemişlerdir. İdarenin sorumluluğu alanında büyük yük yasama organına düşmüştür(95).

Yasama Organı, 1947 yılında çıkarmış olduğu "Crown Proceedings Act" ile, artık "King can do no wrong" ilkesinden kaynaklanan bir dokunulmazlıktan yararlanan Taç ve kamu kuruluşlarına karşı dava açılabilmeye başlanmıştır (96). Böylece "kral hata yapmaz" ilkesinden yavaş yavaş uzaklaşarak, idarenin sorumluluğu kabul edilmeye başlanmıştır.

İngiltere'de bazı faaliyetlerin zararlı sonuçları özel bir rejime tabi kılınmıştır. Elektrik ve gaz dağıtımı gibi bazı kamu hizmetleri hemen hemen tam bir sorumsuzluktan faydalanmaktadır (97). Diğer taraftan bazı faaliyetlerde kusursuz sorumluluk söz konusudur. 1965 tarihli Nükleer Tesisler Kanununun (Nuclear Installations Act 1965) hükümleri, nükleer kaynakların sebep olduğu kazalar dolayısıyla bir kusursuz sorumluluk rejimi öngörmüştür. Aynı şekilde 1973 tarihli Arazi Tazminatı Kanunu (Land Compensation Act) da, kusursuz sorumluluğa yer vermektedir (98). İngiltere'de eğer bir faaliyet yasaca yapılmasına izin verilmiş bir faaliyetse başka bir deyişle hukuka uygun bir faaliyetse faaliyetin neden olduğu zararlardan idare sorumlu tutulamaz. Ancak, zarar, idareye verilen yetkinin kaçınılmaz bir sonucu doğmuşsa bu durumlarda sorumsuzluktan söz edilemez (99).

C. Avrupa Topluluğu Hukukunda

Avrupa Topluluğu Hukukunda, Toplulukların organ ya

(94) Gözübüyük, A.Ş.: Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Murakabesi, sh. 96.

(95) Gözübüyük, A.Ş.: Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Murakabesi, sh.105.

(96) Harlow, C.-Distel, M.:age., sh.130, dn.76.

(97) Harlow, C.-Distel, M.:age., sh.122.

(98) Harlow, C.-Distel, M.:age., sh.123.

(99) Harlow, C.-Distel, M.: age., sh.124.

da personelinin görevlerini yerine getirirken verdikleri zararlardan sorumluluk esasını benimsenmiştir.

Topluluk Hukukunda böyle bir sorumluluk esasının kabulü, "...toplulukların yasama ve idare görevlerini yerine getirirken çok kritik ve duyarlı bir alan olan iktisadî ve sosyal alanda etkin bir müdahaleyi içeren faaliyetler yapmak zorunda olması ve bu tür faaliyetlerin bütün dikkat ve özene karşın genede üçüncü kişilere zarar verme olasılığının hayli yüksek olması karşısında olağanüstü bir önem taşımaktadır."(100).

Topluluk Hukukunda sorumluluk hükümleri, bir taraftan üye devletlerin idarî sorumluluk sistemlerinden bağımsız bir sistem olarak belirirken, diğer taraftan ise Avrupa Ekonomik Topluluğu andlaşmasının 215. maddesinin üye devletlerin idarî sorumluluk kurallarınayapmış olduğu atıf dolayısıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu içerisinde bağımsız bir idarî sorumluluk sisteminin bulunmadığı izlenimini vermektedir (101).

Paris Andlaşması'nın 34. maddesinde sorumluluğun şartları şu şekilde gösterilmiştir:

- *Topluluk idaresinin bir karar ya da bir tavsiyesinin olması,*

- *Bu işlemlerin bir iptal hükmüyle sakatlığının tespit edilmiş olması,*

- *İşlemlerin bir zarara sebebiyet vermiş olması,*

Böylece maddeye göre ancak Komisyon'un karar ve tavsiye türündeki işlemlerinden doğan zararların tazmini düzenlenmiş olup, komisyonun hareketsizliğinden doğan zararların tazmini öngörülmemiştir. Diğer taraftan Topluluklar Konseyi'nin işlemlerinin uygulanmasından doğan zararlar bu düzenlemenin dışında bırakılmıştır.

Topluluk Hukukunda kusursuz sorumluluğa yer verilmemiştir. Çünkü zarar doğuran işlemin, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından daha önce hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmiş olması gerekir (102).

Andlaşmanın 34. maddesine göre yukarıda açıklamış

(100) Azrak, A.Ü.: *Avrupa Topluluklarında İdarî Yargının Genel Esasları*, İstanbul 1982, sh.70.

(101) Azrak, A.Ü.: *age.*, sh.71.

(102) Azrak, A.Ü.: *age.*, sh.71.

olduğumuz esaslar dahilinde Topluluk, (idare) ilgilinin zararını tazmin etmek zorunda olup, bunu yapmadığı takdirde, ilgili, yargı yoluna başvurabilir.

Paris Andlaşmasının 40. maddesi ise, 34. madde hükmü saklı tutulmak şartıyla andlaşmanın uygulanışı sırasında Topluluk İdaresinin hizmet kusuru nedeniyle zarar verdiği kişilerin yargı yoluna başvurarak zararlarının tazminini talep edebileceklerini ifade etmektedir. Yine bu maddede Topluluk memur ve müstahdemlerinin görevlerini yerine getirdiği sırada üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlarından, Topluluk İdaresinin sorumlu olduğunu ve Topluluğun zararı veren memur ve müstahdeme rücu hakkının saklı olduğu belirtilmektedir.

Roma Andlaşmaları ise (Avrupa Ekonomik Topluluğu - A. madde 215/2; Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu - A. madde 188/2) Topluluk organları veya personelinin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere vermiş oldukları zararların nasıl tazmin edileceği konusunda üye devletlerin hukukuna atıf yapmaktadır. Böylece üye devletlerin bu konudaki genel hukuk kurallarına göre sorumluluk belirlenecektir. Genel hukuk kuralları ise üye devletlerin hepsinde ortak olan kurallardır (103).

IV. İDARİ SORUMLULUK ESASLARI

A. Kusura Dayalı Sorumluluk

İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluk ilkesine geçildiğinde sorumluluğun aslı kaynağı kusur olmuştur. Bunun başlıca nedenlerinden biri ve en önemlisi kuşkusuz, idare hukukunun yakın zamanlara kadar özel hukukun etkisi altında gelişmesi ve idarî sorumluluk sebeplerini kusur kavramına yer vermek suretiyle oluşturmak durumunda kalmasıdır (104).

XIX. yüzyılın ilk yarısında başlayan, Devlet faaliyetlerinin medenî hukuk kurallarına göre sorumlu tutulması fikri, bu yüzyılın ikinci yarısından itibaren özel hukuk kurallarının Devlet fonksiyonlarına, kamu hizmetlerine uygulanmasında arzettiği güçlükler nedeniyle

(103) Azrak, A.Ü.:age., sh.73.

(104) Duran, L.:Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, sh.24.

yetersizliği ortaya çıkararak yavaş yavaş terkedilmiş ve Devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumluluğu yönünde ilkeler aranmaya başlanmıştır (105).

Böylece bu zorunluluğun sonucu olarak hizmet kusuru adıyla bir teori ortaya atılmıştır. Bunda ise yine Roma Hukukundan bu yana özel hukuk sorumluluğunun kaynağı olan kusur fikrinden yararlanılmıştır.

Özel Hukuk sorumluluğunun temelini teşkil eden kusur ilkesine göre kusur, sorumluluğun aslı şartı olup, kusur yoksa sorumlulukta yoktur (106). Kusurun olmadığı fiil ve hareketler kimsenin sorumluluğunu gerektirmez; bu gibi fiiller tesadüf, mukadderat gibi metafizik kavramlara izâfe olunurlar (107).

Ancak, belirtelim ki idare hukukunun kendine has, bağımsız, orjinal bir kavramı olan hizmet kusuru (108), özelliklerini kamu hukuku ilke ve kurallarından alan bir teoridir (109). Bu itibarla, idarenin sorumluluğunu gerektiren kusur ile, özel hukuktaki kusur kavramı arasında esaslı farklar vardır (110).

Bir kere, idarenin sorumluluğunda aranan kusur, hizmetin kuruluşunda veya işleyişinde aranan ve bizatîhi idare hukuku alanına giren, dolayısıyla özel hukuk esaslarına göre değil, idare hukuku esaslarına göre mütalâa olunması gereken bir kusurdur (111). Hizmet kusurundaki kusur, özel hukuktaki kusurdan daha doğrusu haksız fiillerden ayrı ve bağımsız; anlamı, içeriği, sınırı ve kapsamı tamamen idare hukuku tarafından belirlenmesi gereken kusurdur (112).

Diğer taraftan idarenin sorumluluğunu gerektiren kusur objektif bir durum arzederken özel hukuktaki kusur kişiye bağlı, subjektif bir kusurdur. Bu nedenle de gerçek

(105) Esin, Y.: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, İkinci Kitap, Esas, Ankara 1973, sh.17.

(106) Feyzioğlu, F.N.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.I, B.2, İstanbul 1979, sh.460; Tunçoğlu, K.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.I, B.5, İstanbul 1972, sh. 271; İmre, Z.: *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, *İst.Huk.Fak.Mec.*, 1948, C.XIV, S.3-4, sh.1491.

(107) İmre, Z.: *agm.*, sh.1491-1492.

(108) Onar, S.S.: *age.*, C.III, sh.1695; Sarıca, R.: *Hizmet Kusur ve Karakterleri*, *İst.Huk.Fak.Mec.*, C.XV.S.4 sh.859

(109) Özdemir, N.: *agt.*, sh.43.

(110) Duran, L.: *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, sh.24; Esin, Y.: *age.*, sh.27.

(111) Özdemir, N.: *agt.*, sh.43.

(112) Sarıca, R.: *agm.*, sh.860.

kişilerin haksız filleri için aranan kast, ihmal, tedbir sızlık, dikkatsizlik gibi subjektif unsurlara bakılmaksızın, idarî mevzuat, hizmet ve durumun gerekleri, idarî teamüller gibi tamamen objektif durumlar gözönüne alınır (113). Başka bir deyişle idarenin sorumluluğunda aranan kusur, hizmeti yürüten kamu personelinin şahsıyla ilgili bir kusur olmayıp, hizmetin içinde, kuruluş ve işleyişinde aranılan kusurdur.

Böylece kusur kavramı idarenin sorumluluğunda tamamen değişik bir anlama gelmekte olup, şümulü ve içeriği idare hukukuna göre belirlenen, şahıslar dışında kalan ve hizmetin kuruluş ve işleyişi gibi dış dünyaya tekabül eden objektif ve bağımsız bir nitelik taşımaktadır (114).

İdarenin kusura dayalı sorumluluğunda idarenin bir kusuruna ihtiyaç vardır. Hizmetin kuruluş ve işleyişinden doğan kusur, idarenin sorumluluğunun bir şartını oluşturur. Bu nedenle de idareye bir kusurun atfolunamaya-acağı hallerde idarenin kusura dayalı sorumluluğu cihetine gidilemez. Yâni kusur, özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da temel, aslî bir sorumluluk sebebidir (115).

B. Kusursuz Sorumluluk

1. Ortaya Çıkışı ve Doğuran Sebepler

Kusur ilkesi XVIII. yüzyılın sonuna kadar özel hukukta, XX. yüzyıl başlarına kadarsa idare hukukunda sorumluluğun tek kaynağı olmuştur.

Kusur ilkesi XVIII. yüzyılın sonlarına doğru şiddetli bir şekilde eleştirilmeye başlanmış ve hiç bir kusur yoksa zararın niçin mağdura yükleneceği sorusu gündeme gelmiştir. Kişinin kusurlu olsun olmasın yaptığı kötülüğü tamir etmesi gerektiği, kusur olmadan bir kimsenin fiiliyle diğerinin zarar görmesi halinde bunu mukadderat, talih gibi metafizik kavramlara atfederek, mağdurun omuzlarına yüklemenin, ne mantikî ne de hukukî bir yönü bulunmadığı; bütün hallerde fiilin, mağdurdan ziyade faile ait olduğu gerekçeleriyle tartışılmıştır (116).

(113) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.24.

(114) Özdemir, N.: agt., sh.44; Eroğlu, H.: age., sh.489.

(115) Özdemir, N.: agt., sh.21; Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.242.

(116) İmre, Z.: agn., sh.1514-1515; Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, B.2, Ankara 1988, sh.9.

Böylece sonuçta kusur yoksa sorumluluğun olamayacağı şeklindeki klâsik kusur görüşü yıkılarak, kusur olmasa da sorumluluğun doğabileceği görüşü egemen olmaya başlamış ve kusursuz sorumluluk esasları ortaya atılmıştır.

Kusursuz sorumluluğu doğuran sebepleri şu şekilde açıklamak mümkündür:

a) Sınai ve teknik ilerlemeler:

XVIII ve XIX. yüzyıldaki büyük çapta sanayileşme hareketi, beraberinde büyük fabrikaları, yeni keşifleri doğurmuş, üretim ve taşıt araçları makinalaşmış, yeni enerji kaynakları bulunmuş, insanlar büyük ölçüde fazla nüfuslu şehirlerde toplanmıştır. Bütün bunlar ise modern yaşamda zarar ihtimallerini arttırmıştır (117). Teknik ilerleme ve ona bağlı olan tehlikelerin artması karşısında kusur sorumluluğu zarara uğrayanların haklarını korumada eşverişsiz bir duruma gelmiş, adaleti gerçekleştirmek bakımından yetersiz kalmıştır (118). Teknik ilerlemenin zararlı sonuçlarının zarara uğrayanların omuzlarına yüklenmesi âdil olmayan bir durumu ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle de tehlikeli faaliyet ve teşebbüslerden faydalananların, bu faaliyet ve teşebbüslerin sebep olduğu zararları yüklenmesi gereği üzerinde durulmuştur (119).

b) Kusuru ispatın bazı güçlükler arzemesi:

Makinalaşmanın sonucunda ortaya çıkan kazalarda çoğu zaman bir kusurun olup olmadığını veya varsa bu kusurun kimin tarafından işlendiğini tespit etmek çoğu zaman güç ve imkânsız hale gelmişti (120). Çoğu kez kazânın sebebi dahi anlaşılamiyordu. Kaza sebebinin dahi anlaşılabilmesi dolayısıyla anonim denilen bu kazalarda çalışma kabiliyetini, hatta tüm varlığını kaybedenlerin bu işler acısı durumu ister istemez düşündürmeye başlamış - tır (121). Ayrıca, kusurun varlığı ispat edilmiş olsa da olayların birçoğunda kusur sahibi çoğu zaman yüksek tutarlara varan tazminatı ödeme gücünden yoksun bir işçi

(117) İnre, Z.: agn., sh.1515.

(118) Tandoğan, H.: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, sh.2.

(119) Tandoğan, H.: age., sh.2.

(120) Tandoğan, H.: age., sh.2.

(121) Çalkın, F. - Tuğsavıl, H.: *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*, İstanbul 1948, sh.7.

olmaktadır (122).

Bu yüzden kusur sorumluluğu sosyal adaleti gerçekleştirme bakımından yetersiz kalmaktadır.

c) Dinsel görüşlerde meydana gelen köklü değişmeler:

Kazalar artık ilâhi gücün veya kaderin yüklediği, katlanılması gereken bir alın yazısı olarak görülmemeye başlamıştır (123). Doğal olarak bu düşünce değişikliği kusur olmadığı halde doğan zararlara karşı bakış açısını değiştirecektir.

İşte bu nedenlerden dolayı artık kusur, sorumluluğun tek temeli sayılamaz hale gelmiştir. Başka bir deyişle kusur yoksa sorumluluk da ortaya çıkmaz görüşü sorumluluğun tek kaynağı olmaktan çıkmaya başlamış ve bunun yanında kusursuz sorumluluk halleri ortaya çıkmıştır.

Kusursuz sorumluluğun kabulü "...kusur sorumluluğunu öngören liberal hukuk devletinden adalet ve hakkaniyet fikrine dayanan sosyal hukuk devletine geçişin ve sosyal gelişmenin bir sonucudur (124).

Kusursuz sorumluluğun dayanakları olarak genellikle sebep olma ilkesi, yarar ile zarar arasında bağluluk düşüncesi, objektif özen görevinin ifa edilmemesi düşüncesi, anormallik düşüncesi gibi fikirler ileriye sürülmektedir (125).

Hukuk sujesinin kişiliğine bağlı subjektif unsurları gerektirmeyen, kusur olmadığı halde sorumlu tutulmayı gerektiren kusursuz sorumluluk ilkesi, idare hukukuna özel hukuktan geçmiş (126) ve XIX. yüzyılın sonlarına doğru kendini göstermeye başlamıştır (127).

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, idareye veya ajanına atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı fertlerin bir zarara uğramış olması halinde bu zararın tazminiyle yükümlü olması anlamını taşımaktadır.

(122) İmre, Z.: agn., sh.1517; Eren, F.: age., sh.10.

(123) Tandoğan, H.: age., sh.3.

(124) Eren, F.: age., sh.9; ayn.fik., Tunçomağ, K.: age., sh.272.

(125) Ayrıntılı bilgi için bk., Tandoğan, H.: age., sh.4 vd.; Eren, F.: age., sh.10.

(126) Demirkol, A. - Lalumiére, P. (Çev.Kabaoğlu, I.): *Kamu Hukuku*, Ankara 1984, sh.94.

(127) Esin, Y.: age., sh.128.

Hukuk Devletinin sosyal Devlete doğru gelişme göstermesi idarenin sorumluluğunda da büyük değişimi beraberinde getirmiştir. "... idarenin faaliyet alanının genişlemesi, bu faaliyette kullanılan teknolojinin ilerlemesi araçların çoğalmas; idari teşkilatın karmaşıklaşması; hürriyetçi ortamda toplumsal ilişkilerin artması, zarar veren olay ile idarenin kusuru arasında bağlantı kurulmasını veya bunun kanıtlanmasını güçlendirmektedir. Öte yandan, belli kişilerin belirgin zararlarla karşılaşmaları halinde bu zararları onların üzerlerinde bırakmamak gerektiği yolundaki sosyal adalet anlayışı da gelişmiştir. Bütün bunlar idarenin sorumluluğu meselesine bakış açısını değiştirmiş ve idarenin, kusuru olmasa veya bu kusur kanıtlanamasa da bazı şartlara bağlı ve kusursuz olarak sorumluluğu .." kabul edilmiştir (128).

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğun dayandığı ilkeler konusunda Türk Hukukunda değişik görüşler ortaya atılmıştır (129). Biz kusursuz sorumluluğu, "tehlikelilik ilkesi", "hakkaniyet-nesafet" ilkesi ve sosyal risk ilkelerine, dayandırmaktayız. Diğer bütün ilkeler esasen ya "tehlikelilik esasının" ya da "hakkaniyet-nesafet" ilkesinin içinde mütalâa olunabileceğinden ayrı birer kategori olarak değerlendirmek yersizdir.

Danıştay'ın adalet, hakkaniyet, nesafet, risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi ilkelere yer verdiği, hatta bazen bu ilkelerin hepsini bir arada kullanmak suretiyle kusursuz sorumluluğu hükmettiği görülmektedir (130).

(128) Yayla, Y.:age., sh.143-144.

(129) Onar ve Sarıca bu ilkeleri "hasar", "sebepsiz iktisap", "hakkaniyet-nisfet" ve hukuki müsavat", Onar, S.S.:age., C.III, sh.1710 vd.; Sarıca, R.: İdari Kaza, 1942, sh.222-223; Duran, "İmkân ve fırsat eşitliği" ne, Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.16; Gözübüyük, "hasar" ve "kamu külfetleri karşısında eşitlik", Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, s.243-244, Esin ise "İdari hasar", "sebepsiz iktisap", "sosyal hasar" ve "kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluk", Esin, Y.: age., sh.130, olarak ifade etmektedirler.

(130) "... idari hizmetlerin ifası sırasında yürütülen hizmetle ilgili olarak umumî külfetler dışında kişilerin özel mülkiyetine yapılacak zararların fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunmasını şartıyla, ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tanzim edilmesi hukukun umumî kaideleriyle hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir...Zira idarenin kamu yararı ve düzeni düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye isnat edilebilecek bir kusur olmadan bazı kimselerin özel bir zarara uğramasına sebep olabilir.Bu zararların karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Böylece meydana gelen bir zararın belli kişiler tarafından çekilmesi bu ilkeye aykırı olacağı gibi hak kaniyete de uygun düşmez..." Dns. 12.D.E. 1975/110, K.1977/1201,

Bazen de bu terimlerin hiçbirine yer vermeden doğrudan objektif sorumluluk" ilkesine yer verdiği olmaktadır (131). Gözübüyük, Danıştay kararlarında kullanılan deyimlerin tutarsızlığını, kararların yazılırken "gerekçeden çok sonucun üzerinde" durulmasına bağlanmaktadır (132).

Bugün kusursuz sorumluluk özel hukuk alanında olduğu gibi idare hukuku alanında da istisnai bir sorumluluk türü olup, asıl olan kusura dayalı sorumluluktur (133).

2. Kusursuz Sorumluluk İlkelerine Yüzeysel Bir Bakış

a) "Tehlikelilik İlkesi":

Doktrinde hasar teorisi olarak da anılan "tehlikelilik esası" bir kısım faaliyetlerin, bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermiş olması halinde, bu faaliyet sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın zararın tazmin olunması fikrine dayanır (134). Tehlikeli faaliyet ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı yeterli olup ayrıca kusura bakılmaz.

"Tehlikelilik ilkesi", çoğu zaman idarenin tehlikeli faaliyet ve araç kullanmasından kaynaklanmaktadır.

İdarenin tehlikelilik esasına göre sorumlu tutula-

Dnş.Der., Y.8, 1978, S.28-29, sh.677; "Haklı bir neden olmaksızın görevine son verilen personelin bu yüzden uğradığı maddi ve manevi zararlara karşılık tazminat ödenmesi hakkaniyet ilkesi gereğindedir." Dnş. 12.D.E. 1965/3984, K.1966/1832. Esin, Y.: age., sh.300; "Köprü yapımı nedeniyle yol düzeyinden aşağıda kalan binanın sahibine kamu külfetleri karşısında eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri uyarınca tazminat ödenmesi gerekir." Dnş,12.D.E. 1969/801, K.1971/1889 Esin, Y.:age., sh.141.

(131) "Lokomotifin arızasını gidermek üzere çıktığı makinanın üzerinde bulunduğu sırada banliyö trenine ait yüksek gerilimli cereyana kapılarak ölen makinistin olayda kusurlu olmadığı, meydana gelen zararın objektif sorumluluk esaslarına göre tazmini gerekeceği ..." Dnş. 12.D.E. 1978/533, K.1979/1790, Dnş.Der., Y.10,1980, S:36-37, sh.594; "Havagazi sevk deposundaki arızanın giderilmesi sırasında zehirlenen EGO işçi ekibinin kurtarılması çalışmalarında görevlendirilen polis memurunun havagazından zehirlenmesinden dolayı maruz kaldığı beyin sendromu nedeniyle sakat kalması sonucu meydana gelen zararın objektif sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekeceği ..." Dnş.10.D.E.,1982/469, K.1982/2357, Dnş.Der., Y.13, 1983, S.50-51, sh.417.

(132) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.242-243.

(133) Özdemir N.: agt., sh.21; Gözübüyük, Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.242; Onar, S.S.: age., C.III, sh.1708; aksi fik., Düren, "... İdare hukuku alanında da önceleri hizmet kusuru, genel ve kural olan sorumluluktur. Ancak zamanla özellikle "sosyal devlet" ilkesinin benimsenmesi sonucu, devlet ekonomik nitelikli dahil, çok çeşitli kamu hizmetlerini yüklenince, kişilere zarar verme olasılığı da arttı. Bu da idare hukukunda kusursuz sorumluluğun kural halinde dönüşmesine neden oldu. Böylece kanımca idare hukukunda "kusursuz sorumluluk" kural oldu. İdare kusura dayanan sorumluluk da istisna haline geldi." Düren, A.: *İdare Hukuku Dersleri*, s.310. Ankara 1979, sh.310.

(134) Tandoğan, H.: age., sh.26; Çalkın, F.-Tuğsavul, M.: age., sh.27; Ulusan, İ.: Tehlike Sorumluluğu Üstüne, *Nuk.Huk.Der.*, Y.4,1970,S.6, sh.55 vd; Eren, F.: age., sh.14-15.

bilmesi kamu yararını sağlamak için yürütülen kamusal faaliyetlerin veya bir kamu malının tehlikeli nitelik göstermesi (135) nedeniyle ortaya çıkan zararın mağdura nazaran diğerlerinden farklı, özel ve anormal bir özellik taşıması gerekir (136). İdarenin faaliyetiyle zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması yeterli olup ayrıca bir kusur aranmaz. İdare kusursuzluğunu ispat etmiş olsa da sorumluluktan kurtulamaz. Zaten ilkenin belirgin yani kusur kavramından tamamen soyutlanması ve objektif bir esasa dayanmasıdır.

b) "Hakkaniyet-Nesafet" İlkesi:

Alman Hukukunda fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, Fransız Hukukunda ise kamu yükümleri karşısında eşitlik olarak adlandırılan "Hakkaniyet-nesafet" ilkesi, idarenin hiçbir kusuru tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanması söz konusu olmaksızın bazı şahısların diğerlerine nazaran özel ve olağan dışı bir zarara uğramış olması halinde bu zararın tazmin edilmesi esasını ifade eder (137).

İdarî faaliyetle zarar arasında nedensellik bağı bulunmasına rağmen idarenin kusuru yoksa, tehlikeli bir faaliyet veya araç da kullanmıyorsa idarenin sorumluluğuna gidebilmenin yolu hakkaniyet - nesafet ilkesini uygulamaktadır (138).

c) "Sosyal Tehlike" İlkesi:

Bir kısım zararlar vardır ki bunların meydana gelmesinde idarenin kusuru olmadığı halde, doğan zararlar idari faaliyet arasında bir nedensellik bağı bulunmadığı halde, idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Örneğin, bir terörist grupla polisin çatışması sırasında, teröristlerden birinin kurşunu oradan geçmekte olan bir kişinin ölümüne yol açması halinde zarar nasıl tazmin olunacaktır?

İşte bu tür zararların, doğumunda hiçbir kusuru

(135) Uluslan, İ.: *Medeni Hukukta Fedakarlığın denkleştirilmesi İlkesi*, İstanbul 1977, sh.21.

(136) Onar, S.Ş.: *age.*, C.III, sh.1711-1712.

(137) Uluslan, İ.: *age.*, sh.23.

(138) Yayla, Y.: *age.*, sh.151.

olmayan kişilerin omuzlarına yüklenmesinin, adalete uygun düşmeyeceği fikri, kusursuz sorumluluk ilkesinin genişlemesine yol açmıştır (139).

"Sosyal tehlike" ilkesi hakkaniyet-nesafet ilkesi ile tehlikelilik ilkesinden farklıdır. Bura da, idareye yabancı kişilerin ve toplulukların fiil ve davranışları zarara yol açmaktadır. Başka bir deyişle "sosyal tehlike ilkesi"nde, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağı aranmamaktadır (140). Ancak bu, nedensellik bağı kurulamayan her zarar için "sosyal tehlike ilkesi"ne dayanarak idarenin sorumlu tutulacağı anlamını taşımaz. "Sosyal tehlike ilkesi" halinde idare, kendisinin sebep olmamakla beraber önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği yahut da daha büyük zararlara meydan vermemek için önlemekten kaçındığı toplumsal olaylardan doğan zararlardan sorumludur (141).

"Sosyal tehlike ilkesi"ne konu olan olaylar öyle olaylardır ki yarattığı tehlike herkese yönelik fakat bundan belli kişiler zarar görmektedir. "Sosyal tehlike ilkesi"nin altında, bu zararları toplumun paylaşması düşüncesi yatmaktadır. Verilen örnekte olduğu gibi idarenin önlemekle yükümlü olduğu bir toplumsal tehlikeden doğmaktadır zarar.

Ancak belirtelim ki bu tür zararları idarenin "hizmet kusuru"na dayandırarak çözüme gitmek mümkün değildir (142). Çünkü idareye atfı kabil bir kusur bulmak zordur. Bir an için varlığını kabul etsek bile, idarenin kusursuzluğunu ispatlamış olması halinde zarar, mağdurun omuzlarına yükletilecektir ki bu durumu sosyal hukuk Devletin amacı ile bağdaştırmak güçtür.

(139) Azrak, A.Ü.: İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı'na Göre Kusursuz Sorumluluğu, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul 1980, sh.136-137.

(140) Esin, Y.:age., sh.155; Azrak, A.Ü.: Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluk, sh.137.

(141) Azrak, A.Ü.: Toplumsal Muhatara Kuramına Göre ^{Kusursuz} Sorumluluk, sh.140.

(142) Azrak, A.Ü.: Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluk, sh.140.

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN
KUSURA DAYALI SORUMLULUĞU
I. SORUMLULUĞUN TEMELİ VE POZİTİF
KAYNAKLARI

A. Sorumluluğun Temeli

Bir kısım istisnalar bir tarafa bırakılırsa özel hukukta sorumluluğun temelini kusurluluk fikri oluşturur. İlk olarak Roma Hukukunda izlerine rastlayabileceğimiz bu sorumluluk esasını, XIX. yüzyılın hukuk bilimi genişleterek, kusurun olmadığı yerde sorumluluktan söz edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (1).

Bugün kusursuz sorumluluk halleri denen istisnai durumlar bir yana bırakılırsa özel hukukta sorumluluğun mutlak şartı kusurdur. Alman ve İsviçre Hukukunda olduğu gibi bizde de kusursuz sorumluluk istisnai, kusur sorumluluğu ise kuraldır (2).

Kusur kavramı, objektif olan hukuka aykırılık unsuru yanında subjektif bir nitelik arzeden ve dolayısıyla ancak gerçek kişilere özgü kast, ihmâl gibi unsuru da taşıması nedeniyle, tüzel kişilerden oluşan idarenin sorumluluğuna dayanak ve kaynak olamaz (3). Kamu hukukunda sorumluluğun temelini objektif bir nedene dayandırma zorunluluğu vardır (4).

Bu zorunluluk karşısında özellikle II. Dünya Savaşından sonra yürürlüğe giren anayasalar gerçeki idarenin sorumluluğu ilkesine yer vermekle birlikte bunun temelini açıklamamışlardır (5).

Gerek 1961 Anayasası ve gerek 1982 Anayasası idarenin kendi eylemler ve işlemlerinden doğan zararları tazmin yükümünde olduğunu belirtmekte ve ayrıca Danıştay Kanununun 24. maddesinde ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde idarenin sorumluluğuna yer veril-

(1) Tunçomağ, K.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.I, B.5, İstanbul 1979, sh.271.

(2) Tunçomağ, K.: *age.*, sh.272.

(3) Gözübüyük A.Ş.: *Yönetişel Yargı*, B.6., Ankara 1982, sh.227; Duran, L.: *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara 1974, sh.24; Onar, S.S.: *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C.III, B.3, 1966, İstanbul sh.1686.

(4) Gözübüyük A.Ş.: *age.*, sh.227; Eroğlu, H.: *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdarî Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, B.5, Ankara 1985, sh.484.

(5) Örneğin 1948 İtalyan Anayasası 48.m.; 1949 Federal Almanya Bonn Anayasası, 34.m.

miş olmakla birlikte, sorumluluğun dayanağı, temeli gösterilmemiştir. Bu durum, hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın idarenin sorumluluğu anlamını taşımayacağına göre Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sorumlu tutulabileceği hallerin tümünü açıklayacak unsurların ortaya konulması bir zorunluluktur. Çünkü "...sorumluluğun temeli idarenin verdiği zararı neden ödemekle yükümlü olduğunu açıklamakla, bireylerin veya topluluklarının hangi hallerde kamu tüzel kişilerine karşı tazminat hakkı bulunduğunu belirler." ve ortaya koyar (6).

Türk Hukukunda sorumluluğun temeli konusunda değişik görüşler ortaya atılmıştır. Balta, Alman doktrininin genel olarak dayandırıldığı hukuk Devleti ilkesini ele almakta ve idarenin sorumluluğuna hukuk Devletin zorunlu bir ögesi olarak bakmaktadır (7). Duran'a göre, hukuk Devleti idarenin sorumluluğunun somut kaynağı olamaz. Yazara göre "bugünkü kamu hukukunun hemen bütün kuralları ve ögeleri... kökenlerini "Hukuk Devleti" ilkesinde bulur... Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukukla bağlı olması, işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemesini zorunlu kılmaz" (8). Yazar, sorumluluğun temelinin tazmin borçlusu ile tazminat alacaklısı arasındaki genel ilişkilerde aranıp bulunması gerektiğini ifade ederek "... bu vasıf ve şartları taşıyan çağdaş kamu hukuku ilkesi, sosyal adalet ilkesine yönelen imkân ve fırsat eşitliği esası"nın sorumluluğun temeli olabileceğini ileri sürmektedir (9).

(6) Duran, L.: age., sh.12.

(7) Balta, T.B.: *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara 1970, sh.64; ayn.fik., Özdemir, N.: *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Tez, Ankara 1963, sh.3; Karatepe, Ş.: *İdare Hukuku*, İzmir 1988, sh.269.

(8) Duran, L.: age., sh.13.

(9) Duran, L.:age., sh.16, "... imkân ve fırsat eşitliği ilkesi bir yandan bireyler ve topluluklarına Devlete karşı öne sürebilecekleri bir temel hak içermesi, öte yandan Devletin bu hakkı yerine getirme ödeviyle yükümlü bulunması dolayısıyla idarenin sorumluluğu bakımından tazminat alacaklısı ve borçlusu arasında genel bir hukukî ilişki kurmaktadır.

... Kanınca 1961 T.C. Anayasası, idarenin sorumluluğunun temeli olarak açıkça söylememekle beraber, "imkan ve fırsat eşitliği" ilkesini benimsemiştir. Bu husus ... Anayasanın 114. maddesinin son fıkrasından değil 10. m. nin 2. fıkrası hükmünden çıkmaktadır ... 114. maddenin son fıkrası hükmü, temel bir hukuk normu olmakla beraber; sadece idarenin sorumluluğu ilkesini koymakta ve fakat bunun gerekliliğini açıklamamakta, yani temelini göstermemektedir.

