

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

MUHAMMED ALİ AYDIN

HAZİRAN 2015

Bu tezi okuduğumuzu ve bu tezin kapsamı ve niteliği açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesi için tamamen yeterli olduğunu beyan ederiz.

Tez Jürisi Üyeleri:

Doç. Dr. Nur KAMAN
(Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Nihat BULUT

Doç. Dr. Halit Eyüp ÖZDEMİR

Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih
15.06.2015

İmza/Mühür

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada özgün olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Ad/Soyad: Muhammed Ali AYDIN

İmza:



ÖZ

İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Aydın, Muhammed Ali.

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Nur Kaman

Haziran 2015, 164 sayfa

Bu çalışmanın odak noktasını idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu oluşturmaktadır. Hizmet kusuruna dayanan sorumluluk çerçevesinde ağır kusurun arandığı haller, hizmet kusurunun özellikleri ve seviyeleri incelenmiştir. İdari eylemlerde ve idari işlemlerde hizmet kusurunun nasıl ortaya çıktığı, hangi hallerde hizmet kusuruna dayanılması gerektiği, hangi hallerde ise kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanılması gerektiği tespit edilmiştir.

Hizmet kusuruna dayanan sorumluluğun yanı sıra, idarenin özel hukuk sorumluluğuna, fiili yol durumlarına, tam yargı davalarında zarar kavramına, kusursuz sorumluluk ilkelerine ve sorumluluğu kaldıran hallere de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: idarenin sorumluluğu, hizmet kusuru, ağır hizmet kusuru

ABSTRACT

LIABILITY OF ADMINISTRATION FOR FAULTS IN SERVICE

Aydın, Muhammed Ali.

LLM, Department of Public Law

Thesis Advisor: Associate Professor Nur Kaman

June 2015, 164 pages

The liability of administration for service faults constitutes the focal point of this study. Cases where gross fault is sought within the scope of liability for service faults, the characteristic features of service faults and their levels are examined and explained in detail. Additionally, the study establishes how service faults occur as part of administrative acts and transactions, and states in which circumstances the case law regarding service faults or the principles of absolute liability should be relied upon.

Aside from liability for faults in service, the study deals with civil liability of administration, cases of 'de facto way', the notion of damage as part of full remedy actions, principles of absolute liability and cases that release liability.

Keywords: liability of administration, service faults, gross service fault.

Anne ve babama

TEŞEKKÜR

Zor bir sürecin sonunda ortaya çıkan bu tez çalışması, çok değerli hocalarımın katkılarıyla şekillendi ve son halini aldı. Şehir Üniversitesi'nde geçen bu iki yıl içerisinde Prof. Dr. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Serap Yazıcı, Prof. Dr. Nihat Bulut, Prof. Hakan Üzeltürk, Doç. Dr. Nur Kaman, Doç. Dr. Mehmet Koç hocalarımdan ders aldım. Farklı alanlarda uzman olan çok değerli hocalarım bana farklı perspektiflerden vakalara bakmayı öğrettiler, hukuk vizyonu kattılar. Kendilerinden çok istifade ettim, bu yüzden öncelikle derslerini aldığım hocalarıma teşekkür ederim.

Sayın Hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Nur Kaman'a ise ayrıca ve özellikle teşekkür ederim. Araştırma görevlisi olarak atandığım Kasım 2013'ten beri bana desteğini esirgemeyen, tez konumun seçilmesinde ve tezin içerik olarak iyileştirilmesinde çok yardımcı olan Hocamın üzerimde emeği çok büyüktür. Akademik hayata Nur Hocamın asistanı olarak başlamak benim için büyük bir şanstır.

Tezimi huzurlarında savunduğum kıymetli hocalarım Prof. Dr. Nihat Bulut'a ve Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir'e teşekkür ederim.

2 yıllık yüksek lisans dönemimde acı tatlı birçok anıyı beraber yaşadığım değerli araştırma görevlisi arkadaşlarım Ömer Faruk Petek, Pınar Yazıcı Üstel, Şerife Gündoğan, Enes Güran, Özge Bozkurt ve Dursun Saat'e yoldaşlıkları için teşekkür ederim.

Galatasaray Üniversitesi'nin kütüphanesinden faydalanabilmemi sağlayan, Fransızca eserleri bana ulaştıran arkadaşım Ömer Faruk Alay'a minnettarım.

Ve tabii ki anne ve babama çok minnettarım, haklarını asla ödeyemem. Tezimi onlara ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	2
İDARENİN SORUMLULUĞU	2
1.1. SORUMLULUK KAVRAMI VE TÜRLERİ	2
1.2. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK	7
1.2.1. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ANAYASAL VE YASAL TEMELİ	7
1.2.1.1. 1982 ANAYASASI	8
1.2.1.2. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU	11
1.2.2. İÇTİHATLARA GÖRE GÖREV KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI	11
1.2.3. İDARENİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	17
1.2.3.1. İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU	17
1.2.3.2. KANUNLA ÖZEL HUKUKA TÂBİ KILINMIŞ SORUMLULUK	19
1.2.3.3. FİİLİ YOL NEDENİYLE DOĞAN SORUMLULUK ...	21
1.2.4. İDARENİN İDARE HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	25
1.2.4.1. İDARENİN SORUMLULUĞUNU DOĞURAN ŞARTLAR	25

1.2.4.1.1. TUTUM VE DAVRANIŞ.....	26
1.2.4.1.1.1. İDARİ İŞLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUK...	26
1.2.4.1.1.2. İDARİ EYLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUK.	29
1.2.4.1.2. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK	32
1.2.4.1.2. ZARAR	35
1.2.4.1.2.1. ZARAR MEVCUT OLMALIDIR	36
1.2.4.1.2.2. ZARAR HUKUKEN KORUNAN BİR MENFAATE YÖNELİK OLMALIDIR.....	41
1.2.4.1.2.3. ZARAR EKONOMİK DEĞERİ HAİZ OLMALIDIR	42
1.2.4.1.2.3.1. MADDİ ZARAR.....	43
1.2.4.1.2.3.2. MANEVİ ZARAR	46
1.2.4.1.2.4. ZARAR İSTİSNAİ OLMALIDIR	51
1.2.4.1.2.4.1. ZARARIN NİCELİK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ	51
1.2.4.1.2.4.2. ZARARIN NİTELİK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ	53
1.2.4.1.3. İLLİYET BAĞI.....	57
1.2.4.2. KUSURLU VE KUSURSUZ SORUMLULUK AYRIMI.	62
1.2.4.2.1. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU.....	64
1.2.4.2.1.1. RİSK İLKESİ.....	65
1.2.4.2.1.1.1. TEHLİKELİ ALET, SİLAH VE İŞLERDEN DOĞAN SORUMLULUK.....	66
1.2.4.2.1.1.2. SOSYAL RİSKLERDEN DOĞAN SORUMLULUK	68
1.2.4.2.1.1.3. MESLEKİ RİSKLERDEN DOĞAN SORUMLULUK	71

1.2.4.2.1.1.3.1. DAİMİ KAMU GÖREVLİLERİNİN GÖREVLERİ NEDENİYLE DOĞAN SORUMLULUK	72
1.2.4.2.1.1.3.2. GEÇİCİ OLARAK KAMU GÖREVLERİNE KATILANLARIN GÖREVLERİ NEDENİYLE DOĞAN SORUMLULUK	74
1.2.4.2.1.2. KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİ	76
1.2.4.2.1.2.1. BAYINDIRLIK VE TESİS FAALİYETLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK.....	77
1.2.4.2.1.2.2. HUKUKA UYGUN İŞLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUK	79
BÖLÜM 2	81
İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU ..	81
2.1. HİZMET KUSURU KAVRAMI	81
2.2. HİZMET KUSURUNUN ÖZELLİKLERİ.....	85
2.2.1. BAĞIMSIZ OLUŞU	86
2.2.2. ASLİ SORUMLULUK TÜRÜ OLUŞU	89
2.2.3. ANONİM OLUŞU	91
2.2.4. GENEL OLUŞU	95
2.2.5. SOMUT OLAYA GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	97
2.3. HİZMET KUSURU OLUŞTURAN DURUMLAR	98
2.3.1. İDARİ EYLEMLERE İLİŞKİN HİZMET KUSURU	100
2.3.1.1. HİZMETİN KÖTÜ İŞLEMESİ	100
2.3.1.2. HİZMETİN GEÇ İŞLEMESİ	103
2.3.1.3. HİZMETİN HİÇ İŞLEMEMESİ.....	107
2.3.2. İDARİ İŞLEMLERE İLİŞKİN HİZMET KUSURU.....	111
2.3.2.1. HUKUKA AYKIRILIK VE KUSUR.....	112
2.3.2.2. İDARİ İŞLEMİN KENDİLİĞİNDEN HİZMET KUSURU OLUŞTURMASI.....	115

2.3.2.3. İDARİ İŞLEMİN UYGULANMASINDAN DOĞAN HİZMET KUSURU	118
2.4. HİZMET KUSURUNUN AĞIRLIĞI.....	120
2.4.1. AĞIR HİZMET KUSURU	122
2.4.2. KUSURUN AĞIRLIĞINI ETKİLEYEN DURUMLAR	130
2.4.2.1. HİZMETİN İCRASINDA İDARENİN KARŞILAŞTIĞI GÜÇLÜKLER.....	130
2.4.2.2. HİZMETİN SOSYAL ÖNEMİ.....	131
2.4.2.3. ZARARA UĞRAYANIN DURUMU	131
2.4.2.4. ZARARIN MEYDANA GELME İHTİMALİ.....	132
2.4.2.5. İDARENİN SAHİP OLDUĞU İMKAN VE ARAÇLAR	133
2.4.2.6. İDAREYE YOL GÖSTERECEK NİTELİKTE BİR MEVZUATIN VARLIĞI.....	133
2.4.2.7. HİZMETİN İCRA ZAMANI VE YERİ	134
2.5. İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER.....	135
2.5.1. İDARENİN HUKUKA UYGUNLUK HALLERİNDEN YARARLANMASI.....	135
2.5.2. MÜCBİR SEBEP	137
2.5.3. BEKLENİLMEYEN HAL.....	142
2.5.4. ZARAR GÖRENİN KUSURU	146
2.5.5. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİ	149
SONUÇ	153
KAYNAKÇA	157
GENEL KAYNAKÇA.....	157
İNTERNET KAYNAKLARI.....	163
İÇTİHAT KAYNAKLARI	163

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY	: Anayasa
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
DMK	: 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu
GATA	: Gülhane Askeri Tıp Akademisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İSKİ	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
KÇG	: Kardiyo Çalışma Grubu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
MİT	: Milli İstihbarat Teşkilatı
OHAL	: Olağanüstü Hal
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SK	: Sayılı Kanun
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları

GİRİŞ

Anayasa ve kanun hükümleriyle kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kılınan idare bu faaliyetlerini yürütürken kimi zaman bir takım zararlara yol açabilir. İdare kamu gücünü kullanarak faaliyette bulunduğu hallerde bir zarara yol açmış ise kanunla öngörülen istisnalar dışında idare hukuku kurallarına göre sorumlu tutulur. Buna uygun olarak da sorumluluğu adli yargıda değil, idari yargıda hükme bağlanır.