Binaenaleyh ... idarenin sorumlu olduğu halleri ve tazmin borcu ile zarar görenin tazminat alacağıının gerçekleşme şartlarını belirtmediğinden, tek başına tam yargı davasının kabulüne dayanak olamaz." Duran, L.: age., sh.17-19.

faaliyetle zarar arasında bir nedensellik bağı kurulamadığı bazı zararlar bakımından idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Örneğin bir gösteri yürüyüşü sırasında topluluğun bir şahsa ait mağazaya saldırarak zarar vermesi halinde idarenin kusuru olmadığı gibi eylemle zarar arasında nedensellik bağı da yoktur. Böyle durumlar da idarenin "sosyal tehlike ilkesi" gereğince sorumluluğuna gidildiğini belirtmiştik. İşte hukuk Devleti ilkesi burada da sorumluluğun temeli olmak bakımından yetersiz kalmaktadır.

Bu nedenle hem kusura, hem de kusura dayanmayan sorumluluğu en tatmin edici şekilde açıklayacak olan ilke "sosyal hukuk Devleti" ilkesidir.

B. Sorumluluğun Pozitif Kaynakları

1. 1982 Anayasası 125/Son

Bu hükme göre "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." 1961 Anayasasının 114. maddesinin son fıkrasında da aynı şekilde ifade edilmiş olan bu hüküm ile, idarenin sorumluluğu Anayasal bir hüküm niteliğini kazanmıştır.

Bu fıkra, hükmün alındığı 1961 Anayasasının 114. maddesinin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi içtihatların belirleyeceği kusurlu ve kusursuz sorumluluk esaslarını içermektedir (14).

2. 1982 Anayasası 2. madde

1982 Anayasasının "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlığı altındaki 2. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti ... başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, ... sosyal bir hukuk Devletidir."

Anayasanın başlangıç kısmının 8. paragrafında ise "... Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni için onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ..." 9. paragrafındaysa "... Türk vatandaşlarının ... nimet

(14) Öztürk, K.: *Gereğeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C.III, Ankara 1966, sh.3153.

ve külfetlerinde ve millet hayatının her türlü tecellesinde ortak olduğu ..." ifade edilmektedir.

Devletin hukuka bağılı olması, işlem ve eylemlerinden doğan tüm zararları tazmin etme yükümünü doğuramaz(15). Yukarıda da izah ettiğimiz üzere kusurun dışında idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararlar, ödeme yükümü Devletin sosyal hukuk Devleti oluşunun bir sonucudur.

3. 1982 Anayasası 129/5 Maddesi

Maddeye göre "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ... idare aleyhine açılabilir". Görüldüğü üzere Anayasa, kamu personelinin görevlerini yerine getirirken kişilere vermiş oldukları zararların tazmin olunacağını hüküm altına almıştır.

Diğer taraftan 40. maddesinde "kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir ..." hükmü yer almaktadır.

Böylece gerek 129/5 ve gerekse 40/2 idarenin tazmin borcu ilkesini benimsemiştir.

4. 2577 Sayılı İdarî Yargılama Usulu Kanunu 2. Maddesi

3546 Sayılı Danıştay Kanununun da yer alan "idarî fiil ve kararlardan dolayı hakkı muhtel olanlar tarafından açılacak davalar ..." hükmü, daha sonra 521 sayılı Danıştay Kanununun 30. maddesinde "idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak davalar" şeklinde tekrarlanmış ve son olarak 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde tekrarlanmıştır. Böylece sorumluluk kuralının uygulama aracı gösterilmiştir.

5. Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesi

Bu maddeye göre "kişiler kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri

(15) Duran, L.: age., sh.13.

yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açarlar.

II. SORUMLULUĞU GEREKTİREN KUSUR: "HİZMET KUSURU"

A. "Hizmet Kusuru"nun Tarifi

İdare hukukunda özel hukuk kurallarının uygulanamaması ve idareyi ilgilendiren konuların çokluğu ve çeşitliliği gibi sebeplerle idare hukukunda genel bir kanunlaştırmanın mümkün olmaması, bu hukuk dalının uygulanmasında birçok boşluklarla karşılaşılmasına sebep olmaktadır (16). İdare hukukundaki bu boşlukları içtihatlar doldurmaktadır. Esasen idare hukukunun anayurdu olan Fransa'da bu hukuk ^{dalı,} Danıştay'ın (Conseil d'Etat) kararlarından beliren içtihadî ilke ve kurallarla oluşmuş ve gelişmiş bir hukuktur (17). Bu özelliği dolayısıyla idare hukukunu yazarlar "içtihat hukuku" olarak da adlandırmaktadırlar (18).

İdare hukukunun bu özelliği, kendini en fazla idarenin sorumluluğu konusunda göstermektedir. Esasen bu bir bakıma da faydalıdır. "... Böylece idare hukuku, değiştirilmesi veya yenilenmesi güç ve geç olan kanunların sert kalıplarından kurtularak, özellikle son yarım yüzyıl içerisinde büyük bir hızla gelişen ve değişen toplumun ve Devletin gereksinmelerini ve isteklerini zamanında ve ölçüsü oranında değerlendirip uygulamaya koyan yargı mercilerinin içtihatlarıyla, hem idare, hem de bireyler ve toplulukları için yararlı olmaktadır." (19) Diğer taraftan sorumluluk kurallarının "kanun hükümlerinde dondurulmayı" yargı içtihatlarıyla oluşturulması ve geliştirilmesi yararlı olduğu kadar gereklidir de (20).

İşte bu nedenle idarî sorumluluk hukuku, daha çok içtihatların ışığında gelişmiş, pratikten teori oluşturul-

(16) Karatepe, Ş.: age., sh.14.

(17) Duran, L.: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, sh.30.

(18) Giritli, İ.: - Bilgen, P.: *İdare Hukuku*, İstanbul 1979, sh.16; Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetim Hukuku*, Ankara 1983, sh.,14; Karatepe, Ş.:age, sh.14.

(19) Duran, L.: *İdare Hukuku*, sh.31.

(20) Duran, L.: *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, sh.10.

maya çalışılmıştır. Bu alanda ilk gelişme olarak "hizmet kusuru" teorisi karşımıza çıkmaktadır.

"Hizmet kusuru", bir açıdan hizmetin bünyesinde görülen kusuru, başka bir açıdan ise bu hizmeti yürüten idare tüzel kişiliğine atfolunan bir kusuru ifade etmektedir. Başka bir deyişle "hizmet kusuru" hem hizmetteki kusuru, hem de bu hizmeti yürüten idarenin kusuruna ilişkin bir deyimdir. İlk anlamda kullanılan "faute de servic" kamu personelinin hizmet dolayısıyla veya hizmetle ilgili olarak işlemiş oldukları şahsî kusurları da kapsayan geniş bir anlam taşırken, ikinci anlamda kullanılan "faute du Servic" terimi hizmet dolayısıyla işlenen şahsi kusurları dışına bırakan, "salt kişisel kusurun" zıddı olan doğrudan doğruya idarenin sorumluluğunu gerektiren daha dar ve teknik bir terimdir (21).

Türk Hukukunda "hizmet kusuru" terimi yerleşmiş bir terim olup hep bu sonuncu anlamında kullanılmaktadır. Terim birliği gayesiyle biz de "hizmet kusuru"nu kullanmayı uygun bulduk. Ancak belirtelim ki "hizmet-kusuru" deyince, ileride ayrıntılı bir biçimde göreceğimiz, kamu personelinin hizmete ilişkin, hizmetten ayrılamayan kısaca "görevsel kusur"ları ile "salt kişisel kusur"ları dışında da kalan kusurları kastetmekteyiz.

İdarenin kusura dayalı sorumluluğunda tek teori olan "hizmet kusuru" (22) genel anlamıyla bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık, eksiklik ve bozuklukları deyimler (23). Doktrinde pek çok tarif ileri sürülmüş olmakla beraber en geniş ve tatmin edici olanını Sarıca'nın tarifinde görmekteyiz. Yazar, "hizmet kusuru" nu "... idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde personelinde yahut işleyişinde -gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, mürakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi,

(21) Özdemir, N.: agt., sh.21; Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, *İst.Huk.Fak.Mec.*, 1949, C.XV, S.4, sh.859, dn.1.

(22) Yenice, K. - Esin, Y.: *İdarî Yargılama Usulu*, Ankara 1983, sh.85.

(23) Esin, Y.: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, İkinci Kitap, Esas, Ankara 1973, sh.27.

ilh... şeklinde tecelli eden-bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arzemesidir." şeklinde tarif etmektedir (24).

"Hizmet kusuru", kamu hizmetlerinin hukukî bünyesi ve bundan çıkan Devlet borcuyla açıklanabilir. Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı ve istikrarlı bir tarzda kamuya sunulması ve kamunun bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmasının sağlanması idarenin görevidir. İşte bu görevin yerine getirilmemesi hizmet kusuruna sebebiyet verir (25).

İdare tamamen tüzel kişilerden oluştuğundan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve ajanlarının kusurlarının sonucudur. Ancak çoğu zaman buna sebep olan personelin belirlenmesi mümkün olmadığı gibi belirlenmiş olsa da bu kusurları "kişiselleştirmek" bazen doğru olmaz (26). Bu nedenle "hizmet kusuru", hizmetin bünyesinde kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve bu hizmeti yerine getiren personele atfı mümkün olmayan, tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikler arzeden objektif kusur tipidir (27).

"Hizmet kusuru", özel hukuktaki istihdam edenlerin sorumluluğundan ayrı bir sorumluluktur. Hizmet kusurunda idarenin hizmete yönelik kusurlarından sorumluluğu aslî ve doğrudan olmasına karşılık, istihdam edenlerin sorumluluğunda, istihdam edenin sorumluluğu dolaylı sorumluluktur. (Borçlar Kanunu Madde 55) Bunun sonucu olarakta idarenin, personelin seçiminde, yetiştirilmesinde, nezaretinde, gerekli talimatların verilmesinde, hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olması sebebinin ileri sürerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır (28). Böylece "hizmet kusuru" hizmetin

(24) Sarıca, R.: agm., sh.858.

(25) Kroğlu, H.: ag.e, sh.489.

(26) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.26.

(27) Özdemir, N.: agt., sh.23.

(28) Bilindiği üzere BK.55'te istihdam edene kurtuluş beyineleri tanınmış olup, eğer böyle bir zararın meydana gelmesi için hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş veya hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermemekle beraber, göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulmaktadır.

yapı ve işleyişinden çıkan, organ ve personelin tamamen dışında, kendine özgü bir karakteri haizdir (29).

Bütün bu söylenenlerin ışığı altında, "hizmet kusuru"ndan söz edebilmek için iki unsurun gerekli olduğu sonucunu çıkartabiliriz. Bunlardan birincisi, zarar doğuran idarî faaliyetin bir kamu hizmetine bağlanabilmesi, diğeri ise, bu zararın, hizmetin kuruluş veya işleyişindeki eksiklik, aksaklık ve düzensizliklerden doğmuş olması gereğidir.

B. "Hizmet Kusuru"nun Özellikleri

1. Bağımsız Oluşu

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, "hizmet kusuru"nda da sorumluluk kusura dayandırılmaktadır. Ancak buradaki kusur, anlam ve içeriği idare hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen kusur olup, özel hukuktaki anlamından oldukça farklıdır. Başka bir açıdan ise "hizmet kusuru"ndaki kusur şahıslarda aranılan subjektif bir kusur olmayıp hizmetin kuruluş ve işleyişi gibi dış "Dünya'ya ilişkin objektif ve bağımsız bir kusurdur (30). Yoksa, "hizmet kusuru" özel hukuktaki sorumluluk kural ve ilkelerinin idare hukukuna adapte edilmiş şekli değildir. "Hizmet kusuru" deyimindeki kusur kelimesi, idare hukukuna özgü bir noksanı ifade eder (31).

Kısaca "hizmet kusuru"nun bağımsızlığı, bunun idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır, muhtar ve orjinal bir kavram oluşunu ifade eder (32)

"Hizmet kusuru" teorisinin bağımsızlığı, özerkliği ilk kez 6 Aralık 1855 tarihinde Fransız Danıştay'ının verdiği Rothshild kararıyla ortaya konmuştur. Kararda "idarenin yerine getirmekle görevli olduğu kamu hizmetlerinin şartlarını kanunun üstünlüğü altında düzenleme yetkisi ancak idareye aittir; Devlet ve onun adına hareket eden birçok ajanlar ve hizmetlerden faydalanan fertler arasında kamu hizmetleri vesilesiyle doğan ilişkileri tayin etmek ve bu ilişkilerden doğan karşılıklı hak ve görevlerin

(29) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.27.

(30) Özdemir, N.: agt., sh.84.

(31) Yayla, Y.: *İdare Hukuku*, İstanbul 1985, sh.140.

(32) Sarıca, R.: agm., sh.859; Onar, S.S.: age., C.III, sh.1695.

kapsam ve mahiyetini bilmek ve taktir etmek de idareye düşer. Bu ilişkilerle hak ve ödevler iki kişi arasında olduğu gibi yalnız medenî hukuk kuralları ve hükümleriyle düzenlenemez. Özellikle, idare ajanlarından birinin kusuru halinde Devletin sorumluluğu, ne genel ne de mutlak olup her hizmetin nitelik ve gereklerine göre değişir" (33) denilerek açık bir şekilde bu durum dile getirilmiştir.

"Hizmet kusuru"nun bağımsız özelliği gerek doktrinde ve gerekse uygulamada ittifakla kabul edilmektedir.

Fransız Danıştay'ı, 1 Şubat 1873 tarihli Blanco kararıyla "hizmet kusuru"nun bağımsızlığını tekrarlayarak şöyle demiştir: "Kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı özel kişilere verilen zararlardan dolayı Devlet'e düşen sorumluluk Code Civil'de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler tarafından yönetilemez.

Esasen genel ve mutlak olmayan bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla Devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişen özel kuralları vardır." (34)

Görüldüğü üzere her iki kararda da teorinin bağımsız özelliği teyit ve tespit olunmuş, idarenin sorumluluğuna özel hukuk kurallarının uygulanamayacağını, kesin olarak ifade edilmiştir. Özellikle Blanco kararından sonra "hizmet kusuru"nun bağımsızlığı, Danıştay'ın müstekar bir uygulamasına konu olmuştur (35).

"Hizmet kusuru" teorisine dayalı idarenin sorumluluğu ile, özel hukuktaki sorumluluğun dayanağı olan kusur sorumluluğu her ne kadar farklılıklar göstermekteyse de son zamanlarda her iki sorumluluk teorisi arasında bir yakınlaşma görülmektedir. Örneğin bugün artık idari mahkemeleri manevî tazminat taleplerini dahi kabul etmektedirler. Ayrıca bazı olaylarda özel hukukta olduğu gibi

(33) Duez, P.(Çev. Senil, İ.): *Mukavele Dışında Anne Kudretinin Mes'uliyeti*, Ankara 1950, sh.15-16.

(34) Delcros, X. - Delcros, B.(Çev. ve Drl.):*Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi, Fransa'da ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu*, Ankara 1984, sh.1.

(35) Duez, P.:*age.*, sh.16: Özdemir, N.:*agt.*, sh.45.

kusur karinesi kabul edilmektedir. "Hizmet kusuru" teorisiyle özel hukuk sorumluluk teorisi arasındaki bu yakınlaşma "hizmet kusuru" teorisinin mutlak anlamda bağımsız bir özellik taşımadığının ifadesi olarak değerlendirilmektedir (36).

2. Asli Bir Sorumluluk Sebebi Oluşu

İdarenin "hizmet kusuru"na dayalı sorumluluk asli bir sorumluluktur. Bir başka deyişle idare tüzel kişiliği doğrudan doğruya sorumlu tutulur. Bunun sonucu olarak zarara uğrayan şahsın önce hizmeti ifa eden personele müracaat zorunluluğu yoktur. Yani, sorumluluğun önce personele yöneltilmesi, personelin ödeme kabiliyetinden yoksun bulunması halinde idareye başvurusu söz konusu değildir (37). Çünkü kamu personelinin hukukî şahsiyeti ortada yoktur. "İdare teşebbüsü" içerisinde adeta kaybolmuştur (38). Personel, hizmetin tabiri caizse, mütemmim cüz'ü halindedir. Dolayısıyla tek sorumlu vardır, o da idaredir.

Aslında her "hizmet kusuru" sonuçta kamu personelinin bir takım kusurlarına irca olunabilir. Ancak hizmet kusuruna dayalı olarak idarenin sorumluluğuna gidildiğinde, hizmetin icrasında görülen aksaklık, bozukluk, sakatlık, kısaca kusurdan bahsedilirken, ayrıca bu kusuru işleyen personelin ismen tespitine gerek olmadığı gibi, bu kusurun belirli bir personelin eseri olduğunu, ona râci olduğunu, onun şahsına atıf ve izafesi mümkün olduğunu ispata da gerek yoktur (39).

Hizmet kusurunun asli bir sorumluluk oluşu özelliği, kişiler açısından özel hukuk sorumluluğuna göre daha güçlü bir teminat sağlar. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, "hizmet kusuru" sayılan bir hal, kamu personelinin kusurundan doğmuş olsa da İdare, Borçlar Kanunu 55. maddede istihdam edenlere tanınmış olan kurtuluş beyyinelerin ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz .(40)

(36) Özdemir, N.: agt., sh.46.

(37) Esin, Y.: age., sh.29.

(38) Duez, P.: age., sh.17.

(39) Sarıca, R.: agm., sh.861.

(40) Esin, Y.: age., sh.30; Onar, S.S.:age., C.III, sh.1967.

3. Anonim Oluşu

"Hizmet Kusuru" nun anonim oluşundan, kusurun "ismen" belirli bir şahsa, tayin ve teşhis olunan bir personele atıf ve isnadına gerek olmaması anlaşılır (41). "Hizmet Kusuru", deyiminden de kolayca anlaşılacağı üzere belli, somut ajanların kusuruna dayalı bir sorumluluk değildir (42). Kusur hizmetin bünyesinde kaynaşmış haldedir.(43) Başka bir deyişle kusur hizmette öyle mündemiç haldedir ki çoğu kez zararlı sonuca hizmeti görenlerden kimin sebep olduğunu bilmeye imkân yoktur. Zaten buna gerek de duyulmaz. Böyle olunca bir zarar doğurucu fiil ve davranışın olduğuna ve bunun da kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlik, eksiklik, bozukluktan kaynaklandığını ispatlamak yeterli olup bunun hangi personel tarafından gerçekleştirildiğini tespitte gerek yoktur. "... Çünkü hizmet kusuru nedeniyle yargılanan ve hakkında hüküm verilecek olan ajan değil hizmettir.(44) Bu durum doğal olarak idare olunanların haklarının korunması açısından da son derece faydalıdır. Çünkü idare olunanlar bir taraftan karşılarında kamu personelinin iktisadî durumundan çok daha iyi bir tüzel kişiliği bulmaları nedeniyle uğrayacakları zararın tazmin olunacağından kendilerini emin ve güvende hissederler, diğer taraftan ise zarara hangi personelin sebep olduğunun pek çok olayda tespit olunamamasından dolayı haklarının zayıf olması önlenmiş olur. Yahut da personelin kusuru şart olmadığından idareyi sorumlu tutabilmek için böyle bir kusuru ispat zorunluluğu olmaması nedeniyle uğradıkları zararı daha kolay tazmin ettirebilme imkânı bulunmaktadır.

"Hizmet kusuru" nun anonim oluşu, personelin tayin ve tespitini gerektirmediğinden, idare personelin kusurunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Personelin ismen tespit olunması sonucu değiştirmez. Bu nedenle yargı organı idarenin "hizmet kusuru" na dayalı sorumluluğuna hükmederken, hukuksal bir değeri bulunmadığından ajanın

(41) Sarıca, R.: agm., sh.860; Duran, L.: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, sh.166.

(42) Esin, Y.: age., sh.30.

(43) Özdemir, N.: agt., sh.29.

(44) Esin, Y.: age., sh.30; ayn.fik., Onar, S.S.: age., C.III, sh.1697.

isminden söz etmez; buna gerek duymaz (45).

"Hizmet kusuru"nun anonimliği, bu sorumluluğun en orijinal tarafıdır (46).

"Hizmet kusuru"nun anonim olma özelliğini bütün açıklığıyla ortaya koyan karar olarak Fransız Danıştay'ının 3.2.1911 tarihli Anguet kararı gösterilmektedir. Karara konu olan olay ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararı şu şekildedir (47): Anguet isimli şahıs posta işlemlerini yaptırmak için postahaneye gider. İşini bitirdiği sırada postahänenin halkla ait kapısı kapanır ve memurlardan biri, Anguet'e, personele ait mektupların tasnif olunduğu odadan çıkmasını ister. O sırada odada görev yapmakta olan iki posta dağıtıcısı ile çıkan bir tartışma sonucu Anguet şiddetli bir şekilde itilerek dışarı atılır. Fakat bu sırada ayağı odanın eşiğine takılmak suretiyle kırılır.

Anguet, uğradığı zararın tazmini amacıyla Conseil d'Etat'de idare aleyhine tam yargı davası açar.

Mahkeme herşeyden önce herhangi bir kişinin, postahänenin vaktinden önce kapanmasını sağlamak için saati ileri aldığını, ayrıca Anguet'in şiddetle dışarıya atıldığı sırada ayağının takılarak düştüğü eşikte gereksiz ve fazla bir çıkıntının bulunduğunu tespit etmiştir. Bakımı ve denetimi iyi işleyen bir hizmette bu tür noksanlıkların, aksaklıkların olmasına imkân yoktur.

Danıştay, olayda postahane saatinin kimin tarafından ileri alındığını, kapı eşiğindeki gereksiz çıkıntının kimin emriyle yaptırıldığını yahut bu şekilde kalmasına kimin izin verdiğini araştırmaya gerek duymadan ve davacıyı kapı dışarı atarak zarar görmesine yol açan ajanların kusurlarına değinmeksizin doğrudan "hizmet kusuru"nun varlığını kabul ederek idarenin sorumluluğu yönüne gitmiştir.

Böylece Danıştay, olayda kusurlu personelin ismen tayin ve tespiti mümkünken (hatta belli olduğu halde ve

(45) Özdemir, N.: agt., sh.30; Sarıca, R.: agm., sh.861; Balta, T.B. (Çev. Yenice,K.):
Organların Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, *Dış.Der.* Y.4,
1974, S.12- 13, sh.116.

(46) Özdemir, N.: agt., sh.30; Esin, Y.: age., sh.30.

(47) Bk., Duez, P.: age., sh.19.

ayrıca ceza mahkemesinde bu kişiler mahkum oldukları halde) bunlardan hiç sözetsiz doğrudan "hizmet kusuru"na göre idareyi tazminata mahkum etmiştir. Bu durum hizmet kusurunun anonim oluşunun sonucudur.

Türk Danıştay'ı da bir kararında "Hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi, bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Fertlerin uğra-görevlilere izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti aranmaz... önemli olan husus, dava konusu hadisede olduğu gibi ferdin, hizmetin lâıyıkveçhile işleyememiş olması sebebiyle...zarara uğramış olmasıdır"(48) diyerek "hizmet kusuru"nun bu özelliğini açık seçik ortaya koymuştur.

4. Genel Oluşu

"Hizmet kusuru"nun özelliklerinden biri de genel oluşudur. Yani "hizmet kusuru" bütün kamu tüzel kişilerinin sorumluluğuna uygulanan bir sorumluluk esasıdır. Ayrıca bütün idarî eylem ve işlemlerden doğan zararlardan dolayı ilk olarak başvurulabilecek sorumluluk şeklidir. Doktrinde, "hizmet kusuru"nun bütün kamu tüzel kişilerinin sorumluluğuna uygulanmasına, uygulama alanı bakımından "hizmet kusuru"nun genelliği, idarenin sorumluluğunun ana kuralını ve genel teorisini teşkil etmesine ise maddî bakımdan hizmet kusurunun genelliği denilmektedir (49).

İdarenin sorumluluğuna hükmolunabilmesi için kural olarak bir hizmet kusurunun varlığı gereklidir. Eğer "hizmet kusuru" yoksa idare de kural olarak sorumlu değildir (50). Kural olarak sorumlu olmaz. Çünkü "hizmet kusuru"nun yanında, ikincil sorumluluk esasları olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla bir olayda eğer "hizmet kusuru" tespit edilebiliyorsa idareyi sorumlu tutmak için başka esas aramaya gerek yoktur (51).

"Hizmet kusuru"nun genelliği maddî bakımdan olduğu

(48) Dns.12.D., E.1968/1045, K.1970/91,T.20.1.1970, Esin, Y.: age., sh.30.

(49) Özdemir, N.: agt., sh.27; Onar S.S.: age., C.III, sh.1698; Esin, Y.: age., sh.28.

(50) Duez, P.: age., sh.54; Sarıca, R.: agm., sh.887; Derbil, S.: *İdare Hukuku* C.I, B.4, Ankara 1955, sh.250.

(51) Yayla, Y.: age., sh.141.

gibi, uygulama alanı bakımından da hukukumazda geçerli bir prensiptir (52). Gerçi bir kısım yazarlar (53), her ne kadar "hizmet kusuru" nun genelliğinin bugün geçerliliğini yitirdiğini söylemekteyse de bu fikre katılmak mümkün değildir. Özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da asıl olan kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunda öncelikle "hizmet kusuru" na bakılır. Eğer idareye bir kusur atfolunabiliyorsa diğer sorumluluk esaslarına hiç bakılmaz. Eğer idareye bir kusur isnat olunamıyorsa bu taktirde kusursuz sorumluluk açısından değerlendirilme yönüne gidilir.

5. Olaylara Göre Değişkenlik Göstermesi

Kusur, "hizmet kusuru" na dayalı sorumluluğun temelini oluşturmakla beraber kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki her aksaklık, düzensizlik, bozukluk, mutlaka idarenin sorumluluğunu gerektirmez (54). Sorumluluk için, çayıtlı durum ve şartlara göre belirlenecek bir bozukluğun, aksaklığın varlığı aranır (55). İdarî yargı organı her somut olayda kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş şartları ve diğer özellikleri, zaman ve yer şartları, zararın niteliği, gibi unsurları gözönünde bulundurarak tespit olunacak kusurun tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğini taktir edecektir (56).

"Hizmet kusuru" nun bu özelliği hal ve durumun özelliğine göre hizmet esaslarının değişebilmesinin ve yine hal ve duruma göre kamu çıkarıyla özel çıkarın derece ve telif şekillerinin farklı olmasının bir sonucudur(57). Örneğin normal zaman ve şartlar altında kusur sayılabilecek olan bir noksanlık, eksiklik, olağanüstü zaman ve durumlarda bu niteliği taşıyabilir (58).

Özel hukuktaki kusur ile, hizmet kusurunda aranan kusur arasındaki farklılıklardan birini de belki bu durum

(52) Özdemir N.: agt., sh.28.

(53) Onar, S.S.: age., C.III, sh.1698; Esin, Y.: age., sh.28.

(54) Duez, P.: age., sh.22; Derbil, S.: age., sh.250; Esin, Y.: age., sh.31.

(55) Duez, P.: age., sh.22.

(56) Esin, Y.: age., sh.30.

(57) Onar, S.S.: age., C.III, sh.1698.

(58) Onar, S.S.: age., C.III, sh.1698.

oluşturur. Çünkü özel hukuk alanında herhangi bir kusur, sorumluluğu intaç ederken "hizmet kusuru"na dayalı idarenin sorumluluğunda ise hizmetin durumuna, mahiyet ve bünyesine, şart ve zaruretlerine göre olayda belirli bir ağırlık derecesine ulaşmış (59) kusur aranır (60).

Danıştay, bir İçtihadı Birleştirme Kararında idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır. Ancak hizmet kusuru hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından biridir" diyerek (61) "hizmet kusuru"nun bu özelliğini açık bir şekilde vurgulamıştır.

III. "HİZMET KUSURU" TEŞKİL EDEN HALLER

A. Genel Olarak

"Yasama, hükümet etme ve yargılama olmayan tüm kamusal kurum ve işler" olarak tarif edebileceğimiz (62) idare, bir takım faaliyetlerde bulunur. İdarenin, Devletin yasama ve yürütme organlarının tespit ettiği yönde ve çerçevede, toplumun düzenli ve uygarca yaşam sağlaması ve bunu sürdürmesi için kamu hukuku usullerine göre, devamlı bir şekilde yürüttüğü kamusal faaliyetlere idare faaliyetleri denir (63).

Esasen idarenin görevi, genel olarak kamu hizmetlerini görmekten ibaret olup, idare hukukunun konusunu da bu gibi faaliyetler teşkil etmektedir (64).

Görev olan yerde yetkinin de oluşu ilkesi idareye yürüttüğü faaliyetleri gerçekleştirme bakımından bir takım üstün yetkiler tanınmasının hukukî temelinde, idarenin kamu yararını gerçekleştirme, kamu yararına hizmet yapma görevi yatmaktadır (65).

İdare üstlenmiş olduğu bu faaliyetleri yerine geti-

(59) Kusurun belli bir ağırlık derecesine ulaşmış olmasından, mutlaka ağır kusur şeklinde olması gerektiğini kastetmemekteyiz.

(60) Sarıca, R.: agm., sh.862; Özdemir, N.: agt., sh.48.

(61) DDGK. E.47/83, K.47/164, T.26.12.1947, (DrI. Hocaoglu, A.Ş.), Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları, 1933-1948, Ankara 1949, sh.126-127.

(62) Duran, L.: İdare Hukuku, sh.2.

(63) Duran, L.: İdare Hukuku, sh.10.

(64) Sarıca, R.: İdarî Kaza, C.I, İstanbul 1949, sh.222; Tuncay, H.A.: İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1972, sh.130.

(65) Yayla, Y.: age., sh.76.

rirken sayısız işlem ve eylemlerde bulunur. Bu nedenle idarî faaliyetlerin sebebiyet verdiği zararlar da ya idarî işlemlerden ya da idarî eylemlerden ortaya çıkabilir. Bu açıdan idarenin sorumluluğunu idarî eylemler ve işlemler bakımından ayrı ayrı incelemekte yarar vardır.

B. İdarî Eylemlere İlişkin "Hizmet Kusuru"

Bu alanda "hizmet kusuru" teşkil eden haller doktrin ve içtihattan gelen bir klâsik ayırımla hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi şeklinde ifade olunmaktadır (66).

Ancak bu ayırımın kesin çizgilerini bulmak zordur (67). Örneğin zehirlenen çocuğa zamanında ve gerekli serumu vermeyen idare hizmeti geç mi işlemiştir yoksa hiç işlememiş midir? Aslında hizmetin geç işlemesi çoğu hal-lerde aynı zamanda kötü işlemesi anlamını taşır (68). Bu nedenle "hizmet kusuru"nun bu üçlü ayırımı eski önemini yitirmiş görünmektedir. Yani bir zarar doğurucu eylem veya işlemin bunlardan mutlaka birine girmesi gerektiği şeklindeki telâkki, bugün fazla bir önemi haiz bulunmamaktadır.

Uygulamada, Danıştay'ın ele aldığı olaylarda zarara yol açan idarî eylemin bunlardan yalnızca birine uyarılma konusunda bir çabası, böyle bir düşüncesi bulunmamakta, çoğu kez bu üç halden bir arada söz edilmektedir. Örneğin bir kararında "idare hukuku ilkelerine göre bir olayda, idarenin hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken önlemlerin alınmaması veya geç ya da yetersiz alınması gibi nedenlerle bir sakatlık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın

(66) Hizmet kusurunun bu üçlü tasnifi ilk kez Duez tarafından ortaya atılmış ve daha sonra doktrin ve uygulamada yerleşmiştir. Sarıca, R.: agn., sh.887.

(67) Yayla, Y.: age., sh.142.

(68) Yayla, Y.: age., sh.143.

da bundan kaynaklanmış olması gerekmektedir" diyerek (69) bu durumu ortaya koymuştur.

Bugün bu ayırımın pratik fayda mülahazalarıyla yapılmaktan öte bir gayesi bulunmamaktadır. Bşz de bu yaklaşımdan hareketle her üç hali ayrı ayrı incelemeyi uygun gördük (70).

1. Hizmetin Kötü İşlemesi

"Hizmet kusuru"nun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan şekli hizmetin kötü işlemesi halidir.

Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olmasından kaynaklanan bir durumdur (71).

Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği gözönüne alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin soyut olarak sınırlarını belirleyebilmenin, bu hali bir formüle bağlamanın imkânsızlığı kolayca anlaşılır. Bu nedenle hizmetin kötü işleyip işlemediğini hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkân ve araçlar somut olayın niteliği ve bunun gibi durumları inceden inceye tahlil etmek, her olay için somut olarak bir yargıya varmakla mümkündür.

Hizmetin kötü işlemesi idarî bir eylemden kaynaklanabileceği gibi bir idarî işlemde de kaynaklanabilir.

Diğer taraftan hizmetin kötü işlemesi maddî bir kusurun sonucu olabileceği gibi hukukî bir kusurun sonucu da olabilir (73).

(69) Dnş. 10.D, E.1982/2725, K.1983/2125, Dnş.Der.,Y.14, 1984, S.54-55, sh.390-391.

(70) Belirtelim ki hizmet kusurunun bu üçlü tasnifi yalnızca idarî eylemlere ilişkin bulunmayıp, idarî işlemlerde de geçerlidir. Örneğin bir idarî işlemin geç tesis edilmesi hali hizmetin geç işlemesi olarak karşınıza çıkar. İdarî işlemlerden doğan "hizmet kusuru"nun bazı özellikler arzemesi nedeniyle ayrı bir başlıkta incelenmesi uygun görülmüştür.

(71) Derbil, S.: age., s.250.

(72) "Yol üzerine yaptırılan zafer takının sağlam olmaması nedeniyle rüzgardan devrilerek bir otomobil ezmesi..." Dnş.12.D. 19.4.1972 gün ve K. 1972/1150, Esin, Y.: age., sh.37; "Patlayıcı etkisi giderilmeden herkesin gelip geçtiği yol üzerinde bırakılan mayının patlaması sonucu yoldan geçen bir kişinin ölmesi..." Dnş.12.D. 29.3.1968 gün ve K.1968/735, Esin, Y.: age., sh.37.

(73) "Yasalara aykırı olarak açılış izni verilmeyen sinemanın bu işlem Danıştayca iptal edilene dek kapalı kalması sonucu doğan zararın idarece tazmini gerekir." Dnş.8.D. 19.11.1969 gün ve E.1968/3375, K.1969/4097, Esin, Y.: age., sh.350; "Delirdiği için bir tedavi müessesesine gönderilen bir şahsın evinde bulunan eşya ve paralar hakkında alınacak tedbirlere dair Polis Müdürü tarafından verilen bir emrin, polis memurları tarafından yanlış yorumlanması dolayısıyla meydana gelen zarar..." Özdemir, N.: agt., sh.56.