İdarenin idare hukukuna tâbi olan sorumluluğu, idarenin yapmış olduğu faaliyetlerin geniş kapsamı ve sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarıyla orantılı olarak oldukça geniştir. İdare öncelikle kusurlu tutum ve davranışlarıyla sebep olduğu zararlardan sorumludur. Buna ek olarak idare, risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkeleri uyarınca kimi hallerde kusursuz olsa dahi sorumlu tutulur. Bu noktada; idarenin kusuruyla vermiş olduğu zararları tazminle yükümlü tutulmasının Anayasal gerekçesi hukuk devleti olmaktır. Buna karşılık kusursuz sorumluluğun gerekçesi ölçüsüz ve özel olarak zarara uğrayan kişilerin zararlarının sosyal devlet ilkesi mantığı çerçevesinde tazmin edilmesidir. Nitekim kusursuz sorumluluk nedeniyle tazminata hükmedilen kararlarda yasa hükümleri ve hukuk ilkelerinin yanı sıra “hakkaniyet ve nesafet” kavramlarına sıkça dayanılmaktadır.

Çalışmanın odak noktasını idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu oluşturmaktadır. Birinci bölümde genel olarak sorumluluk kavramı ve türleri, idarenin sorumluluk türleri, sorumluluğu doğuran şartlar ve idarenin kusursuz sorumluluk halleri incelenecektir. İkinci bölümde ise hizmet kusurunun özellikleri, özel hukuk sorumluluğundan ve kusursuz sorumluluktan ayrılan yönleri, hizmet kusurunun idari işlemlerde ve idari eylemlerde nasıl gerçekleştiği, hangi hallerde ağır kusurun arandığı ve ağır hizmet kusurunun özellikleri incelenecektir. Son olarak ikinci bölümün sonunda ise, idarenin sorumluluğunu azaltan veya tamamen kaldıran haller incelenecektir.

BÖLÜM 1

İDARENİN SORUMLULUĞU

1.1. SORUMLULUK KAVRAMI VE TÜRLERİ

Sorumluluk Türk Dil Kurumu'nun sözlüğüne göre kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir.¹ Genel olarak sorumluluğu, yapılan bir fiilin doğurmuş olduğu sonuçlarına katlanmak, bir zarar meydana gelmiş ise bunu telafi etmek veya maddi olarak tazmin etmek olarak tanımlayabiliriz. Sorumluluğun ikinci boyutu yetki ve müdahale alanına giren bir olaydan doğan sonuçların da yetki sahibi kişiye bağlanmasıdır. Yetki sahibi kişi sonucun ortaya çıkmasını önlemekle yükümlüyse ve bunu engellemek için hak ve yetki sahibi kılınmışsa; bu sonucu ortaya çıkarabilecek bir fiil veya olayın gerçekleşmesi süreci başladığında yetkilerini zamanında veya gereği gibi kullanmakla yükümlüdür. Yetkili kişi yetkilerini zamanında veya gereği gibi kullanmadığı için kaçınılmak istenen olumsuz sonuç ortaya çıkmış ise yetki sahibi kişi bu zarardan sorumlu tutulur.

Özel hukuktaki sorumluluk kavramında sorumluluk kaynağı esas olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir kişinin hukuk düzeninin koymuş olduğu genel bir hukuk ödevine veya hukuki bir ilişkiye, örneğin bir sözleşmeden doğan özel bir yükümlülüğe (ödeve) aykırı davranışından dolayı sorumluluğu doğar. Buna ek olarak sözleşmeye dayanmayan özel hukuk sorumluluğu da vardır ve haksız fiilden doğan sorumluluk olarak adlandırılır.² Sorumluluk bir sözleşmeye dayanıyorsa özel hukuk sözleşmesinin tarafları haksız fiil sorumluluğu halleri dışında yalnızca birbirlerine karşı sorumludurlar.³ Bu sözleşme uyarınca bir tarafın

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53ad5c0de26671.38146698 (Son erişim: 14.05.2015).

² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 16. Baskı, s. 490, 491.

³ Oğuzman/Öz, M. Kemal/M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, 10. Bası, s. 16, 17.

borçları diğer tarafın hakları olmaktadır, aynı şekilde bir tarafın hakları da diğer tarafın borçları olmaktadır ve bu borçlar ifa edilmediğinde özel hukuk sorumluluğu doğmaktadır. Haksız fiilse hukuka aykırı olan, hukuk düzeninin hoş görmediği ve yapılmalarına izin vermediği zarar doğurucu eylem ve davranışlardır.⁴ Bir kişi başka bir kişiye kendi fiiliyle zarar vermişse bundan doğan zararın tazmini haksız fiili yapan kişinin sorumluluğu olmaktadır. Böylece özel hukuk sorumluluğu, kişinin kendisini sözleşmeyle bağlaması durumunda veya yapmış olduğu bir haksız fiil nedeniyle başkasına zarar vermesi durumunda ortaya çıkar.

Kamu hukukunda çok farklı sorumluluk türleri vardır. Doktrinde bu sorumluluk türleri siyasi, cezai ve mâli olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir.⁵ Siyasi, cezai, mâli sorumluluk türleri farklı kurallara ve farklı hukuk dallarına tâbi olmaktadır. Siyasi sorumluluk Anayasa Hukuku kurallarına tâbi iken, cezai sorumluluk Anayasa'da veya kanunlarda öngörülmüş olabilir. Bunun yanında idarenin kamu gücüne dayanarak idari yaptırımlar uygulaması söz konusu olabilir. Mâli sorumluluk ise özel hukukun getirdiği yükümlülüklerden veya kamu hukukunun idareye getirdiği yükümlülüklerden doğabilir.

Siyasi sorumluluk, egemene karşı yönetenlerin sorumluluğudur.⁶ Egemen o anki durumda otorite sahibi olan kişi veya gruptur. Mutlak monarşide ülkenin yöneticileri krala karşı sorumludur, bir diktatörlükte siyasi sorumluluk diktatöre karşıdır çünkü yöneticiler ona hesap vermek zorundadır. Darbe döneminde siyasi sorumluluk, darbeyi yapan ve iktidarı elinde tutan kişiye ve komiteye karşıdır. Örneğin 12 Eylül döneminde hükümetin siyasi sorumluluğu Milli Güvenlik Konseyi'ne karşıydı.⁷

⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, Turgut/Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, Eylül 2013, 21. Baskı, s. 13.

⁵ Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, 2. Baskı, s. 1009, 1010.

⁶ Mauss, Didier, "Responsabilité", in Olivier Duhamel ve Yves Mény, Dictionnaire Constitutionnel, Paris, P.U.F., 1992, S. 926; Aktaran: Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Temmuz 2000, 1. Baskı, s. 531.

⁷ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Temmuz 2000, 1. Baskı, s. 531.

Ülkemizde parlamenter sistem uygulanmakta olup, yürütme organı yasama organına karşı sorumludur.⁸ Siyasi sorumluluk kolektif ve bireysel olmak üzere iki türdür.⁹ Parlamenter sistemin kurallarına göre bakanlar kurulunun siyasi sorumluluğu, bakanlar kurulunun uyguladığı politikalarından ötürü parlamentonun güvenini kaybetmesiyle gerçekleşir.¹⁰ Bireysel siyasi sorumlulukta bir bakan, bakanlar kurulu ile uyumlu bir şekilde çalışmıyorsa, genel olarak başarısızsa, yapmış olduğu bir faaliyet parlamentonun tepkisini çekmişse veya yasama organını harekete geçmeye teşvik edecek herhangi bir sebep varsa parlamento gensoru önergesiyle o bakanın yasama organı önündeki bireysel sorumluluğunu gündeme getirebilir. Kolektif siyasi sorumluluktan bakanlar kurulunun bir bütün olarak yasama organına karşı sorumluluğu anlaşılır.¹¹ Hükümetin izlediği genel siyaset parlamentoya güven vermiyorsa, iktidar partisinin üye sayısında ciddi manada eksilme varsa, hükümet programı gereği gibi uygulanmıyorsa parlamento harekete geçebilir. Bakanlar Kurulunun tümü hakkında gensoru önergesi verilip, oylamanın sonucuna göre hükümet anayasal kurallar uyarınca dağıtılabilir. Bir bakanın yasama organı tarafından gensoruyla görevine son verilmesinin yanı sıra başbakana karşı sorumluluğu nedeniyle Anayasa'nın 109. maddesi uyarınca başbakanın önerisi üzerine cumhurbaşkanının azil yetkisini kullanmasıyla da görevine son verilebilir.¹²

Siyasi sorumluluk adı üstünde sadece siyasidir ve kişiler üzerinde cezai veya hukuki bir yaptırım olarak uygulanmaz.¹³ Demokrasiyle yönetilen ülkelerde halkın uyacağı kuralları koyma görevi meclislere tevdi edilmiştir. Bu sebeple "egemenlik" halka ait olduğundan ve meclislerin de halkı temsil ettiği varsayıldığından yürütme organı meclisin güvenine sahip olduğu sürece çalışabilir ve hesabı da halkın doğrudan oyuyla seçilen temsilcilerinden oluşan meclise verir. Yasama organı ve yürütme organı arasında hesap verebilirlik yönünden oluşan siyasi sorumluluk kavramının kuralları Anayasa'da belirlenmiştir ve Anayasa Hukuku'nun konusuna girer.

⁸ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 10. Baskı, s. 335.

⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, Bülent/Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, Eylül 2009, 9. Baskı, s. 353.

¹⁰ Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, Ağustos 2009, 13. Baskı, s. 427.

¹¹ Teziç, a.g.e., s. 429.

¹² Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 359

¹³ Özbudun, a.g.e., s. 335.

Cezai sorumluluk hukukumuzda esas olarak Türk Ceza Kanunu'yla düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanuna göre daha üst norm olan Anayasa'da; Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili sorumluluğu, bakanların görevleriyle ilgili suçlardan doğan sorumlulukları, milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı özel olarak düzenlenmiştir.¹⁴

Anayasa'nın 105. maddesine göre: "*Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır, bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.*

(...)

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tam sayısının, en az dörtte üçünün vereceği kararlarla suçlandırılır."

Bakanların görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar için Meclis soruşturması açılır, bu soruşturma sonucunda, ilgili bakanın Yüce Divana sevk edilmesine Meclisçe karar verilebilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla Yüce Divan'a sevk edilen bir bakan, bakanlıktan düşer.¹⁵ Anayasa'nın 148. maddesine göre Anayasa Mahkemesi Bakanlar Kurulu üyelerini görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Kanun koyucu, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulduğunda da bozan fiili bastırmak için suç öngören kanunlar yapar. Öngörülen suç ve ceza tipleri uyarınca şahıslar cezai müeyyideye tâbi tutulabilir. Şahıslar kanunun suç tipi olarak öngördüğü fiili işlemleri halinde ceza kanunları uyarınca adli mahkemelerin vereceği hükümlere göre cezalandırılırlar. Hukuk sistemimizde cezai müeyyide olarak hapis cezası, para cezası uygulanmaktadır. İdam cezası 2004 yılında Anayasamızdan kaldırılarak uzun süredir uygulanmayan bu ceza mevzuattan da silinmiştir. İdarelerin uyguladığı ceza niteliğindeki yaptırımlar ise idari yaptırımlar olarak incelenmektedir. Ceza kanunlarına göre tipleri belirlenen

¹⁴ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, 6. Baskı, s. 143.

¹⁵ Özbudun, a.g.e., s. 337.

suç ve cezalar doğrudan yargı organları tarafından hükme bağlanırken meslekten men, kademe ilerlemesinin durdurulması, idari para cezaları gibi idari yaptırımlar idare tarafından idari işlem olarak yapılır ve idari yargının denetimi altındadır.