2. Hizmetin Geç İşlemesi

Kamu hizmetlerinden beklenen yararın tam ve kâmil bir anlamda sağlanabilmesi hizmetlerin devamlı ve aksatılmadan yürütülmesini gerektirir.

Eğer kamu hizmetleri devamlı ve düzenli bir şekilde görülmezse toplumda kamu yararını zedeleyen bazı durumlar ortaya çıkabilir. Öyleki her türlü duraksama toplum yaşamı bakımından çözümü güç karışıklıklar ortaya çıkarabilir.(74) Özellikle su, elektrik, gaz, telefon, ulaştırma, sağlık, temizlik gibi kamu hizmetlerinin kesintiye veya düzensizliğe uğraması toplum yaşamında ağır ve telafisi güç zararlar doğurabilir. Esasen kamu hizmetlerinin özel teşebbüsler tarafından gerektiği gibi yapılamayacağı bazı aksamaların meydana gelmesinin her an muhtemel bulunması nedeniyle, bu hizmetler kamu kuruluşlarınca üstlenilmekte ve yerine getirilmektedir (75).

Hizmetin devamlı ve düzgün bir biçimde yerine getirilmesi zorunluluğu, kamu yararı ve sosyal ihtiyaçların zaman içinde gösterebileceği değişiklikler nedeniyle idareye yeni durumlara uyma borcunu da yükler.(76)

Toplum bireyleri hizmetin sürekli, düzgün ve gereği gibi sunulmasını idareden isteme yeteneğini haiz olup bu amaçla iptal davasıyla hizmetten yararlanmayı engelleyen ve hizmetin işleyişini aksatan mevzuata ve hukuka aykırı idarî işlemleri ortadan kaldırtmak ve bu yüzden bir zarara uğramışlarsa bu zararlarının tazminini istemek imkânına sahiptirler (77).

İdarenin üstlendiği görevleri yerine getirmiş olması ve hizmetlerini zamanında ve gereken hızda yapmış olması gerekir. Başka bir deyişle hem gereken kararları alma hem de bunların uygulamasını mevzuat ve durumun gerektiği süre içinde yapmış olması gerekir (78).

Böylece, hizmetin geç işlemesi şeklinde beliren "hizmet kusuru"nu, idarenin hizmetin gereklerine göre ken

(74) Giritli, Ş. - Bilgen, P.: age., sh.202.

(75) Duran, L.: İdare Hukuku, sh.309.

(76) Giritli, I.: - Bilgen, P.: age., sh.202.

(77) Duran, L.: İdare Hukuku, sh.324.

(78) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.29; Özdemir, N.: agt., sh.69.

disinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek ağır ve yavaş hareketi suretiyle bir zarara sebebiyet vermesi olarak tarif edebiliriz (79).

Bir hizmetin geç işleyip işlemediğini tespit işi bir hayli güçlük arzeder. Eğer mevzuat bir hizmetin görülmesi için belirli bir süre öngörmüşse bu taktirde hizmetin geç işlemiş olduğu sonucuna varmak pek güç olmasa gerek. Çünkü idare öngörülen süre içerisinde hizmeti yerine getirmemişse hizmetin geç işlemiş olduğu sonucuna varılır (80). Ancak mevzuatta hizmetin belirli bir sürede yerine getirilmesine ilişkin hükümlere pek sık raslanılmaz. Böyle durumlarda hizmetin geç işleyip işlemediğini tespit işi doğal olarak idare mahkemesinin takdirine bırakılmıştır. Yargı yeri hizmetin niteliğini idarenin sahip olduğu imkân ve araçları, somut olayın özelliklerini gözönünde bulundurarak idarenin gereken çabukluğu gösterip göstermediğini ortaya koyar. Ancak her gecikme behemahal idarenin kusurunu ortaya koymaz. Arada geçen kısa ve zorunlu bir süre içinde ortaya çıkan zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutmak doğru olmaz (81). Çünkü idare pozitif hukuk kurallarıyla bağlı olduğu gibi kamu yararı ve hizmet gereklerini de gözönünde tutmak ve bunları birlikte değerlendirmek durumundadır. Bu mecburiyet ise hizmetin işleminde bir gecikmeye yol açabilir. Başka bir deyişle idarenin işin niteliği ve durumun gereğine göre harekete geçebilmesi için normal ve makûl bir sürenin geçmesi gerekir. Böyle bir gecikme nedeniyle idareyi sorumlu tutmak pek doğru olmasa gerektir(82). Nitekim Danıştay içtihatları da bu yöndedir. Örneğin bir kararında (83) "mevzuatta açık hüküm bulunmaması nedeniyle durumun yetkili mercilerden

(79) Özdemir, N.: agt., sh.68.

(80) Örneğin DDGK. gümrük vergisi indirimi için yapılan bir başvuruda davacının talebinin gecik tirilmesiyle ilgili olarak verdiği kararında davacının başvurusunun yönetmelikte yazılı sürelerle bağlı kalarak sonuçlandırılması gerekirken bu sürelerle bağlı kalmayarak yedi aydan fazla bir süre geçtikten sonra sonuçlandırılmış olması nednedeniyle uğramış olduğu zararın tazminine hükmetmiştir. DDK. 10.3.1967 gün, E.67/2, K.67/373, Yenice, K.: - Esin, Y.: age., sh.89.

(81) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.29.

(82) Esin, Y.: age., sh. 45; Duran L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.29; Duran, A.: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, sh.291.

(83) Dns. 12.D. 11.5.1968 gün, E.1967/1239, K.1968/1088, Esin, Y.: age., sh.291.

sorulması yüzünden ortaya çıkan gecikmede.." "hizmet kusuru" görmemiştir. Yine başka bir kararında (84) ise "ithal işlemindeki gecikme, mevzuata uygulanması yönünden idarece gösterilen haklı titizlik ve duraksamadan doğduğuna göre, bu gecikme nedeniyle idareye hizmet kusuru .. yüklenemez" demiştir.

"Hizmet kusuru", idarenin üstlendiği hizmetlerin yerine getirilmesiyle ilgili bir kusur olması nedeniyle idarenin ifayla yükümlü olmadığı hizmetlere ilişkin gecikmeler nedeniyle sorumluluğuna gidilemez (85). Nitekim Danıştay, bir kararında (86) "Dava Milletlerarası Balıkçılık Kongresinde Akdeniz Balıkçılık Konseyi'ni temsilen bulunmasını isteyen davet mektubunun 2,5 ay saklanarak kendisine verilmediği ve bu suretle Kongreye katılmak imkânından mahrum bırakıldığından bahisle sembolik mahiyette... lira tazminatın... ödettirilmesi istemidir... Hizmet kusuru sebebiyle idare aleyhine tazminata hükmolunabilmek için, idarenin ifaya mecbur olduğu hizmetin idarece yapılmaması, geç yapılması veya kusurlu ifası gerekli olup... davacı adına memuriyet adresine gelen bir mektubun kendisine geç intikal ettirilmiş olması, davalı idarenin yapmakla mükellef olduğu hizmetler meyanında bulunmaması sebebiyle, mesnedi bulunmayan tazminat talebinin reddine.. oybirliğiyle karar verildi" şeklinde içtihatla bulunmuştur.

3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Bilindiği üzere idarenin yetkileri bağlı yetki ve takdir yetkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (87). Mevzuatın idareye bir durum karşısında nasıl davranması gerektiğini gösterdiği, onun insiyatifine bırakmadığı, tercih hakkına yer vermediği kısaca mevzuatın kayıt ve şartlarıyla bağlı olduğu yetkiler bağlı yetkiyi oluşturur. Takdir yetkisi ise, idarenin hukuk kuralları içerisinde hareket serbestliğidir (88). Başka bir deyişle "karar ve hareket

(84) Dns. 12.D. 13.5.1966 gün, E.1965/4250, K.1966/1078, Esin, Y.: age., sh.289.

(85) Esin, Y.: age., sh.45.

(86) Dns. 8.D. 3.7.1962 gün, E.1961/3207, K.1962/3280, Esin, Y.: age.,sh.45, dn.20

(87) Karatepe, Ş.: age., sh.47; Eroğlu, H.: age., sh.49.

(88) Özay, İ.H.: *Devlet, İdarî Rejim ve Yargısal Korunma*, İstanbul, 1986, sh.199.

serbestisi alanında da kanunen muteber birçok hareket tarzlarından birisini seçme serbestisidir"(89). İdare bir hizmeti görüp görmemekte ya yükümlü, görevli kılınmıştır, veya bu konuda bir takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla hizmetin işlememesinden söz edebilmek için öncelikle bu konuda idarenin yükümlü ve görevli olması gerekir. İdarenin görevli olmadığı bir konuda hizmetin işlememesi söz konusu olamaz (90).

İdarenin bağlı yetki hallerinde bu yetkiyi kullanmaması veya harekete geçmemek suretiyle bir zarara sebebiyet vermesi halinde bu zararlı sonuçtan kural olarak sorumlu tutulur. Çünkü bağlı yetkinin kullanılmaması bir kanunsuzluk hali olup bu durum ise hukuk Devletinde idarenin başta gelen sorumluluk nedenidir (91).

İdarenin, bir hizmeti görüp görmeme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu hallerde, kural olarak sorumlu olmaması gerekir. Bu konuda bağlı yetkide olduğu gibi kesin bir kural koyma imkânı bulunmamaktadır. Her somut olay için değişik etkenleri gözönünde tutarak idarenin harekete geçmesinin bir "hizmet kusuru" teşkil edip etmeyeceğini ortaya koymak idarî yargı yerlerinin görevidir.

Bir hizmetin yerine getirilmesi konusunda idareye takdir yetkisinin tanınması, idarenin sorumlu olmamasını gerektirmeyip, idarî yargı organı tarafından hareketsizliğinin sonuçlarından sorumlu tutulabilir (92). Çünkü unutmamak gerekirkı idareye tanınan takdir yetkisi, keyfi hareket serbestisi olmayıp hizmetin daha iyi bir şekilde sunulmasını temin amacına matuftur. Bu itibarla takdir yetkisi yargısal denetimin dışında da bırakılmamıştır (93). Danıştay bir İçtihadı Birleştirme Kararında idarî kararların mutlak takdir yetkisine dayandığını ileri

(89) Başpınar, R.: İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetime Tâbi Tutulması, *Daş.Der.*, Y.1, 1971,S.3, sh.63-64.

(90) Duran, L.: Türkiye İdarsinin Sorumluluğu, sh.30; Yenice, K.: - Esin, Y.: age., sh.90.

(91) Esin, Y.: age., sh.38.

(92) Duez, P.: age., sh.27; Sarıca, R.: agm., sh.890.

(93) Takdir yetkisinin yargısal denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Balta, T.B.: age., sh.88; Tuncay, H.A.: age., sh.140; Giritli, İ.: - Akgüner, T.: age., sh.46; Bayraktar, K.: Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi, *İdare Hukuku ve İdarî Yargı İle İlgili İn cellemeler,I.(Derleme)*, Ankara 1976, sh.273-274; Başpınar, R.: agm., sh. 59-85.

sürerek, yargı denetimi dışında bırakılmasının idare hukuku ilkelerine ve 1961 Anayasasının 114. maddesine aykırı olacağını belirtmiştir (94). Yüksek Mahkeme bir kararında da idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak olmayıp hukukî esaslar içerisinde kamu yararı ve kamu görevinin gerekliliğiyle sınırlandırılmış bulunduğunu ifade etmiştir (95). Yüksek Mahkemenin bu konuda pek çok kararı bulunmakta olup, bütün bu kararlarında idarenin takdir yetkisini kullanırken, kamu hizmetlerinin gerekleriyle kamu yararı ve hukuka uygunluk çerçevesi içinde kalması gereği belirtilmiştir.

Takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığı mahkeme tarafından kabul edildiği takdirde meydana gelen zararlar-
dan idarenin tazmin yükümü doğar (96).

Hizmetin hiç işlememesi konusunda şu durumu da belirtmek gerekir: Anayasamızın 65. maddesine göre, Devlet, görevlerini malî kaynakların elverdiği ölçüde yerine getirir. Bu nedenle idarenin malî kaynaklarının elvermemesi nedeniyle yapamadığı, yerine getiremediği bir hizmete binaen hizmetin işlememesine bağlı olarak idareyi sorumlu tutmak doğru olmasa gerek (97). Konuyla ilgili olarak Danıştay bir kararında (98) "Anayasamızın 53. maddesinde yazılı şekilde Devletin Sorumluluğu, iktisadî gelişme ve malî kaynaklarının yeterliliğiyle sınırlıdır. Dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulması malî ve teknik imkanlara bağlı olduğundan bu kabil hallerde doğan zararlardan Devleti sorumlu tutmağa hukuken imkân mevcut değildir." diyerek açılan davayı reddetmiştir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki idarenin maddî imkân durumu, ancak iş programlarının düzenlenmesi konusunda takdir yetkisini kullanma açısından etkili olabilir. Bu nedenle de yetki kullanılarak faaliyet alanına sokulan yer ve durumların idarenin sorumluluğunu etkilememesi gerekir (99). Bu nedenle idare, başlatmış

(94) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, sh.181, dn.21.

(95) Dnş. 5. D. 24.9.1974 gün, E.74/5839, K.74/683, Amm.İd.Der.1975, C.VIII, S.2. s.219.

(96) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.31.

(97) Yenice, K. - Esin, Y.: age., sh.90; Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.31.

(98) Dnş. 12.D. 24.4.1972 gün, E.1970/5736, K.1972/1282, Esin, Y.: age., sh.245.

(99) Yenice, K. - Esin, Y.: age., sh.90; Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.32.

olduğu kamu hizmetini sonradan, imkânsızlıklarını ileri sürerek bırakamaz. Aksi takdirde sorumluluktan kurtulamaz. Başka bir deyişle idare kanunla görevli olduğu faaliyet ve hizmetler de olsun, kendi iradesiyle yüklendiği hizmetlerde olsun, malî veya teknik imkânsızlıkları nedeniyle hizmeti yerine getirmekten kaçınamaz (100).

İdarenin hareketsiz kalmasının veya hizmetin hiç işlememesinin hiç bir halde haklı görülmemesi gerekir. Çünkü bir takım hizmetlerin yerine getirilmesi bakımından verilen yetkilerin idare tarafından kullanılmaması veya takdir yetkisinin kamu yararına aykırı kullanılması suretiyle hareketsiz kalışı, kanunsuzluk niteliğindedir. Kanunsuzluğu caiz kılacak bir mazeret olamaz. "Meğer ki çok olağanüstü bir hal, idarenin gerçekten harekete geçmesini imkânsız kılsın" (101).

C. İdarî İşlemlere İlişkin "Hizmet Kusuru"

1. İdarî İşlemin İttihazından Doğan "Hizmet Kusuru"

İdarî bir işlemin salt ittihazından, bir "hizmet kusuru" teşkil ederek sorumluluğa yol açıp açmayacağı konusu doktrinde ve uygulamada tartışmalara yol açmıştır.

Bir görüşe göre idarenin sorumluluğu ancak idarî işlemin uygulanmasıyla ortaya çıkabilir (102). Bu görüş, her sorumluluğun bir fiili gerektirdiği, ortada bir fiil olmadıkça zarar ve sorumluluktan söz açılmayacağını, dolayısıyla idarî bir işlem uygulanmadığı sürece "hizmet kusuru"na yol açamayacağını ifade etmektedir. Görüş sahiplerine göre bir hakkın ihlâli ancak bir kararın uygulanma aşamasında ortaya çıkar. Gerçi idarî bir işlem salt ittihaz olunmakla bir takım hukukî sonuçlar doğurursa da hiç bir zaman fiili sonuçlar doğuramazlar. Yani bir hakkı ihlâl edemezler, bir zarara yol açamazlar. Sonuç olarak da idarî bir işlemin salt ittihazı hiç bir zaman tam yargı davasına konu teşkil edemez.

(100) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.33; Düren, A.: age., sh.289.

(101) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.34.

(102) Fransız Hukukçusu Hauriou tarafından şiddetli bir şekilde savunulmuş olan bu görüş Türk Hukukunda, Onar, S.S.: age., sh.1797; Esin, Y. - Dündar, E.: *Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları*, Usul, Ankara 1971, sh.103; Eroğlu, H.: age., sh.453; Artuknaç, S.: *Bizde İdarenin Murakabesi*, İstanbul 1950, sh.28, tarafından savunulmaktadır.

Bu görüş gerek Fransa'da gerek Türkiye'de eleştirilerek, bir idarî işlemin bazı durumlarda salt ittihazının dahi bir hakkı ihlâl edebileceği, bir zarara yol açabileceği, sonuç olarak bir tam yargı davası açılabileceği ifade edilmiştir (103). Denmektedir ki bir idarî işlemde zararın doğabilmesi için mutlaka uygulamaya konulması şart olmayıp, bazen bir işlemin sadece ittihazi da bir hakkı ihlâl edebilir ve bir zarara yol açabilir. Öyle bir takım idarî işlemler vardır ki ittihazıyla, otomatik olarak kendiliklerinden icra olunurlar.

Bir kere idarenin olumsuz işlemlerinin salt ittihazıyla bir takım hakları ihlâl ederek zarara yol açmaları mümkündür. Bu tür işlemlerin salt ittihazi idarenin sorumluluğunu gerektirebilir (104). Örneğin (105) bir inşaat ruhsatı talebinde bulunan kimsenin bu talebinin reddi, olumsuz bir idarî işlem olup ilgili bu yüzden bir zarara uğrayabilir. Burada işlem sadece ittihaz olunmakla yani herhangi bir uygulama olmadan bir zarar doğabilmektedir. Böyle olumsuz bir idarî işlem hukuka aykırılık arz ediyorsa idare aleyhine hizmet kusuruna dayalı olarak tazminat davası açılabilir.

İkinci olarak idareye yapılan başvuru ve isteklere idare tarafından hiç bir karar verilmemesi halinde de bir takım zararların doğması muhtemeldir.

Kişilerin idareye vakî başvuruları üzerine idarenin hareketsizliği anlamına gelen idarenin sükutu (106) İdarî Yargılama Usulu Kanununun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilgililerin idarî davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idarî makamlara karşı yapmış olduğu başvurulara idarî makamlar 60 gün içinde cevap vermek durumundadır. Eğer bu süre içerisinde bir cevap verilmezse istek reddolunmuş olur.

İdarenin bu şekildeki zımnî red kararları olumsuz

(103) Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.345 vd.; Yayla, Y.: age., sh.133; Giritli, İ.: - Bilgen, P.: İdarî Kaza Ders Notları, İstanbul 1966, sh.105; Gözübüyük, Ş.: Yönetim Hukuku, sh.263; Karatepe, Ş.: age., sh.262; Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, sh. 215; Özdemir, N.: agt., sh.96.

(104) Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.346.

(105) Bu konuda pek çok örnek için bk., Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, s.347 vd.

(106) Duran, L.: İdarî Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi, İst.Huk.Fak.Mec., 1946, C.XII, S.1, sh.177.

bir idarî işlem telâkki olunmaktadır (107). İşte bu şekilde idarenin hareketsizliği sebebiyle, ilgili bir zarara uğramışsa bu takdirde idarenin "hizmet kusuru"na göre sorumluluğu doğabilir (108).

Üçüncü olarak ise bazı durumlarda idarenin olumlu kararları da salt ittihaz olunmakla bir zarara yol açabilir ve bu nedenle idarenin "hizmet kusuru" gereğince sorumluluğunu gerektirebilir (109). Örneğin idare tarafından verilen izin, ruhsat ve benzeri idarî kararların sonradan geri alınmaları kararları, olumsuz bir idarî işlem (karar) ittihazı gibi aynı sonuçları doğurur. Başka bir deyişle idare olumsuz bir karar ittihazından sorumlu olduğu gibi, bir kararın hukuka aykırı bir biçimde geri alınmasının yol açtığı zararlardan da sorumlu tutulabilir(110). Fransız Danıştay bu gibi durumlarda aynen olumlu işlemlerde olduğu gibi idareyi tazminata mahkum etmektedir (111). Danıştayımızın da bu yönde kararları mevcuttur (112).

521 sayılı Danıştay Kanunu yürürlüğe girmeden önce, Danıştay idarî işlem dolayısıyla uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarına bakmaktaydı (113). Ancak 521 sayılı Danıştay Kanununun 71. maddesi uygulamada yanlış anlaşılacak idarî işlem nedeniyle uğranılan zararlar için doğrudan, bağımsız olarak açılan tam yargı davaları reddolunmuştur (114). Örneğin Danıştay bir kararında (115) "...iptal davasına konu olması gerekli bir hususta böyle bir dava açılmadan tam yargı davası açılması hukuken tecviz edilemez. 521 sayılı Danıştay Kanununun 72. maddesinde yer alan ve müstakilen tam yargı davası açılma-

(107) Duran, L., agm., sh.198.

(108) Duran, L.: agm., sh.198; Özdemir, N.: agt., sh.97; Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.354; Giritli, I. - Bilgen, P.: İdarî Kaza, sh.105.

(109) Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.354.

(110) Özdemir, N.: agt., sh.97; Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.355.

(111) Fransız Danıştay'ının konuyla ilgili olarak verdiği kararlara örnek için bk., Özdemir, N.: agt., sh.97, dn.71.

(112) Dnş. 12.D. E.1966/450, K.1966/3011, T. 27.10.1966; Dnş. 12.D. E.1965/2948, K.1965/1066, T.16.11.1965, (Drl.Dinçer, G. ve Diğerleri.), Danıştay Kararları, 1965-1967, Ankara 1967, sh.202 ve 218.

(113) Duran, L.: İdarî İşlemlerden Doğan Sorumluluk, İst.Huk.Fak.Mec, 1968, C.XXXIII, S.3-4, sh.3.

(114) Duran, L.: İdarî İşlemlerden Sorumluluk, sh.5.

(115) Dnş.5.D. E.1965/3644, K.1965/1985, T. 27.4.1966, Duran, L.: İdarî İşlemlerden Sorumluluk, sh.5.

sını öngören hüküm ancak ilgililerin hukukunu ihlâl eden idarî eylemler hakkında uygulanabilir... Kendisi hakkında uygulanan işlem ortada dururken onun sonucu olarak doğduğu iddia olunan zararın tazmini için açılan tam yargı davasının tetkiki mümkün değildir." demıştır.

Doktrinde birçok yönden eleştirilen (116) karışıklıklara, haksızlıklara, zararlı sonuçlara yol açan (117) bu içtihat 1973 yılında Danıştay Kanununun 71. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikle ortadan kaldırılmıştır. İdarî Yargılama Usulü Kanununda da tekrarlanan bu yeni kurala göre, idarî işlemin iptalini istemeden doğrudan tam yargı davası açılabilmektedir.

İdarî işlemlerin ittihazında ortaya çıkan gecikmelerde bazen "hizmet kusuru" teşkil edebilir (118).

İşlemin belirli bir sürede tesis olunması mevzuatta gösterilen hallerde sorun çıkmaz. İdare eğer bu süreyi özürsüz olarak geçirmişse bu takdirde "hizmet kusuru"na dayalı olarak sorumluluğuna gidilir. Ancak eğer süre konusunda mevzuat bir hüküm sevketmemişse bu durumda yargı organı her somut olayda normal ve makul bir gecikme sınırlarını aşıp aşmadığına bakarak sorunu çözümler.

2. İdarî İşlemin Uygulanmasından Doğan "Hizmet Kusuru"

a) Genel olarak hukuka aykırı işlemlerin uygulanmasından doğan "hizmet kusuru":

Bir idarî işlemin "hizmet kusuru"na dayalı olarak tazminata yol açabilmesi için hukuka aykırılığının varlığı şarttır (119). Dolayısıyla idarenin hukuka uygun işlemlerinden dolayı "hizmet kusuru"na dayalı sorumluluğu söz konusu olamaz. Ancak, bazı hal ve şartlarla idare, hukuka

(116) Eleştiriler konusunda bk., Duran, L. İdarî İşlemlerden Sorumluluk, sh.6. vd.

(117) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, s.219.

(118) Esin, Y.: age., s.281; "Şartname hükümlerine uymadığı saptanan bir müteahhide ihalenin yapılması yerinde ise de sonuç hakkında kendisine uzun süre kesin bilgi verilmemesi idarece kusurlu davranıldığını gösterir.

İdarenin kusuru yüzünden 1 sene 3 ay süre ile beklemek zorunda kalan müteahhidin bu beklemeden doğan zararının tazmini gerekir. Dnş. 12.D. 13.1.1972 gün, E.1968/2350, K.1972/114, Esin, Y.: age., sh.288; "Mevzuatta açık hüküm bulunmaması nedeniyle durumun yetkili mercilerden sorulması yüzünden ortaya çıkan gecikmede idarenin hizmet kusuru yoktur. Dnş. 12.D. 11.5.1968 gün, E.1967/1293, K.1968/1088, Esin, Y.: age., sh.291.

(119) Duran, L. Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.37; Sarıca, R.: İdarî Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları, *İst.Huk.Fak.Hec.*, 1974, C.X, S.3-4, sh.514.

uygun işlemlerinden dolayı kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulabilir (120).

Herhangi bir idarî işlemi itti haz etmekle idarenin bir hizmet kusuru işlemesi ancak bu işlemin hukuka aykırılığıyla mümkün olup, hukuka herhangi bir açıdan aykırılık arz etmeyen bir işlem tesis etmekle idarenin bir kusur işlemesi mümkün olmadığı gibi böyle bir ihtimalde düşünülemez (121). Bu nedenle de hukuka uygun bir karar, "hizmet kusuru"na dayalı olarak idare aleyhine bir tazminat davası yapılamaz. Esasen, "kusur ve bu meyanda hizmet kusuru... hukuka aykırı hareketten başka bir şey değildir. Bu itibarla idarenin mevzuata aykırı karar itti haz etmesi aynı zamanda bir "hizmet kusuru" işlemesi demektir. İyi kurulmuş, bünyesinde, teşkilatında, nizamla rında, personelinde, işleyişinde bir aksaklık ve bozukluk müşahade edilmeyen bir idare pek tabiidir ki mevzuata ve hukuka aykırı karar itti haz etmez. Her ne zamanki idare mevzuata mugayir karar itti haz ederse fena kurulmuş, bünyesinde, teşkilatında, nizamlarında, personelinde, işleyişinde teşhisi belki kolaylıkla mümkün olmamakla beraber - herhangi bir aksaklık ve bozukluk mevcut demektir (122).

Ancak bugün gerek doktrin ve gerekse uygulama alanında hakim görüş idarî işlemlerin itti haz ve uygulamasında hukuka, mevzuata her aykırılığın mutlak olarak sorumluluğu gerektiren bir "hizmet kusuru" teşkil etmeyeceği yönündedir (123).

"Hizmet kusuru" vardır diyebilmek için tespit olunan aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede belli bir ağırlık kazanmış olması ve belirgin bir aykırılık olması gerekir (124). İşlemdaki hangi aykırılığın sorumluluğu gerektireceğine ilişkin kesin ölçüler bulmaya imkân yoktur. Danıştay'ın bir İçtihadı Birleştirme Kararında da belirttiği

(120) Duran, L.: İdarî İşlemlerden Sorumluluk, sh.10; Sarıca, R.: İdarî Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları, sh.499.

(121) Sarıca, R.: İdarî Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları, sh.498.

(122) Sarıca, R.: İdarî İçtihatlar, *İst.Huk.Fak.Nec.*, 1944, C.X, S.1-2, sh.399.

(123) Laubadere, Waline, Vedel'e atfen Özdemir, N.: agt., sh.79; Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.250; Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.37; Esin, Y.: age., sh.261.

(124) Esin, Y.: age., sh.261; Duran, L.: İdare Hukuku Meseleleri, sh.163.

üzere (125) bu konunun takdiri tamamen idarî yargı yerlerine ait olup, idarî yargı yerleri her somut olay için çeşitli etkenleri gözönünde bulundurarak işlemdeki aykırılığın hizmet kusuru teşkil edip etmediğini değerlendirerek bir sonuca varmak durumundadır.

İşlemlerdeki hukuka aykırılıklar, idarî işleme etkisi bakımından iki şekilde karşımıza çıkar: Aykırılık ya iptal sebebi yahut yokluk sebebi teşkil eder (126). Şimdi bunlardan doğabilecek sorumluluğu ayrı ayrı inceleyelim.

b. İptali kabil kararların uygulanmasından doğan "hizmet kusuru":

İptali kabil bir idarî işlem, hukuken doğmuş, meydana gelmiş bir karar olmasına rağmen bunun iptal sebeplerinden biri veya bir kaçıyla malül olması halini ifade eder (127).

Ancak idarî bir işlemin iptalini gerektiren her sakatlık hali, idarenin sorumluluğunu doğuran bir "hizmet kusuru" teşkil etmez. Başka bir deyişle "idarî işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerle hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında bir özdeşlik yoktur. Bir işlemin hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmiş olması, hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Hizmet kusuru vardır denebilmesi için... hukuka aykırılığın hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır olması gerekir" (128).

Hangi sakatlık hallerinin sorumluluğu intaç edip hangilerinin etmeyeceği konusunda mutlak bir kural koymak imkânsız olup, idarî yargı yeri, her olayın özelliklerini, hizmetin niteliğini, tasarrufun tesisindeki şartları gözönünde bulundurarak aykırılığın sorumluluğa yol açıp açmayacağını tespit etmek durumundadır. Şu kadarını söyleyebiliriz ki butlanı mucip de olsa şayet işlemin yapılmasından önceki ve iptalinden sonraki durumlar arasında bir farklılık doğmamışsa idare sorumlu olmaz (129).

(125) DDGK. 26.12.1947 gün, E.1947/83, K.1947/83, K.1947/164 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı., Esin, Y.: age., sh.262.

(126) Balta, T.B.: age., sh. 160; Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.250.

(127) Zanoşını, G. (Çev. Akgüç, A. - Erman, S.): İdare Hukuku, C.I, Umumiyet İtibarıyla İdarî Nizam, sh.238-239.

(128) Düren, A.: age., sh.292-293.

(129) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.40.

İlgililer, iptali kabil işlemlerin uygulanmasından dolayı uğramış oldukları zararların tazminini, doğrudan tam yargı davası açmak suretiyle isteyebilecekleri gibi iptal davasıyla birlikte yahut da iptal davasının sonuçlanmasından sonra da isteyebilirler.

c. Yoklukla malûl işlemlerin uygulanmasından doğan "hizmet kusuru":

İdarî bir işlemin herhangi bir unsurunda görülen çok ağır derece hukuka aykırılıklar yahut esaslı bir unsurundan yoksun olması anlamına gelen yokluk (130) halinde işlem hiç doğmamış, hukuk hayatına çıkmamış gibi telâkki olunur (131).

İdarî işlemlerdeki sakatlıklardan hangilerinin yok sayılacağını bazen kanunun kendisi gösterir. Ancak mevzuatta bu konuda mümkün bulunmayan hallerde sakatlığın ağırlık derecesine bakılır ve açık ve ağır surette sakat olan bir idarî işlem yok hükmünde sayılır (132). Ağır sakatlık, işlemin esaslı bir unsurundan yoksun oluşunu, açık sakatlık ise ilgililerce bilinen yahut kolaylıkla anlaşılabilen sakatlık halini ifade eder (133).

İdarî bir işlemdeki hukuka aykırılığın bir yokluk sebebi teşkil etmesi halinde bunun uygulanmasından doğal olarak bir takım zararlar meydana gelebilir. Örneğin "bir memurun müstafî addî muamelesi, kendisini tayine selâhiyetli makamın tasdikiyle tekemmül eder. Bu selâhiyeti haiz olmayan telgraf muavinliğince yapılmış olan davacının müstafî addî hakkındaki tasarrufu.." yoklukla malûldür (134). Burada memur, kararın uygulanmasından dolayı uğradığı zararları idareye tazmin ettirebilecek midir?

Sorun, Fransa'da olduğu gibi ülkemizde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre (135) yoklukla malûl idarî işlemlerin uygulanmasından dolayı doğan zararlardan, idare

(130) Özgen, E.: İdarî Tasarruflardaki Sakatlıklar, *Ank.Huk.Fak.Der.*, 1960, C.XVII, S.1-4, sh.271.

(131) Sarıca, R.: İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan, *Ebul'ula Mardin'e Armağan*, İstanbul 1944, sh.1195; Özgen, E.: agm., sh.271; Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.120.

(132) Balta, T.B.: age., sh.161.

(133) Balta, T.B.: age., sh.161.

(134) Dnş.5.D. T.12.12.1941, K.41/2266, Özgen, E.: agm., sh.272-273.

(135) Sarıca, R.: Yokluk ve Butlan, sh.1195; Özgen, E.: agm., sh.284; Onar, S.S.: age., C.I, sh.326-329.

sorumlu tutulamaz. Çünkü yokluk halinde, fiilî bir durum yani haksız fiil yahut suç söz konusu olup ortada idareye isnat ve izafe olunabilecek bir işlem yoktur. Böyle olunca da bu işlemin uygulanmasından idare değil, kararı uygulayan kamu personeli haksız fiil kuralları gereğince şahsen sorumlu tutulur.

Diğer bir görüşe göre ise (136) yoklukla malûl bir işlemin idarî bir nitelik taşıması ile böyle bir işlemin uygulanmasından doğan zarardan sorumluluk ayrı ayrı konulardır. Bu ikisi arasında zorunlu bir bağ kurulamaz. Dolayısıyla işlemi uygulayan kamu personelinin şahsî kusuru olmadığı takdirde idarenin sorumluluğunu gerektirir. İptali gerektiren işlemlerin uygulanmasından doğan zararlardan, hatta hukuka uygun işlemlerden dahi, objektif sorumluluk esaslarına göre idareyi sorumlu tutup; iptal sebeplerinden daha ağır, hukuka aykırılık hallerinde, idareyi sorumlu tutmamak hukuk mantığıyla bağdaşmaz.

Bizce, yoklukla malûl bir işlem de idarenin işlemidir. Bilindiği üzere idarî işlem bir idarî yetkinin icrası sırasında bir kamu tüzel kişinin sujesi tarafından izhar olunan herhangi bir beyandır (137). Dolayısıyla bu tanımda yer alan ve bir tasarrufun idarî sayılmasını gerektiren beyan, beyanın kamu tüzel kişinin bir sujesine aidiyeti ve tasarrufun idarî bir yetkinin icrası sırasında yapılmış olması unsurlarını (138), yoklukla malûl idarî işlemlerde de görebiliriz.

Diğer taraftan iyi kurulmuş, bünyesinde bozukluk ve aksaklık bulunmayan ideal bir idarenin yoklukla malûl kararları uygulamayacağı açıktır (139). Bu nedenle yoklukla malûl işlemi ittihaz eden ve uygulayan kamu personelinin kötü bir kasıt ve niyet, kin, garaz, intikam, çok ağır ölçüde dikkatsizlik gibi görev ve hizmetle ilişkisini kesen bir kusuru olmadığı sürece yoklukla malûl işlemin uygulanmasından doğan zararlardan idare "hizmet kusuru" esasına göre sorumlu tutulmalıdır.

(136) Özdemir, N.: agt., sh.92; Balta, T.B.: age., sh.161; Artuknaç, S.: age., s.445.

(137) Zanoşını, G.: age., sh.219.

(138) Zanoşını, G.: age., sh.220.

(139) Özdemir, N.: agt., sh.93.

3. Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan "Hizmet Kusuru"

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi hukuk Devletinin "sine qua non"udur. Dava hakkının özünü, mahkeme kararlarının yerine getirilmesi oluşturur. Çünkü davayla güdülen amaç ancak bu suretle elde edilir (140).

Mahkeme kararına uyup uymamak, yerine getirip getirmemek konusunda idarenin bir seçim hakkı, bir takdir hakkı bulunmayıp mutlak surette yerine getirmekle yükümlüdür (141). İdarenin, aleyhine verilen bir karara uyması yalnız hukuk Devletinin değil, uygarlığın ve toplumsal yaşamın devam edebilmesinin de bir gereğidir (142). 1961 Anayasasının 132. maddesi, 1982 Anayasasının 138. maddesindeki hükme göre "yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." Diğer taraftan İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesine göre "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare en geç 60 gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay'da ve ilgili idarî mahkemelerde maddî ve manevî tazminat davası açılabilir."

Ancak belirtelim ki 1961 Anayasası döneminde Danıştay'ın bir çok kararı, idare tarafından uygulanmamıştır. 521 sayılı mülga Danıştay Kanununun 95. maddesinde yer alan "Danıştay ilamlarının icaplarına göre eylem ve işlem tesis etmeyen idare aleyhine Danıştay'da maddî ve

(140) Tuncay, H.A.: age., sh.210.

(141) Sarıca, R.: Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, (Derleme) Ankara 1966, sh.18. Yargıtay yakın tarihli bir kararında "... İdarî eylem ve işlemlerin iptaline dair yargı kararları özellikle bir emir neteliğindedir; bu nedenle idarenin bir takdir yetkisinden söz edilemez. Yerine getirme mutlak niteliktedir." diyerek, bu durumun önemine işaret etmiştir. E.1988/6540, K.1988/9945, T. 22.11.1988, Ank. Bar.Der. 1989, S.2, sh.377-378.

(142) Feyzioğlu, T.: İdarenin Kazıye-i Mahkemeye Riyetini Temin Hususunda Vatandaşın Büyük Millet Meclisine Müracaat Hakkı Bir Müeyyide Olabilir mi? *Siy.Bil.Ok.Der.*, C.IV, S.1-4, sh.96.

manevî tazminat davası açılabilir" hükmü, iptal kararlarının yerine getirilmesinin idare için bir zorunluluk olmadığı, ilgililerin, lehlerine verilen kararların idare tarafından uygulanmaması halinde idare aleyhine ancak tazminat davası açabilecekleri, idare için yalnızca malî sorumluluğun söz konusu olacağı şeklinde yorumlanarak (143) ilgiliye tazminat ödemek suretiyle kararı uygulama zorunluluğundan kaçınma yönüne gidilmiştir.

Böyle bir düşünceye hukukî bir değer atfetmeye imkân olmadığı izahtan varestedir. Çünkü yargı kararının hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmemiş olması nedeniyle idarenin malî sorumluluğuna hükmedilmiş olması, idarenin ayrıca, söz konusu kararı yerine getirme yükümünü ortadan kaldırmaz (144). Yargı kararını idare her halû-karda yerine getirmek durumundadır.

Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarını uygulamayan, geç ya da yanlış uygulayan idarenin, fertlerin bu yüzden uğramış oldukları zararların tazmini, genel idarî sorumluluk kural ve ilkeleri dışında düşünülemez (145). Danıştay'ın pek çok kararında, saydığımız mahkemelerden sadır olan kararların yerine getirilmemesi ağır "hizmet kusuru" olarak belirtilmekte ve idarenin buna göre sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir (146).

Diğer taraftan İdari Yargılama Usulu Kanununun 28. maddesinin 4. fıkrası 521 sayılı kanunda yer almayan yeni bir hüküm getirmiştir. Bu fıkroda mahkeme kararlarının kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde zarara uğrayanın tazminat davasını idare aleyhine açabileceği gibi kamu personeli aleyhine de açabileceği hüküm altına alınmıştır.

(143) Bu duruma özellikle siyasi yönü olan kararlarda daha çok rastlanmaktadır. Yenice, K. - Esin, Y.: age., sh.592.

(144) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.202; Yenice, K. - Esin, Y.: age., sh.603; Karatepe, Ş.: age., sh.258; Tuncay, H.A. ve diğerleri: İdari Yargılama Usulu, *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Kollektif eser), Ankara 1968, sh.713.

(145) Yenice, K.: - Esin, Y.: age., sh.606.

(146) Dnş. 12.D. E.1974/2179, K.1978/1397, Dnş.Der., Y.9.1979, S.32-33, sh.790; DDK. E.1975/383, K.1978/286, Dnş.Der., Y.8, 1978, S.28-29, sh.242; Dnş. 5.D. E.1976/7688, K.1977/4694; Dnş.Der., Y.8, 1978, S.30-31, sh.219; Dnş. 5.D. E.1981/87, K.1982/7738, Dnş.Der., Y.13,1983, S.48-49, sh.105.

Madde, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi hallerinde esas itibarıyla idarenin sorumlu olacağını ifade etmekte, ancak kamu personelinin, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmemiş olması hallerinde de sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Aslında kamu personelinin böyle bir fiil ve davranışı, hizmetle, görevle, ilişkisini kesmekte ve ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız "salt kişisel kusuru"nu ortaya koymaktadır. Fakat kanun koyucu burada idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamıştır. Başka bir söyleyişle kamu personelinin mahkeme kararlarını kasten yerine getirmemesi nedeniyle oluşan "salt kişisel kusuru" idareyi sorumluluktan kurtarmamaktadır.

28. maddenin 4. fıkrasında böyle bir düzenlemeye gidilmesinin nedenlerinden biri, bizce geçmiş dönemdeki tartışmalara kanun koyucunun kesin olarak son vermek istemesidir. Mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu, yargı kararlarının yerine getirilmemesinden dolayı kamu personelinin sorumluluğunu öngörmemiş ve bu durum tartışma konusu olmuş, bazı içtihat ayrılıklarına yol açmıştı. İşte bu tartışmalara son verme düşüncesiyle 28/4 hükmü getirilmiştir.

Bu hükümde mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin hukuk Devletinin vazgeçilmez bir gereği olduğu birkez daha vurgulanmış ve bunu temin amacıyla hem idare hem de kasten yerine getirmeyen kamu personeli müteselsilen sorumlu kılınmıştır. Aslında kamu personelinin kastı yaptıkları işlem ve eylemin görevle ilgisini kesen kişisel kusurlarını ortaya koyan en önemli etkidir (147). "Salt kişisel kusur"un olduğu yerde, kural olarak idarenin sorumluluğu yoktur. Ancak kanun, mahkeme kararlarının yerine getirilmesine atfettiği önem ve bunu temin maksadıyla idareyi de sorumlu kılmış, adeta idareyi mahkeme kararlarını uygulama ve uygulatma ile yükümlü kılmıştır.

Maddenin böyle bir sorumluluk mekanizması kurmasının en büyük yararı, kuşkusuz büyük miktarlara ulaşan zararlarda, kamu personelinin ödeyememe durumu veya kastının

(147) Yenice, K. - Esin, Y.: age., sh.609.

varlığını ispatta ortaya çıkacak güçlükler (148) karşısında, zararın mağdurun omuzlarına yüklenmesi ihtimalinin önlenmiş olacaktır. Çünkü mağdur müteselsil sorumluluk ilkeleri gereği yalnız idareyi veya yalnız kamu personelini yahut her ikisini dava edebilecektir.

IV. "HİZMET KUSURU" NUN DERECESESİ VE BUNUN TESPİTİNDE GÖZÖNÜNE ALINMASI GEREKEN DURUMLAR A. Kusurun Derecesi

Roma Hukukundan gelen klâsik bir ayırımla kusur özel hukukta kast ve ihmal olarak ayırıma tabi tutulmakta; ihmal de kendi arasında ağır ihmal ve hafif ihmal olarak iki kısma ayrılmaktadır (149).

Roma hukukundan bu yana kusurun derecesi bakımından ortaya atılmış bu kusur türlerinin kesin sınırlarını, şartlarını ve birbirinden ayırımını mutlak bir şekilde ortaya koymaya imkân yoktur (150).

Özel hukukta kusur sorumluluğunun doğumu açısından kusurun derecesinin önemi yoktur. Zarar ister kasten ister ağır ve hafif ihmal sonucu meydana gelmiş olsun sorumluluğu gerektirir. Kusurun derecesi, tazminatın miktarı açısından önemli olup "hakim, kusurun ağırlığına göre tazminat şeklini ve kapsamını tayin eder" (Borçlar Kanunu 43/1). Yani tazminat miktarı, kusurun ağırlığıyla orantılıdır.

Ancak daha önceki açıklamalarımızda, özel hukuktaki kusur sorumluluğunun, idare hukukundaki sorumluluktan bir çok açılardan farklılıklar gösterdiğini ifade etmiştik. İşte bu farklılıklardan birisi de kusurun derecesi bakımındandır. Şöyleki: Özel hukukta zarara yol açan her kusurlu fiil, derecesi ne olursa olsun sorumluluğa yol açarken, idarî hizmet ve faaliyetler de görülen her türlü bozukluk ve aksaklıklar mutlaka sorumluluğu gerektirmez.

(148) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu Sorunu, *Amn. İd. Der.*, 1984, S.2, C.XVII, sh.9.

(149) Özel hukukta kusur başka bir açıdan ağır kusur ve hafif kusur olarak ayrılmaktadır. Ağır kusurdan anaç kast ve ağır ihmal, hafif kusur ise hafif ihmaldir.

(150) Ortaya atılan ölçütler konusunda bk., İmre, Z.: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, *İst. Huk. Fak. Mec.*, 1948, C.XIV, S.3-4, sh.500 vd.

İdarenin tazminata mahkum edilmesinde faaliyet ve hizmetlerin türüne, hal ve şartlarına göre değişik ölçüde kusurlu bulunması gerektiği kabul edilmektedir (151). Fransız Danıştay'ı "hizmet kusuru"na dayalı idarenin sorumluluğuyla ilgili kararlarında, "hizmet kusuru"nun bazı derecelerinin bulunduğu ve bu derecelerin her olayın şart ve durumuna göre ayrı ayrı takdir edilmesi gereği ifade edilmektedir. 1950'lere gelinceye kadar ihmal, kast, ağır ve açıkça ağır olmak üzere dört tür kusur derecesi öngörmekteyken bugün hafif ve ağır kusur derecelerini benimsemekte ve uygulama alanı bulmaktadır (152).

Türk Hukukunda da önceleri idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranmakta ve basit kusur yeterli sayılmamaktaydı (153).

Kusurun derecesinin somut olarak tayininin özel hukukta gösterdiği güçlükler, idare hukukunun genç bir hukuk dalı oluşu nedeniyle bu hukuk dalında kendisi belirgin olarak göstermektedir.

Blanco kararını kaynak alan doktrin, idare hukuku prensiplerine uygun olarak sorumluluğu gerektiren "hizmet kusuru"nu teorik olarak, hafif, ağır ve olağanüstü kusur olmak üzere başlıca üç dereceye ayırmıştır. Bu şu demektir: Bazı kamu hizmetlerinde basit bir kusur bile sorumluluğa yol açar. Ancak bazı hizmetlerdeyse sorumluluk için ağır kusurun yahut yerine göre olağanüstü kusurun varlığı gerekir (154).

Hafif kusur, ancak iyi bir idarenin işlemeyeceği kusurlar olarak diğerlerinden ayırt edilebilir (155). Bu tür kusur da tamamen önemsiz bir kusur olmayıp, belirli bir ağırlık derecesi arzeden bir kusurdur. Buradaki hafiflik, diğer iki hale göre daha hafif olmasındandır (156).

(151) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s.34.

(152) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.34-35.

(153) Örneğin bir kararında Danıştay "Sorumluluk için prensip itibarıyla zarar irası yanında ağır bir hizmet kusuru olması da zorunludur", diyerek ağır kusur şartını aradığını açık olarak ortaya koymuştur. Balta, T.B.: agm., sh.108, dn.,17. Danıştay'ın özellikle 1961 Anayasasından önce, bu yönde kararlarına sık sık rastlamak mümkündür.

(154) Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.866; Özdemir, N.: agt., sh.49.

(155) Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.866.

(156) Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.866.

Hafif kusura nazaran daha şedid bir kusuru ifade eden ağır kusur, makul bir idarenin dahi aynı hal ve şartlarda işlemeyeceği bir kusur olarak tarif olunabilir (157).

Olağanüstü kusur ise, aşikâr derecede ağır ve çok önemli bir kusur olup; ancak kötü bir idarenin işleyebileceği kusurdur (158).

"Hizmet kusuru" teorik olarak bu şekilde derecelendirilebilirse de uygulamada hangi kusurların ağır, hangilerinin hafif olduğunu ortaya koymak son derece güçtür.

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için aranan kusurun belli bir ağırlıkta olması şartı; idarenin her an zarara sebep olma korkusu ve bunu tazmin tehdidi altında bulunarak hizmetleri gereği gibi yürütmekten kaçınmasına zemin hazırlayabileceği, her türlü kusurdan sorumlu olmanın mâli bakımdan idareyi müşkül duruma sokacağı gibi mülahazalarla (159) ve bunun yanısıra sorumsuzluk ilkesinden sorumluluğa geçilirken sorumluluğu belli ölçülerde kısıtlamak için başvurulan bir yol olarak düşünülmüş ve kabul edilmiştir (160).

Ancak, kusursuz sorumluluğun dahi genişletilmeye çalışıldığı günümüzde ağır kusuru sorumluluğun bir şartı olarak ele almak pek doğru olmasa gerek (161). Böyle bir yaklaşım sosyal Devlet anlayışına da ters düşmektedir (162). Bu nedenle idarenin sorumluluğu için kusurlu olması yeterli sayılmalı; kusurun ağırlığına özel hukuktaki gibi tazminat miktarını etkileyen bir unsur olarak bakılmalıdır (163). Ancak bu demek değildir ki sorumluluk yönünden pek etkili olmayacak derecede basit kusurlar dahi sorumluluğu gerektirsin; yahut bütün hizmetler bakımından aynı tür kusur aransın. Hizmetin özellikleri gözönünde bulundurulmak suretiyle ve bu konuda fazla tutucu davranılmaksızın bazı hizmetler yönünden ağır kusuru aramak ma-

(157) Örnekler içi bk., Özdemir, N.: agt., sh.112 vd.

(158) Özdemir, N.: agt., sh.102; Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.867. Olağanüstü kusura ilişkin örnekler için bk., Özdemir, N.: agt., sh.120 vd.

(159) Onar, S.S.: age., C.III, sh.1737; Esin, Y.: age., sh.47.

(160) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.230.

(161) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, sh.35; Gözübüyük, Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.230.

(162) Gözübüyük, A.Ş. Yönetmelik Yargı, sh.230.

(163) Gözübüyük, A.Ş. Yönetmelik Yargı, sh.230.

zur görülebilir. Maamafi bu konuda hem idare, hem fert çıkarlarını uzlaştırıcı bir yola gitmek gerekir.

B. Kusurun Derecesini Tesbit Bakımından Gözönüne Alınması Gereken Durumlar

1. Hizmetin İcrasında İdarenin Karşılaştığı Güçlükler

Eğer hizmetin muntazam bir şekilde icrası idare için kolay ise hizmette ortaya çıkan kusur hafif de olsa sorumluluk için yeterli olmaktadır. Eğer hizmetin muntazam bir şekilde yerine getirilmesi idare için oldukça güçlük arz ediyorsa bu takdirde ortaya çıkan kusurun sorumluluğu intaç edilebilmesi için ağır olması hakkaniyete uygun düşer (164).

2. Hizmetin Sosyal Önemi

Hizmetin sosyal öneminden kasıt, hizmetin arzettiği öneme göre kusurun dikkate alınmasıdır. Sosyal önemi büyük olan bir kamu hizmetinde ortaya çıkan kusurlardan dolayı idarenin sorumluluğu için kusurun ağır olması gerekirken, sosyal önemi daha az olan bir kamu hizmetinden dolayı sorumluluk için bu hizmette görülen kusurun hafif bir kusur olması sorumluluk için yeterlidir(165).

3. Zarara Uğrayan Şahsın Durumu

Somut bir olayda kusurun derecesi tayin olunurken başvuru yollardan biri de zarar gören şahsın durumudur. Burada idareden çok, zarara uğrayan şahıs dikkate alınmakta ve korunmaktadır (166). Örneğin esas itibarıyla hafif bir kusur şeklinde gerçekleşen kusur zarara uğrayan şahsın uğradığı sonuçlar bakımından mahkemece ağır bir kusur addolunabilir. Ancak aksi geçerli olmayıp, esasen ağır bir kusur, doğurduğu zarar önemsiz de olsa hafif bir kusur addolunmaz; yani yine ağır kusur vasfını korur (167).

4. Zararın İhtimal Derecesi

Zararın gerçekleşme ihtimali de kusurun

(164) Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.867.

(165) Özdemir, N.: agt., sh.100.

(166) Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.869.

(167) Özdemir, N.: agt., sh.103; Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.869.

derecesini belirleme bakımından dikkate alınması gereken bir konudur. Örneğin bir olayda zararın meydana gelmesinin tahmini mümkünken bu konuda bir çaba gösterilmemesi, gereken tedbirlerin alınmamış olması, olayda aranılan derecede kusurun varlığını ortaya koyar. Buna karşılık zararı tahmin etme idare için zor ve imkânsız ise "hizmet kusuru"ndan söz etmek mümkün olamayacaktır.

5. İdarenin Sahip Olduğu İmkân ve Araçlar

Hizmetin yerine getirilmesinde idarenin elindeki imkân ve araçların da kusurun derecesini tayinde etkisi vardır. Zararı önlemek için idarenin elindeki imkân ve araçlar yargı yerince yeterli bulunuyorsa, sorumluluk için aranılan kusurun varlığından söz edilir.

İdarenin sahip olduğu imkân ve araçlar değerlendirilirken hem hizmetin nitelik ve niceliği, hem de bu hizmete ilişkin, örgüt, araç-gereç, personel ve ödenek gibi durumların gözönünde bulundurulması gerekir (168). Eğer kamu hizmeti, yürütülmesi güçlük arz ediyor, buna karşılık idarenin bu hizmetleri karşılamaya yarayacak imkân ve araçları da yetersiz ise bu durumda idareye karşı daha hoşgörülü davranılması ve kusurun kabulü konusunda daha titiz olunması gerekir (169). Nitekim Danıştay bir kararında "Davacı, Belediyenin itfaiye teşkilatının yetersizliğini iddia etmekteyse de, belediyeler, ifası uhdesine mevdu kamu hizmetlerini ancak mâli imkânlarıyla orantılı olarak yerine getireceklerinden ve davalı Belediye de mevcut imkânlarıyla sağlayabildiği araçları kusursuz olarak kullanmak suretiyle yangının söndürülmesine çalışmış olduğundan bu bakımdan idareye atfı kabil bir kusur mevcut bulunmamıştır" (170).

(168) Esin, Y.: age., sh.48.

(169) Özdenir, N.: agt., sh.106.

(170) Dnş. 12.D., E.1967/714, K.1967/1802, T.9.11.1967, Esin, Y.:age., sh.48-49; Fransız Danıştay'ının bu konuya ilişkin pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkeme, İdarenin, halkın yollardan gayeye uygun bir surette yararlanmasını sağlamakla görevli olduğunu ancak kendi fiili dışında olarak üçüncü şahıslar tarafından yol üzerinde bırakılabilecek olan çeşitli eşya ve malları heran kaldırmak zorunda olmadığını kabul etmiştir. Bir başka kararında ise özel şahsa ait bir otomobilin, bir ormanı kateden bir yolun kenarındaki ağaçlardan birine çarparak ağacın yolun üzerine devrilmesinden 24 saat

6. Hizmetin İcra Zamanı ve Yeri

Kusurun derecesini tayinde, hizmetin gerçekleştirildiği anın önemi açıktır. Kamu hizmetlerinin normal dönemlerde icrası ile olağanüstü dönemlerde (savaş, tabii afetler, salgın hastalık gibi hallerde), gece gerçekleştirilmesi ile gündüz gerçekleştirilmesi arasında, yazın gerçekleştirilmesiyle kışın gerçekleştirilmesi arasında elbette farklılık olacaktır. Bunun sonucu olarak kusurun ortaya çıktığı zamanın değerlendirilmeye tabi tutulması gerekir. Örneğin, normal zamanlarda işlenen kusurlarda, olağanüstü zamanlarda ortaya çıkan kusura nazaran derecenin tayini bakımından daha sert ve müsamahasız bakılır (171).

Diğer taraftan hizmetin icra olunduğu yerin özellikleri de kusurun derecesi üzerinde etki yapar. Fransız Danıştay bu durumu bir kararında "müstemlekelerdeki cezaevleri hizmetinin arzettiği güçlüğü özelliği gözönünde tutularak, bu hizmette Devletin sorumluluğunu gerektirecek aşikâr ve ağır bir kusurun varlığını aramak gerekir" sözleriyle ifade etmiştir (172).

geçmeden başka bir otomobilin aynı yerden geçerken idare tarafından kaldırılmamış olan bu kütüğe çarpıp zarara uğramasından dolayı otomobil sahibi tarafından idare aleyhine açılan tazminat davasında Yüksek Mahkeme bir taraftan idarenin ilk olaydan haberdar edilmemiş olması, diğer taraftan aradan geçen vaktin kısalığı sebepleriyle sorumluluğu gerektiren bir hizmet kusuru görmemiştir. Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.872-873.

(171) Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, sh.871.

(172) Özdemir, N.: agt., sh.105.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HİZMET KUSURU VE KAMU
PERSONELİNİN KUSURLU FİİL VE
DAVRANIŞLARINDAN DOĞAN
SORUMLULUK İLİŞKİSİ
I. GENEL OLARAK KAMU PERSONELİNİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

Tatmininde kamu yararı bulunan ve kollektif bir ihtiyacı karşılayan hizmetler olarak tarif edebileceğimiz kamu hizmetleri (1) kural olarak kamu tüzel kişiliği olarak teşkilatlanmış kurum ve kuruluşlar eliyle yürütülür.

Birer soyut varlıklar olan kamu tüzel kişilerine hayat ve irade veren onu harekete geçiren, bu suretle idare çarkını döndüren, idarenin beşeri unsuru olarak da adlandırılan, idari personel veya kamu personelidir (2).

Gerçekten kamu hizmetlerini görmekle yükümlü olan idare, kendiliğinden hareket edebilen gerçek bir kişi olmayıp sadece tüzel bir kişidir. Bu nedenle bu hizmetler gerçekte, idare adına gerçek kişiler, yani kamu personeli tarafından icra olunurlar. Özet bir ifadeyle kamu hizmetlerini çekip çeviren kamu personelidir.

Kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışlarıyla kişilere vermiş oldukları zararlardan dolayı malî-hukukî sorumlulukları konusunda bugün "sorumluluk" ve "teminat" sistemleri olmak üzere iki sistem uygulanmaktadır.

Bugün özellikle Almanya ve Fransa'da uygulanmakta olan "teminat sistemi"ne göre kamu personelinin fiil ve davranışlarından doğan zararlara karşı, zarar gören kişilerin personel aleyhine dava açmaları mümkün değildir (3). Zarara uğrayanlar ancak idare aleyhine tazminat davası açabilirler. Fakat idarenin personele rücu imkanı vardır. Sistemin en güzel örneğini Bonn Anayasası'nın 34. maddesinde görmekteyiz. Buna göre memurların idare olunanlara karşı şahsi sorumluluğu kabul edilmemiş kişisel kusurlarından da olsa zarara uğrayanlara ancak idare aleyhine taz-

(1) Giritli, İ. - Bilgen, P.: *İdare Hukuku*, İstanbul 1979, sh.193.

(2) Giritli, İ.: *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, B.7, İstanbul 1983, sh.261.

(3) Gözübüyük, A.Ş.: *Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazaî Denetlenmesi*, Ankara 1961, sh.91.

minat davası açabilme imkânı tanınmıştır (4).

Anglo-Amerikan ülkeleri ve İtalya'da uygulanan sistem olan sorumluluk sistemine göre ise, kamu personeli kusurlu fiil ve davranışlarından dolayı idare edilenlere karşı sorumludur. İdarî bir işlem veya eylemden zarar görenler (Kamu personelinin fiil ve davranışı sonucu olan) hem idareye, hem de personel aleyhine tazminat davası açabilirler. Genel hükümler çerçevesinde yani haksız fiil esaslarına dayanarak kamu personelinin şahsı aleyhine, adli yargıda dava açabilmelerinin yanısıra, personelin bu davranışı aynı zamanda bir "hizmet kusuru" teşkil ediyorsa idare aleyhine de dava açabilirler (5). Bu nedenle de bu sisteme "birlikte sorumluluk" da denilmektedir (6).

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar Türk Hukukunda "sorumluluk sistemi" câri olup, sorumluluk, "hizmet kusuru"- "kişisel kusur" şeklinde uygulama alanı bulurken, 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile kişilerin uğradığı zararların tazmini konusunda uygulanan sorumluluk rejiminde bazı değişiklikler gerçekleşmiştir.

Diğer taraftan 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak kamu personelinin kişilere vermiş oldukları zararlardan doğan sorumluluğu açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Getirilen bu düzenlemeler doktrin ve uygulamada derin fikir ayrılıklarını doğurmuş, sorun tam anlamıyla açıklığa kavuşmamıştır. Şimdi bu gelişmeyi inceleyelim.

II. KAMU PERSONELİNİN KUSURLU FİİL VE DAVRANIŞLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKUMUZDAKİ YERİ

A. 1965'ten Önceki Dönemde Kamu Personelinin Sorumluluğu

1965 tarihli 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe girişine kadar uzun yıllar ülkemizde "sorumluluk sistemi" tam olarak uygulanmaktaydı (7). Bu nedenle klâsik

(4) Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.92; Tutum, C.: *Türkiye'de Memur Güvenliği*, Ankara 1972, sh.55.

(5) Tutum, C.: age., sh.55.

(6) Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.92.

(7) Tutum, C.: age., sh.55; Gözübüyük, A.Ş.: *Türkiye'nin İdarî Yapısı*, Ankara 1971, sh.251;

Eroğlu, H.: *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdarî Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, B.5, Ankara

"hizmet kusuru"- "kişisel kusur" ayırımı gereğince idare ile personel ayrı ayrı ya da birlikte sorumlu tutulabiliyorlardı. Başka bir deyişle "hizmet kusuru"ndan dolayı idare, "kişisel kusur" halinde ise personelin sorumluluğu cihetine gidiliyordu (8).

Kamu personelinin "kişisel kusur"larından dolayı şahsen sorumlu tutulmaları esas, kaynağını herşeyden önce Teşkilatı Esasiye Kanununun 94. maddesinden almaktaydı. Anayasa, "Kanuna muhalif olan umurda amire itaat memuru mesuliyetten kurtaramaz" (9) hükmüyle personelin "kişisel kusur"larından dolayı kişisel sorumluluklarını zımnen ve genel bir prensip olarak kabul etmiştir (10). Anayasa kanuna aykırı emre uymada personelin kişisel sorumluluğunu kabul ettiğine göre ortada herhangi bir emir yokken veya emir kanuna uygun olmakla beraber memurun kötü bir niyet ve amaçla veya kin, garaz, husumet, düşmanlık, kıskançlık gibi hislerin etkisiyle hukuka, hizmet gerek ve şartlarına aykırılık teşkil etmesi halinin kişisel sorumluluğunu gerektirdiğini öncelikle kabul etmek gerekir (11).

Diğer taraftan 31.3.1926 tarih ve 788 sayılı Memurin Kanununun 40. maddesi (12) ve Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 573 ve devamı maddelerinin, bu Anayasa hükmünü teyit eden nitelik taşıdıkları doktrinde ileri sürülmüştür (13). Ayrıca Danıştay Kanununun 23/A maddesi de yine "kişisel kusur"un yasal dayanakları arasında gösterilmiştir (14).

-
- (8) Gözübüyük, A.Ş.: Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Denetlenmesi, sh.92; Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III,B.3, İstanbul 1966, sh.1699 vd.; Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara 1974, sh.7.
- (9) Teşkilatı Esasiye Kanunu, m.94. Kuzu, B.: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988, sh.304.
- (10) Sarıca, R.: İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsen Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri, İst.Huk.Fak.Mec., 1949, C.XV, S.1, sh.36 vd.; Artukmaç, S.: Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, sh.437; Gözübüyük, A.Ş.: Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Denetlenmesi, sh.92.
- (11) Sarıca, R.: agm., sh.38.
- (12) Söz konusu maddedeki hüküm şöyledir: "memur, emir ve talimatname ve nizamname ve kanun hükümlerine mugayir olarak herhangi bir makam veya amirden bir emir telâkki edince onun ahkâma mugayeretini kendi amrine bildirir. Amiri ısrar ederse memur bütün mesuliyeti kendi amrine ait ve münhasır olduğunu tahriren bildirerek o emri infaz eder. Bu misillü emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevattan bulunmaması lâzımdır. Aksi takdirde bu emri katiyyen infaz etmez ve daha yüksek nakama keyfiyeti bildirmeye mecburdur".
- (13) Sarıca, R.: agm., sh.43; Artukmaç, S.: age., sh.437.
- (14) Danıştay Kanununun 23/A maddesinde idarî fiil ve karar ibaresi vardır. Oysa şahsi bir kusurdan dolayı bir hakkın muhtel olması halinde ortada idarî bir fiil olmadığı için idarî yargıda dava açma imkânı yoktur. Sarıca, R.: agm., sh.46; Gözübüyük, A.Ş.: Türkiye'de ve Amerika'da İdarenin Kazai Denetlenmesi, sh.92; Artukmaç, S.: age., sh.438.

Bu dönemde gerek Danıştay, gerek Yargıtay ve gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi, sorumluluk konusunda "hizmet kusuru" "kişisel kusur" ayrımını esas almışlar, "hizmet kusuru"ndan dolayı idarî yargıda idarenin sorumluluğu, "kişisel kusur"lardan dolayı ise adli yargıda kamu personelinin kişisel sorumluluğu cihetine gitmişlerdir (15).

B. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Yürürlüğe Girişinden 1982 Anayasasının Kabulüne Kadar Olan Dönemde Kamu Personelinin Sorumluluğu

1. Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesinin Niteliği

1965 tarihli, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulamada benimsenmiş bir ilkeyi yasallaştırarak kamu personelinin görevleriyle ilgili olarak idareye vermiş oldukları zararlardan dolayı, Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tâbi olacaklarını hükme bağlamış (Devlet Memurları Kanunu madde 12), diğer taraftan, kamu personelinin kişilere vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlulukları konusunda o tarihe kadar uygulanmakta olan sorumluluk rejiminden farklı bir düzenleme getirmiştir.

Doktrinde ve uygulamada değişik anlamlara, çelişkili uygulamalara yol açan bu hükme göre "kişiler kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" (madde 13).

13. maddenin ilk cümlesindeki hüküm, doktrinde bazı yazarlar tarafından (16) idarenin kusursuz sorumluluğunu kurucu ve maddî nitelikte bir kural olarak telâkki olunmasına rağmen baskın görüş bu hükmün, sorumluluk kurucu bir nitelik taşımayıp, kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili

(15) Konuyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme kararları için bk., Esin, Y.: - Dündar, E.: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Usul, Ankara 1971, sh.73-94.

(16) Esin, Y.: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, İkinci Kitap, Esas, Ankara 1973, sh.114; İnan, A.: *Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu*, *Dış.Der.*, Y.14, 1984, S.42-43, sh.35-36.

olarak zarara uğrayan şahısların tazminat davalarında husumeti kime tevcih edeceklerini düzenleyen usulî bir hüküm olduğu yolundadır (17).

Böyle bir düzenlemeye gidilmesinin amacı maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade olunmuştur: "... Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlardan doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilirler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

İkinci teminat, memur, daha doğrusu, "kamu hukukuna tâbi hizmetlerle görevli personel" bakımındandır. Bu gibi personel görevlerini yerine getirirken daimî bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılacaktır. Ancak daimî olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamen sorumsuz hareket edebilecekleri şekilde anlaşılmalıdır. Bu madde ile memur mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş oldukları zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir.

.. Hem memur, hem de idare edilenler lehine teminat getiren bu hüküm, esas itibarıyla Alman sisteminden ilham almaktadır.. Bu teminat .. Bonn Anayasasının 34. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir. "Bir kimse kendisine verilen kamu görevinden ötürü üçüncü şahıslara karşı uhdesine düşen görevi ihmal ederse esas itibarıyla sorumluluk hizmetinde

(17) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, sh.6-7; Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.9; Ulusan, İ.: *Hukukta Fedâkarlığın Denkleştirilmesi*, İstanbul 1979, sh.19; Devrin, S.: Kurumun Personele Rücu Hakkı *Dns.Der.*, Y.10,1980, S.38-39, sh.17; Tandoğan, H.: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, sh.95; Yg.HGK.30.4.1986 gün, 4-309/466, Malkoç, I. - Malkoç, A.: *Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukukî Sorumlulukları*, Ankara 1988, sh.623-624.

bulunduğu kamu kurumuna aittir. Kasıt veya ağır kusur halinde rücu saklıdır.

... madde doktrinde ve tatbikattaki önemi Fransa'da bile gitgide azalmakta olan "hizmet kusuru" "şahsî kusur" tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir" (18).