Mâli sorumluluk, ortaya çıkan bir zararın, bu zarara sebebiyet veren gerçek veya tüzel kişi tarafından tazmin edilmesi yükümlülüğüdür.¹⁶ Siyasi sorumlulukta bakanlar siyasi makamlarını kaybetmektedirler ve siyasi prestij kaybına uğrarlar. Cezai sorumlulukta cezalandırılan kişi ya hapis cezasına çarptırılır ve hürriyetinden belli bir süre yoksun bırakılır ya da para cezasına çarptırılır ve bir yaptırım olarak bu para cezasını öder. Para cezasının öngörüldüğü durumda cezanın mantığı caydırıcılık olduğundan öngörülen suç tipine göre para cezası daha fazla olmaktadır. Mâli sorumluluğun amacı ise, ortaya çıkan zararı idarenin tüzel kişiliğinin mâli bütçesinden bir miktar ekonomik değerini zarar görene aktarılması suretiyle zarar görenin zararını tazmin etmeye çalışmaktır. Bu sebeple bir kişi idarenin bir eyleminden zarara uğramış olsa dahi elde edeceği maddi tazminat ortaya çıkan gerçek zarar miktarı kadar olacaktır. İdare mahkemeleri zararın hesap edilen gerçek miktarı üzerinden ve taleple bağlı olarak tazminatın miktarını tayin edeceklerinden ölçsüz miktarda maddi tazminata hükmetmeyeceklerdir.¹⁷

Mâli sorumluluk kamu hukukunda iki türdür. Birincisi bakanların görevleriyle ilgili olarak devlete verdikleri zararın tazminat davası yoluyla kendilerine ödettilmesidir.¹⁸ İkincisi idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğu sebebiyle bir zararı tazmin etme yükümlülüğünün olması yani bu zarardan mâli olarak sorumlu olması durumudur. Bunlara karşılık devlet memurlarının görevleriyle ilgili vermiş oldukları zararların rücu mekanizması genel hukuk hükümlerine göre adli yargıda karara bağlandığı için kamu hukuku kurallarına tâbi değildir.

Mâli sorumlulukta o zararı ortaya çıkarıcı veya kendisine düşen görevi yapmadığı için önleyemeyen herhangi bir kamu tüzel kişiliği ise idarenin kusurlu veya

¹⁶ Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, 2. Baskı, s. 1011.

¹⁷ Çatak İriz, Betül, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 1. Baskı, s. 61.

¹⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s. 357.

kusursuz idari sorumluluğundan bahsedilir.¹⁹ Sonuç olarak bir kavram olarak idareyi oluşturan kamu tüzel kişileri siyasi sorumluluğa veya cezai sorumluluğa sahip değildirler ancak mâli olarak sorumludurlar. İdare, yol açtığı zararları o zararlar maddi de olsa manevi olsa ancak mâli olarak telafi edebilir.

İdarenin mâli sorumluluğu yalnızca kamu hukuku alanında değildir. İdare yaptığı eylem ve işlemlerde kamu gücüne dayanarak faaliyette bulunuyorsa idari bir işlem ve idari eylem yapmış olur. Ancak idare özel kişilerle kamu gücünü kullanmadan da sözleşmeler yapmış olabilir. Bir kamu tüzel kişiliğinin bir özel hukuk kişisinden özel hukuk hükümlerine göre bir binayı kiralaması, bir üniversitenin temizlik işlerini sözleşmeyle bir şirkete yaptırması idarenin kamu gücünü kullanmadan, karşısındaki özel hukuk kişisiyle denk bir şekilde sözleşme yaptığı örneklerdir. İdarenin kamu gücünü kullanmadan yaptığı hukuki işlemlerden özel hukuka göre mâli sorumluluğu doğar.

1.2. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK

1.2.1. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ANAYASAL VE YASAL TEMELİ

İdare, görevlerini yerine getirirken yapmış olduğu idari işlem ve eylemlerle özel hukuk kişilerinin maddi ve manevi varlıklarında zarara sebep olabilir. İdarenin işlem ve eylemleriyle ortaya çıkan bu zararları tazmin etmek hukuk devleti ilkesinin bir gereği olmasına rağmen idarenin zararları tazmin etmesinin Anayasal ve yasal dayanakları ayrıca öngörülmüştür. Anayasa ve yasa hükümleri uyarınca idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğunun bulunduğu ve bütün işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra özel hukuk kişilerinin maruz kaldıkları zararı telafi etmek maksadıyla hangi usulü izleyecekleri, kime karşı dava açacakları hükme bağlanmıştır.

¹⁹ Karataş, Tevfik, İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru Dolayısıyla Sorumluluğu, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 5.

Hukuki bir temele dayanmadan idare tazminle sorumlu tutulamaz.²⁰ Mevzuatımız uyarınca genel olarak idarenin sorumluluğu düzenlenmiştir. İçtihatlarla göre sorumluluk iki yargı kolunda gündeme getirilebilmektedir. Kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğan zararlar adli yargıda; idarenin hizmet kusurundan ve kamu görevlisinin görev kusurlarından doğan zararlarsa idari yargıda hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte kamu görevlisinin kişisel kusuru ile görev kusuru arasında açık bir ayırım yapılamamakta ve yeni içtihatlar kamu görevlisinin eylemlerinden doğan zararlarda çoğunlukla görev kusuru görmekte ve görevli yargı yeri olarak idari yargıyı göstermektedir.

1.2.1.1. 1982 ANAYASASI

Türkiye Cumhuriyeti'nde idarenin sorumluluğu, Anayasal düzeyde olarak 1924 Anayasası'ndan beri kabul edilmektedir. 1927 yılında yeniden açılan Şura-yı Devlet idareye karşı açılan tazminat davalarını karara bağlamıştır. 1961 Anayasası'nda da Şura-yı Devlet, Danıştay ismiyle yer almıştır.²¹ 1961 Anayasası'nın 114/4. maddesi de "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" hükmünü getirmiştir.

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan hukuki ve mâli sorumluluğu öncelikle Anayasa'da öngörülmüştür. Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına göre: "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" Bu hüküm uyarınca idarenin herhangi bir eylem veya işleminin hukuka aykırı olduğunu düşünen kişiler İYUK'ta yer alan dava ehliyeti şartlarını taşımak kaydıyla idari yargıda dava açabilirler.

Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrasına göre: "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" Anayasa'nın bu hükmü idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların idarece tazmin edilmesine dair

²⁰ Ayakçıoğlu, Mustafa Serkan, Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Nedenler Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 72.

²¹ Bardakçı, Mehmet Akif, İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 55.

temel hükümdür. Bu madde hükmü bir usul hükmü olmayıp, bir idari işlem veya eylem nedeniyle zarara uğrayan kişinin zararını “tam” olarak giderme kuralını getirmektedir.²² Danıştay idareyi tazminata mahkum ettiği birçok kararında Anayasa’nın 125. maddesine dayanmaktadır.²³

Anayasa’nın 125. maddesi idarenin, doğan bir zarardan ekonomik olarak sorumluluğunu düzenlemektedirken Anayasa’nın 40/3. ve 129/4. maddelerinde idarenin, kamu görevlilerinin faaliyetlerinden doğan sorumluluğuna ilişkin usul kuralları yer almaktadır.

Anayasa’nın 40. maddesine göre: “(...)Kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Anayasa’nın 129. maddesinin 4. fıkrasına göre: “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.”

Anayasa’nın 40/3. ve 129/4. madde hükümleri uyarınca kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken sebep oldukları zararları kimin ödemekle yükümlü olacağına dair kıstaslar getirilmiştir. 129. madde görevsel kusur-salt bireysel kusur ayrımını getirmiştir. Söz konusu işlem veya eylem idareye izafe edilemiyorsa, yani idari olma niteliği ortadan kalkmışsa, idareyi sorumlu tutmak mümkün değildir.²⁴ Anayasa’nın getirmiş olduğu ayrıma göre kamu görevlisi olan gerçek kişinin görevi dışında yapmış olduğu eylemlerinden doğan zararlar zaten özel hukuk ve ceza hukuku hükümlerine göre tazmin ettirilir. Kamu görevlisinin görevi sırasında vermiş olduğu zararlar Anayasa’nın getirdiği ayrıma göre görev kusuru ve salt bireysel kusurdan doğmalarına göre farklı rejime tâbi tutulurlar. Anayasa’nın 129. maddesine göre kamu görevlisi kamu görevinin vermiş olduğu “yetkiler” sayesinde bir zarara sebebiyet verirse tazminat davası idare aleyhine açılır. Buna

²² Ayakçioğlu, a.g.e., s. 72.

²³ Danıştay, 10.D, E. 2009/6921 K.2013/4338, T. 13.5.2013.

²⁴ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 75.

karşılık, kamu görevlisi kamu görevinin kendisine sağlamış olduğu yetkileri kullanmadan ve yerine getirmiş olduğu kamu görevinin niteliğinden kolaylıkla ayrılabilen bir eylemle zarara sebebiyet vermişse bu durumda salt kişisel kusur söz konusu olur.

Doktrindeki hakim görüşe göre; Anayasa'nın 40. ve 129. maddelerinde idarenin sorumluluğu açık olarak hükme bağlanmamış olsaydı dahi idarenin sorumluluğu Anayasa'nın diğer maddelerindeki ilkelerden kaynaklanırdı. Gözübüyük'e göre hukuk devleti ilkesi, idarenin kusura dayanan sorumluluğun temelini teşkil eder. Çünkü hukuk devleti ilkesi idarenin hem hukuka uygun hareket etmesini hem de hukuka aykırı tutum ve davranışlardan da uzak durmasını gerektirir. Bu sebeple idare kendi kusuruyla zarara sebebiyle verdiğinde hukuk devleti uyarınca mağdurun bu zararını tazmin etmelidir. Gözübüyük, idarenin kusursuz sorumluluğunu ise sosyal devlet ilkesine dayandırmaktadır. İdarenin kusuru bulunmadan ortaya çıkan zararlar veya idarenin toplumun genelinin yararı için yapmış olduğu bir faaliyetin bazı kişiler için özel zarara yol açması hâlinde idare sosyal devlet ilkesi uyarınca zararı karşılayacaktır. Böylece toplumsal dayanışma gerçekleşerek, yarar ve zarar tüm toplum kesimine dağıtılarak zararın bir kişi üzerinde kalması engellenecektir.²⁵ Duran'a göre ise; 1961 Anayasa'nın 10/2. maddesi temel olabilir. Hükme göre *"Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, sosyal, bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar."* Bu hükümlerle devlete imkan ve fırsat eşitliğini sağlamak için negatif ve pozitif edim yükümlülüğü getirilmiştir. Negatif edim kusurlu sorumluluğun, pozitif edim ise kusursuz sorumluluğun temeli olmaktadır.²⁶ Bununla birlikte devlete imkan ve fırsat eşitliği sağlama hususunda bir pozitif edim yükümlülüğü 1982 Anayasası'nda yer almamıştır. 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde aynı konu kanun önünde eşitlik ilkesiyle sınırlı olarak ele alınmıştır.

²⁵ Gözübüyük, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, 10. Baskı, s. 249.

²⁶ Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu-Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 17-21.

1.2.1.2. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine 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.”*

Anayasa'da da DMK'da da idarenin kamu görevlisinin kusuru sebebiyle tazminat ödemeye mahkum olduğu durumlarda zarara sebebiyet veren kamu görevlisine rücu etme hakkı saklı tutulmuştur.

Hangi durumlarda doğrudan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna adli yargıda gidilebileceğini belirleyen görev kusuru-salt kişisel kusur ayrımına DMK'da Anayasa'da var olan kıstasa ek bir kıstas getirilmiştir. Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasında kamu görevlisinin görev kusurunun söz konusu olması için “kamu görevlisinin yetkisini kullanması” şartı öngörülmüşken; DMK'da “kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olma” şartı öngörülmüştür. DMK'nın getirmiş olduğu kamu göreviyle ilgili olma şartı, kamu görevinin verdiği yetkiyi kullanma şartından daha geniş bir kriterdir. Bu sebeple DMK'nın kamu görevlilerinin doğrudan sorumluluğunu gerektiren salt kişisel kusur alanını daraltırken görev kusuru alanını genişlettiğini söyleyebiliriz.

1.2.2. İÇTİHATLARA GÖRE GÖREV KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

Anayasa'nın getirmiş olduğu temel ayrıma göre görev kusuru ve kişisel kusur kıstası görevli mahkemeyi belirler. Kamu görevlisinin işlemiş olduğu görev kusuru varsa, bu kusurdan doğan zararlar idari yargıda idare hukuku hükümlerine göre tazmin ettirilir. Buna karşılık kişisel kusur varsa, kişisel kusurdan doğan zararlar adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre tazmin ettirilir. Bunlara ek olarak, görev kusurunda hasım olarak idare gösterilir ve idare zararı tazmin eder ve idare, zarardaki kusurunun oranına göre kamu görevlisine rücu eder. Buna karşılık kişisel kusurda kamu görevlisi eylemi yüzünden doğrudan doğruya zarar görene karşı sorumlu tutulduğu için adli yargıda zararı tamamen tazmine mahkum edilir.

Kamu görevlisinin kusurunun niteliğine göre görevli yargı kolu ve hasım olarak gösterilecek kişi değiştiği için görev kusuru ve kişisel kusur arasında açık bir ayırım yapmak gerekir. Doktrinde kamu görevlisinin görevinden, resmi sıfatından ayrılabilen, kişiye özgü hata ve eylem niteliği taşıyan kusurlu davranışlar, salt kişisel kusur olarak tanımlanmaktadır.²⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi 1992 tarihli kararında kişisel kusur için şu tanımlı yapmıştır: “*Kamu personelinin görev ve yetkilerinden, kullandığı araç ve gereçlerden, resmi sıfatından ayrılabilen, başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşecek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemleri, Anayasal korumanın dışında ve dolayısıyla personelin doğrudan doğruya kişisel sorumluluğunu gerektiren hukuk alanı içindedir.*”²⁸

Anayasa’da getirilen kamu görevinin verdiği yetki ve DMK’da geçen kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olma kıstasları Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararında yer almıştır. Gözübüyük/Tan buradan hareketle şu tanımlı yapmaktadır: “Kötü niyet ve amaçla başkasına zarar vermek, kamu yararı dışında özel yarar sağlamak üzere kasten eylem ve işlem yapmak veya suç niteliği taşıyan kusur, ağır kusur ve kasıtlı kusur halleri, hizmet kusuru ile kaynaşmış görevsel kusur olmaktan çıkıp, kamu görevlisinin salt kişisel kusuruna yol açmaktadır.”²⁹ Doktrinde görev kusuru-kişisel kusur ayırımına dair kriterler önerilmiş olmasına rağmen mahkeme içtihatlarında yıllara göre bir değişim gözlenmektedir ve yeni tarihli kararlarda kişisel kusur alanı daraltılarak görev kusuru alanı genişletilmektedir. Böylece zarar gören ilgililerin zararlarının tazmini için idari yargıda idare aleyhine dava açmaları gerekmektedir.

Danıştay görev kusuruna dair şu içtihatla bulunmuştur: “*Bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusuru kasdi suç niteliği taşısa bile bu kusurun hizmet kusurunu*

²⁷ Gözübüyük/Tan, A. Şeref/Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 9. Baskı, s. 731.

²⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.5.1992, E. 992/15-K. 992/18. RG; 18.7.1992, SAYI:21288, s. 20; Aktaran: Gözübüyük/Tan, a.g.e., s.732.

²⁹ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 733, 734.

oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir."³⁰ Danıştay bu kararıyla doktrinin görev kusuru-kişisel kusuru ayrımı için önermiş olduğu kıstasları dikkate almadığını açık bir şekilde göstermiştir ve kişisel kusurun oldukça istisnai durumlarda söz konusu olacağını hissettirmiştir. Yargıtay da aynı doğrultuda kararlar vermiştir. Yargıtay içtihadına göre: *"Davacının işkence görmesiyle Devletin adli fonksiyonuna dahil bir hizmetin görülmesi sağlanmıştır. O halde idari işlem niteliğinde bulunmayan adli bir hizmetin görülmesi sırasında adli nitelik ve karakterini dahi kaybeden böyle bir haksız fiilden Devletin sorumluluğu kabul edilmelidir. Mahkemenin böyle bir eylemin memurlar için kişisel kusur oluşturacağı gerekçesiyle idare hakkındaki davayı reddetmesi usul ve yasaya aykırıdır."*³¹ İşkencenin bir suç olmasına rağmen kamu görevlisinin görevi sırasında, görevin vermiş olduğu yetkiyle, imkan ve araçlarla işlenmesi sebebiyle idarenin doğrudan sorumluluğu söz konusu olmuştur. Yeni tarihli kararlardan da görev kusurunun esas, kamu görevlisinin kişisel kusurunun istisna olarak görüldüğü sonucu çıkmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine, 2002 yılında, işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edileceği hükmü eklenmiştir. Böylece işkence ve kötü muamele fiilleri önce içtihatla daha sonra da kanunla görev kusuru olarak telakki edilmiştir. Sonuç olarak, kötü muamele ve işkence suç olmasına rağmen, işkence ve kötü muameleden doğan zararlar idari yargıda uyuşmazlık konusu yapılarak, idarenin hasım gösterilmesi ve ona bu zararın ödettilmesiyle tazmin ettirilmektedir. Danıştay'ın 2009 tarihli kararına göre: *"Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken*

³⁰ Danıştay, 10. D; 20.04.1989, E. 1988/1042-K. 1989/857; Aktaran: Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 734; Danıştay, 2. D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005.

³¹ Yargıtay, 4. HD; 17.11.1986, E. 1986/4898-K. 1986/7786; Aktaran: Gözübüyük/Tan, a.g.e, s. 734.

işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuya yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında, gözetiminde bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.”³² Danıştay mezkur kararında, işkence ve kötü muamelede bulunan kamu görevlisi görevinin dışına çıkarak kusurlu harekette bulunmasına rağmen, bu uyuşmazlıkta hasım olarak idarenin gösterilmesini ve zarar idarece karşılandıktan sonra idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu etmesini hükme bağlamıştır.

Danıştay’ın bir diğer kararında da özel hukukta haksız fiil ve ceza hukukunda suç oluşturan hakaret fiilinin idarenin bir faaliyetinin yürütülmesi sırasında ve idarenin o kamu görevlisine sağlamış olduğu yetki ve araç sayesinde işlenmesi nedeniyle idari yargı görevli görülmüştür. Karara göre: *“bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindedir. Olayda, Giresun Orman Bölge Müdürlüğünde avukat olan davacının, Muğla Orman Bölge Müdürlüğüne atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Ordu İdare Mahkemesinin E:1998/617 sayılı dosyasında, davalı idarece verilen savunma dilekçesi ve eklerinde kullanılan ifadelerle davacıya hakaret edildiği iddiasıyla 10.000.000.000.-TL. manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir. Bu durumda idarede görevli kişi ya da kişilerin kusurlu hareketinden ileri geldiği ve bu durumun savunma dilekçesinin mahkemeye sunulması görevinin ifası sırasında gerçekleştiği iddiası karşısında, yukarıda yer alan Anayasa ve Yasa hükümleri ile İdare Hukuku ilkeleri gereği idarenin hizmet kusuru nedeniyle var olan sorumluluğundan hareketle uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden, (kişisel kusur nedeniyle idari yargıyı görevsiz gören) İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”³³*

³² Danıştay, 10. D, E. 2006/1212, K.2009/652, T. 6.2.2009.

³³ Danıştay, 2. D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005.

Danıştay'ın 2012 tarihli bir kararına göre amir pozisyonunda olan kamu görevlisinin, yıllık izne hak kazanan bir kamu görevlisine keyfi olarak ve kişisel saiklerle yıllık iznini kullandırtmaması yine görev kusuru olarak görülmüş ve idarenin idari yargıda hasım olarak gösterilerek maddi, manevi zararın idareye ödettilirdikten sonra idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu etmesi esası benimsenmiştir.³⁴

Görev kusuru ve kişisel kusur konusunda Yargıtay da Danıştay'ın paralelinde kararlar vermektedir. Devlet hastahanelerinde sağlık hizmeti veren kamu görevlilerinin kusurlarından doğan davalar, idari yargıda idare hasım gösterilerek açılır.³⁵ Özel hastahanelerin verdiği sağlık hizmetinin görülmesi sırasında gerçekleşen zararlardan doğan uyuşmazlıklar ise aradaki sözleşme uyarınca Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle adli yargıda karara bağlanır.³⁶

Yargıtay “mobbing” olarak adlandırılan iş yerinde yıldırma fiillerinde mobbingi uygulayan kamu görevlisinin hasım gösterilerek adli yargıda dava açılmasına izin vermemiştir. Yargıtay'ın görevsizlik kararı vermediği için yerel mahkemenin kararını bozduğu kararın gerekçesi şu şekildedir: *“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T. C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 sayılı kanun m. 13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır.*

Eldeki dava; aynı hastahane Romatoloji Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yapan davalı Prof. Dr. E. E.'nin, hemşire olarak görev yapan davacı M. Ş'ye yönelik sürekli ve düzenli uyguladığı taciz boyutuna varan işlemler ile takındığı tavır değişikliği sebebiyle uğranılan zararın tahsili istemine ilişkindir. Adı geçen davalı, kamu görevinin icrası sırasında yürüttüğü görev kapsamında yaptığı eylem

³⁴ Danıştay, 12. D, E. 2009/4964, K. 2012/5278, T. 26.9.2012.

³⁵ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/4-729, K. 2013/163, T. 30.1.2013.

³⁶ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, E. 2009/13-393, K. 2009/452, T. 21.10.2009.

sebebiyle dava edildiğine göre, Anayasa'nın 129/5 maddesi uyarınca kamu görevlisi durumundaki davalıya yöneltilemez. Açıklanan sebeplerle adı geçen davalı yönünden işin esasına girilerek karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir."³⁷

657 sayılı yasanın 13/2. maddesi hükmü ve Danıştay ve Yargıtay uygulamasına göre işkence, kötü muamele, hakaret, mobbing gibi esasında görevle ilgili olmayan, haksız fiil oluşturan ancak bir şekilde görevle ilişkisi kurulabilen eylemler idari yargının görev alanında telakki edilmiştir. İşkence, kötü muamele, hakaret, mobbing gibi istenmeyen fiillerin önlenmesi için bu fiilleri işleyen kamu görevlilerine rücu mekanizmalarının işletilmesi zorunludur. Aksi takdirde kamu görevlileri hem idarenin kendisine vermiş olduğu yetkileri suiistimal ederek kullanmış olurlar hem de ortaya çıkan zararı idareye ödettirmiş olurlar. Bu durum da toplumun adalete olan güvenini sarsar.

Kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını yerine getirmemesi kişisel kusur sayılır. Yargıtay'ın kişisel kusur saydığı ve adli yargının görev alanına giren bu fiil kamu görevlisinin sorumluluğunu özel hukuk hükümlerine göre gündeme getirir ve uyuşmazlık adli yargıda görülür.³⁸ Ancak, 21/02/2014 tarihli, 6526 sayılı torba yasanın 18. maddesiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde değişiklik yapılmıştır. İlgili fıkranın yeni hükmü "*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.*" şeklindedir. Torba yasanın getirdiği yeni düzen daha önceki yerleşmiş düzeni tamamen değiştirmektedir. Önceden hem kanun hükmü hem de yerleşmiş içtihatlar uyarınca zarar gören kişiler idare veya kamu görevlisi arasında mahkeme kararının yerine getirilmemesi nedeniyle seçim yaparak hasmını ve görevli yargı kolunu kendisi belirleyebiliyordu. Yeni kanun hükmü uyarınca, mahkeme kararlarını yerine getirmeyen belirli kamu görevlileri olsa dahi, açılacak tazminat davası idari yargıda ilgili idarenin kamu tüzel kişiliği hasım gösterilerek açılacaktır. Kanımca, kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını uygulamamaları hâlinde hiçbir yaptırımla karşılaşmama olasılığı doğuran bu kanun hükmü Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa'nın 138/4. maddesi "*Yasama ve*

³⁷ Yargıtay, 4. HD, E. 2013/6797, K. 2013/8908, T. 15.5.2013.

³⁸ Yargıtay, 4. HD, E. 2013/5254, K. 2013/9316, T. 21.5.2013.

yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmünü içermektedir. Kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını uygulaması kişisel sorumluluk kapsamında çıkarıldığı için mahkeme kararlarının geciktirilmesi tehlikesi doğmaktadır ve bu durum da mezkur Anayasa hükmüne aykırıdır.

1.2.3. İDARENİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

İdarenin hem kamu hukukundan hem de özel hukuktan doğan sorumlulukları vardır.³⁹ İdare içine girdiği bazı hukuki ilişkilerde özel hukuk kişisi gibi hareket etmekte, sözleşme yapmakta, eşit şartlar altında özel hukuk kişileriyle anlaşmaktadır.⁴⁰ İdare faaliyetlerini yürütürken her zaman tek taraflı irade açıklamalarıyla ve kamu gücünü kullanarak işlem yapamaz. İdarenin karşısındaki özel hukuk kişisiyle denk bir şekilde anlaştığı durumlar ve idari usullerin dışına çıkarak özel hukuktaki haksız fiil hükümlerine tâbi olacak şekildeki eylemleri adli yargının alanına girer.

İdarenin özel hukuk sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar özel hukuk hükümlerine bağlı olarak adli yargı mahkemelerinde çözüme kavuşturulur. İdare, kamu tüzel kişisi olmak suretiyle medeni hukuk bakımından da bir tüzel kişilik olduğuna göre hak ve fiil ehliyetini haizdir. Bu sebeple özel hukuk hükümleri uyarınca da idare hak ve borçlar altına girebilir.⁴¹

1.2.3.1. İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

İdare özel hukuk hükümlerine tâbi olarak yaptığı sözleşmeler nedeniyle hak sahibi olur ve borç altına girer. İdare bu sözleşmeler sebebiyle üstlendiği borçları ifa

³⁹ Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Temmuz 2008, 26. Baskı, s.347.

⁴⁰ Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, Eylül 2009, 1. Baskı, s. 359.

⁴¹ Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt: 2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, 2. Baskı, s. 1022.

etmezse özel hukuk sorumluluğu doğar. İdarenin özel hukuk hükümlerine göre yapmış olduğu kira sözleşmeleri, abonman sözleşmeleri, alım-satım sözleşmeleri, kamu ihale sözleşmeleri, burs ve kredi sözleşmeleri, hizmet akitleri idarenin özel hukuka tâbi sorumluluğunu doğurur ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargı mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulur.⁴²

İdare, Anayasa ve kanunlarla kendisine yüklenmiş olan görevleri yerine getirir ve bunları kamu hukuku kurallarına uygun olarak, idari yargının denetiminde gerçekleştirir. İdare Hukukunun kuruluş döneminde, kamu hizmeti, kamunun faaliyeti ve kamu hukuku unsurlarının birlikteliği ilkesi benimsenmiştir.⁴³ Bu ilkeye göre kamu hizmetleri doğrudan idarenin kendi kaynakları ve personeli tarafından kamu hukuku kurallarına tâbi olarak halka sunulmaktaydı. Devletin ekonomiye müdahale ettiği ve bir aktör olarak da yer aldığı ülkelerde idare bazı girişimleri kendisi yaparak mal veya hizmet sunumuna başlamıştır. Doktrinde sınai ve ticari kamu hizmetleri olarak adlandırılan mal ve hizmet sunumları idare tarafından özel hukuk hükümlerine tâbi olarak sunulur. Sınai ve ticari hizmetler özel işletmelerin faaliyet konusuna benzer alanlardadır, finansmanı hizmetin kullanıcılarının ödediği paralarla karşılanır, özel sektördeki usullerle işletilirler ve kâr amaçlanır.⁴⁴ Ülkemizde kamu ekonomik girişimciliğinin yoğun olduğu dönemlerde kamu iktisadi teşebbüsleri sanayi alanında yoğunlaşmakla beraber mal ve hizmet üretimi yaparak sınai ve ticari bir hizmet sunmaktaydılar.⁴⁵ Günümüzde devlet girişimciliği serbest piyasa içerisinde oransal olarak küçülmüş ve özelleştirmelerle azaltılmıştır. Bununla birlikte hâlen sınai ve ticari kamu hizmeti niteliğinde olan teşebbüsler mevcuttur. İşte sınai ve ticari kamu hizmetleri olarak adlandırılan bu hizmetler bu faaliyetlerin yürütülme mantığına da uygun olarak özel hukuk hükümlerine tâbidirler. Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcılarıyla ilişkileri özel hukuka ve adli yargıya tâbidir. Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin personeli de kural olarak özel hukuka tâbi işçi niteliğindedir.⁴⁶

⁴² Gözler, İdare Hukuku, s. 1023.

⁴³ Karahanoğulları, Onur, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 2. Baskı, s. 288, 289.

⁴⁴ Gözler/Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 534.

⁴⁵ Kepenek, Yakup, Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT), Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1993, 2. Baskı, s. 25.

⁴⁶ Karahanoğulları, a.g.e., s. 298, 299.

Sınai ve ticari kamu hizmetlerinde kullanıcılar ödedikleri ücret karşılığında malı satın alabilirler veya o hizmetten yararlanabilirler. Örneğin belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre işlettikleri kafe ve restoranlarda sunulan yiyecek ve içecekler kâr marjı da içeren bir ücret miktarıyla müşterilere sunulmaktadır. Bu hizmetin sunulmasından bir uyuşmazlık çıkarsa çözüm yeri adli yargı olacaktır. Bir diğer nokta sınai ve ticari işletmelerin faaliyetleri sebebiyle 3. kişilere zarar vermesi ihtimalidir. Bu ihtimalde de zarar nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk Borçlar Kanununun haksız fiil hükümlerine göre zararın tazmin edilmesiyle sınırlı olacaktır.⁴⁷

1.2.3.2. KANUNLA ÖZEL HUKUKA TÂBİ KILINMIŞ SORUMLULUK

Özel hukuka göre idarenin sorumluluğu asli olarak kanuna dayanır.⁴⁸ Kanun koyucu idarenin bazı sorumluluklarını esasında idari yargı alanına girmesi gerekirken uygulamada kolaylık olması ve aynı veya benzer işlerin farklı mahkemelerde bölünmemesi açısından kanunla adli yargının alanına dahil etmiştir. İdari makamların kamu gücünü kullanarak yürüttükleri bazı faaliyetler kanun uyarınca idari yargının alanından alınıp adli yargıya tâbi kılınmıştır. Aşağıda sıralayacağımız hâller bu kapsamda verilebilecek örneklerden bazılarıdır.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu özel hukuk hükümlerine göre belirlenir ve uyuşmazlıklar adli yargıda çözüme kavuşturulur.⁴⁹ Tapu kütüklerinde mülkiyet hakkını ve ilgili sınırlı ayni hakların serhlerini belirten kayıtları Devlet adına kamu görevlileri tutar. Türk Medeni Kanununun “Sorumluluk” başlıklı 1007. maddesine göre: “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.*” Yargıtay’ın bu madde uyarınca içtihadlarına göre: “(...) taşınmazının 3. kişilere satışında, tapu memurlarının ve

⁴⁷ Gözler, İdare Hukuku, s. 272.

⁴⁸ Yayla, a.g.e, s. 359.

⁴⁹ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011, s. 454.

devletin sorumluluğu olduğu saviyla ikame olunan dava, 4721 S.K. m.1007'ye dayanmakla, davaya bakmaya adli yargı görevlidir.”⁵⁰

İcra ve İflas Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca: “*İcra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır.*” Kanun uyarınca icra ve iflas dairesinin faaliyetlerini yürüten kamu görevlilerinin kusurlarından doğan zararlar aslında hizmet kusuru olarak addedilip idari yargıda görülmesi gerekirken adli yargıya tâbi kılınmıştır. Mezkur kanun hükmü uyarınca Danıştay, icra müdürlüğünün hatalı faaliyeti sonucu ortaya çıkan zarara dair uyuşmazlığı esasa girerek inceleyen idare mahkemesinin kararını bozmuştur.⁵¹

13 Ekim 1983 tarihli 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca, idarenin motorlu taşıtlarının yaptığı kazalardan doğan sorumluluk özel hukuk sorumluluğudur. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141 ve devamı maddeleri uyarınca, kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kişilerin uğradıkları zararların devlet tarafından karşılanması için açılacak davalar ağır ceza mahkemelerinde görülür.

Yargı kollarını ve görev alanlarını belirleyen kanun koyucu hangi sorumluluk türlerinin hangi yargı koluna tâbi olacağını da belirleme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'ne göre idari yargının denetimine tâbi olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü ancak haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde Kanun Koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.⁵² Anayasa Mahkemesi bu sebeplerle idari eylem veya işlem sonucunda vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine veya ölüme bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davaların asliye hukuk mahkemelerinde açılacağına dair kanun hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararın gerekçesinde aynı eylem veya işlemde doğan farklı türde zararların tazminine farklı mahkemelerde bakılmasını ve idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğuna

⁵⁰ Yargıtay 4. HD, E: 2008/2484, K: 2008/3200.

⁵¹ Danıştay 10. D, 20.11.1995; E.995/5778- K.994/1860. Danıştay Dergisi, sayı:91, s.1158; Aktaran: Tan, a.g.e, s. 454.