2. Doktrinin 13. Maddeye Bakışı

Onar, 13. maddenin kamu personelinin görevleriyle ilgili olmayan "kişisel kusur"larından dolayı adli yargıda haklarında dava açılmalarına engel olmadığına değindikten sonra (19) "hizmet kusuru"- "kişisel kusur" konusundaki klâsik kıstaslara yer vermekte ve açıklamalarda bulunmaktadır (20).

Giritli-Bilgen, "hizmet kusuru"- "kişisel kusur" ayırımı ve kıstaslarını açıklayıp hangi hâllerde "kişisel kusur" söz konusu olacağını belirttikten sonra şahsî kusur hallerinde "...adliye mahkemelerinde dava açılması gerekirken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine göre gene idare aleyhine Danıştay'da dava açarak haklarının tazminini isteyebilecekler (ini).. "ifade etmekte, böylece 13. maddesinin "hizmet kusuru"- "kişisel kusur" ayırımını ortadan kaldırdığı sonucuna varmaktadır (21).

Duran, "...Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi sadece "kamu hukukuna tabî görevlerle ilgili olarak" kişilerin uğradığı zararların tazmini sonucunu öngörüp düzenlemekte; personelin" görevlerin yerine getirilmesi niteliğinde olmayan yani hizmetten ayrılabilen tutum ve davranışlarından çıkan zararları kapsamamaktadır. Bu itibarla kişiler kamu faaliyet ve hizmetlerinin görülmesi sırasında veya dolayısıyla uğradıkları zararlardan ötüdü

(18) Pınar, İ.: Açıklanmalı, İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu ve İlgili Mevzuat, C.I, B.4, Ankara 1987, sh.53-54'den naklen.

(19) Onar, S.S.: age., C.II, sh.1208 vd.

(20) Onar, S.S.: age., C.III, sh.1699-1709.

(21) Giritli, İ. - Bilgen, P.: İdarî Kaza Ders Notları, İstanbul 19661 sh.108-109; ayn.fik., Karayalçın, Y.: Siyasi İktidar ve Yüksek Memurlar, Tercüman Gaz., 6.11.1979, sh.2; Akgüner, T.: Kamu Personel Yönetimi, İstanbul 1988, sh.110.

esas itibarıyla ilgili kurum aleyhine dava açarak tazminat isteyebilirler; fakat kamu görevlilerinin yerine getirilmesi sayılmayan, gereği olmayan veya amacına yönelmeyen eylem ve kusurlardan idareyi sorumlu tutamazlar ve ancak bunları yapan personele karşı açabilirler. Çünkü personelin bütün hareket ve hataları hizmetten ayrılabilen şahsi fiil ve kusur niteliğini taşır ve sadece kendilerinin kişisel sorumluluğunu gerektirir" diyerek 13. maddenin "kişisel kusur"u kaldırmayıp, memura teminat amacıyla "görevsel kusur"- "kişisel kusur" ayrımına yer verdiği; bunlardan "görevsel kusur" hallerinde personele karşı dava açılmayacağını ifade etmektedir (22) .

Özyürek, 13. maddenin kişisel kusuru ortadan kaldırmadığını sadece daralttığını "...idareye atıf ve izafesi mümkün olmayan kararları veya fiilleriyle üçüncü şahıslara zarar vermişse..."madde hükmünden yararlanamayacağını belirtmektedir (23).

Gözübüyük, 13. madde ile ilgili olarak "maddenin sözlerine ve konuş amacına bakıldığında kişiler, ancak kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olmayan tamamen hizmet dışında ya da hizmet içinde olmakla birlikte hizmetle bağdaşmayan kişisel kusurlardan doğan zararların giderilmesi için kamu görevlilerine karşı adalet mahkemelerinde dava açabilecekler (ini)" ifade etmektedir (24).

Esin-Yenice ise, 13.maddenin kişisel kusuru ortadan kaldırmadığını, "...personelin, yürüttüğü görevin amacı ve gerekleriyle bağdaşmayan, bu nedenle de görevden ve hizmetten soyutlanması gereken subjektif tutum ve davranışlarından (kısaca, kişisel kusurundan) ötürü, eskiden olduğu gibi yine kendisi(nin)" sorumlu olacağını belirtmektedir (25).

Görüldüğü üzere doktrinde baskın görüş, 13. maddenin kişisel kusura dayalı sorumluluğu kaldırmadığını, sadece Duran'ın deyişiyle "görevsel kusur" denilen kusurlarından

-
- (22) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.50-51. Ayn.fik., Duran, L.: Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, (Derleme), Ankara 1966, sh.110; Uler, Y.: İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, sh.139.
- (23) Özyürek, M.: İdare Hukuku Ders Notları, (Teksir), Ankara 1977, sh.257.
- (24) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, B.5, Ankara 1982, sh.237.
- (25) Esin, Y. - Yenice, K.: İdarî Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.322.

dolayı, tazminat davasının sonradan kendisine rücu olunmak üzere idareye açılabileceğini getiren hüküm olduğu yolundadır.

3. Uygulamada Durum

a) Uyuşmazlık Mahkemesinin tutumu:

Uyuşmazlık Mahkemesi, kuruluşundan bu yana klasik "hizmet kusuru"- "şahsi kusur" ayırımını uygulayıp bunu koruma görüşündedir. Gerek 1971'de gerekse 1978 yıllarında sorun ile ilgili olarak verdiği kararlarında Devlet Memurları Kanunu 13. maddesinden hiç söz etmeden, kamu personelinin kişisel kusurları yüzünden kendilerine karşı açılan tazminat davalarının adli yargıda görülmesi gerekeceğini ifade etmiştir (26).

b) Yargıtay'ın tutumu:

Yargıtay, Devlet Memurları Kanununun getirmiş olduğu düzenlemenin kamu personelinin kişisel sorumluluğu konusunda genellikle bir değişiklik yapmadığı görüşündedir.

Yüksek Mahkeme, "görevsel kusur"- "kişisel kusur" ayırımını yaparak "görevsel kusur" halinde kamu personeline değil, kurumlarına karşı, "kişisel kusur" halinde ise personelin şahıslarına karşı adli yargıda dava açabileceğini ifade etmektedir (27).

c) Anayasa Mahkemesinin içtihatı:

1602 sayılı kanunun 14.maddesi b bendi ile, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, asker kişiler aleyhine "kişisel kusur" isnadıyla üçüncü kişiler tarafından açılacak tazminat davalarına bakmakla görevli kılınmıştır. Ancak bu hükmün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla ileri sürülen itiraz üzerine Yüksek Mahkeme "... personelin kişisel eylem ve davranışlarını Anayasa'nın 114. maddesinin son fıkrasında belirtilen idarî eylem ve işlem saymaya olanak yoktur. Bundan dolayı, personelin kişisel kusurları ile kişilere verdiği zararlardan kendilerinin sorumlu olmaları ve tazminat borçlarını doğrudan doğruya ödemeleri Anayasa

(26) Uys.Mah.Kar. E.1978/30, K.1978/32, T.18.10.1978, RG.25.12.1978, S.16500, Uys.Mah.Kar. E.1969/512, K.1971/84, T.11.12.1971, RG. 11.3.1972, S.14125.

(27) Yg.4.HD. E.1978/12904, K.1979/146, T.15.1.1979, Yg.Kar.Der., 1979, C.V,S.4, sh.497-498; Yg.4.HD. E.1979/399, K.1979/2478, T.4.4.1979, Yg.Kar.Der., 1979,C.V.S.7, sh.968; Yg.4.HD. E.1981/2886, K.1981/4252, T.2.4.1981, Yg.Kar.Der., 1981, C.VI, S.9, sh.1121.

gereğidir. Bunun tersini düşünmek, başka bir deyişle bu gibi hallerde zararı, idareye ödettirmek ve idareye rücu hakkı tanımak, Anayasanın 125. maddesiyle güdülen ereğe aykırı düşer. Nitekim, gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi bu anlamda anlaşılmış ve uygulanmıştır. 657 sayılı Kanunun 13. maddesi, personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerine adliye mahkemelerinde açılacak tazminat davalarını önleyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılamaz" (28).

d) Danıştay'ın tutumu:

Danıştay uygulamaları genel bir değerlendirmeye tabi tutulursa, Yüksek Mahkemenin "hizmet kusuru"nun alanını genişlettiği, kamu görevlilerinin "kişisel kusur"larının alanını daralttığı fakat tümüyle ortadan kaldırmadığı görüşünü yansıttığı söylenebilir.

Belirtelim ki Danıştay'ın konuyla ilgili olarak zaman zaman birbiriyle çelişen kararları göze çarpmaktadır. Örneğin bir kararında "koyun çaldığı iddiasıyla yakalanarak eline koyun başı verilip bir süre halkın arasında dolaştırıldığı, bu sırada halktan hakaret hatta tecavüz görerek şahsiyetinin rencide edildiği, bu hususun bazı gazetelerde yayınlandığı, isnat olunan suçtan, bilâhare beraat ettiği iddiası ile ... lira manevî tazminat ..." isteyen bir kişinin bu davasını Yüksek Mahkeme "davacı, çaldığı iddia edilen mallarla halk içinde dolaştırılmış ve teşhir edilmiş ise bu olayın hizmeti aşan niteliği dolayısıyla, idare ajanlarının kötü niyetinden ileri geldiği ve bu ajanları ilzam eden suç mahiyetinde bulunduğu açıktır. İdare ajanlarının kastına müstenit ve hizmet dışı işlem ve eylemlerden ötürü idarenin kusurlu ad edilip tazminata mahkum edilmesi mümkün olmadığı.." gerekçesiyle reddederken (29) "polisin silah kullanacağı haller yasamızda ayrıntılı şekilde gösterilmiştir. Kişilerin can ve mal güvenliğini korumakla görevli olan polis bu kamusal ödevi yaparken ve yetkilerini kullanır-

(28) Any.Mah.Kar., E.1974/42, K.1975/62, T.25.3.1975, Any.Mah.Kar.Der., S.13, sh.389.

(29) Dış.İz.D. T.28.10.1971, E.1969/2245, K.7971/2418, Esin, Y.: age., sh.247-248.

ken aşırı davranış ve hareketlerden evleviyetle sakınması gerekir... Blokları önünde etrafı çevrilen B'..i Jeepe bindirmek için tabanca kullanmaya ihtiyaç ve zaruret bulunmadığı açıktır. Buna rağmen, polisin, eline aldığı tabancayla mücadeleye girişmesi ve daha sonra eve doğru koşmakta olan B'..a ateş açması yasalara ve hizmet icaplarına aykırıdır. Olayda ölen kişi ile ölüme sebebiyet veren Devlet personeli arasında şahsî bir husumet veya hizmet dışında bir ilişkinin varlığı iddia ve ispat edilemediğine göre, 657 sayılı kanunun anılan hükmü (13. maddesi) muvacehesinde adı geçen polisin kamu görevinin ifası sırasında kusurlu davranışıyla sebebiyet verdiği olaydan doğan zararın bağlı bulunduğu İçişleri Bakanlığınca karşılanması gerektiği tabiidir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne.." (30) karar vermiştir.

Bizce 13. madde "kişisel kusur" konusunda ikili bir tasnife yer vermekte olup kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak kişilerin uğradıkları zararların tazmininde davanın kime karşı açılabileceğini gösteren usulî bir hükümdür.

13. maddede düzenlenen göreve bağlı kusur ya da Duran'ın deyimiyle "görevsel kusur", personelin hizmete bağlı, hizmetten ayrılmayan kusurları olarak tarif edilebilir (31). Kamu personelinin yürüttüğü hizmetle hiçbir ilişkisi olmayan, hizmetten ayrılabilen tutum ve davranışları maddenin kapsamı dışındadır.

13. madde "kişisel kusur"un alanını daraltmasına rağmen tamamen ortadan kaldırmamaktadır. ".Bu nedenle personelin hizmet dışında işlenen ve fakat görevinden tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen ve engelleyen en hafif ve gevşek bir bağ ile hizmetle ilişkili bulunan eylem ve kusurları dahi, "görev kusuru" sayılmaktadır." (32) Personelin yürüttüğü hizmetin gereklerine, şartlarına ve amacına aykırı düşen bu nedenle hizmetten ve görevden ayrılan davranışlar bakımından yani "kişisel kusur"larından yine kendisi sorumlu olacaktır.

(30) Dnş.12.D. E.1970/5100, K.1974/22, T.15.1.1974, Amm.İd.Der., 1976, Ç.IX, S.3, sh.130.

(31) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu, sh.56.

(32) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu, sh.56.

Özet bir ifadeyle 13. madde personelin hukukî sorumluluğu yönünden ikili bir ayırım getirmekte olup bunlar "görevsel kusur" ve "salt kişisel kusur"dur (33). "Görevsel kusur" halinde tazminat davası personele rücu hakkı olmak üzere idareye, "salt kişisel kusur" halindeyse personelin bizzat kendisine açılacaktır. Bu nedenle 13. madde ile getirilen sorumluluk sistemine "sınırlı sorumluluk sistemi" demek mümkündür (34).

C. 1982 Anayasası ve Bugünkü Durum

Kamu personelinin malî sorumluluğu konusu 1982 Anayasasıyla ilk kez anayasal bir kural olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrasında "kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgiliye rücu hakkı saklıdır" hükmü yer alırken, 129/5'te "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir".

Anayasamızın bu hükümleri de gerek doktrin ve gerek uygulamada Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi gibi değişik görüşlere yol açmış, henüz aydınlığa kavuşmamıştır.

Bir kısım, yazarlar yeni yayınlarında Anayasanın bu hükmünü hiç gözönüne almadan eski düşüncelerini sürdürmektedir (35).

Duran, 129/5'in memur ve kamu görevlilerinin gerek kamu hukuku, gerek özel hukuk esas ve usullerine göre yaptığı her türlü görev ve hizmetlerden dolayı, zarara uğrayanların ancak kamu kurum ve kuruluşlarını dava

(33) "Görevsel kusur"da geniş anlamda bir "kişisel kusur" sayılabilir. Bu nedenle personelin göreviyle ilişkisi olmayan bizzat sorumluluğunu gerektiren "kişisel kusur"larını, kavram yönünden karışıklığa sebebiyet vermemesi için "salt kişisel kusur" olarak adlandırmaya uygun bulduk.

(34) Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetim Hukuku*, Ankara 1983, sh.138.

(35) Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetim Hukuku*, sh.235; Giritli, İ.: *age.*, sh.317 vd; Eroğlu, H.: *age.*, sh.269 vd; Karatepe, Ş.: *İdare Hukuku*, İzmir 1988, sh.271-272.

edebileceklerini ifade ettikten sonra, 129/5'in memur ve kamu görevlilerinin işlemiş oldukları kusurlar bakımından hiçbir ayırimda bulunmadan salt olarak kapsamına aldığı söylenebileceğini ancak bu taktirde de Anayasanın 129/5 hükmünün 137. madde ve 125/son fıkrasıyla bağdaştırmanın mümkün olamayacağını ileri sürmektedir. Diğer taraftan aynı yazar 129/5, 125 ve 137. maddelerin birbiriyle çelişen ve çatışan ilkeler içerdiğini, bunların uyumlu bir şekilde yorumlayıp uygulamaya geçirmenin pek imkanı olmadığını sözlerine eklemektedir (36).

Esin-Yenice, 129/5'te yer alan kuralın, Devlet Memurları Kanununun 13. maddesindeki gibi "görevsel kusur"- "kişisel kusur" ayırımını gözetmediği, 13. madde ile 129/5 arasında bir paralellik bulunduğunu, 13. madde gibi 129/5'te "kişisel kusur"lardan dolayı personelin bizzat sorumlu tutulacağını gösterdiğini ileri sürmektedir (37).

Gözübüyük, Anayasanın 129/5 hükmüyle, memurların üçüncü kişilere karşı sorumluluğu açısından "teminat sistemi"ni getirdiğini ifade ettikten sonra "...Anayasanın bu kuralını salt olarak uygulamak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kin, garaz, husumet gibi duygular altında hareket ederek, yetkilerinin kullanılması ile ilgili olmayan, ağır ve hizmetten ayrılabilen "kişisel kusur"larını "kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan" saymak, amacı aşan bir yaklaşım olur" diyerek (38) Anayasanın 129/5 hükmünün ancak "görevsel kusur"lar bakımından etkili olabileceği sonucuna varmaktadır.

Eren, 129/5'in "hizmet kusuru"- "kişisel kusur" ayırımı yapmadığını, bu nedenle memur ve diğer kamu görevlilerinin en ağır (kasdî) kişisel kusurla dahi zarar vermiş olmaları halinde bile kendisinin değil, Devletin sorumlu olacağını

(36) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, *Ann. İd. Der.*, 1984, C. XVII, S. 2, sh. 13-14. Ancak yazar daha sonra yayınlamış olduğu Türkiye Yönetiminde Karmaşa adlı eserinde "...yeni Anayasa, bütün resmi görevliler ile memur ve kamu görevlilerine kişisel mali sorumluluk yönünden bir tür bağımsızlık sağla(mış olduğunu)..." söyleyerek önceki fikrini yanlış anlamıyorsa değişmiştir. Duran, L.: *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, İstanbul 1988, sh. 23.

(37) Yenice, K.: - Esin, Y.: age., sh. 321-322.

(38) Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetim Hukuku*, B. 2, Ankara 1988, sh. 117.

ifade etmektedir (39).

Akgüner, Anayasanın 129/5. hükmünün "...bilinen ve uygulanan bir ilkeyi tekrar etmekte (olduğunu), bu ilkenin kullanılması için gerekli düzenlemenin kanun tarafından yapılmasını emret(tiğini).. Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de.. bu doğrultuda bir takım düzenlemeler yapmış bulun(duğunu).. " ileri sürerek 129/5 ile 13. maddenin birbirine paralel hükümler olduğu görüşüne yer vermekte ve 13. maddenin ise kamu personeli için tam bir "yargı bağışıklığı" getirdiğini söyleyerek (40) Eren ile aşağı yukarı aynı görüşe yer vermektedir.

Bizce 1982 Anayasası da, 129. madde ile "görevsel kusur"- "kişisel kusur" ayırımını gözönüne almıştır. 129. maddenin 5. fıkrasının, "kişisel kusur"u kaldırdığı, artık bu tür kusurlardan dolayı da idarî yargı yerlerinin görevli olduğu görüşü, herşeyden önce Anayasamızın 125 ve 137. maddeleri karşısında pek geçerli olmasa gerek. 125. maddenin son fıkrasının da idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükmü yer almaktadır. Yani idare, ancak idarî eylem ve işlemlerden doğan zararlardan sorumludur. Eğer eylem veya işlem idareye bağlanamıyorsa, idarî niteliğini yitirmişse maddeye göre idare sorumlu tutulmayacaktır. Çünkü "salt kişisel kusur" personelin idare adamı sıfatıyla işlemiş olduğu kusurlar olmayıp, alelâde bir şahıs olarak işlemiş olduğu kusurlardır (41). "Salt kişisel kusur"a vücut veren işlem ve eylemleri idarî işlem veya eylem olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenle bu tür işlem ve eylemlerden dolayı sorumluluğun idareye izafe olunacağını söylemek önce idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı tazmin yükümlülüğü

(39) Eren, F.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.II, B.2, Ankara 1988, sh.175. "...Aksini düşünmüş olsaydı hiç şüphesiz yasa koyucu "hizmet kusuru" deyimini kullanırdı...menur ve kamu görevlisinin kişisel kusuru, kişisel sorumluluğu yönünden değil, rücu sorumluluğu yönünden aranır." Eren, F.: *age.*, sh.175; *ayn.fik.*, Erkut, C.: *İYUK.Çevrevesinde İdarî Dava Türleri, İst.Huk.Fak.Hec.*, 1985, C.LI, S.1, sh.233.

(40) Akgüner, T.: *age.*, s.107-110.

(41) Sarıca, R.: *agn.*, sh.34-35.

hükmüyle bağdaşmaz (42).

Diğer taraftan Anayasanın 137. maddesinde "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse(lerin) "...hukuka aykırı emirleri yerine getirmek suretiyle ortaya çıkan hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğun kime ait olacağını göstermektedir. Buna göre eğer hukuka aykırılık teşkil eden emir ancak "yazılı emir" şeklinde gerçekleşirse sorumluluk kamu personelinin üzerinden kalkar; aksi taktirde bundan bizzat kendisi sorumludur.

Yine 137. maddenin 2. fıkrası, konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği, yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı hükmüne yer vermektedir. Suç teşkil eden fiil aynı zamanda bir hukukî sorumluluk teşkil ediyorsa bundan idareyi sorumlu tutmaya maddenin açık hükmü karşısında imkân yoktur. "...Bu gibi hallerde zararı idareye ödetip sonra da personele rücu hakkı tanımak (1982 Anayasasının 137. maddesiyle) güdülen doğrudan kişisel sorumluluğu kaldırmak demek olur" (43).

Görüldüğü üzere 129/5 ile salt kişisel sorumluluğun kaldırıldığı, her ne tür kusur olursa olsun personelin tüm zarar doğurucu fiil ve davranışlarından dolayı idarenin sorumlu olacağını, ancak idarenin personele rücu hakkını haiz olduğu şeklindeki görüşün, Anayasamızın belirtilen hükümleri karşısında geçerli olmayacağı açıktır. Bu açıdan 129/5 hükmü, "salt kişisel kusur"ları da kapsamaktadır şeklinde yorumlanamaz.

Sonuç olarak Anayasamızın 129/5 maddesiyle "görevsel kusur"- "salt kişisel kusur" ayırımının gözetildiği; "görevsel kusur"lardan dolayı açılacak davaların idareye, "salt kişisel kusur"lardan dolayı açılacak davaların ise personelin bizzat kendisine karşı aali yargıda açılması esasını benimsediğini söyleyebiliriz. Yargıtay, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra da eski uygulamasında pek büyük bir değişikliğe gitmemiş, yani, "görevsel kusur"- "kişisel kusur" ayırımını gözönünde bulundurmıştır. Bir kararında "...Anayasanın

(42) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", Sh.14.

(43) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.43.

129/5. maddesinin nitelikçe kapsamı, memur ve kamu görevlilerinin "yetkilerini kullanırken işledikleri kusurla" sınırlıdır. Bu nedenle memur güvencesi için öncelikle idareye izafe edilecek bir idarî işlem ve eylemin bulunması zorunludur. Oysa, idarenin ve dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmemesi bir idarî işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gerekli bir Anayasa emridir. Bu nedenle mahkemenin Anayasa'da hizmet kusuru-kişisel kusur şeklinde bir ayırım yapılmamış olmasından hareketle sonuca gitmesi doğru olmamıştır. Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminatın "idarî işlem ve eylem" olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusu olduğu maddenin açık sözünde olduğu gibi özünde de vardır; ancak bu gibi eylem ve davranışlardan doğan şahsî kusurlardan dolayı memurlar ve diğer kamu görevlileri aleyhine doğrudan dava açılmaz. Memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idarî işleme yabancı ise çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle, memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurundan dolayı sorumlu olacaktır" diyerek (44) açık bir şekilde bu durumu ifade etmiştir. Bir başka kararında ise "salt kişisel kusura" dayanan tazminat davaları Anayasanın 129/5. maddesi dışında kalır (45) diyerek 129/5 hükmünün ancak "görevsel kusur"lar bakımından uygulama alanı bulacağını, ifade etmiştir. Y.H.G.K. "...bir kamu görevlisinin görevi ifa ettiği sırada kanunun veya zaruretın tayin ettiği hududu tecavüz etmek suretiyle bir zarara sebep olması halinde görev kusurundan söz edilebilir. Kaymakamın öğretmenler günü nedeniyle yaptığı konuşmada davacı öğretmeni Türklüğü inkâr eden vatan haini bir öğretmen olarak tanıtmayı, görevden kolayca ayrılabilen "salt kişisel kusur"a dayanan bir eylem olup, doğrudan kendi şahsi sorumluluğunu gerektirir" şeklindeki içtihadı da (46) bu konudaki tutumunun açık bir örneğidir.

Anayasanın 129/5 hükmü konusunda Yargıtay'ın

(44) Yg.4.HD.13.5.1986, 1985/4064, Malkoç, İ. - Malkoç A.: *Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukukî Sorumlulukları*, Ankara 1988, sh.669.

(45) Yg.AHD. 16.1.1984, 9890/201, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.676.

(46) Yg.HGX. 30.4.1986, 4-309/466, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.624. Kararın tam metni için bk. Yg.Kar.Der.1987, C.XIII, S.11, sh.1624-1629.

belirttiğimiz yorumu müstekardır (47). Ancak belirtelim ki bu döneme ilişkin kararlarında "görevsel kusur"un alanını oldukça geniş tutma eğilimi göze çarpmaktadır.

III. KAMU PERSONELİNİN GÖREVSSEL KUSURLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

"Hizmet kusuru" yargı kararlarıyla oluşturulmuş bir kusur türü olmasına karşılık "görevsel kusur", Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi ile (48) buna paralel 1982 Anayasasının 129/5 hükmünün bir sonucu olan kusur türüdür.

"Görevsel kusur"u "hizmet kusuru" içerisinde müta-laâ etmeye imkân yoktur. Çünkü "hizmet kusuru" idarenin kusuru olup, sorumluluk tamamen idareye aittir. "Hizmet kusuru" halinde kamu personelinin hiç bir hukukî sorumluluğu yoktur. Belki kamu personelinin de kusuru vardır. Fakat bu kusurlar öyle kusurlardır ki hizmetle müdemeç bir halindedir. Bunları hizmetten ayırmanın hiç bir şekilde imkânı yoktur. Bu tür kusuru, "salt hizmet kusur"u (49) şeklinde tavsif etmek de mümkündür.

"Görevsel kusur" da hizmetten ayrılmayan kusur olmakla beraber "hizmetten ayrılamama" sadece kamu personeline bazı konularda yargı bağışıklığı sağlama bakımından aranan bir husustur. Yoksa görevsel kusur halinde kamu personeline, kusur atfedilmektedir. Ancak bu kusur hizmetle, görevle ilişkili bir kusurdur. "Hizmet kusuru"nda kamu personelinin kusurundan hiç bir şekilde söz açılmazken "görevsel kusur" halinde kamu personelinin kusurlu tutum ve davranışından bahsedilebilir. Ancak, hizmetle ilişkili, hizmetten ayrı düşünülememesi nedeniyle kamu personeline bu tür kusurlarından dolayı yargı bağışıklığı tanınmıştır. Fakat

(47) Yg.4HD. 28.2.1984, 987/1905, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.676; "...Anayasanın bu maddesi "diğer kamu görevlilerini" de içine alarak 657 sayılı Yasanın 13. maddesinin kapsamını şahıslar bakımından genişletmiş bulunmaktadır. Yoksa salt kişisel kusur bakımından bir uygulama değişikliği getirilmiş değildir. Yg.4.HD. 19.12.1983, 4612/10275, Malkoç İ.Malkoç, A.: age., sh.680; "verilen süre beklenilmeden binanın yıkılması, yetki kullanma sınırı içinde kabul edilemez. Salt kişisel kusura dayalı tazminat davaları(nı) Anayasanın 129/5. madde kapsamında kabul etmek mümkün değildir." Yg.4.HD. 17.3.1987, 610/1953, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.685; "fakülte kurulu ve senatoda görevli bulunmayan davalının içeriği itibariyle davacının kişilik haklarını zedeleyici nitelikte ihbar yazısı göndermesi kişisel kusur oluşturur. Anayasanın 129/5 kapsamına girmez." Yg.4.HD. 19.12.1985, 9017/19175, Malkoç, İ.- Malkoç, A.: age., sh.692.

(48) Düren, A.: *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1979, sh.295.

(49) Duran, L.: *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, sh.55.

"görevsel kusur" kamu persone-^{linin} yüklendiği görevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırılığı şeklinde ortaya çıktığından (50) kamu personelinin "görevsel kusur"undan dolayı zarara katkısı oranının da sorumluluğu söz konusudur.

Bu kısa açıklamadan sonra şimdi "görevsel kusur"dan doğan sorumluluğun şartları ve işleyişini görelim.

A. Sorumluluğun Şartları

1. Zarara Memur veya Diğer Kamu

Görevlisinin Sebebiyet Vermiş Olması

"Görevsel kusur"un varlığından söz açabilmek için herşeyden önce zarara, memur veya diğer kamu görevlisinin sebebiyet vermiş olması gerekir.

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi zararın faili olarak "personel" kavramına yer verirken, temelde aynı ilkeyi benimsemiş olan Anayasanın 129/5. maddesi şahısları genişleten, "memur ve diğer kamu görevlileri" deyimini kullanmıştır.

Kamu yönetiminin beşerî unsurunu oluşturan kamu personelinin, dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Kamu kesiminde çalışan bütün görevlileri, geniş anlamda kamu personeli olarak tarif edilmektedir (51). 1982 Anayasasının 128. maddesinde ifadesini bulan "Kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürüten kişiler" ise dar anlamda kamu görevlilerini teşkil etmektedir (52). Bizi ilgilendiren dar anlamda kamu personeli olup Anayasa'nın 128. maddesinde bunlar devlet memurları ile diğer kamu görevlileri olarak belirtilmiştir.

Memur, Anayasa'nın 128. maddesinde "Devletin kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin aslî ve sürekli görevlerini..." yerine getiren personel olarak tanımlanırken, Devlet Memurları

(50) Güran, S.: İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, *Dış.Der.*, Y.9,1979, S.34-35, sh.60; Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu, sh.56.

(51) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, 1983, sh.99.

(52) Akgüner, T.: age., sh.17; Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, 1983, sh.99.

Kanunu'nun 4. maddesinde "mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifayla görevlendirilen personel" biçiminde tarif olunmuştur.

Türk kamu personelinin (dar anlamda) diğer bir grubunu oluşturan "diğer kamu görevlileri" tabiri ise, 1982 Anayasa'sıyla gelen bir deyimdir. Maddede ve madde gerekçesinde tanımı yapılmamış olmakla birlikte "diğer kamu görevlileri, maddede memurlarla beraber ele alınmış ve kamu hizmeti görevlileri olarak tavsif olunmuştur. "Diğer kamu görevlileri"nin yerine getireceği görevler de tıpkı memurların yaptığı görevler gibi genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli görevlerdir. Dolayısıyla "diğer kamu görevlileri" kavramının içeriğinin de bu çerçevede belirlenmesi gerekir. Buna göre, 128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak, idare ile kamu hukuku ilişkisi bulunan ve hizmetin aslî elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanlar olabilir" (53). Böylece memurlar dışındaki kalan ve Devlet Memurları Kanununun 1. maddesinde belirtilen öğretim üyeleri, yargıçlar, askerler gibi ayrı personel rejimine tâbi görevliler diğer kamu görevlisi tabiri içine girmektedir (54). Ayrıca Devlet Memurları Kanununda, istihdam şekillerinden olan sözleşmeli personel de "diğer kamu görevlileri" kapsamında mütalâa olunmalıdır (55). İşçileri "diğer kamu görevlisi" arasında düşünmek mümkün değildir (56).

Yargı kararlarında bakanlar veya Devletin siyasal yapısında yer alan görevliler, "diğer kamu görevlileri" arasında sayılmasına karşın (57), bu kişileri Anayasanın

(53) Güran, S.: Anayasa'nın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu, *Ann. İd. Der.*, 1984, C.XVII, S.3, sh.34.

(54) Akgüner, T.: age., sh.17; Devlet Memurları El Kitabı, B.3, TODAİE., Ankara 1987, sh.57.

(55) Karatepe, Ş.: age., sh.134.

(56) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, 1983, sh.99; Güran, S.: Anayasa'nın 128 ve 129. Maddeleri...sh.34.

(57) "...Davaya konu olan olayda davalı belediye başkanı usulsüz kullanım nedeniyle davacının tavukhanesine giden elektriği kesmiştir. O halde bir kamu görevlisi aleyhine açılmış olan bu davanın husumetin idareye yöneltilmesi gerektiğinden bahisle reddine..." Yg. 4HD. 16.7.1986, 5057/5736, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.594; "...köy muhtarının su nöbetini düzenlerken kusurlu hareket ettiği iddia edildiğine göre bu davanın Anayasanın 129/5. madde gereğince idare aleyhine açılması gerekir." Yg. 4HD. 18.2.1985, 9516/1193, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.595; "bakanları kamu görevlileri kapsamında mütalâa etmek Türk İdare sistemine 1982

128. maddesi kapsamında değerlendirmeye imkân yoktur (58).

Böylece bugün "görevsel kusur"a dayalı sorumluluğun ancak 128/1'deki ifadesini bulan memur ve diğer kamu görevlileri bakımından söz konusu olduğunu tesbit etmiş bulunuyoruz. Başka bir deyişle "görevsel kusur"dan kaynaklanan yargı bağıışıklığından ancak memur ve "diğer kamu görevlileri"nin yararlanabileceğini tespit etmiş bulunmaktayız.

2. Zararın Kamu Hukukundan Doğan Yetkinin

Kullanılmasından Ortaya Çıkmiş Olması

Anayasanın 129/5. maddesinin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri de zararın, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken doğmuş olmasıdır.

Anayasanın 129/5. maddesinde geçen "yetkilerini kullanırken" ibaresini, görevlerini yerine getirirken şeklinde anlamak gerekir (59). Çünkü memur ve diğer kamu görevlisine görev verilmesi aynı zamanda yetki verilmesi anlamını taşır. Bilindiği üzere kamu hukukunda "...görev olan yerde mutlaka yetki de vardır; yetki ile donanmamış bir görev, yerine getirilemeyeceği gibi; görevsiz salt bir yetki de bulunamaz. Bu bakımdan siyamlı kardeşlere benzeyen görev ile yetki, çoğu kez eş anlamda kullanılmakta ve birinin ötekini içerdiği kabul edilmektedir"(60). Bir başka söyleyişle memur ve diğer kamu görevlilerine yetki, ancak kamusal görevlerini yerine getirmeleri bakımından verilir.

Eğer zarar, kamusal görevin (yetkini) yerine getirilmesi sırasında veya bu görev ve yetki nedeniyle doğmamışsa, bir kelimeyle kamu gücüne dayanılarak yapılan işlem ve eylemin bir sonucu değilse "görevsel kusur"a dayalı sorumluluktan söz edilemez (61).

Anayasa'nın Devlet ve etkili yürütme felsefesine ve nihayet işbu Anayasa ile reddedilen geçmiş dönemin üzücü uygulamalarından dönülmesi ilkesine son derece uygun düşmektedir."

Yg.HGK. E.1980/1714, K.1983/803, T.14.9.1983, Yg.Kar.Der., 1983, C.IX, S. sh.1587-1606.

(58) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, 1983, sh.99; Akgüner, T.: age., sh.17; aks. fik., Güran, S.: Bakanların Anayasanın 68 ve 76. maddelerinin uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılmayacağını, ancak, 129/5 hükmünün uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılabileceğini ifade etmektedir. Güran, S.: Anayasa'nın 128 ve 129. Maddeleri... sh.34.

(59) Güran, S.: Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri...sh.34; Eren, F.: age, sh.176-177.

(60) Duran, L.: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, sg.379.

(61) Yenice, K.- Esin, Y.: age., sh.323; Düren, A.: age., sh.295; aks.fik., Duran, S.: "...böylece kişiler, yürütme ve idarenin gerek kamu hukuku, gerek hukuk esas ve usullerine göre

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında (62) "... bir özel hukuk düzenlemesinin bulunduğu ve sorumluluğun da bundan kaynaklandığı durumlarda Anayasanın 129/5. maddesinin uygulama alanı yoktur. Çünkü bu gibi durumlarda sorumluluğun kaynağı memur ve kamu görevlisinin kamu hukukundan aldığı yetkinin kullanılması değildir" diyerek bu durumu teyit etmiştir.

Memur ve diğer kamu görevlisinin zarara yol açan işlem veya eylemi ile görevinin icrası ya- hut yetkinin kullanılması arasında gaye ilişkisi yoksa, yani memur ve diğer kamu görevlisi zarara yol açan işlem veya eylemi kamusal görevini yerine getirdiği sırada değil de, "görevin yerine getirilmesi vesilesiyle" yapmışsa görevsel kusurdan söz etmeye imkân yoktur (63), "Kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi vesilesiyle yapmışsa artık görev kusuru değil, salt kişisel kusur söz konusu olur"(64).

3. Kusurlu Fiil ve Davranışın Hizmete- Göreve İlişkin Olması

"Görevsel kusur"un varlığından söz edebilmek için gerekli şartlardan birisi de kamu personelinin (memur ve diğer kamu görevlisinin) kusurlu fiil ve davranışlarının hizmete-göreve ilişkin bulunmasıdır.

Birçok vesileyle açıkladığımız gibi "görevsel kusur", "salt hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur"lar dışında kalan, kamu personelinin yürüttüğü hizmetle ilişkili, hizmette mündemiç olmamakla beraber, hizmetten soyutlanamayan kişisel kusurlarıdır.

Kamu personelinin, sorumluluğuna giren işlerde gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri, işleri savsaklamaları, alması gereken önlemleri zamanında almamaları veya eksik almaları gibi kusurlu fiil ve davranışları "görevsel kusur" kapsamı içinde değerlendirilir (65). Kısaca hizmet-

yaptığı, her türlü görev ve hizmetlerden dolayı memurlar ve kamu görevlilerine karşı tazminat davası açamayacaklar ancak kamu kuruluşlarını dava edebileceklerdir". Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, sh.13-14.

(62) Yg.4.HD. 202.1984, 1034/1926, ayrıca bk., Yg.4.HD. 30.6.1984, 372/724; Yg.4.HD. 30.6.1984, 6328/7261 sayılı kararları, Malkoç, İ.- Malkoç, A.: age., sh.597.

(63) Düren, A.: age., sh.295.

(64) Yg.HK. E.1985/4-309, K.1986/466, T.30.4.1986, Yg.Kar.Der.1987, C.XIII, S.11, sh.1625.

(65) Akgüner, T.: age., sh.110.

le ilişki kurulabilen "hizmet kusurunun anonimliğinden çıkararak ferden kendisine atıf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde.. yürüttüğü hizmetin kural ve gereklerine ..aykırı davranışları""görevsel kusur"teşkil eder (66).

Kamu personelinin zarara yol açan fiil ve davranışlarının "görevsel kusur"un sonucu olup olmadığı, hizmetle fiil ve davranış arasındaki ilişkiye göre belirlenir. Ancak bu konuda katı bir yaklaşımdan kaçınmak Anayasa'nın 129/5 hükmünün yorumuna daha uygun düşer. Bu nedenle hizmetle hafif ve gevşek bir bağı bulunan fiil ve davranışları da "görevsel kusur" olarak mütalâa etmek gerekir (67).

B. İDARENİN KAMU PERSONELİNE RUCU

Gerek 1982 Anayasasının 129/5 hükmü ve gerekse Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi, idareye, kamu personeline rücu imkânı tanımıştır.

Anayasanın anılan hükmü, "görevsel kusurdan doğan tazminat davalarının kamu personeline rücu edilmek kaydıyla, idare aleyhine açılabileceğini söylerken Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi de idarenin sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğunu ifade etmektedir.

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin 12 Mayıs 1982 tarih ve 2670 sayılı kanunla eklenen son fıkrasında ise zararların türü, miktarlarının tespiti, takibi ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususların Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirleneceği söylenmektedir.

13. maddenin bu son fıkrasında adı geçen yönetmelik, 27.6.1983 tarih ve 83/6510 sayılı Yönetmelik olarak yürütme organı tarafından yürürlüğe konmuştur (68).

Yönetmeliğin 11. maddesi "memurların, görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gereken dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararları, başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca ilgili kurumlarca karşılanır. Kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı saklı-

(66) Güran, S.: İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine... sh.60.

(67) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.56; Devrim, S.: age., sh.18.

(68) Bk., R.G. 13 Ağustos 1983, s.18134, sh.7-10.

dır" hükmüne yer vermektedir. Zararların ödettirilmesi ile ilgili olarak Devlet Memurları Kanununun 12. maddesine göre de "zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır" hükmü yer almaktadır.

Belirtelim ki Devlet Memurları Kanununda 2670 sayılı kanunla yapılmış değişiklik doktrinde ve yargısal kararlarda yuansımalarını bulmamış,657 sayılı kanunun bu değişikliği hiç bir etki yapmamıştır(69). Bu nedenle de rücu sorunu Devlet Memurları Kanununun 12 ve 13. maddeleri ve 1982 Anayasasının 129/5 hükmü çerçevesinde ele alınarak çözümlenmeye çalışılmıştır. Devlet Memurları Kanununun 12. maddesi ve 13. maddesi kamu personelinin idareye ve kişilere vermiş oldukları zararlardan doğan tazmin yükümlülüğünü düzenlemektedir. Kanunun gerekçesinde "... 12. maddedeki zarar, memurun gerek doğrudan doğruya idareye verdikleri zararları, gerekse başkalarına verdiği zararları ika etmek ve idareyi bu zararı tazmin mecburiyetinde bırakmak suretiyle sebep olacağı zararları kapsamaktadır. Bu son durumda 13. maddenin son fıkrası hükmüne göre idarenin haksız fiil sonucundaki genel hükümler çerçevesinde sorumlu personele rücu hakkı saklı kalmaktadır" (70) denilmektedir.

Maddede geçen "genel hükümleri" ibaresi doktrinde uzun yıllar tartışılmış ve tartışılmaktadır. Bir görüşe göre (71) idare ile personel arasındaki ilişkilerde haksız fiil esaslarının uygulanması gerekir. Dolayısıyla rücu sorununa ilişkin davaya bakmaya adliye mahkemeleri yetkilidir.

Bu görüşte olanlar genel olarak gerekçelerden yola çıkmak suretiyle böyle bir sonuca varmaktadırlar.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre (72)

(69) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, sh.12.

(70) Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem II, Toplantı 4, C.42, sh.10.

(71) Balta, T.B., (Çev.Yenice, K.): Organların Hukuka Aykırı Eylem İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, *Dış.Der.*, Y.4, 1974, S.12-13, sh.120; Yeniç, K.-Esin, Y.: age., sh.321; İren, F.: age., sh.182; Eroğlu, H.: age., sh.268; Tutum, C.: age., sh.53; Devrim, S.: age., sh.22; Düren, A.: age., sh.305; Onar, S.S.: age., C.II, sh.1209 vd. C.III, sh.1705; Esin, Y.: age., sh.165; Devlet Memurları El Kitabı, sh.127.

(72) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.57; Güran, S.: İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine...sh.63; Akgüner, T.: age., sh.110; Uler, Y.: age., sh.140; Özdeş, O.: Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu, *Dış.Der.*, Y.6,1976, S.20-21, sh.40.

ise rücu sorununu çözmeye idarî yargı yerleri yetkilidir. "İdare ile personeli arasındaki ilişkilerin hukukî niteliğine ve zarar görenin idare karşısındaki hukukî durumuna bakılmaksızın, Borçlar Kanununun 55. maddesinin son fıkrası delâletiyle 41 ve sonraki maddeleri uyarınca, personelin sorumluluğunun aranıp saptanması (gereğini).. kamu hayatı ve hukuku istekleri ve gerekleriyle bağdaştır(mak) mümkün görünmemektedir"(73). Çünkü Borçlar Kanununun 41.ve devamında düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna göre kamu personeli sadece ağır kusurlarından dolayı değil, en hafif ihmallerinden dolayı da sorumlu tutulacaktır. Böyle bir sonucu düşünmek ile Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin gerekçesinde yer alan "memur mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur" düşüncesini bağdaştırmak son derece güçtür (74).

Ayrıca, kurumun personele rücu hakkının genel hükümlere tâbi olması ibaresinin, haksız fiil kurallarına göre çözümlenmesi, Türk Kamu Hukuku sistemine aykırıdır (75). Çünkü 1982 Anayasası, 123. maddesi (1961 Anayasası 112. madde) ve 155. maddesi (1961 Anayasası 140.madde) ile idarî bir rejim kurmuştur. Bu idarî rejim "idari sorumluluk konusunun tümü ile adliye mahkemelerine bırakılmasını önlediği gibi; idare ile personelinin birlikte sorumluluklarının ayrı mercilerde ve farklı esas ve usullere göre gerçekleştirilmesine imkân vermez"(76).

İdarî sorumluluğun adli yargıda incelenmesinin sakıncaları idarenin personele rücu davasının bu merciler tarafından görülmesinde de söz konusu olur(77). Başka bir

(73) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, sh.16.

(74) "... Gerçi Devlet Memurları Kanununun gerekçesinde, Fransız ve Alman örnekleri gösterilerek, personelin sadece "ağır kusur" halinde idareye karşı sorumlu olduğu belirtilip "Türkiye'deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenni" edilmektedir. Lâkin 13. madde metninde ve yolladığı kanun hükümlerinde, içtihat ve uygulamaların bu yönde gelişmesine imkân veren hiç bir kayıt ve işaret yoktur. Aksine, 12. ve 13. maddeler arasında bağlantı kuran gerekçenin ..ifadesinden anlaşıldığına göre; personelin "görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorunda olmaları" bakımından en hafif kusurlarından bile sorumlu tutulmaları söz konusudur".
"Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.16-17.

(75) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.43.

(76) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.44.

(77) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.44.

deyişle adli yargı hakimi, bu usulde idareyi ve işlemlerini denetlemiş olacağı gibi uzmanlık alanı dışındaki davalara bakmış olacaktır. Böylelikle adli hakim ister istemez idarî işlem ve eylemleri incelemeye tâbi tutacaktır (78).

Diğer taraftan adli yargı yeri zarara yol açan fiil ve davranıştaki "hizmet kusuru" ile kamu personelinin kusurunun payını tespit etmek zorunda kalacaktır. Madem "hizmet kusuru" ile personelin kusur ayırımını yapmak adli yargıya düşüyor, bu takdirde 13.maddenin zarara uğrayan şahsı önce idarî yargıya göndermesinin ne anlamı kalır(79).

Sorumluluk oranı, yani hangi ölçüde "hizmet kusuru" nun olduğu, idarî yargıda tespit olununca, rücu için ayrıca adli yargıya gitmeye ne gerek vardır (80).

Görüldüğü üzere rücu için adli yargı yerlerinin görevli kılınmış olması, dolayısıyla haksız fiil esaslarına göre rücu mekanizmasının işleyeceği görüşüne katılmaya imkân yoktur. O halde rücu hakkı hangi ilkelere göre kullanılacaktır. İşte bu noktada ikinci görüşü benimseyenler değişik çözümler öngörmektedir. Duran'a göre "genel hükümler ancak idare hukuku ilke ve esasları olabilir. Kanun koyucunun kamu personelinin asıl ve genel hukuk rejimi olan kamu hukuku ilke ve esaslarını bırakıp özel hukuk düzenini seçtiğini açık bir hükümlerle ifade etmediği sürece, atıfta bulunduğu genel hükümlerin idare hukuku ilke ve esasları olduğunu kabul zorunluluğu vardır (81). Bu durumda rücu mekanizması şu şekilde gerçekleşecektir (82) : Öncelikle idare, sorumlu personele karşı rücu hakkını kullanmak için bir karar alacaktır. Böyle bir işlemin kurum ile personel arasındaki ilişkilerin kamu hukukuna tâbi olması bu nedenle tek taraflı iradesiyle personelinin belirli statülere sokabilmesi nedeniyle idarî

(78) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.44; Bu yönden yapılan eleştirinin yerinde olduğuna Tandoğan'de katılmaktadır. Tandoğan, H. Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, sh.110.

(79) Uler, Y.: age., sh.141.

(80) Uler, Y.: age., sh.141.

(81) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.57.

(82) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, sh.59-60. Ayn.fik., Özdeş,

O.: agm., sh.40

işlem olması gerekir. Bu idarî-icraî işlem, kamu personelinin "görevsel kusur"u bulunduğu ve bundan dolayı da idareye belirli bir miktar tazminat borcu bulunduğunu tespit ve beyan eder. "Bu kararın aynı personele aynı olaydan ötürü bir disiplin cezası tertip eden işlemde ne farkı vardır? .."Görev kusuru" meslekî ve ödevsel nitelikte bir disiplin suçuna, "tazmin borcu" meslekî müeyyide karakterinde bir "disiplin cezası"na karşılık olarak, personelin düzenli ve doğru çalışması maksadına yönelir."

İlgili kurumun personele tebliğ etmiş olduğu rücu kararına karşı kamu personelinin süresi içerisinde idarî yargı yerinde iptal davası açma hakkı vardır. Kurum, rücu konusunda almış olduğu kararı, kendiliğinden icra edebilir.

Güran, idare ile personelin birlikte yargılanmasını önermektedir. Yazara göre "..hizmet kusuru ile birlikte kararlar, ajanın "görev kusuru"nun da söz konusu olduğu davalarda, hasım mevkiinde kurumla beraber, sorumlu ajan veya ajanlar'da yer alacak: idare mahkemesi de, vereceği sorumluluğu sabit gördüğünde, ya tek başına Kurumu ya da Kurumla birlikte davalı ajanı da katkıları ve sorumlulukları oranında paylaştırıp, mahkûm edecektir"(83).

Güran, önerdiği yargılama modelinin bir takım pratik faydalar getirdiğini şu şekilde açıklamaktadır: "Birincisi, bu yargılama usulünün Türk Hukukundaki bir kargaşaya son vermesi ve yeknesaklığı getirmesidir. Bugün Türk Hukukunda, 657 sayılı yasaya tabî kurumlarla personeli, yasanın 12 ve 13. maddelerinin "önce Kurum, sonra Adliyede (veya idari kararlar) rücu" formülüne tabi olurken; 657 kapsamı dışında kalan kurumlarla personelinin sorumluluğu konusunda hem Konuralp içtihadının kabul ettiği mekanizmanın hem de davacının isterse ajanı, isterse kurumu dava etmekte serbest olmasını benimseyen usulün uygulanması mümkündür; uygulamada, ajanın aynı hareketinin (örnek Danıştay kararlarını icra etmemek) bazen Adli, bazen de idarî yargı yerlerinin baktığı, bazen ajanın şahsen, bazen de Kurumun mahkum edilmesiyle sonuçlandırdığı görülmektedir. Hukukî sakınca, hata ve sorunları yanında, pratik bakımdan

(83) Güran, S.: İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine..., sh.61.

da karışıklık yaratan bu durum, önerdiğimiz kusur ayırımı ve yargılama modeli ile sona erecektir... İkincisi.. rücu sorununu çözümlemesidir. Uygulamada sorumluluk yaratan işlemlerin sahibi, neredeyse her zaman Kurum hiyerarşik âmirleri ya da yönetim kurullarıdır. Bu kişilerin dönüp kendilerine kendilerinin alacağı kararlarla rücu etmesi teorik olarak mümkündür. Fakat acaba uygulamada? .. Tabii, bu kamu (görevlilerini) rücu zorlayacak mekanizmanın bulunmaması biriken hazine zararlarına yol açarken, Hukuka aykırı tutumlarını sürdürmelerini özendirici etki de yapmaktadır.. Bu itibarla 657 yöntemi yerine Kurumla ajanın Danıştay'da birlikte dava edilmesi usulü, uygulamadaki bu sorunlarla, haksızlıklara zemin yaratmayacağı gibi, özendirici etkiyi caydırıcıya çevirecektir. Öte yandan rücu, ister adliye mahkemelerince ister Kurumun idarî kararıyla olsun, sorum-

lulukların tartışılıp paylaştırılması, zaman kaybından, tekrarlardan başlayıp mahkemelerin birbirinin görev alanına kaymasına bir takım uyuşmazlıkların doğmasına kadar çetin ve ciddi hukukî ve pratik problemlere yol açan bir yöntemdir. Önerilen birlikte yargılanma yöntemi, bu sorunları yaratan ortamı" ortadan kaldıracaktır (84).

Uler ise rücu konusunda "idarenin sorumlu kamu görevlisine dönüşünün tek yanlı idarî kararla olacağı doğrudur. Ancak bu, idarenin kendiliğinden (re'sen) memura dönüşü (rücu) demek değildir.. burada sorumlu kamu görevlisine dönüş kendiliğinden değil, bir yargı kararına dayanılarak yapılmakta yargı kararlarını uygulamakla görevli idare, bu kez, kendisi için uygulamaktadır"(85) diyerek idarenin rücuunun idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği sonucuna varmaktadır (86).

Bizce, Duran'ın görüşleri idare hukuku ilke ve kurallarına son derece uygun düştüğü gibi, 83/6510 sayılı Yönetmelik hükümlerin karşısında daha kabule elverişlidir. Yönetmeliğin 8. maddesinde de kurumun personele rücu konusunda idarenin disiplin amiri veya yetkili disiplin

(84) Güran, S.: İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine... ,sh.64-65.

(85) Uler, Y.: age., sh.135-136.

(86) Uler, Y.: age., sh.136-142.

kurulu tarafından karar alınacağı, bu karara bağlı olarak memurun aylıklarından kesinti yapılabileceği ifade olunmaktadır. Dolayısıyla idarenin kesinti yapması veya bunun uygulanması sırasında ortaya çıkacak ihtilaflarda, doğal olarak idarî yargı yerleri görevli olacaktır.

Yargıtay, yakın tarihli bir kararında "...maddenin sırf düzenleme şekli esas alındığında Borçlar Kanununa yapılan yollamanın, yalnız doğrudan doğruya zarar için söz konusu olduğu keza umumî hükümlerden amacın özel hukuk olmadığı söylenebilir. Ne varki, maddelerle ilgili gerekçeler gözden geçirildiğinde bu yargının güçlü olmadığı anlaşılır. Bu yasal kuralların (Devlet memurları Kanunu 12 ve 13) gerekçesinde: Borçlar Kanununa yapılan yollamanın yalnız doğrudan doğruya zararı içine almadığı; umumi hükümlerden amacın da özel hukuk kuralları, olduğu açıkça vurgulanmıştır.. Kaldı ki memurun Devlete kanalize edilen (üçüncü kişilere verilen zararlar için) sorumluluğu yönünden Borçlar Kanunu dışında ve özellikle kamu yasalarında bir hüküm bulunmamaktadır.. Adli yargıda görülen bir işin idare hukuku esaslarına göre belirlenmesi ancak yasalarda açık bir hüküm bulunmasına bağlıdır (87) diyerek ilk görüşte olduğunu belirtmiştir.

Rücu konusunda bir önemli sorun da, idarenin acaba personelin hangi tür kusurlarına karşı rücu hakkını kullanabileceği sorunudur. Bu konuda da doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Duran'a göre gerekçede ancak ağır kusuru bulunan personele rücu hakkının kullanılmasının temenni olduğunu ancak mahkemelerin böyle bir temenniye bağlı klmak zorunda olmadıklarını ifade ettikten sonra, en doğru yolun, kanunla açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesi olacağını ileri sürmektedir (88).

Düren'e göre ise "...13. madde rücuu, 12. madde aracılığıyla "haksız fiil esaslarına göre" yapılmasını öngördüğü için, kusurlu personel Borçlar Kanununun 41. maddesi uyarınca yalnız "kast" ve "ağır ihmal"den değil,

(87) Yg.4.HD. 14.11.1985, 7369/9399, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: age., sh.741; Karar için ayrıca bk., Yg.Kar.Der., 1986, C.XII, S.4, sh.509.

(88) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu, sh.17-18.

"hafif ihmâl"den de sorumlu olacaktır. Her ne kadar 13. maddenin gerekçesinde, "...Alman Devlet Memurları Kanununun da "ağır kusur" esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatların da bu yolla gelişmesi temenniye sayandır" demekte ise de gerekçedeki bu temenni, Borçlar Kanunu madde 41 karşısında gerçekleşemeyecektir"(89).

Eren, Alman Anayasasınının 34. maddesinin hafif ihmâl halinde rücu imkânına yer vermediğini söyledikten sonra, Anayasamızın 40/II ve 129/V hükümlerinde, böyle bir sınırlama getirmemiş olduğunu fakat buna rağmen, Alman Hukukundaki kuralın bizde de uygulanmasını, tavsiye etmektedir (90).

Akgüner de idarenin kamu personeline rücu bakımından ağır kusurun aranması gerektiği görüşündedir (91).

Bizce, mahkemelerin kanunun gerekçesine uyarak ancak ağır kusur halinde rücu hakkının kullanılmasına imkân tanınmalıdır. Bu takdirde kamu hizmetlerinin süratli ve sürekli yerine getirilmesi sağlanacak, kamu personelinin en ufak kusurlarından dahi sorumlu tutulacağı korku ve endişesiyle hizmeti yavaş görmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Yargıtay,"sorumluluğu ağır kusurun varlığıyla sınırlı kılmak yasada açık hüküm olan hallerde söz konusudur. Borçlar Kanununun 41.maddesi kusurun derecesi bakımından (ağır-hafif ihmâl-kast) bir ayırım yapmamıştır. Davalının sorumluluğu için ağır kusur gerekmez" diyerek(92) açık bir şekilde kamu personelinin her tür kusurlarından dolayı idarenin rücu hakkı bulunduğu karar vermiştir.

(89) Düren, A.: age., sh.305.

(90) Eren, F.: age., sh.182.

(91) Akgüner, T.: age., sh.111.

(92) Yg. 4.HD. E.1985/7369, K.1985/9399, T. 14.11.1985, Yg.Kar.Der., 1986, C.XII, S.4, sh.509.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
İDARENİN SORUMLULUĞUNU
ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR
I. KAMU PERSONELİNİN SALT KİŞİSEL KUSURLARI

A. "Salt Kişisel Kusur" Kavramı(1)

Kamu personelinin hizmetin icrasıyla ilgili olarak kusurlu fiil ve davranışlarıyla üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlar, "görevsel bir kusur"un sonucu olabileceği gibi, "salt kişisel bir kusur"un sonucu da olabilir.

Anayasanın 129/5 hükmünün "salt kişisel kusur"u kaldırmadığını çeşitli vesilelerle ifade etmiş ve kamu personelinin hizmetten ayrılabilen, hizmetin tamamen dışında kalan kusurlarını, "salt kişisel kusur" olarak belirtmiştik.

Gerçekten "salt kişisel kusur", kamu personelinin görevi sırasında ve görevleriyle ilgili olarak işlemiş olduğu, görevin ya da hizmetin amacına, gerek ve şartlarına tamamen yabancı, hukuka aykırı tutum ve davranışlarıdır. Genel bir tabirle, bu tür kusurlar, kamu personelinin idare adamı sıfatıyla değil, alelâde bir şahıs olarak işlediği kusurlardır(2).

Ancak hemen belirtelim ki "salt kişisel kusur" deyince kamu personelinin görevi sırasında veya görevi dolayısıyla işlemiş oldukları fakat göreve ve hizmete tamamen aykırı kusurlu fiil ve davranışlarını kast ediyoruz. Yoksa görevleri dışında yani bir kamu hizmeti icra etmedikleri veya kendilerine tevdi olunan görevde ve hizmette asla ilişkisi olmaksızın işlemiş oldukları kusurlar "salt kişisel kusur" değildir. Örneğin, bir kaymakamın, öğretmenler günü nedeniyle ve kaymakam sıfatıyla yaptığı konuşmada bir öğretmeni, Türk lüğü inkâr eden vatan haini bir öğretmen olarak nitelendirmesi "salt kişisel kusur"dur(3).

(1) Kamu personelinin "görevsel kusur"ları, da göreve- hizmete tamamen aykırı- yabancı kusurları da kişisel kusurunu oluşturur. Ancak bu kusur türlerinin her ikisine de farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu nedenle kamu personelinin bizzat sorumluluğunu gerektiren kusurlarını, "görevsel kusur"dən ayırmak, karışıklıklara meydan vermemek ve ilk bakışta ayırımı ortaya koyabilmek amacıyla, "salt kişisel kusur" terimi ile açıklamayı uygun bulduk. Kavram ilk olarak Duran tarafından kullanılmıştır.

(2) Sarıca, R.: İdare Ajan ve Memurlarının Şahsî Kusurlarından Dolayı Şahsen Sorumlu Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri, *İst.Huk.Fak.Mec.*, 1949, C.XV, S.1, sh.35.

(3) Yg. HGK. R.1985/4-309, K.1986/466, T.30.4.1986, Yg.Kar.Der.1987, C.XIII, S.11, sh.1625.

Oysa aynı konuşmayı görevi dışında, kendi evinde yapması idare hukuku anlamında "salt kişisel kusur" sayılmaz.

Görüldüğü üzere "salt kişisel kusur" da gerçekte kamu personelinin görevi sırasında veya göreviyle ilgili olarak işleyebileceği kusurdur. Ancak bu, kamu personelinin "...yürüttüğü görevin gereklerine, koşullarına ve amacına o denli aykırı ve yabancıdır ki, neresinden bakılırsa bakılınsın görevle ilgili bir olgu sayılamaz" (4).

B. "Salt Kişisel Kusur" a Bağlanan Sonuçlar

1. "Salt Kişisel Kusur"lardan Kamu

Personelinin Bizzat Sorumlu Oluşu

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe gir-
mesinden önce bir kısım yazarlar(5) kamu personelinin kusurlarından dolayı, Devletin istihdam eden sıfatıyla Borçlar Kanunu 55'e göre sorumlu tutulabileceğini kabul etmektedirler. Bu görüşe göre Devlet, kamu personelinin istihdam eden durumunda olup, bu kişilerin görevlerini yerine getirdikleri sırada sebep oldukları zararları tazminle yükümlüdür. Çünkü 55. maddede istihdam eden ayırımı yapılmamıştır (Gerçek veya tüzel kişi olabilir). Kamu personelinin zarara yol açan fiili eğer görevle ilgili değilse, bu takdirde Borçlar Kanunu 41'e göre, kamu personeli şahsen sorumludur.

Bir kısım yazarlar (6) ise kamu personelinin her türlü kusuru yerine, sadece "salt kişisel kusur"larından dolayı Devletin Borçlar Kanununun 55. maddesine göre sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre Devlet, "hizmet kusurun"dan dolayı Danıştay Kanununun 23. maddesine göre, kişisel kusurlardan dolayı ise Borçlar Kanununun 55. maddesine göre sorumludur. Yani Devlet her halükârda sorumludur.

Doktrinde baskın görüş, kamu personelinin salt kişisel kusurlarına Borçlar Kanununun 55. maddesinin uygulanamayacağı şeklindedir(7). Yargıtay'ın son kararı da

(4) Yenice, K.-Esin, Y.: *İdari Yargılama Usulu*, Ankara 1983, sh.321.

(5) Berki, Ş.: *İstihdam Edenlerin Mesuliyeti*, *Siy.Bil.Fak.Der.*, 1956, C.XI, S.3, sh.60-61.

(6) Tuğsavul, M.: *Borçlar Kanunu Yönünden Devletin Mesuliyeti*, *Ad.Der.*, 1949, S.1, sh.61-65.

Uyuşmazlık Mahkemesi' ve Yargıtay'ın bu yöndeki Kararları için bk., Özdemir, N.: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Tez, Ankara 1963, sh.39., dn., 70 ve 71.

(7) Onar, S.S.: *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C.III, B.3, İstanbul 1966, sh.1685; Sarıca, R.:

da bu yöndedir.Örneğin bir kararında: "...ister hizmet kusuru ister kişisel (şahsî) kusur bulunsun, kamu hukuku alanına giren faaliyet ve tasarruflardan dolayı idare aleyhine Borçlar Kanununun 55. maddesine dayanarak istihdam eden sıfatıyla dava açılmaz. Çünkü eğer olayda idare ajanının bir hizmet kusuru mevcutsa idare aleyhine 521 sayılı Danıştay Yasasının 30. maddesi hükmüne göre tam kaza davası açılmalıdır. Kişisel kusur mevcut ise memur bu kusurundan Borçlar Kanununun 41. maddesine göre şahsen ve yalnız başına sorumlu tutulabilir. Yani memurun kişisel kusurundan dolayı Borçlar Kanununun 55. maddesine dayanarak idarenin sorumluluğu cihetine gidilemez" (8).

Ancak, kamu personelinin özel hukuka tâbi bir görevi yerine getirirken kişilere zarar vermiş olması halinde, idare hakkında Borçlar Kanununun 55. maddesi uygulanabilecektir (9).

Bugün "salt kişisel kusur"lardan dolayı kamu personelinin bizzat sorumlu olacağı gerek doktrinde gerekse uygulamada benimsenmiş bir ilkedir. Fakat bir olayda "salt kişisel kusur"un bulunması her zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bazı hallerde "hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur" bir arada bulunabilir. "Hizmet kusuru"nun bulunduğu olaylarda "salt kişisel kusur"un, "salt kişisel kusur"un bulunduğu olaylarda ise "hizmet kusuru"nun bir arada bulunamayacağı şeklinde bir genelleme yapmak doğru olmasa gerek. Gerçi "salt kişisel kusur", kamu personelinin "idare fonksiyonuna, kamu görevinin gerek ve koşullarına yabancı tutum ve davranışlarının anlatımı olduğuna göre; bunların yaptıkları işi bir yandan hizmete yabancı ve aykırı görürken diğer yandan hizmete ilişkin saymak uygun olmaz.. Bununla birlikte bazı olağan dışı olaylarda her iki kusurun bir araya geldiği ya da içiçe girdiği görülmektedir"(10). Uyuşmazlık Mahkemesi

İdarî Kaza, C.I, İstanbul 1949, sh.638; Özdemir, N.: agt., sh.40; Balkar, K.G.: Fiilden Doğan Mesuliyetler, Ad.Der., 1953, S.4, sh.373.

(8) Yg. 4.HD. E.1978/12904, K.1978/146, T.19.1.1979, Yg.Kar.Der., 1979, C.V, S.4, sh.494 vd. Yargıtay'ın daha yeni kararları için bk., 4.HD. 18.1.1988, 8230/276, Malkoç, İ.-Malkoç, A.: Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukukî Sorumlulukları, Ankara 1988, sh.610; 4.HD. E.1986/5464, K.1986/6350, Yg.Kar.Der., 1987, C.XIII, S.1, sh.39.

(9) Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, sh.119.

(10)Esin, Y.: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap, Esas, Ankara 1973, sh.56.

şu kararında bu durumu açık olarak belirtmiştir: "İddiaya göre, şuyunun izalesine karar verilen gayrimenkul 2800 lira bedelle ihale olunmuş ve bu para vezneye teslim edilmiştir. Paranın 1400 lirası hissedarlardan A.Ö.'ye ödenmiş ve davacı hissedarlar hazır olmadıklarından hisselerine düşen 1400 lira verilememiştir. Sonradan yaptıkları müracaatta bu paranın eski başkâtip tarafından zimmete geçirildiği ve bu sebeple ödenemeyeceği cevabı verilmiştir. Bu özete göre, eski başkâtibin şahsi kusurundan doğan bir zarar vardır. Davacının, bu zararın tazminin başkâtipten istemeğe hakkı vardır. Fakat diğer taraftan olayda hizmet kusuru olduğu da düşünülebilir. İdare izale-i şuyuu suretiyle yapılan satışlarda satış bedelinin vezneye yatırılmasını sağlayıcı tedbirleri almakla beraber bu paraların hak sahiplerinden başkası tarafından vezneden çekilmesine engel olacak diğer tedbirleri de ittihaz etmek mevkiindeydi. Paranın başkâtipçe vezneye hiz yatırılmaması veya yatırılıp sonradan çekilmesi, gereken tedbirlerin tam alınmadığını, hizmetin kusurlu işlediğini gösterir. Bu bakımdan idare de, tazminat davasına doğrudan doğruya muhatap olabilir. Davacının başkâtibi değil de idareyi dava edişi ve Borçlar Kanununa dayanmaksızın, satış bedelinin Hazine'den tahsilini istemesi davanın hizmet kusuru açısından incelenmesini zaruri kılmaktadır.." (11). Burada "hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur" yan yana bulunmaktadır. İşte özellikle "hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur"un yanyana bulunduğu hallerde yani zararın doğumuna birden fazla fiilin sebebiyet vermesi fakat bu fiillerden bir kısmı "hizmet kusuru"ndan bir kısmı da kamu personelinin hizmet dışı fiillerinden ileri gelmiş olması halinde idarenin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Bu gibi hallerde zarara uğrayan şahıs, bir sıra takibine mecbur olmaksızın, dilerse idarî yargı yerlerinde hizmet kusuruna dayalı olarak idareyi, dilerse adlî yargı yerinde kamu personelini dava edebilir (12).

İki kusurun içiçe bulunduğu, yani zarara yol açan

(11) Uş.Mah.11.3.1967 gün, E.1966/108, K.1967/8, Esin, Y.: age., sh.56.

(12) Onar, S.S.: age., sh.1705; Sarıca, R.: İdarî Kaza, İstanbul 1942, sh.220; Artukmaç, S.: Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, sh.450; Yenice, K.- Esin, Y.: age., sh.330; Karatepe, Ş.: İdare Hukuku, İzmir 1988, sh.272.

fiil ve davranışın tek olup bu fiil ve davranışın hem "hizmet kusuru" hem de kamu personelinin kusuru sonucu ortaya çıkması halinde ise artık fiil ve davranışın hizmetle ilişiği bulunması nedeniyle "görevsel kusur" telâkki edileceğinden (diğer şartların da varlığı halinde) "salt kişisel kusur" söz konusu olamayacaktır.

"Hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur"un yan yana olduğu hallerde zarardan hem idare hem de kamu personeli müteselsilen sorumlu olacağından zarara uğrayan şahıs, zararını bunlardan birine tazmin ettirmekle borç sona erer. Zarara uğrayan şahıs isterse idare ile kamu personelini birlikte de dava edebilir. Fakat bu durumda davaların ilgili yargı yerlerine göre ayrılması gerekir (13).

2. "Salt Kişisel Kusur"un Tayin ve Tespitinde Adli Yargının Görevli Oluşu

"Salt kişisel kusur"lardan doğan sorumluluğa adli yargı yerlerinin bakması gerektiği bugün gerek doktrin gerekse uygulamada benimsenmiş bir ilkedir.

Ancak "salt kişisel kusur"un tayin ve tespitini yapacak yargı yerinin adli yargı yerleri mi yoksa idari yargı yerleri mi olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre (14) adli yargı yerleri, fiilin "salt kişisel kusur" teşkil edip etmediğini serbestçe araştıramazlar. Başka bir deyişle fiilin "salt kişisel kusur"mu, yoksa "hizmet kusuru" mu teşkil ettiğini adli yargı yerleri bekletici sorun yaparak, sorunun çözümünü idari yargı yeri veya Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili kararına kadar tâlik etmek durumundadırlar.

Diğer bir görüşe göre ise (15) adli yargı yerleri, "salt kişisel kusur"u doğrudan doğruya tayin ve tespit edebilirler.Yani, "salt kişisel kusur"un tayini ve takdiri adli yargı yerleri için bir bekletici sorun teşkil etmez.

Bilindiği üzere, "salt kişisel kusur" alelade ki-

(13) Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.330.

(14) Onar, S.S.: Memurların Muamelelerinden Devletin Mesuliyeti, sh.226; Sarıca, R.: Şahsi Kusur ve Mesele-i Müstehire, *İst.Huk.Fak.Nec.*, 1946, C.XII, S.4, sh.1046-1047'den naklen; Artukmaç, S.: age., sh.439.

(15) Sarıca, R.: Şahsi Kusur ve Mesele-i Müstehire, sh.1055; Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.322-323; Onar, önceki fikrinden dönerek "... şahsi kusurun tespit ve takdirine.. adliye mahkemesi... yetkilidir" demıştır. Onar, S.S.: age., sh.1709.

şilerin işlemiş oldukları kusurlu fiil ve davranışlar gibidir. Aralarındaki tek fark, failinin kamu personeli oluşudur. "Salt kişisel kusur" teşkil eden fiil ve davranışların temelinde çoğu kez, başkalarına zarar verme, kişisel bir çıkar sağlama, kasten mevzuat hükümlerini ihlâl etmek ve benzeri gibi, hizmetle bağdaşması mümkün olmayan kötü amaçlar yatar. Bunların ise büyük çoğunluğunun suç ve/veya haksız fiil teşkil ettiğinde kuşku yoktur(16). Bu nedenle, bu tür fiil ve davranışların tayin, tavsif ve takdirinin bu konularda ihtisası olan adli yargı yerlerince yapılmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

Eğer adli yargı yeri fiil ve davranışın bir "görev kusuru" ya da "hizmet kusuru" teşkil ettiği sonucuna varırsa, davayı görev yönünden reddetmesi gerekir. Adli yargı yerinin bu konudaki tavsiyesiyle, idarî yargı yerinin tavsifi arasında bir ihtilaf çıkarsa (ki pek sanmıyoruz) bu takdirde sorunun çözümü Uyuşmazlık Mahkemesine düşmektedir.

C. "Salt Kişisel Kusur"u Belirleyici Kıstaslar

"Salt kişisel kusur"un, "görevsel kusur"dan ve "hizmet kusur"undan ayırımı bir çok bakımdan önem arz etmektedir. Öyle ki yapılan tavsiyeye uygun olarak görevli yargı yeri değişebileceği gibi, yine bu ayırımı göre sorumluluğun sujesi belirlenecektir.

"Eğer "salt kişisel" kusur" varsa dava kamu personeli aleyhine adli yargı yerlerinde açılacak, "hizmet kusuru" halinde tamamen idare sorumlu olacak, "görevsel kusur" durumunda ise idare sorumlu olmakla beraber, kusuru oranında personeline rücu edebilecektir. Bu nedenle "salt kişisel kusur"u "hizmet kusuru"ndan ve "görevsel kusur"dan ayırıcı kıstasların ortaya konulması bir zorunluluktur.

Belirtelimki bugün bu ayırım Fransa'da önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Bizde de Devlet Memurlar Kanununun 13. maddesiyle birlikte bu şekilde olduğu söylenebilir; ancak "salt kişisel kusur"un tamamen ortadan kalkmamış olması nedeniyle yine de önemini koruduğu söylenebilir.

(16) Yenice, K.- Esin, Y.: age., sh.324.

Bugün "salt kişisel kusur"u açık ve kesin olarak teşhis ve tayin edebilecek, herkesin tereddütsüz olarak kabul ettiği bir kriter henüz ortaya konulmuş değildir. Bununla birlikte ayırımında kullanılmak üzere bazı kriterlere başvurulmaktadır.

1. Zarar Verme Kastıyla Hareket Etme Kriteri

Kamu personelinin zarara yol açan fiil ve davranışı kasten, yani zarar vermek niyet ve isteğiyle işlemiş olması halinde "salt kişisel kusur"un varlığı söz konusudur.

Bu durum genellikle kamu personelinin düşmanlık, kişisel ihtiras, kendisine bir çıkar sağlama, siyasî kin, nefret gibi subjektif nedenlerle ortaya çıkar.

Kamu personelinin ızzar kastıyla hareket ettiği bu gibi hallerde, fiil ve davranışın hizmetin aşamalarından birini teşkil edip etmediği, hizmetle ilgisi olup olmadığı hiç bir şekilde önem taşımaz (17). Yani böyle bir durumun yalnızca varlığı, "salt kişisel kusur"a hükmetmek için yeterlidir(18). Çünkü bu niteliği haiz fiil ve davranışlar, kamu personeli sıfatıyla, kamu hizmeti amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle olayda kamu personelinin bu tür fiil ve davranışının tespiti halinde başka bir kritere gitmeye gerek kalmaksızın "salt kişisel kusur"a hükmedilmektedir. Ancak kamu personelinin "ruh hallerini ve gizli amaçlarını" ortaya koyma son derece güçtür. Bu nedenle böylesine içten olayların her zaman geçerli bir kriter olabileceğini sanmıyoruz. Bu kriter kamu personelinin niyetinin dışı vurduğu, bazı belirtilerin böyle bir niyeti gösterdiği durumlarda geçerli olabilecek bir kriterdir (19).

Yargıtay, kamu personelinin fiil ve davranışlarında zarar verme kastıyla hareket etmiş olması halini "salt

(17) Onar, S.S.: age., sh.1700.

(18) Onar, S.S.: age., sh.1700; aks.fik., Duran, "... İdare Hukuku esasları gereğince, amme hizmetlerinin ifası ve idari faaliyetlerin icrası esnasında ve dolayısıyla vakî zararlardan, diğer şartlar da gerçekleşmişse, kamu tüzel kişileri sorumludur; amme ajanları, münhasıran vazife dışında ve idare vasıtalarını kullanmadan ika ettikleri zararlardan me'uldürler. Bu kaide, zararların doğmasıyla, amme ajanlarının kötü maksatları, ağır kusurları ve hatta suç teşkil eden fiilleri amil ve müessir olduğu hallerde de caridir... amme ajanları, sadece amme hizmet ve faaliyetleriyle uzaktan ve yakından hiçbir ilgisi veya ilişkisi bulunmayan yani herhangi bir fertten sadır olabilecek fiil ve hareketlerden mütevellit zararlar için doğrudan doğruya.. sorumludurlar". Duran, L.: *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul 1964, sh.627-628.

(19) Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh. 340.

kişisel kusur" olarak görmektedir. Eğer fiil ve davranışta, zarar verme kastıyla hareket etme olgusunu tespit edememişse "salt kişisel kusur" olmadığı sonucuna varmaktadır (20). Ancak Yüksek Mahkeme bu subjektif olguları yani, Kamu personelinin fiil ve davranışının kin, garaz, intikam, kişisel çıkar sağlama ve benzeri duygular altında olması durumunu yargı kararlarının yerine getirilmemesinden kaynaklanan "salt kişisel kusur" hallerinde aramamaktadır (21).

2. Ağır Kusur Kriteri

İlk defa Fransız Hukukçusu Houriou tarafından ileri sürülmüş olan ve Türk Hukukunda Seviğ tarafından benimsenmiş (22) olan bu kritere göre kamu personelinin zarara yol açan fiil ve davranışındaki kusuru ağır ise bu takdirde "salt kişisel kusur" teşkil eder. Dolayısıyla bakılacak konu, kamu personelinin kusurunun ağır olup olmadığıdır. Ancak ağır kusurun ne olduğu, fikri ortaya atan Houriou tarafından geçiştirilmekte (23) böylelikle bir bilinmeyen

- (20) "Sicil amirinin memur hakkında kasten gerçeklere aykırı tezkiye varakası doldurması kişisel kusur olup, Anayasanın 129/5 kapsamına girmez" 4HD. 18.3.1986, 487/249, Malkoç, I.-Malkoç, A.: age., sh.693; "İdari bir görev yapan bir kimsenin şahsi kusuru ile aharın zararına sebep olduğunu iddia edebilmek için, bu şahsın eyleminin zararlı olduğunu bile bile yapması, kasten veya kin ve garaze dayanarak ika etmesinin sübutu gerektir. Bu unsurlar ispat edilemediği takdirde, görevlinin şahsi kusurundan söz edilemez. Olsa olsa hizmet kusurundan ileri gelen bir zarar söz konusu olur ki bu takdirde mensup olduğu amme idaresi hasım gösterilerek idari yargı yerinde zararın ödetilmesi hakkında dava açılması gerektir." Yg. 4HD. 3.6.1969, 9105/2932 sayılı kararı Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.338; "Kişisel kusurun varlığını kabul etmek için, davalının kötü amaç ve niyetle, garaz ve düşmanlıkla hareket ettiğinin veyahut açık ve kesin olan kanun hükümlerinin bilerek ve kasten giderildiğinin isbatlanması gerektir.." Yg. 4 HD. 18.10.1963 gün, 6653/4922 sayılı kararı, Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.339.
- (21) "Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının uygulanmaması, bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin ödence ile sorumlu tutulması için yeterlidir. Sorumluluk için ayrıca; kin, hınç, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında davrandıklarının araştırılması gerekmez." Yg. İçt. Bir. Büy. Gen. Kur. E.1978/7, 1979/2, T.22.10.1979, Yg. Kar. Der., 1980, C.VI, S.4, sh.465-485.
- (22) Yazar "salt kişisel kusur"u "şahsi hata" olarak adlandırdıktan sonra bunu "...memurların işlediği hatanın, şahsen takip edilmesini icap ettirecek ve mümkün kılacak kadar ağırlaşmış halidir... o zaman hata az çok yanılabilir olan memurun hatası olmayıp zaafı ile, ihtirasları ile ve ihtiyatsızlıklarıyla tecelli eden insanın hatası olur. Memurun insanı müteessir eden ihmal ve meydan okumaları şahsi hatasını teşkil eder. Memurun, kanun hükümlerini yerine getirmeye uğraşması, kanuna meydan okuması, hiç şüphesiz ki en büyük şahsi hatadır. Çünkü: bu takdirde fiil aşikâr ve kasdî bir kanunsuzluktur" şeklinde açıklayarak, hizmet kusurundan ancak ağır kusur halinde ayrılabileceğini zımnen ifade etmiştir. Seviğ, V.R.: *Kısa İdare Hukuku*, Ankara 1943, sh.33.
- (23) Özdemir, N.: agt., sh.131.

başka bir bilinmeyenle açıklanmaya çalışılmaktadır.

Houriou'nun eksik bırakmış olduğu bu durum, ağır kusur kriterini benimseyen bazı Fransız yazarlar tarafından giderilmeye çalışılmış ve bu amaçla ağır kusur niteliğinde bazı fiil ve davranışlara yer verilmiştir. Örneğin Daresté, kamu personelinin fahiş ihmalleri, ızzar kastıyla veya hile ve desise suretiyle işlemiş olduğu fiiller ve davranışlar, kamu personelinin müessir fiilleri, cebir ve şiddet kullanmaları, açık bir şekilde yetkilerini kötüye kullanmaları, kişisel bir amaç için yetkilerini kanuna aykırı olarak kullanmaları ve benzeri gibi fiil ve davranışlara yer verirken (24), Jeze, kamu personelinin fiil ve davranışının kötü bir amacı açığa vurması ve bu fiil ve davranışın fonksiyonun mutad rizikolarını aşan ağır bir kusur olması hallerinde ağır kusur ortaya çıkacağını ifade ettikten sonra, kamu personelinin ceza kanununu ihlâl etmesi, yetkisinin kapsamını taktirde fahiş hatada bulunması ve olayları takdir etmede fahiş hataya düşmüş olması hallerini ağır kusur olarak saymaktadır(25).

Oldukça şümulü bir kavram olan "ağır kusur"u kriter olarak almak, içinden çıkılmaz bir çok problemleri beraberinde getirir. Zaten çoğu zaman kamu personelinin kastını ortaya koymak zordur. Hangi hallerde ağır kusur olacağını tespit edebilmenin güçlüğü bir yana, her ağır kusur mutlaka "salt kişisel kusur" teşkil etmeyebilir. Ayrıca belirtelim ki "hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur" arasında "derece farkı değil nitelik farkı" vardır(26). Aksi takdirde ağır kusur sabit olunca kamu personeli otomatik olarak nasıl sorumlu oluyorsa, hafif kusurun sabit olması halinde otomatik olarak idarenin sorumluluğunun doğması gibi bir sonuç çıkar ki bu durum idarî sorumluluk esaslarıyla bağdaşmaz (27).

Görüldüğü üzere, hafif kusur-ağır kusur kriteri, "hizmet kusuru" ile "salt kişisel kusur"u ayırmada pek etkili bir kriter değildir (28).

(24) Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.402.

(25) Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.405-406.

(26) Özdemir, N.: agt., sh.135.

(27) Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.414.

(28) Ağır kusur kriterine yöneltilen eleştiriler konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Sarıca, R.: İdarî Kaza, 1949, sh.401 vd.

3. Fiilin Suç Teşkil Etmesi Kriteri

Bu kritere göre kamu personelinin fiil ve davranışı suç teşkil ediyorsa "salt kişisel kusur", değilse "hizmet kusuru" veya şartları varsa "görevsel kusur"dur.

Bu görüşte olanlara göre suç ile hizmet birbiriyle asla bağdaşmayan iki kavramdırlar. Bir suç hiçbir zaman "hizmet kusur" teşkil etmez (29). Dolayısıyla kamu personelinin suç sayılan fiil ve davranışları, fiil ve davranışın idarî olma niteliğini kaybetmesine yol açar. Bu nedenle suçtan dolayı ortaya çıkan zararların kamu personeli tarafından tazmin olunması gerekir.

Ancak bu düşünce fazla tutunamamıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Thepaz kararıyla (30) bu düşüncüyü yıkarak kamu personeli tarafından görev sırasında ve göreviyle ilgili olarak işlemiş olduğu suçun her halükâkarda "salt kişisel kusur" teşkil etmeyeceği görüşüne yer vermiştir. Bu karardan sonra artık geleneksel görüş olan suç varsa mutlaka "salt kişisel kusur" vardır görüşü yavaş yavaş terkedilmiş ve bazı hallerde (özellikle hizmetle yakın ilişki içinde bulunulan hallerde) "salt kişisel kusur" olmaktan çıkacağı düşüncesi hakim olmaya başlamıştır.

Türk hukuk doktrininde Bilge tarafından benimsenmiş

(29) Geniş bilgi için bk., Sarıca, R.: İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir mi? *İst.Huk.Fak.Mec.*, 1945, C.XI, S.3-4, sh.5 vd.

(30) Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 14.1.1935 tarihli kararına konu olan olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Görevi gereği bir yerden başka bir yere gitmekte olan askerî kanyon kafilesi, aynı yol üzerinde bisikletle ve aynı yönde fakat kanyonlara oranla daha az hızla ilerlemekte olan Thepaz isimli şahsı geride bırakarak ilerler. Bu arada kanyonlardan birini sevk ve idare eden Mirabel isimli asker, yanlış bir manevra yaparak, anî olarak kanyonun hızını azaltır ve bunun sonucu olarak kanyonun arkasında çekmekte olduğu römork bisiklete çarparak Thepazi devirerek yaralanmasına sebep olur.

Bu olay sonucunda asker Mirabel taksirle müessir fiilden dolayı Ceza Kanununun (Code Penal) 320. maddesine göre mahkum olur.

Thepaz ayrıca genel ceza mahkemesinde Mirabel aleyhine maddi tazminat davası açar.

İdare, Mirabeli korumak ve yerine kendi sorumluluğunu ikame etmek amacıyla adli yargı yerinde görevsizlik talebinde bulunur. Adli yargı yerinin de kendisinin görevli olduğunu iddia etmesi üzerine, ihtilafın çözümü için iş, Uyuşmazlık Mahkemesine intikal eder.

Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin haklı olduğuna, yani işlediği suçtan dolayı Mirabel aleyhine bir tazminat davası açılmasına inkân olmadığına, suçtan dolayı malî sorumluluğun idareye karşı açılması gerektiğine karar vermiştir.

Böylece kamu personelinin görev sırasında ve göreviyle ilgili olarak işlemiş olduğu suçun her halükâkarda "salt kişisel kusur" teşkil etmeyeceği, olayın özellikleri ve şartların gereği olarak hizmet kusuru da teşkil edebileceği vurgulanmıştır. Sarıca, R.: İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında..., sh.22-23.

olan(31) suç kriteri, uygulamada da sık sık başvurulan bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre, kamu personelinin suç niteliğindeki fiil ve davranışları, "salt kişisel kusur"a vücut verir. Hatta öyle ki Yüksek Mahkeme kasıtlı suç-taksirli suç ayırımına bile gitmemekte, genel olarak suç teşkil eden fiil ve davranışları "salt kişisel kusur" telâkki etmektedir (32).

Danıştay ve Yargıtay ise, kasıtlı suçları kamu personelinin malî sorumluluğunu gerektiren fiil ve davranışlar olarak görürken (33) taksirli suçların "salt kişisel kusur"a yol açmayacağı görüşüne yer vermektedirler (34).

(31) Bilge, Bakanların hukukî durumları itibariyle memur olmadıklarını ancak hukukî sorumlulukları bakımından Bakanlarla diğer memurlar arasında bir ayırım yapmağa gerek olmadığını dile getirdikten sonra "...hizmet kusuru ile şahsi kusuru birbirinden ayıracak miyar nedir?... Her şeyden önce şunu söyleyebiliriz ki bakanın fiil veya muamelesi cezaî neticeler de doğurmakta ise kusurun şahsi olduğunda tereddüt edilemez. Çünkü Cezalı Sorumda kusurun şahsa veya idareye ait olduğu gibi bir tefrik yapılamaz. Bu sorumda kusur tamamen şahsîdir. Zira ceza hukukunda mesuliyetin şartı failde cürüm kastının bulunmasıdır. Böyle bir kastı idareye atıf imkânsızdır. O halde, Bakanın hukûksorumu, cezaî bir fiille tebean bahis mevzuu olmakta ise burada kusurun idareye değil şahsa ait olduğunu kabul etmek ve şahsan Bakanın mesuliyeti cihetine gitmek gerekir." diyerek açıkca suç kriterini benimsemiştir. Bilge, N.: *Bakanların Görev ve Sorumluları*, Ankara 1946, sh.41.

(32) Uyuşmazlık Mahkemesinin konuya ilişkin kararları için bk., Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.324-327; Esin, Y.-Dündar, E.: *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Usul, Ankara 1971, sh.73-76

(33) "...tarafından İçişleri Bakanlığı aleyhine, müvekkilinin Emniyet Müdürlüğünde dövüldüğünden bahisle... lira tazminat verilmesi talebiyle açılan işbu dava da... tazminat konusu olan olayın... Emniyet Müdürlüğünde görevli... ve arkadaşlarının TCK.nun 228, 243, 245, 456 ve diğer hükümlerine göre suç teşkil edecek fiil ve hareketleri sonucu husule geldiği ve hizmetle bir ilişkisinin bulunmadığı anlaşıldığından Danıştay'da idare aleyhine açılan ve esasının tetkikine imkân olmayan davanın görev yönünden reddine..." Dnş.12.D. 24.4.1968, E.1968/777, K.1968/295, Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargı, sh.240; "... ileri sürüldüğü gibi... davacı, çaldığı iddia edilen mallarla halk içinde dolandırılmış ve teşhir edilmiş ise; bu olayın, hizmeti aşan niteliği dolayısıyla, idare ajanlarının kötü niyetinden ileri geldiği ve bu ajanları ilzam eden suç mahiyetinde bulunduğu açıktır. İdare ajanlarının kastına müstenit ve hizmet dışı işlem ve eylemlerinden ötürü idarenin kusurlu addedilip tazminata mahkum edilmesi mümkün olmadığı cihette idare hukuku ilkelerine uyarlığı bulunmayan davanın bu sebeple reddine..." Dnş. 12.D. 28.10.1971 gün, E.1969/2245, K.1971/2418, Esin, Y.: age., sh.247.

(34) "Kamu hizmeti görevlilerinin, hizmet içindeki eylemleri sonucu doğan zararlarının, zarara sebebiyet veren görevlinin şahsına mı yoksa idareye mi râci olacağı konusunda bir ayırım yapılması gerekmektedir. Görevlinin tamamen kendi iradesiyle ve kasdî bir şekilde sebebiyet verdiği zararlardan fiil ve kamu hizmetinin yürütülmesi arasında herhangi bir bağ bulunmaması itibarıyla bu kâbil zararlardan idarenin sorumlu tutulmayacağı tabii ise de olay olduğu gibi, dikkatsizlik ve tedbirsizlik dolayısıyla meydana gelen olaylarda hizmetle zararı doğuran kusurlu fiil arasındaki bağın devam etmekte bulunması sebebiyle, zarara yol açan görevliye rücu hakkı saklı olmak kaydıyla sorumluluğun birinci derecede hizmetin sahibi olan idareye râci olması gerekmektedir. Olay kamu hizmetine ayrılmış karakol binasında, hizmette görevli erin dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu olarak diğer bir görevli olan erin ölümü hadisesidir. Şu hale göre, zararı doğuran görevlinin kusurlu fiilli ve kamu hizmetinin düzenlenmesi ve yürütülmesi arasındaki ilginin kopmamış ve devam etmekte bulunmuş olması itibarıyla zararın evvelâ idarece tazmini gerekmektedir." "Dnş. 12.D. E.1969/3513, K.1971/1401, T. 29.5.1971, Amm.İd.Der. 1974, C.VI, S.2, sh.181.

Devlet Memurları Kanununun 13 ve Anayasanın 129/5 maddeleri gözönüne alındığında taksirli suçların "salt kişisel kusur" olduğunu söylemek, böyle bir genellemede bulunmak bize göre zordur. Bu nedenle fiilin ve davranışın suç oluşturması kriteri ancak kasıtlı suçlar bakımından kriter olarak kullanılabilir. Taksir ve hatta çoğu zaman bilinçli taksir (35) hallerinde bile fiil ve davranışın idarî vasfını koruyacağı, bu nedenle de diğer şartlar da varsa Anayasa 129/5 ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddelerde ifadesini bulan "görevsel kusur"un söz konusu olacağını sanmaktayız.

4. Hizmetten Ayrılabilir Kusur Kriteri

Bu kritere göre kamu personelinin fiil ve davranışını hizmetten, görevden ayırmak mümkünse, kamu personelinin salt kişisel kusuru söz konusu olup, bundan dolayı bizzat kendisi sorumlu olur.

Kamu personelinin hizmetle ilgili olarak işlediği kusurları "salt kişisel kusur" olarak addetmeye imkân yoktur. Ancak, hangi hallerde fiil ve davranış hizmete-göreve yabancı, hangi hallerde hizmetle ilişkili? Bunu ortaya koyabilmek için kamu personelinin fiil ve davranışını maksat ve konu açılarından incelemek gerekir. Kamu personeli, fiil ve davranışıyla idarî işleve uygun bir maksat mı yoksa aykırı bir maksat mı gütmüştür? Diğer taraftan fiil ve davranış konu yönünden idare işlevine uygun mudur değil midir? İşte bu iki unsur yönünden yapılan tahlil sonucunda fiil ve davranışın bu unsurlardan biri bakımından ortaya çıkacak aykırılık, fiil ve davranışın idarîlik niteliğini ortadan kaldırır. Aksi takdirde, yani fiil ve davranış maksat ve konu açılarından hizmet ve fonksiyona uygunluk arz ediyorsa sorumluluk idareye terettüp edecektir.

Türk Hukuk doktrininde birçok yazar tarafından

"Polis memurunun görev sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizlikle tabancasıyla meşgul olurken polis memuru arkadaşının ölümüne neden olması, hizmet kusuru olup, Anayasa'nın 129/5 maddesinin gözetilmesi gerekir." Yg.4HD. 1.12.1987, 6889/8799, Malkoç, I.-Malkoç, A.: age., sh.612; "Hastanedeki uzman doktorun eksik ve yanlış tedavisi sonucu hastanın ölmesi hizmet kusuru olup, hizmetin idareye yönetilmesi gerekir." Yg. 4HD. 27.3.1984, 1981/3'65, Malkoç, I.- Malkoç, A.: age., sh.632.

(35) Kavram için bk., Dönmezer, S.-Erdoğan, S.: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, C.II, B.8, İstanbul 1983, sh.284.

benimsenen (36) ve Yüksek Mahkemelerce ayırımında kullanılan başlıca kriter olarak göze çarpan bu kriter, gerçekten ileri sürülen kriterlerden en elverişlisi ve gerek Anayasamızın 129/5 hükmü, gerek Devlet memurları Kanununun 13. maddesi yorumuna daha uygundur. Kamu personelinin fiil ve davranışlarının hizmetten ayrılabilir türden olup olmadığında da Duguit'in ileri sürdüğü maksat ve konu unsurlarından yararlanılarak, diğer kriterlerden daha kolay ve amaca uygun bir sonuca ulaşmak mümkündür. Yani fiil ve davranış ile idarî işlev arasında gaye ilişkisi kurulabiliyor ve bu fiil ve davranış idare işlevinin konusuna giriyorsa bu takdirde fiil ve davranış idareye aksi takdir de kamu personeline atıf ve izafe olunacaktır.

İdari Yargılama Usulu Kanunu, 28/4 hükmüyle yargı kararlarının kasten yerine getirilmemesi durumunu, önemine binaen özel olarak "salt kişisel kusur" saymıştır. Kamu personelinin yargı kararlarını "kasten" yerine getirmemesi olgusunu başka hiçbir kritere başvurmaya gerek duymadan "salt kişisel kusur" olarak düzenlemiştir. Bu nedenle kamu personelinin böyle bir fiil ve davranışı kin, nefret, kişisel ihtiras, siyasi maksat gibi subjektif nedenlerin ürünü olmasa da, suç teşkil etmese de, (ki yargı kararlarının yerine getirilmemesinin görevi kötüye kullanma suçu teşkil ettiği yargı kararlarında ifade edilmektedir) başlıbaşına bir "salt kişisel kusur"dur. Böyle bir fiil ve davranışın hizmetten ayrılabilen kusur teşkil edeceği yönünde kanun çürütülemediği ölçüde bir karine koymuştur.

Şunu da belirtelim ki yargı kararlarının kamu personeli tarafından kasten yerine getirilmemiş olması "salt kişisel kusur" teşkil etmekle beraber, idarenin sorumluluğunu kaldırmamaktadır. Burada kanun, müteselsil bir sorumluluk esasına yer vermiş olup, zarara uğrayan şahıs dilerse kamu personelini, dilerse idareyi, dilerse de her ikisini birden dava edebilir. Bu durumu itibariyle yargı kararlarının yerine getirilmemesine dayalı "salt kişisel kusur"u, kamu personelinin "salt kişisel kusur"una rağmen

(36) Duran, L.: age.,sh.627-628; Özdemir, N.: agt.,sh.157; Onar, S.S.: age.,sh.1702; Balkar, K.G.: Hizmet Kusuru-Şahsî Kusur Mefhumlarını Ayıran Kıstaslar, *Ank.Bar.Der*,1953,S.4, sh.299.

idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu istisnai bir durum olarak gözönüne almak gerekir.

II. TAZMİNİ GEREKEN BİR ZARARIN BULUNMAMASI

A. Sorumluluk Şartı Olarak Zarar

İdarenin sorumluluğunun en esaslı şartını zarar oluşturur. Tabiri caizse sorumluluğun âdeta mütemmim cüzüdür zarar. Zarar varsa sorumluluk da vardır.

Kusurlu davranışın varlığına rağmen ortada bir zarar yoksa, tazmin yükümlülüğünden söz açılmaz. Örneğin bir okulda öğretmenin sobayı müstahdeme yaktırması mevzuat gereğidir. Şayet soba bir öğrenciye yaktırılmışsa bu kusurlu bir davranıştır. Ancak zarar gerektiren bir durum meydana çıkmamışsa tazminat söz konusu olamaz.

Sorumluluğun asıl amacı uğranılan zararın tazminidir (37). *Bütün yolların Roma'ya çıkması* deyimi gibi bütün çabalar da zararı tazmin etmek (38), kişi aleyhine doğan dengesizliği gidermektedir.

Zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası olmaksızın meydana gelen eksilmeleri, azalmaları ifade eder. Malvarlığından kasıt ise, kişilerin hak sahibi olabileceği bütün varlıklar olup "... üzerinde aynı veya nisbi hakların doğabileceği eşya olabileceği gibi, insan vücudu, hayatı ve şahsiyetiyle ilgili haklar da olabilir" (39).

Zarar, maddî olabileceği gibi manevî de olabilir. Asıl zarar maddî bir nitelik arzeden zarar olup, idarenin kusurlu fiil ve davranışının sonucu olan ve parayla değeri takdir olunabilen eksilmedir. Başka bir ifadeyle idarenin kusurlu fiil ve davranışı olmasaydı malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse işte o durumla, kusurlu fiil ve davranıştan sonraki durum arasındaki farktır (40). Manevî zarar ise gerçek bir zararı değil, duyulan acıları, ruhî sarsıntıları, keder, üzüntü ve elemeleri ifade eder. Burada maddî varlıkta görülen ve parayla kıymeti takdir edebilen bir takım değer eksilmeleri söz konusu olmayıp isim, şeref

(37) Eroğlu, H.: *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdarî Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, B.5, Ankara 1985, sh.486.

(38) Feyzioğlu, F.N.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.I, B.2, İstanbul 1976, sh.472.

(39) Feyzioğlu, F.N.: *age.*, sh.472.

(40) Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, B.5, İstanbul 1985, sh.736.

namus, vücut ve hayat bütünlüğü gibi bir takım kişilik haklarının ihlâli, tehdidi veya yok edilmesi neticesinde ortaya çıkan üzüntü elem ve kederler söz konusudur (41). Manevî zararlara duygusal zararlar da demek mümkündür.

Fransa'da gözyaşlarıyla para ödenmez diye manevî tazminat talepleri uzun süre gözönüne alınmamışsa da bugün manevî zararlar da tazminata konu olmaktadır. Danıştay bir kararında "manevî tazminatın, idarenin mevzuata aykırı olan eylem ve işlemi sonucunda şeref ve haysiyetinin rencide edilmesi veya maddî ve manevî elem ve ızdırabın husule gelmesi halinde söz konusu olacağı"nı söylemektedir (42).

Özel hukukta olduğu gibi, idarenin manevî zararlardan sorumlu olması için de idarenin kusurunun ağır olması şartı aranır (43).

Zarar fiilî bir biçimde ortaya çıkabileceği gibi kâr mahrumiyeti şeklinde de belirebilir. Yani bazı zararlar malvarlığının net varlığını azaltma, bazıları da bu varlığın artmasına engel olma biçiminde ortaya çıkar. İşte birincilere fiilî zarar, ikincilere ise yoksun kalınan kâr denilmektedir (44). Mahrum kalınan kâra dayalı zarar, bir varsayımaya dayanır. Diğer bir söyleyişle zarar doğurucu tutum ve davranış olmasaydı malvarlığında meydana gelebilecek duruma göre yapılan farazî bir hesaba dayanır.

İşte idarenin bir fiil ve davranışı olmakla beraber bu anlamda bir zarardan söz edilemiyorsa tazmin borcu doğmaz. Böyle bir durum doğal olarak idarenin sorumluluğunu kaldırır.

B. Sorumluluğu Gerektiren Zararın Nitelikleri

Tazmin borcunun doğabilmesi için yalnızca zararın varlığı yetmez. Zararda bir takım unsurların varlığı da

(41) Feyzioğlu, F.N.: age., sh.473.

(42) Dnş.5 D. E.1972/3452, K.1977/152, Dnş.Der., 4.8.1978, S.28-29, sh.377.

(43) ".Duyulan elem ve ıstırap karşılığı ve eylemin ağırlık derecesi gözönünde tutularak.. lira manevî tazminatın.. verilmesine.." diyerek Danıştay kusurun ağırlığı şartını aramıştır. Dnş. 12.D. E.1975/2395, K.1977/842, Dnş.Der., Y.8, 1978, S.28-29, sh.668; Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararları bulunmaktadır. Bk., Yg.4.HD., E.1979/2382, K.1979/7230, T.30.5.1979, Yg.Kar.Der., 1980, C.VI, S.5, sh.656.

(44) Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, age., sh.752.

gerekir. Eğer bu unsurlardan yoksunsa idarenin zarara rağmen tazmin yükümünden söz açılmaz.

Herşeyden önce zarar, kesin bir şekilde ortaya çıkmış, belirgin bir hale gelmiş olmalıdır. Kısaca zararın gerçek bir zarar olması gerekir. Bu nedenle henüz doğmamış ve gerçekleşmemiş bir zarar için tazminat talebinde bulunulamaz (45).