⁵² Anayasa Mahkemesi, E: 2011/35, K: 2012/23, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 16.02.2012.

idari yargıda karar verilirken aynı idari işlem ve eylemden doğan vücut bütünlüğünün yitirilmesi ve ölüme bağlı zararın farklı yargı kollarında görülmesini kamu yararına uygun bulmamıştır.⁵³

1.2.3.3. FİİLİ YOL NEDENİYLE DOĞAN SORUMLULUK

İdarenin bir fiili, hukuken tamamen dayanaksızsa ve temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına ağır bir saldırı taşıyorsa, uyuşmazlığı çözümedeki tüm yetkilerin adli yargı hakimlerine geçmesine sebep olan fiili yol denilen sorun ortaya çıkar. Açık bir yolsuzluk ve usule aykırılık ile mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüzün söz konusu olduğu durumlarda maddi ve fiili icra, fiili yolu oluşturmaktadır.⁵⁴ Fiili yol idarenin hiçbir idare hukuku esasına dayanmaksızın hizmet ve faaliyet alanına tamamen yabancı bir konuda eylem yapması demektir. Fiili yol uygulamaları, bazen yok hükmündeki veya hukuka aykırı bir idari işlemin uygulanması, bazen de hiçbir idari işleme dayanmayan ve idari nitelik taşımayan eylemler biçiminde ortaya çıkmaktadırlar.⁵⁵ İdare, re'sen icra yetkisini idare hukuku kurallarına uymadan gerçekleştirdiği, ağır hukuka ve usule aykırılıkla malul eylemleriyle fiili yol oluşturmaktadır ve bu durum idarenin haksız fiili olarak görülmektedir.⁵⁶ Bu sebeple hukukumuzda fiili yoldan doğan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanı dışında addedilmiştir.

Fiili yolun hukuki denetiminde görevli yargı kolunun adli yargı olması sebebiyle adli yargı hakimleri yetkilerini idareye karşı kullanabilmektedir. Adliye Mahkemesi, idarenin faaliyetinin yasal olup olmadığını saptama yetkisine sahip olduğu gibi, idarenin yasal olmayan saldırısını durdurma ve idareyi tazminata mahkum etme yetkisine de sahiptir.⁵⁷

Fransa'da, fiili yol durumunda adli yargıya gidilmesine yönelik olarak, doktrinde yargı yollarının temel ayırımına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştiriler olsa da fiili

⁵³ Anayasa Mahkemesi, E: 2011/35, K: 2012/23, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 16.02.2012.

⁵⁴ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966, s.1667-1675; Aktaran: Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 512.

⁵⁵ Yıldırım, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri-2, Mimoza Yayınevi, Konya, 2012, 2. baskı, s. 288.

⁵⁶ Kaplan, Gürsel, İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu:Fiili Yol, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 894.

⁵⁷ Gözübüyük, a.g.e., s. 81.

yoldan doğan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılması bir ihtiyaçtır. Çünkü, adli yargıda fiili yol sebebiyle idare yalnızca zararı tazmine mahkum edilmemektedir. Adli yargı hakimi fiili yolla işgal edilen yerden çıkmayı emretmekte, aynı fiili yolu yeniden yapmayı yasaklamakta ve önlem alabilmektedir. Hatta Fransız özel hukuku ve adli yargı düzenine göre cebri icra yollarıyla idareyi işgal edilen yerden çıkarabilmekte, fiili yola son verebilmektedir.⁵⁸ Buna karşılık idari yargıda idari eylem veya işlem yerine geçecek mahkeme kararı verilemeyeceği için hak ve özgürlükler gereği gibi korunamamaktadır. İdari yargının yalnızca ortaya çıkan zararın gerçek miktarı üzerinden bir nakdi tazminatı hükme bağlayabilmesi nedeniyle mülkiyet hakkı ihlal edilen vatandaşlar yargı organlarından bekledikleri adaleti bulamama tehlikesiyle karşılaşabilmektedirler.

Fransa'da idari yargıyı daha işlevsel kılmak amacıyla 30 Haziran 2000 tarihinde çıkarılan kanunla, davacının talep etmesi halinde hakimin davacının haklarını korumak üzere geçici ve hızlı tedbirler alabilmesini sağlayan yetkiler idari yargı hakimine verildi. Acil yargılama usulü olarak adlandırılan uygulamayla meselenin esasına girilmeden önce idare mahkemesinde ivedi kararlar hakimi geçici tedbirler alabilecektir.⁵⁹ Bu kanunun çıkmasından az bir süre sonra Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kanun koyucuyu fiili yol kavramının klasik uygulamasından uzaklaşmaması konusunda uyarmak için fırsat buldu ve daha önceki fiili yol tanımını ve içtihadını yineledi.⁶⁰ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi fiili yolu şöyle tanımladı: *“Eğer idare usulünce alınmamış bir kararı cebren icra ediyorsa veya usulünce alınmış bir karar olsa dahi bu kararın icrası temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına ağır bir saldırı niteliği taşıyorsa ve bu sonuçları doğuran kararın da herhangi bir idari yetkinin kapsamına girmediği açıkça anlaşılıyorsa fiili yol ortaya çıkar.”*⁶¹

⁵⁸ Debary, Michel, La Voie De Fait En Droit Administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, s. 9.

⁵⁹ Şeker, Gülseven, İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi Ve Teorinin Türkiye Uygulaması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 4.

⁶⁰ Dupuis/Guédon/Chrétien, Georges/Marie-José/Patrice, Droit Administratif, Dalloz, Paris, 12. Baskı, s. 694.

⁶¹ Le Tribunal Des Conflits, 23.10.2000, Boussadar, D. 2001.2332, concl. Sainte-Rose; AJDA 2001. 143, chron. M. Guyomar ve P. Collin.; Kararı Aktaran: Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.694.

Fransa'daki yeni sisteme göre; idarenin fiili yolla uygulamaya koyduğu faaliyetinin, o idarenin yetki ve görevlerinden olmadığı açıkça anlaşılıyorsa, bu durum ilkesel olarak adli yargı hakiminin önüne gitmesi gereken fiili yolu, idari yargıda görev yapan ivedi kararlar hakimine yapılması gereken taleplerden (Code de Justice Administrative, madde L. 522-2) ayırır. Mezkur kanuna göre temel hak ve özgürlüklerden olmayan bir konuda, ağır bir biçimde ve ilk bakışta anlaşılabilen bir hukuka aykırılık varsa adli yargıda fiili yol uyuşmazlığı olarak görülecek uyuşmazlıklar ve idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale ettiği, acil kararı gerektiren, ivedi yargılama usulüne tâbi olacak durumlar ayrımı oluşmuştur.⁶² Önüne gelen durumda idare mahkemesi hakimi fiili yolu kolaylıkla tespit edebiliyorsa görevsizlik kararı vermelidir.⁶³ Ancak uygulamada idari yargı hakimleri görevsizlik kararı vermemektedirler. Bu da davacıların kendi tercihlerine göre dava konusunu iki mahkemeden birine götürebilmelerinin kapısını açmaktadır.⁶⁴

Fransa'da 2000 yılında çıkarılan yasayla, idari yargıya idarenin hak ve özgürlükleri sınırsızca ihlal etmesi halinde daha etkili bir denetim imkanı tanıyan yetkilerin verilmesi adli yargının vatandaşların haklarını daha iyi koruyacağı anlayışını geriletmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin tanımına göre fiili yol olarak görülüp adli yargının bakması gereken uyuşmazlıklara idari yargı hakimlerinin de görevsizlik kararı vermeyip bakıyor olması doktrinde fiili yolun mevcut tanımını ve tâbi olduğu yargı yerinin adli yargı olduğuna dair yerleşik içtihadı değiştirmeye zorlamaktadır. Doktrinde adli yargının fiili yol davalarına bakmasının artık arkaik olduğuna ve idari yargının vatandaşın haklarını gereği gibi koruyabilmesi nedeniyle de eski içtihatları uygulamaya gerek kalmadığı görüşleri serdedilmiştir.⁶⁵ Zaten 1966 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararıyla fiili yolun idarenin eylemiyle değil de idarenin işlemiyle doğması ihtimalinde bu işlemin yok hükmünde olduğunun hem adli yargıda hem de idari yargıda hükme

⁶² Şeker, a.g.e., s. 32.

⁶³ Conseil D'Etat, 2.2.2004, Epoux Abdallah, RFDA 2004. 772; Kararı Aktaran: Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.694.

⁶⁴ Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.695.

⁶⁵ Kaplan, a.g.e., s. 887; M. Lombard, "Eloge de la folle du logis; la dialectique de la voie de fait et du référé-liberté" Mélanges Cohen Jonathan eseri içerisinde, Bruylant, 2004, s. 1125; Aktaran: Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.695.

bağlanabileceğini belirtmişti.⁶⁶ Böylece Fransa’da klasik tanımına göre fiili yol oluşturan durumların idari yargının etkinleştirilmesi sayesinde idari yargıda çözülmeye başlanması eğilimi olduğu söylenebilir. Fiili yolun adli yargıda çözüme kavuşturulmasının da içtihatlarla başladığını, teorik olmaktan çok somut olaya göre fonksiyonel yorumlarla fiili yolun belirlendiğini⁶⁷ göz önüne alırsak yine içtihatlarla farklı bir rejime geçilmesi mümkün gözükmektedir. Bununla birlikte, doktrinde fiili yol teorisinin etkisini kaybettiği ve bu davalara idari yargıda bakılmasının gerektiği söylenmesine rağmen yüksek mahkeme içtihatları fiili yol teorisini aynı şekilde uygulamaya devam etmiştir.⁶⁸

Türkiye’de, uygulamada fiili yol durumu genellikle idarenin kanunlara aykırı bir şekilde, usul dışına çıkarak bir taşınmazın mülkiyetine kamulaştırmaz el atmasıyla ortaya çıkar. İdare özel hukuk kişisiyle anlaşım-satım akdine göre veya kamulaştırma usulünü izleyerek kanuna uygun bir şekilde bir taşınmazı tapu kütüğünde üzerine geçirmezse usul ve hukuk dışına çıkarak fiili yol yapmış olur. Örneğin, idarenin bir özel hukuk kişisinin arazisinin içerisinde kamulaştırma yapmadan yol geçirmesi fiili yolu oluşturur.⁶⁹ Fiili yol hâllerine kamulaştırmaz el atmanın dışında da örnekler verilebilir. Örneğin hiçbir idari işleme dayanmadan, mülkiyet sahibine tebligat yapılmadan arazi üzerindeki çitlerin, evin yıkılması ve bu yüzden eşyaların da zarar görmesi durumu fiili yol teşkil eder.⁷⁰ Yargıtay’a göre idarenin yetkisi olmamasına rağmen yetkisi varmış gibi eylemde bulunması da fiili yol teşkil eder. Karara konu olayda Sahil Güvenlik Komutanlığı ticari bir şirketin tankerini seferden men etmiştir, Yargıtay kanunen yetkili olunmayan bir konuda yaptırım uygulanmasını idari bir işlem olarak değil idarenin haksız fiili olarak tanımlamıştır.⁷¹

⁶⁶ Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.695.

⁶⁷ Debary, Michel, La Voie De Fait En Droit Administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, s. 2.

⁶⁸ Darcy, Gilles, La Responsabilité de l’Administration, Dalloz, Paris, 1996, s. 64, 65.

⁶⁹ Yargıtay, 5. HD, E. 2005/2714, K. 2005/2845, T. 17.3.2005.

⁷⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E. 2009/244, K. 2010/108, T. 3.5.2010.

⁷¹ Yargıtay, 4. HD, E. 2003/5723, K. 2003/6906, T. 26.5.2003.