Zarar henüz doğmamış olmakla beraber, doğma ihtimalinin bulunması sorumluluk için yeterli değildir (46). Ancak henüz doğmamış olmakla beraber ileride doğacağı kesin olarak bilinebilen, başka bir deyişle gerçekleşmesi kaçınılmaz, kesin gözle bakılan zararları ihtimali zararlardan ayırmak gerekir. Bu durumda zarar ihtimal kavramından uzaklaşmıştır. Gerçekleşeceği muhakkak bir zararın da tazmine konu olacağı kabul edilmelidir (47). Ayrıca gelecekte etkisini gösterecek olmakla beraber miktarı belirli olmayan zararların varlığı kabul edilerek tazminata konu olması gerekir (48).

Danıştay, zararın belirli olması unsurunu katı bir yaklaşımla dar tutmakta, henüz ortaya çıkmamış, fakat çıkacağı kesin ya da ortaya çıkma ihtimali oldukça yüksek zararları da muhtemel zarar kavramı içinde değerlendirmek suretiyle tazminata yanaşmamaktadır (49). Ayrıca aynı ge-

(45) Dnş. 12.D. E.1978/1428, K.1980/1675, Dnş.Der., Y.11, 1981, S.40-41, sh.388; "Beş yıl süre ile almış olduğu taşocağı ruhsatının askerî yönden sakınca bulunduğu nedeniyle süresi dolmadan iptal edilmesi sonucu yoksun kaldığı kazanç karşılığı tazminat isteminin henüz doğmuş bir zarar bulunmaması nedeniyle reddi.." Dnş.8.D. E.1979/4054, K.1981/3358, Dnş.Der., Y.12, 1982, S.46-47, sh.289.

(46) Onar, S.S.: age., sh.1716; Karatepe, Ş.: age., sh.272; Eroğlu, H.: age., sh.487; Esin, Y.: age., sh.214; Dnş.8.D. 23.9.1970 gün, E.1970/1044, K.1970/1905, Esin, Y.: sge., sh.359; Dnş.12.D. 3.3.1971, gün, E.1968/1676, K.1971/543, Esin, Y.: age., sh.360.

(47) Onar, S.S.: age., sh.1716.

(48) Onar, S.S.: age., sh.1716; Gözübüyük, A.Ş.: *Yönetmelik yargı*, B.6, Ankara 1982, sh.252.

(49) "...müvekkiline ait arazinin yanından geçirilen kanalın iyi bir şekilde inşa edilmemesi sebebiyle araziye su sızdırdığı ve 1969 yaz mevsimi için ektiği çeltiğe %50 zarar vereceğinin Silifke Sulh Hukuk Mahkemesinin... sayılı tespiti delâil dosyasındaki bilirkişi raporu ile sabit olduğu, bu nedenle 1969 yazında uğranılacak zarar karşılığı... liranın tazmini istemin-den ibarettir.

"...Davacı ileride vukuua gelmesi muhtemel zararı dava etmekte, davalı idare ise, gerekli tedbirleri alarak zararın meydana gelmesini önlediğini belirtmektedir. Bu hale göre davada, davacının gerçekten maruz kaldığı bir zarar bulunduğu hususu ispat edilemediğine, ihtimâle dayanan müstakbel zararlar da dava edilemediğine binaen vakitsiz açılmış olan ve bu nedenle tetkik kaabiliyeti bulunmayan davanın reddine..." Dnş.12.D. 6.11.1971 gün, E.1969/1774, K.1971/2479, Esin, Y.: age., sh.216.

rekçeyle yoksun kılınan kâra dayalı zararları da tazminat kapsamı dışında tutmaktadır (50). Ancak, yoksun kalınan kârda, gerçi idarenin fiil ve davranışı malvarlığında azalma meydana getirmemekle beraber, malvarlığının artmasına engel olması nedeniyle tazminata konu olabilmelidir (51).

Zararın tazminata yol açabilmesi için aranan unsurlardan birisi de, zararın özel ve istisnâî bir nitelik arzemesidir. Yani zarar, yalnız zarar gören açısından bir yükümlülük getirmiş olmalıdır.. Bu nedenle bir kamu külfeti veya kamusal sınırlamaya ilişkin zararlar genele yönelik olması nedeniyle tazmin borcuna esas teşkil etmezler (52).

Özetle ifade edecek olursak idarenin kusurlu bir fiil veya davranışına rağmen bir zarar doğmamışsa veya zarar belirginlik unsuru ve/veya belirli bir kişi veya sınırlı kişiler yönelik olma unsurlarından yoksun ise idarenin sorumluluğundan söz edilemez.

III. İLLİYET BAĞININ KURULAMAMASI

"Gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay ve davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı.." denilmektedir (53).

İlliyet bağı (54), idarî sorumluluğun aslî bir şartını oluşturur. Bu nedenle diğer bütün şartlar olsa da eğer illiyet bağı yoksa tazmin yükümünden söz edilemez (kural olarak).

Olayların mutad akışına ve genel tecrübelerle göre eğer zarar doğurucu fiil ve davranış olmasaydı o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir biçimde söylenebiliyorsa zarar ile fiil ve davranış arasında illiyet bağı vardır demektir. Zarar ile idarî fiil ve davranış arasında bu anlamda

(50) "...Beş yıl süreyle almış olduğu taşocağı ruhsatının askerî yönden sakınca bulunduğu nedeniyle süresi dolmadan iptâl edilmesi sonucu yoksun kaldığı kazanç karşılığı tazminat isteminin henüz doğmuş bir zarar bulunmaması nedeniyle reddi.." Dnş.8.D. E.1979/4054, K.1981/3358, Y.12,1982, S.46-47, sh.289; Ayrıca bk., Dnş. 8.D. E.1973/1076, K.1973/2502, Dnş.Der., Y.4,1974, S.12-13, sh.390.

(51) Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.252; Balta, T.B.(Çev.Yenice, K.): Organlarının Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Dnş.Der., Y.4, 1974, S.12-13, sh.113.

(52) Onar, S.S.: age., sh.1718; Esin, Y.: age., sh.214; Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.253; Eroğlu, H.: age., sh.487.

(53) Eren, F.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.II, B.2, Ankara 1988, sh.51 ve dn.58.

(54) İlliyet bağı konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Eren, F.: age., sh.51-90.

bir bağıın yokluğu idarenin sorumluluğunu kural 'olarak kaldırır. Başka bir deyişle eğer zarara yol açan fiil ve davranış idareye atıf ve izafe olunamıyorsa yani zarar hizmet ve idare tüzeli kişiliğine yabancı unsurlardan doğmuşsa (55) idarenin sorumluluğuna gitmeye imkân yoktur.

İleride de değineceğimiz gibi zarar, zarar görenin kendi fiil ve davranışı, üçüncü kişilerin fiil ve davranışları, mücbir sebep, zorlayıcı nedenler gibi illiyet bağıını kesen dış etkenlerden doğmuşsa idare sorumluluktan kurtulur.

Zararın tazminata yol açabilmesi için, buna sebep olan fiil ve davranışın, zararın tek sebebi olması gerekmez. Zarar bir çok sebeplerden ortaya çıkabilir; idarenin zararın meydana gelmesine yol açan sebeplerden birini işlemiş olması yeterlidir.

İşte idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi kurulamıyorsa, yani zarar idarenin fiil ve davranışının doğrudan doğruya sonucu olmayıp başkaca sebeplerden kaynaklanmışsa illiyet rabitası kurulayacak böylece de idarenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Özellikle aşağıda açıklanacak olan haller illiyet bağıının kesilmesine ve sorumluluğun ortadan kalkmasına yol açarlar.

A. Üçüncü Şahsın Kusuru

İdarenin sorumluluğu için zarara yol açan fiil ve davranışın idare tüzeli kişileri veya bunlarla ilgili kişiler tarafından ikâ edilmiş olması gerekir. Ancak milletlerarası bir anlaşmada aksi öngörülmemişse yabancı makamlar, milletlerarası kuruluşlar ve bunlara bağılı personelin verdiği zararlardan Devlet ve diğer kamu tüzeli kişilerinin sorumluluğu kabul edilmemiştir (56).

Diğer taraftan kamu tüzeli kişiliği karakterini taşımayan bir kuruluşa ait organlar ile kamu personeli dışında kalan şahıslar tarafından verilen zararlardan da idare sorumlu tutulmamaktadır. Eğer zarara yol açan kişiyle idare arasında bir hukukî bağı ve ilişki varsa artık bu fiilden idare sorumlu tutulur. Buradaki bağıın mutlaka

(55) Esin, Y.: age., sh.246.

(56) Onar, S.S.: age., sh.1722.

memuriyet olması gerekmeyip idarenin emir ve gözetimi altında çalışan ve kamu hizmetine katılan bir kişi olması yeterlidir (57).

İdarenin sorumluluğunu kaldıran üçüncü kişiler, idareyle hiçbir ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlardır. Eğer zarara yol açan fiil ve davranış tamamen üçüncü şahsın kusurunun sonucu ise fiil ve davranış idareye atıf ve isnat olunamayacağından idarenin sorumlu tutulmasına imkân yoktur (58). Eğer zararın doğumunda idarenin ve üçüncü şahsın müterafik kusuru söz konusuysa idarenin sorumluluğu üçüncü şahsın kusuru oranında azalır. Ancak bu son durum kusursuz sorumluluk bakımından sözkonusu olmayıp; bu halde idarenin kusursuz sorumluluğunu azaltıcı bir etkisi yoktur.

Üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde idarenin, tazminata mahkum olduktan sonra, kusuru oranında üçüncü şahsa rücu imkânı vardır.

B. Zarara Uğrayanın Kusuru

Eğer zararın ortaya çıkışında zarara uğrayanın kusuru da varsa, idarenin sorumluluğu duruma göre tamamen ortadan kalkabileceği gibi azalabilir de.

Zararın meydana gelişinde, mutazarrırın fiil ve davranışı başlıca etken olmuşsa yani zarar, zarar görenin tamamen kendi fiil ve davranışının bir eseri ise artık idareye atıf ve isnadı mümkün bir fiil ve davranış bulunmadığından idare için bir tazmin yükümünden artık söz edilemeyecektir (59). Bu durum kusura dayalı sorumlulukta olduğu gibi kusursuz sorumlulukta da bu şekildedir (60).

Zarar gören şahıstan sadır olan fiil ve davranışın, idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için zararın

(57) Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.101; Onar, S.S.: age., sh.1722; Esin, Y.: age., sh.233.

(58) "1966 model olarak ithal işlemi yaptırılan ve 1966 model olduğu tespit edilen otomobile 1918 sayılı Yasanın 20. maddesine göre el konulmasına gümrük komisyoncusunun yanlış beyanı sebep olduğundan, bu işlemden dolayı idarenin sorumlu tutulamayacağı..." Dnş. 10.D. E.1974/626, K.1976/550, Dnş.Der., Y.7, 1977, S.24-25, sh.574.

(59) "...idarenin bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için o zararın bizzat zarara uğrayanlar tarafından meydana getirilmemiş ya da başka bir deyişle zararın bizzat zarara uğrayanların kusurlu hareketinden doğmamış olması gerekmektedir..." Dnş. 12.D. E.1975/110, K.1977/1201, Dnş.Der., Y.8, 1978, S.28-29, sh.677; "Davacının tazminini istediği zarara kusurlu hareketi yüzünden uğraması ve bu kusurlu hareketinin zarar doğurucu idari işlem ile zarar arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldırması nedeniyle, tazminat isteminin reddi gerekeceği..." Dnş.5.D. E.1973/13018, K.1977/5086, Dnş.Der. Y.8, 1978, S.30-31, sh. 227.

(60) Onar, S.S.: age., sh.1721; Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.256; Düren, A.: *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1979, sh.333.

doğumunda esaslı bir rol oynaması, idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasındaki illiyet bağına tamamen kesecek bir nitelikte bulunması gerekir. Eğer bu nitelikte değilse, idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaz.

Zarara uğrayan şahsın kusuru, zararın meydana gelmesinde başlıca etken olmamakla beraber, bir katkıdan ibaretse idarenin sorumluluğu ortadan kalkmayıp, zarara uğrayanın kusuru oranında azalır.

C. Mücbir Sebepler

Bütün hukuk dallarında önemli bir rol oynayan mücbir sebep kavramına, başta İdarî Yargılama Usulu Kanununun 53. maddesi olmak üzere pek çok kanunda yer verilmesine rağmen (61) ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Sorumluluğu kaldıran hukukî bir sebep olan mücbir sebebi Gözübüyük (Abdullah Pulat), Yargıtay içtihatlarına göre "kusurdan uzak, sezilemeyen, karşı konulmayan gerçek bir olay.." olarak tarif etmektedir (62).

Danıştay 12. Dairesi bir kararında mücbir sebebi "yer sarsıntısı, feyezan, ihtilâl gibi, önceden takdir ve tahmini kâbil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukukî olması itibariyle failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önleme olanağı bulunmayan olaylar.." (63) olarak tarif ederken ayrıca Gözübüyük'ün (Abdullah Pulat) Yargıtay içtihatlarına atfen verdiği kusursuzluk, sezilmezlik, karşı konulmazlık ve gerçeklik unsurlarını, kararında ifade etmektedir.

Danıştay bu kararında kusursuzluk (64) ve gerçeklik (65) unsurlarını da mücbir sebebin unsurları olarak zikretmekteyse de bizzat buna gerek yoktur. Çünkü kusurun

(61) BK., 293/2, 252, 478, 481, 117, 438, 161; TTK., 777, 1007, 1142, 1216; HUMK., 167; CMUK., 41; 521 Sayılı Danıştay Kanunu 96/A v.s.

(62) Gözübüyük, A.P.: *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, B.3, Ankara 1977, sh.85.

(63) Dnş. 12.D. E.1972/2721, K.1973/1343, Amm.id.Der., 1975, C.VIII, S.3, sh.213.

(64) Kusursuzluktan kastettiğimiz, mücbir bir sebebin varlığı için aranan kusursuzluk şartıdır. Kusursuzluğu şart olarak ele alan görüşe göre ancak kusurun bittiği yerde ve ancak o andan itibaren mücbir sebep var olabilir. Mücbir sebebin varlığı için, kusurun olmaması gerekir. Kusur ve mücbir sebep birbirine bağlı olup birinin yokluğu diğerinin varlığını gerektiren iki kavramdır. Gözübüyük, A.P.: *age.*, sh.66.

(65) Gerçeklikten kastedilen ise, mücbir sebebin varlığı için olayın gerçek, doğmuş, meydana gelmiş olması durumudur. Bu şartı arayanlara göre, muhtemel, müstakbel, mefruz olaylar mücbir sebep sayılmaz. Gözübüyük, A.P.: *age.*, sh.92.

varlığı da yokluğu da mücbir sebebi oluşturan öngörülemezlik ve önlenemezlik gibi yapıcı unsurların varlığına veya yokluğuna bağlıdır (66). Eğer öngörülemezlik ve önlenemezlik olayda varsa kusurun varlığı veya yokluğunun tartışılmasının anlamı yoktur (67). Ayrıca gerçeklik unsurunun da aranmasına gerek yoktur (68). Çünkü mücbir sebepten söz edebilmek için bir olayın varlığı zaten şarttır. Önemli olan olay değil, olayı mücbir yapan unsurlardır; yani öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarıdır. Yayla'nın da ifade ettiği üzere "...gerçeklik, mücbir bir sebep teşkil eden olayı niteleyen, belirleyen ve benzerlerinden ayıran bir unsur değil belki bu olayın mantıkî bir ön şartıdır" (69).

Bu sebeple biz de Yayla'nın fikirlerine iştirak etmekte ve mücbir sebebin unsurlarını, öngörülemezlik ve önlenemezlik, ayırıcı unsurunu ise, Danıştay'ın tanımında verdiği fakat unsurlarında anmadığı, olayın kökeninin failin dışında bulunması, başka bir deyişle "dışsallık" unsurunun teşkil ettiğini sanıyoruz (70).

Öngörülemezlik, olayın öngörülemez oluşu ve öngörülmesine imkân olmamasıdır. Başka bir söyleyişle olayın önceden meydana geleceğinin tahmin edilememesi ve böyle bir olay akla gelse bile bu olayın sonuçlarının baştan kestirilemeyecek durumda olmasıdır (71).

Eğer idare, elindeki imkân ve araçlara göre öngörmesi gereken bir olayı öngörmemişse idare kusurlu sayılır. Fakat bu kusurun sonuç doğurabilmesi için öngörme ve öngörebilme, zararı önleme yahut zarardan tamamen veya kısmen korunabilme imkânını vermelidir (72).

Mücbir sebebin idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için olayın sadece öngörülemez oluşu yeterli olmayıp bunun yanında önlenemez olması da gerekir. Yani "...mevcut her

(66) Yayla, Y.: İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul 1980, sh.49.

(67) Aks.fik., Gözübüyük, A.P.: age., sh.85; Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.102. Bu yazarlara göre kusursuzluk mücbir sebebin yapıcı bir unsurudur. Kusur varsa mücbir sebep yoktur.

(68) Yayla, Y.: ag. teb. sh.49; aks.fik., Gözübüyük, A.P.: age., sh.85; Yenice, K.-Esin, Y.: age., sh.102.

(69) Yayla, Y.: ag.teb., sh.49.

(70) Bk., Yayla, Y.: ag.teb., sh.49.

(71) Yayla, Y.: ag. teb., sh.50.

(72) Yayla, Y.: ag.teb., sh.54.

türlü tedbir alınsa, her türlü özen gösterilse bile, zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlen(e)memesidir.." (73)

Bunların yanısıra mücbir sebebin varlığı ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunun kalkması için zarara yol açan olayın idarenin kalan bir sebepten kaynaklanması gerekir. Başka bir deyişle olay, idareye yabancı bir kuvvetin eseridir.

Dışsallık (Haricilik) unsuru, kazâ, tesadüfi olay veya umulmayan hal denilen ve faaliyetin içinden doğan olaylardan ayrılmada kullanılan yani mücbir sebebi diğerlerinden ayırt eden bir unsurdur. Beklenmeyen hallerde zararı doğuran olay, kökeni itibariyle sorumluluğu tartışılan kişinin faaliyeti içinde olduğundan kusurlu bulunmasa da objektif olarak sorumludur. Oysa mücbir sebepte objektif sorumluluk da söz konusu olamaz. Çünkü mücbir sebep dışarıdan gelmekte ve idarenin bunu karşılmasına, engel olmasına maddeten veya hukuken imkân yoktur (74).

Böylece, öngörülemeyen ve önlenemeyen, idarenin tamamen dışından kaynaklanan sebepler olarak tarif edebileceğimiz mücbir sebepler, genellikle tabiattan gelir. Örneğin, deprem, yıldırım düşmesi, fırtına gibi. Bunun yanısıra ihtilâl, savaş gibi sosyal ve siyasal olaylardan da kaynaklanabilir. Bütün bu olayların sonucu, zararlı hizmet arasında illiyet bağının kesilmesidir. Başka bir ifadeyle zarar mücbir sebepten doğmuşsa, zararın illeti hizmetin dışında kaldığından (75) idarenin ne hizmet kusurundan ne de kusursuz sorumluluğundan söz edilemez (76).

D. Beklenmeyen Haller (77)

Beklenmeyen hallerle mücbir sebepler arasında gerek şartları gerekse sonuçları bakımından pek çok farklılıklar

(73) Eren, F.: age., sh.96-97.

(74) Onar, S.S.: age., sh.1720.

(75) Eroğlu, R.: age., sh.498.

(76) Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.255; Esin, Y.: age., sh.238; Yayla, Y.: *İdare Hukuku*, İstanbul 1985, sh. 148; Düren, A.: age., sh.332; Onar, S.S.: age., sh.1720.

(77) Beklenmeyen haller yerine umulmayan haller, olağanüstü haller, kazâ, fevkalâde hal, önceden tahmin edilemeyen olaylar gibi tâbirler de kullanılmaktadır. Kanunlarımızın birçok hükümlerinde beklenmeyen haller deyimine yer verilmiştir. Örneğin BK.383, 368, 102'de kazâra, 204, 382, 505/2'de kazaen, 370, 411/3, 300/3'te kaza; TTK. 996, 1084, 1109, 1112, 1123, 1216. maddelerinde umulmayan hal, 1007'de olağanüstü haller vb.

vardır (78). Konumuz yönünden en önemli fark, kuşkusuz mücbir sebeplerin idarenin her türlü sorumluluğunu ortadan kaldırmalarına rağmen, beklenmeyen hallerin yalnızca kusura dayalı sorumluluğu ortadan kaldırmalarıdır.

Beklenmeyen haller, de öngörülemeyen fakat bilinse önlenebilir olan, anı, umulmayan veya o anda bilinmeyen olaylardır (79).

Beklenmeyen haller de mücbir sebepler gibi idarenin iradesi dışında gerçekleşmesine rağmen, fiil idarenin kendi içinden çıktığı için idareye atıf ve isnat kaabiliyeti devam etmektedir (80). Başka bir deyişle mücbir sebep hizmet veya işletmenin dışında olmasına karşılık, beklenmeyen haller hizmetin içinde ve hizmetin işlemesine ilişkindir. Örneğin bir maden ocağında grizu patlaması, bir fabrika kazanının patlaması (81) otomobil lâstiğinin patlaması, şimendiferin mekanik arızası (82) gibi.

Öngörülmezlik, önlenemezlik, dışsallık gibi kavramlara mücbir sebepler bahsinde yer verildiğinden burada ayrıca tekrar edilmemiştir.

Beklenmeyen haller, mücbir sebeplerden farklı olarak idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldırır. Çünkü, idarenin kusura dayalı sorumluluğu söz konusu olduğunda beklenmeyen haller, kusur unsurunu ortadan kaldıracağı için idarenin kusura dayalı sorumluluğu da ortadan kalkar. Ancak bu durumlarda zarara yol açan fiille idare arasındaki ilişki ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle beklenmeyen durumlar, idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemezler (83).

(78) Farklar için bk., Gözübüyük, A.P.: age., sh.166.

(79) Yayla, Y.: age., sh.148.

(80) Onar, S.S.: age., sh.1720.

(81) Derbil, S.: *İdare Hukuku*, C.I, B.4, Ankara 1955, sh.258-259.

(82) Eroğlu, H.: age., sh.499.

(83) Gözübüyük, A.Ş.: age., sh.256; Onar, S.S.: age., sh.1720; Düren, A.: age., sh.332.

SONUÇ

Aristo'dan bu yana gelen klâsik bir ayırımla Devletin işlevleri, yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırılmıştır. Devletin, bu işlevlerini yerine getirirken bireylere zarar vermesi kaçınılmazdır.

Devletin yasama ve yargılama işlevinden dolayı sorumluluğu kural olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık yürütme işlevinden dolayı sorumluluğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir.

Yürütme işlevi ile idare işlevi arasında bir özdeşlik olup çoğu zaman bunları birbirinden ayırmak, aralarındaki sınırı belirlemek güçtür. Bu açıdan, yürütme organının sorumluluğu karşımıza büyük ölçüde idarenin sorumluluğu olarak çıkmaktadır.

Tezimizde, idarenin kusura dayalı sorumluluğunun esasına ilişkin ilke ve kurallar açıklanmıştır. Dört bölüm olarak ele alınmış olan tezin birinci bölümünde idari sorumlulukla ilgili genel esaslar üzerinde durulmuştur.

Sorumluluk sebepleri, özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

XIX. yüzyılın ortalarına kadar idarenin sorumluluğu kabul edilmemiştir. Ancak bu yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren mutlak sorumsuzluk anlayışından yavaş yavaş vazgeçilmiş ve idarenin kusurlu fiil ve davranışı sonucunda fertlere vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğü kabul edilmiştir. Diğer taraftan, XX. yüzyılda sorumluluk hukukunda meydana gelen büyük değişmelerin, beraberinde kusursuz sorumluluğu getirdiğini ve bu gelişmenin idarenin sorumluluğuna da yansıdığını tespit etmiş bulunuyoruz. Gerçekten, başta sınıflar ve teknik ilerlemeler ile kusuru ispattaki bazı güçlükler, ister istemez idarenin, kusur olmadan da sorumlu tutulması gereğini ortaya çıkartmıştır.

Bugün idarenin sorumluluğu her uygar Devletin tartışmasız kabul ettiği bir kural olup, hukuk Devletinin ilkeleri arasında sayılmaktadır.

Ülkemizde idarenin sorumluluğunun kabulü oldukça yenidir. Gerçi Tanzimattan Cumhuriyet dönemine kadar geçen sürede içerisinde bu alanda bazı çalışmaların yapılmış olduğunu görmekteyiz. Ancak gerçek anlamda idarenin sorumluluğunun 1924 Anayasasının 51. maddesinin isteğine uygun olarak 669 sayılı Danıştay Kanununun çıkarılması ve 1927 yılında Danıştay'ın fiilen çalışmaya başlamasıyla görmekteyiz.

1961 Anayasasının 114/son maddesiyle idarenin sorumluluğu ilk kez Anayasal bir kural halini almıştır. Bu durum 1982 Anayasasının 125/son maddesinde de aynen ifade edilmiştir.

Sonuç olarak, idarenin hukukî sorumluluğu netice itibarıyla idarenin yargısal denetimi sorununa bağlandığından, idarenin yargısal denetimi yoksa sorumluluktan bahsedilemez. Bugün Türk Hukukunda idarenin sorumluluğu anayasal bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tezimizin ikinci bölümünde, bugün idarenin kusura dayalı sorumluluğu konusunda bilinen ve uygulanan tek ilke olan "hizmet kusuru" ilkesini inceledik.

"Hizmet kusuru", özel hukuktaki kusur kavramından bir çok bakımlardan farklılık arzeden, idare hukukuna has, orijinal, bağımsız, asli ve genel bir sorumluluk sebebi olup, özelliklerini tamamen kamu hukuku ilke ve kurallarından almaktadır.

"Hizmet kusuru", doktrin ve içtihatlardan gelen bir ayırımla, "hizmetin hiç işlememesi", "hizmetin geç işlemesi" ve "hizmetin kötü işlemesi" şeklinde ortaya çıkabilir. Bu durum, idarî bir eylemin veya idarî bir işlemin sonucu olabilir.

Diğer taraftan "hizmet kusuru", kusurun derecesi bakımından "ağır hizmet kusuru", "hafif hizmet kusuru" ve "olağanüstü hizmet kusuru" şeklinde teorik olarak üçlü bir tasnife tâbi tutulmaktadır. Kusurun bu şekilde tasnifinde hizmetin sosyal önemi, zarara uğrayanın durumu, zararın ihtimal derecesi, idarenin sahip olduğu imkan ve araçlar, hiz-

metin icra zamanı ve yeri gibi durumlar gözönünde bulundurulmaktadır.

Sonuç olarak şunu ifade edelim ki, bir kere "hizmet kusuru"nun üçlü tasnifi pedagojik fayda mülahazalarıyla yapılmaktaysa da, aslında "hizmetin geç işlemesi", "hizmetin kötü işlemesi"nin bir türü olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle "hizmet kusuru"nun, "hizmetin hiç işlememesi" ve "hizmetin kötü işlemesi" şeklinde ikiye ayırımının anılan amaca daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, "hizmet kusuru"nun derecesi yönünden yapılan ayırımın, pratik bir yararı olamayacağı gibi, bu ayırımın teorik sınırlarını net bir biçimde ortaya koymak da zordur. Kaldı ki idarenin kusursuz sorumluluğunun dahi genişletilmeye çalışıldığı günümüzde, idarenin kusura dayalı sorumluluğunda ağır kusur şartının aranması doğru değildir.

Tezimizin üçüncü bölümünde "hizmet kusuru" ile kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışlarından doğan sorumluluk ilişkisini ortaya koyduk.

Kamu hizmetleri, kamu personeli eliyle yürütüldüğünden zarar, çoğu zaman kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışından kaynaklanabilir. Kamu personelinin zarara yol açan fiil ve davranışı hizmete-göreve ilişkin olabileceği gibi, hizmetle-görevle hiç bir ilişkisi bulunmayabilir de.

1965 tarihli 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe girişine kadar kamu personelinin kusurlu fiil ve davranışlarından doğan sorumluluk "hizmet kusuru"- "kişisel kusur" ayırımı yapılarak çözümlenmekte; "hizmet kusuru"ndan dolayı idare, "kişisel kusur"dan dolayı ise personel sorumlu tutulmaktaydı. Yüksek Mahkemelerde bu ayırımı esas alarak sorunun çözümü cihetine gidiyorlardı.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi kamu personelinin sorumluluğu konusunda değişik bir düzenleme getirmiştir. Madde, personelin sorumluluğu bakımından ikili bir ayırımı yer vermekte olup; bunlar "görevsel kusur" ve "salt kişisel kusur"dur. "Görevsel kusur", kamu personelinin, göreve-hizmete ilişkin kusurlu fiil ve davranışının sonucu

olan kusur türü olmasına karşılık "salt kişisel kusur", kamu personelinin hizmetin dışında kalan, hizmetten tecrid ve tefrikinin gerektiren kusurlarını ifade eder. Bunun sonucu olarak "görevsel kusur" halinde tazminat davası, personele rücu hakkı olmak üzere idareye, "salt kişisel kusur" halindeyse personelin bizzat kendisine açılabilecektir.

Kamu personelinin malî sorumluluğu konusunu ilk olarak anayasal bir hüküm altına alan 1982 Anayasası, 129/5 hükmü ile, Devlet Memurları Kanununun 13. maddesiyle öngörülen sorumluluk rejimini korumuştur. Dolayısıyla bugün Türk Hukukunda idarî işlem ve eylemlerden dolayı bireylerin uğramış oldukları zararlar bakımından duruma göre üç grup sorumlu suje karşımıza çıkmaktadır: "Hizmet kusuru"ndan dolayı tamamen idare, "görevsel kusur"dan dolayı husumet bakımından idare, ancak tazmin sorumluluğu bakımından kusuru oranında kamu personeli, "salt kişisel kusur"dan dolayı ise gerek husumet bakımından ve gerek sorumluluk bakımından kamu personeli.

Sonuç olarak ifade edelim ki kamu personelinin, kusurları bakımından hiç bir ayırımda bulunmaksızın sorumlu tutmak, onları maddî ve manevî açılardan büyük sorunlarla karşı karşıya bırakmasının yanında istihdam sorunu ve ayrıca kamu hizmetlerinin yavaş işlemesi veya hiç işlememesi gibi sorunları ortaya çıkarır. Yine, personelin kusurlarında bir ayırıma gitmeden idareyi sorumlu tutmak da, idareyi maddî açıdan güç duruma düşürebileceği gibi personelin zarar verme ihtimalini arttıracaktır. İşte bu sakıncalardan dolayı kamu personelinin hizmete-göreve ilişkin, ondan ayrılması düşünülemeyen "görevsel kusur"larıyla, hizmetin-görevin tamamen dışında ondan soyutlanması gereken "salt kişisel kusur"larını birbirinden ayırmak gereklidir. Bu nedenle gerek Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi ve gerek 1982 Anayasasının 129/5 maddesi ile, yukarıda belirttiğimiz ayırımın yapıldığı ve bunun son derece yerinde olduğu kanaatindeyiz. Yüksek Mahkemelerin soruna bu şekilde yaklaşarak çözüm getirdiği ve "görevsel kusur"- "salt kişisel kusur" ayırımını gözettiği pek çok kararında görülmektedir.

Diğer taraftan kamu personelinin "görevsel kusur"larından dolayı sorumluluğu halinde, idarenin kamu personeline rücu konusunda idare hukuku ilke ve esaslarından yararlanılmalıdır. Bu nedenle rücu konusu idarî yargıya düşen bir görevdir. Ancak Yargıtay müstekâr tatbikatı, sorunun adli yargıda haksız fiil esasları dahilinde çözülmesi gerektiği yönündedir. Bu noktada bir mevzuatdeğişikliğine gidilerek daha açık bir hüküm getirilmesi, öteden beri süregelen tartışmaların sona ermesi bakımından elzem görünmektedir. Ayrıca getirilecek değişiklik veya yenilikte personelin hangi tür kusurlarına (burada kastettiğimiz kusurun derecesi bakımından yapılan ayırımdır) karşı idarenin rücu hakkını kullanabileceği sorunu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Tezimizin dördüncü ve son bölümünde idarenin sorumluluğuna son veren durumlara ilişkin açıklamalarda bulunduk.

Bütün sorumluluk hallerinde olduğu gibi idarî sorumlulukta da mücbir sebepler, beklenmeyen haller, tazmini gereken zararın olmayışı, zararın tamamen üçüncü şahsın kusurundan kaynaklanmış olması gibi durumlar sorumluluğu ortadan kaldırırlar. Ayrıca kamu personelinin "salt kişisel kusur"ları da idarenin sorumluluğunu kaldırıcı olması nedeniyle bu bölümde incelenmiştir.

Bu bölüme ilişkin olarak söylememiz gereken hususlardan biri "zarar" konusudur. idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için aranan; zararın gerçek, belirgin olması şartı, uygulamada katı bir biçimde ele alınmakta, henüz gerçekleşmemiş olmakla beraber gerçekleşeceğine kesin gözle bakılan zararlar için bile zaman zaman tazminat taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Ayrıca yoksun kalınan kâra dayalı zararlar, uygulamada hiç gözönüne alınmamaktadır. Bu durumu tazminat hukukunun genel ilkeleriyle bağdaştırmak güç olsa gerek.

Bölümle ilgili olarak belirtilmesi gereken hususlardan birisi de kamu personelinin "salt kişisel kusur"larıdır. Bugün "salt kişisel kusur"lardan dolayı kamu personelinin bizzat sorumlu olması gerektiği ittifakla kabul edilmekle beraber personelin hangi tür kusurlarının bu niteliği haiz

sorumları da beraberinde getirebilecektir.

Aslında idarenin sorumluluğuyla ilgili olarak ortaya çıkan problemler ve ileri sürülen görüş ve düşüncelerdeki çokluk ve değişikliği olağan karşılamak gerekir. Çünkü idarenin sorumluluğu konusunda mevzuat hükümleri oldukça azdır. İdare hukukunun içtihat hukuku oluşu kendini en belirgin olarak idarenin sorumluluğu alanında göstermektedir. Ayrıca sorumluluk hukukunun sürekli değişim içinde bulunması da gözönüne alındığında sorunun bu yönü daha iyi anlaşılır. Bu nedenle idarenin sorumluluğunun yasal bir düzenlemeye gidilerek mevzuat hükümlerinde dondurulmasını uygun bulmamakla birlikte, tartışmaların asgariye inmesi, problemlerin azalması bakımından idarenin sorumluluğunun genel ilkelerine ilişkin bir yasal düzenlemenin uygun olacağı kanaatındayız.