1.2.4. İDARENİN İDARE HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

İdarenin faaliyet alanının belirlenmesinde doktrinde kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu yararı kıstasları kullanılmaktadır.⁷² Özel hukuk kişilerinin de kamu yararı maksadıyla ve kamu hizmeti alanlarında faaliyet gösterebilmesi göz önüne alındığında idare hukuku ile özel hukuku ayıran esas kıstasın kamu gücü olduğu anlaşılır. İdare işlem ve eylemlerinde kamu gücünü kullanıyorsa, özel kişilerin kendi aralarındaki hukuki ilişkilerinde kullanamayacakları imtiyazlardan yararlanıyor ve yapmış olduğu faaliyetlerde de kamu hukuku yükümlülüklerine tâbi kılınmışsa idarenin bu işlem ve eylemleri idare hukukuna tâbidir ve bu faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözüme kavuşturulur.⁷³ İdarenin sözleşmeden kaynaklanmayan mâli sorumluluğu idarenin kamu gücüne dayanan tutum ve davranışlarından kaynaklanır.

1.2.4.1. İDARENİN SORUMLULUĞUNU DOĞURAN ŞARTLAR

İdarenin sorumluluğunu doğuran şartlar Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrasında belirlenmiştir. "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" İdarenin mâli olarak sorumluluğunun doğması için öncelikle idareye atfedilen bir tutum ve davranışın olması gerekir. Ortada bir zarar bulunmalıdır. İdarenin tutum ve davranışı ile zarar arasında da illiyet bağı bulunmalıdır.⁷⁴

İdarenin bir tutum ve davranışı nedeniyle oluşan zararı tazmin etme yükümlülüğünün doğması idarenin idare hukukundan doğan sorumluluğu olmaktadır. Tutum ve davranış ile zarar arasında illiyet bağının olması şartı idarenin hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluğu için aranmaktadır.⁷⁵ Buna karşılık idarenin kusursuz sorumluluğunda idarenin tutum ve davranışının kusurlu olması şartı aranmazken, idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunda idarenin tutum ve davranışının kusurlu olması şartı aranır. Buna bağlı olarak

⁷² Yıldırım, a.g.e, s. 22, 23.

⁷³ Gözler/Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s.50.

⁷⁴ Gözler, İdare Hukuku, s. 1275; Yayla, a.g.e., s. 352.

⁷⁵ Gözler, İdare Hukuku, s. 1275.

idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için idari yargı hakiminin idarenin kusurlu olup olmadığını araştırmasına gerek yoktur, yalnızca idarenin tutum ve davranışını ve ortaya çıkan zararlar arasında illiyet bağının olup olmadığını tespit etmesi yeterlidir.

1.2.4.1.1. TUTUM VE DAVRANIŞ

İdarenin görevlerini yerine getirirken yapmış olduğu hukuki işlemlerin bir kısmı özel hukuk kişileriyle eşit hak ve yükümlülükler sahip olarak yaptığı, adli yargıya tâbi hukuki işlemlerken diğer kısmı idari yargıya tâbi hukuki işlemlerdir. İdarenin idare hukukuna tâbi olan sorumluluğunu doğuran bir hukuki işlemin söz konusu olması için o hukuki işlemin kamu gücü yetkileri ve ayrıcalıklarıyla donatılmış olması gerekir.⁷⁶ Kamu gücü, Devletin emretme, bu tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneğidir.⁷⁷ İdarenin, herhangi bir hukuki ilişkide, hukuki eylemde veya işlemde, özel hukukta görülmeyen ayrıcalıklara sahip olduğu veya yükümlülükler tâbi kılındığı gözlemleniyorsa idarenin kamu gücü kullandığı kabul edilir.⁷⁸ İdare, kamu gücünü kullanarak idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler yapar. Bunlardan dolayı da idarenin idare hukukuna tâbi sorumluluğu doğar.

1.2.4.1.1.1. İDARİ İŞLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUK

Özel hukukta hukuki işlemler ancak iradelerin uyuşması sonucunda hukuk düzeninde varlık kazanarak hukuki etki yaratabilirken; idare sahip olduğu kamu gücü ve kudreti ayrıcalıkları ile üçüncü kişilerle girdiği ilişkilerde genellikle tek yanlı olarak hareket etmekte ve çoğunlukla da kişilerin karşıt iradelerine rağmen, onların hukuksal durumları hakkında karar verebilmektedir.⁷⁹ İşlemin tek yanlılığında önemli olan, ortaya çıkan hukuki sonucun sadece tek bir iradenin ürünü olmasıdır. Hukuki sonuç tek bir iradenin açıklanmasıyla doğduğu için bir

⁷⁶ Gözler/Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 41.

⁷⁷ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 23.

⁷⁸ Gözler/Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 50.

⁷⁹ Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 10.

hukuki ilişkinin iki tarafın karşılıklı uyuşan iradeleriyle kurulacağı ilkesine istisna teşkil etmektedir.⁸⁰

İdarenin kimi zaman bir işlemi yapması için ilgilinin talebi gerekebilir. İdare bu durumlarda talep olmadan işlem yapmaz ve harekete geçmez; buna ek olarak ilgili de ulaşmak istediği sonucu tek başına elde edemez ve illaki idarenin kamu gücünü kullanarak idari işlem yapmasıyla istediği sonucu elde edebilir. İdarenin talep üzerine işlem yapması ihtimalinde dahi ilgili ancak idari bir prosedürü başlatmaktadır ve hukuki sonucu doğuran asıl irade yine idarenin olmaktadır. İdare, talebin gereğini yapmak konusunda tamamen tek taraflı bir irade ile hareket etmektedir ve böylelikle ortaya çıkan hukuki sonuçların ilgililerce benimsenip benimsenmemesinin de idare açısından bir önemi olmamaktadır.⁸¹ Bir başka deyişle, idari işlem karşılıklı iradelerin uyuşmasıyla değil, aksine idarenin iradesini açıklamasıyla hukuki sonuçlar doğurabilir niteliktedir.⁸²

Bu açıklamalardan varılacağı üzere idarenin tek yanlı olarak kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemlerine idari işlem adı verilir. İşlem henüz bir sonuç doğurmuyorsa idari işlem sayılamaz. İdari işlem icrai, kesin ve yürütülebilir yani sonuç yaratıcı olmalıdır.⁸³ İdari işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçlardan idarenin sorumluluğu doğabilir.

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve böylece tek yanlı bir idari işlem, bir mahkeme tarafından iptal edilinceye veya yürütmesi durduruluncaya kadar hukuka uygun olduğu varsayılır ve o idari işlemin uygulanmasına devam edilir.⁸⁴ Bu sebeple, istisnai olan kusursuz sorumluluk halleri hariç bir idari işlemde dolayı idarenin sorumluluğunu gündeme getirebilmek için mutlaka idari yargıda o idari işlemin hukuka aykırı olduğunun ortaya konulması gerekir. İdarenin bir idari işleminden dolayı kusurlu sorumluluk uyarınca tazminat ödemeye mahkum edilmesi için bu idari işlemin hukuka aykırı

⁸⁰ Grisel, André, *Traité de Droit Administratif*, tome. 1, Neuchatel, 1984, s. 402; Aktaran: Erkut, Celal, a.g.e, s. 13.

⁸¹ Erkut, a.g.e, s.14.

⁸² Lavialle, Christian, *L'Evolution de la Conception de la Décision Exécutoire en Droit Administratif Français*, Thèse, dact., 1974, Toulouse, s. 15; Aktaran: Erkut, a.g.e, s. 14.

⁸³ Yayla, a.g.e, s. 108, 109.

⁸⁴ Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2010, 11. Baskı, s.157, 158.

bulunması zorunludur.⁸⁵ İdarenin hizmet kusuru ilkeleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi için idareye belli bir kusurun atfedilebiliyor olması gerekir. Eğer idare idari işlemi hukuka uygun bir şekilde yapmışsa, idari işlem kanuna dayanıyor ve kanunun çizdiği sınırın dışına çıkmıyor ise idari işlemin kusurlu olmadığı sonucuna varılır. Ortada bir kusur yoksa idarenin o işlemin zarar doğurucu sonuçlarından hizmet kusuru ilkelerine göre sorumlu tutulması da söz konusu olmaz, ancak diğer şartlar yerine gelmişse idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir.

İdarenin idari işlemi nedeniyle kusur sorumluluğuna gidilebilmesi için idari işlemin hukuka aykırı olmasının gerekmesine karşılık idarenin hukuka aykırı bulunan her idari işlemi tazminatı gerektirmez. İdarenin yetkili olduğu bir konuda yapmış olduğu idari işlem şekil unsuru yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilmişse ve idare bu işlemi aynı sonucu doğuracak yönde ancak bu sefer şekil şartlarına uyarak gerçekleştirebiliyorsa idare tazminata mahkum edilmez.⁸⁶ Örneğin Fransız Danıştay'ının içtihadına göre disiplin cezası esasında haklı ve yerinde olmasına rağmen disiplin soruşturma ve müeyyidelendirme sürecinde esas etkilemeyen, yenilenmesi mümkün olan şekil ve usule aykırılıklar idarenin sorumluluğunu doğurmaz.⁸⁷

İdarenin idari işlemi yaparken yapmış olduğu takdir ve içtihat hatalarının idarenin sorumluluğunu doğurmadığı kabul edilmektedir.⁸⁸ Takdir ve içtihat hatası olarak kastedilen bir malın değerinde yapılabilen kıymet takdiri hataları, estetik görüşe dair yapılan hatalar vb. idarenin yaptığı sıradan hata türleridir. Bununla birlikte idarenin takdir yetkisinin olduğu durumlarda da idari yargının yalnızca maksat yönünden kamu yararının olup olmadığını inceleme yetkisi olduğu için bu noktada da sorumluluk kısıtlıdır.⁸⁹

Sonuç olarak, idarenin idari işleminden dolayı kusurlu sorumluluğuna gidilebilmesi için mutlaka idari işlemin hukuka aykırı olması gerekir. Ancak idare kimi sağlıklı

⁸⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 37.

⁸⁶ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 37.

⁸⁷ Odent, R., Contentieux Administratif, Cours 1965-1966, Paris, 1966, Fasc. III, s. 876-1055; Aktaran: Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 38.

⁸⁸ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 38.

⁸⁹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 39, 40.

ve geçerli kararları yüzünden meydana gelen ağır ve olağandışı zararları, kusursuz sorumluluk esasına göre tazmine mahkum edilebilir. Buna karşılık hukuka aykırı idari işlemler de zorunlu olarak tazmin yükümlülüğü doğuracaktır denemez. Hukuka aykırılığın mahiyetine göre idari yargı organları tazminata mahkum etme veya etmeme konusunda karar verir.⁹⁰ İdarenin hukuka uygun idari işlemi nedeniyle kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmine mahkum edilmesi ihtimaline ek olarak hukuka aykırı bir idari işlem nedeniyle ortaya bir zarar çıksa dahi bunu idarenin tazmin etmesine gerek görülmemesi ihtimalinin mevcut olması nedenleriyle idari işlemin hukuka uygunluğu ile sorumluluk arasında doğrudan ve neden-sonuç ilişkisine dayanan bir bağlantı kurulamaz. Demek oluyor ki, işlemin sakatlığı ile idari sorumluluk, sebep ve sonuç bağlantısı içinde bir durum değildir, yani hukuka aykırı idari işlem kaçınılmaz olarak tazmin borcu doğurur denemez.⁹¹ İdarenin idari işleminden dolayı hizmet kusuru esaslarına göre sorumlu tutulabilmesi içinse mutlaka idari işlemin hukuka aykırı olması gerekir.

1.2.4.1.1.2. İDARİ EYLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUK

İdarenin idari eylemleri “kamu hukuku alanındaki eylemler”⁹², “idare işlevi sırasında yapılan eylemler”⁹³ olarak tanımlanmaktadır.⁹⁴ İdari eylemlerin tanımlanmasındaki en önemli kriter yine kamu hukuku kuralları uyarınca ortaya çıkması olmaktadır. İşlem ve eylemlerin kamu hukuku kurallarına uygun yapılması öncelikle usul yönünden kurallara uyulduğu ve özel hukuku aşan hak ve yükümlülüklerle donanmış olarak ortaya çıktığını gösterir. İdari eylemlerin kamu kudretine dayanılarak tesis edilmesi, bunların bir idari işleme dayanmasını veya doğrudan yasal bir dayanağa sahip olmasını ifade eder. İdari eylemler, ya bir idari işlemin uygulanması biçiminde, ya da hiçbir hukuki işleme dayanmadan doğrudan doğruya yapılan eylemler biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁹⁵ Böylece idari eylem kavramı, hem bir idari işlemin uygulanması amacıyla tesis edilen fiziki hayatta

⁹⁰ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 40.

⁹¹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 40.

⁹² Yenice/Esin, Kazım/Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaası, Ankara, 1983; Aktaran: Ayanoglu, Taner, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2004, 1. Baskı, s.47.

⁹³ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1972/2, K.1973/10, T. 14.4.1973, R.G. 12/7/1973-14592; Aktaran: Ayanoglu, a.g.e., s. 47.

⁹⁴ Ayanoglu, a.g.e., s.47.

⁹⁵ Ayanoglu, a.g.e., s. 48.

ortaya çıkan fiilleri, hem de kökeninde bir idari işlem bulunmasa dahi kamu hukuku kurallarınca yapılan fiilleri kapsar.⁹⁶ İdari eylemlerden doğan bir zarar sebebiyle uyuşmazlık çıkması hâlinde yetkili yargı mercii idari yargı kolu olacaktır.

İdari eylemler, idarenin, kağıt üzerinde yer alan kanun hükümlerinin veya idari işlemlerin gereğini yerine getirmek üzere gerçek (fiziki) dünyada beş duyu organıyla algılanabilen faaliyetlerde bulunmasıdır. Örneğin; idarenin kamu gücünü kullanarak kamu düzenini sağlamak için kolluk kuvvetleriyle bir yasadışı eylemi dağıtması, bir belediyenin bir çocuk parkı yapmak üzere bir araziyi kazması, çocuk oyuncaklarını oraya taşıması, çevre düzenlemesini yapması, İSKİ'nin kanal ve boru temizliği yapması, karayolları ekiplerinin bir yere trafik ikaz tabelaları ve trafik lambaları dikmesi gibi gerçek hayatta doğrudan algılanabilir idari faaliyetler idari eylemlerdir.

İdari işlemler ile idari eylemlerin farkı ortaya konulurken iradenin yöneldiği amaç kıstas olabilir. İdari işlemde idare, hukuk alanında bir değişiklik yapmak üzere iradesini ortaya koyar. İdare bir hukuk statüsünde değişiklik yapmak istediğini bir idari işlemle beyan eder ve tek taraflı olarak irade beyanında bulunduğu takdirde ortaya kesin ve yürütülebilir bir işlem çıkar. İşte idari işlem bir irade beyanıdır. Doğarken idari eylemler bu irade beyanından soyutlanabilen bir hareket, olay veya tutumdur. İdari işlemde irade hukuk alanında bir değişiklik yaratmaya yönelikken; idari eylemlerde irade maddi yaşamda bir değişiklik yaratmaya yöneliktir.⁹⁷

İdari eylemler, idarenin idare hukuku kurallarına göre kendisine kanunlarda kendisine yüklenilen görevleri yerine getirmek üzere bir kanun hükmünün gereği olarak veya doğrudan bir idari işlemin gerçek hayatta uygulamaya konulabilmesini sağlamak amacıyla yapmış olduğu faaliyetlerdir.⁹⁸ İdari işlemler hukuk alanında hukuki sonuçlar doğurmalarına rağmen kimi zaman amaçlanan sonucun gerçekten doğabilmesi için idarenin bu işlemi yürütmesine ihtiyaç duyar. Örneğin bir belediyenin bir mahalleye bilgi-kültür evi inşa edilmesine karar vermesi

⁹⁶ Ayanoglu, a.g.e., s. 49.

⁹⁷ Erkut, a.g.e., s. 11.

⁹⁸ Esin, Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 25.

ihtimalinde yetkili karar organları idari işlemi yaparlar ancak maddi dünyada bunun hayata geçmesi için kamu görevlisi işçilerin belediyenin imkanlarını kullanarak o binayı inşa etmeleri gerekir. Belediyenin yetkili karar organları idari işlemi yaptıklarında işlem kesindir ve yürütülebilirdir ancak fiili dünyada bina inşa edilmiş değildir. İşte kesin olan işlemin yürütülmesi aşaması idarenin idari eylemi olmaktadır.

İdari işleme dayanarak ika edilen idari eylemlerin yanı sıra idari işleme dayanmayan idari eylemler de vardır.⁹⁹ İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca idarenin her türlü işlem ve eylemi kanunda dayanağını bulmak ve kanunun çizdiği sınırların dışına çıkmamak zorundadır. Bu sebeple bir idari eylem herhangi bir idari işlem sebebiyle yapılmıyor olsa da mutlaka kanunun o idareye verdiği bir yetki sayesinde yapılıyor olmalıdır. Örneğin; trafik polisleri, zabıtalara gibi kolluk görevlileri kendilerine yasalarla verilen görev uyarınca denetim faaliyetlerini yürütmektedirler. Esasında idarenin eylemlerini hukuka uygun kılan nokta onların bir kanun hükmüne veya idari işleme dayanıyor olmasıdır. Eğer idarenin ika etmiş olduğu bir eylem idare hukuku ilkelerinin dışına çıkıyor, kanuna veya idari işleme dayanmıyorsa, temel hak ve özgürlükleri veya özelde mülkiyet hakkını ihlal ediyorsa ve ağır ve açık hukuka aykırılık söz konusu ise fiili yol teşkil eder. İdarenin elinde olan kamu gücünü yasal dayanağı olmadan kullanması sonucu oluşan fiili yol özel hukuka göre haksız fiil olarak değerlendirildiği için görevli yargı mercii de adli yargı olmaktadır. Yani idari işleme dayanmayan bir eylem kanuna dayanıyorsa idari eylem olur ve bunun gerektirdiği sorumluluk idari yargıda görülürken; kanuna da dayanmayan eylem fiili yol teşkil eder ve buradan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözüme kavuşturulur.

İdarenin eylemi olarak sayılan ve bir zarar doğması hâlinde sorumlu tutulduğu bir diğer durum idarenin belli bir işlemi veya eylemi yapması gerekirken hareketsiz kalması hâlidir. İdare, bir kimsenin hukukten karşılaması gereken bir talebini, işlem veya eylem yapmamak suretiyle cevapsız bırakırsa ve bundan da ilgili zarar görürse, söz konusu olumsuz tutum idari sorumluluğa yol açar.¹⁰⁰ Bu itibarla, mevzuatta öngörülmüş bulunsun bulunmasın; idarenin, hareket etmesi gerekirken

⁹⁹ Bardakçı, a.g.e., s. 149.

¹⁰⁰ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 74.

hareket etmeyerek olumsuz davranışta bulunması sebebiyle ilgililerin haklarını zedeleyerek zarara sebep olursa bu zararın tazmini gerekir.¹⁰¹ Örneğin bir idarenin cevap vermesi gereken bir sözleşme teklifine cevap vermemesi¹⁰², bir protesto sırasında protestocuların bir dükkana saldırısını görmesine rağmen polislerin müdahale etmemesi¹⁰³ idarenin mâli sorumluluğunu doğurmuştur.

Sonuç olarak, idare, belli bir şekilde hareket etmesi gerekirken bunu yapmayarak olumsuz tutum takınması hâlinde, gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde ve yapmış olduğu idari işlem, idari eylem, idari sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idari yargı önünde mâli olarak sorumlu tutulur. Sayılan durumların mevcut olup olmaması, idarenin ortaya çıkan zarara sebep olan bir tutum ve davranışının olup olmadığı şartını oluşturmaktadır.

1.2.4.1.2. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK

İdarenin özel hukuk kişinin de iradesine ihtiyaç duyduğu sözleşmeler ikiye ayrılır. İdare eğer karşısındaki özel hukuk kişisiyle eşit şartlar altında ve denk bir hukuki ilişkiye giriyorsa oluşan sözleşme özel hukuk sözleşmesidir ve özel hukuka tâbidir. Buna karşılık idare karşısındaki özel hukuk kişinin kendisinininkiyile uyuşan iradesine ihtiyaç duymakla beraber ondan üstün bir konumda sözleşmeye imza atıyorsa idare hukukuna tâbi bir sözleşme ortaya çıkar ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır. Sonuç olarak bir kamu tüzel kişisi, özel hukuk kurallarını aşan hükümlere sahip olan, konusu kamu hizmeti olan bir sözleşme yaparsa bu sözleşme idari sözleşmedir.¹⁰⁴

İdarenin sözleşmelerinin iki farklı hukuki rejime tâbi olabilmesi sebebiyle bu sözleşmeleri birbirinden ayırt edebilmek için kıstaslar tespit etmemiz gerekir. Bir sözleşmenin hangi yargı koluna tâbi olacağı kanunla öngörülmüş olabilir. Bu durumda kanun koyucunun kararı uyarınca sözleşmenin rejimi de belirlenmiş olur. Herhangi bir kanunla bir sözleşmenin hangi hukuki rejime tâbi olacağı belirlenmemişse; önüne gelen uyuşmazlıkta dava konusu yapılan sözleşmenin

¹⁰¹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 74, 75.

¹⁰² Danıştay, 12. D., E. 1968/2350, K. 1972/114, T. 13.1.1972.

¹⁰³ Danıştay, 12. D., E. 1969/586, K. 1970/954, T. 4.5.1970.

¹⁰⁴ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay, a.g.e, s. 464.

içeriği uyarınca ne tür bir sözleşme olduğuna hakim karar verir.¹⁰⁵ Kanunun sözleşmeyi sınıflandırmadığı durumda hakim içtihat ve doktrinadaki kıstaslara göre sözleşmenin sınıfını belirler.

Hakim sözleşmenin türünü tespit ederken sözleşmenin taraflarını, sözleşmenin konusunu ve sözleşmenin hükümlerini göz önünde bulundurur.¹⁰⁶

Sözleşmenin taraflarına ilişkin kıstasa göre sözleşmenin taraflarından en az birisi kamu tüzel kişisi olmalıdır.¹⁰⁷ Sözleşmenin iki tarafı da özel hukuk kişisiyse bu sözleşme idari sözleşme olarak adlandırılmaz. İdarenin özel hukuk kişileriyle imzaladığı sözleşmelerde özel hukuk kişisine nazaran ayrıcalıklı bir konumda olduğu sözleşmelerin idari sözleşme olduğu belirtilmişti. Sözleşmenin iki tarafının da kamu tüzel kişisi olduğu ihtimallerde iki tarafın arasında idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca hiyerarşi veya idari vesayet ilişkisi yoksa iki taraf da karşısındaki kamu tüzel kişisine kamu gücünü dayatarak ayrıcalıklı konuma geçemez. Bu sebeple iki kamu tüzel kişisinin arasında imzalanan sözleşmelerin hangi hukuki rejime tâbi olacağına dair bir tartışma çıkmıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1983 tarihli içtihadına göre: *“İki tarafın kamu tüzel kişiliği olduğu sözleşmeler konusu ve doğurduğu borçlar uyarınca saf olarak bir özel hukuk ilişkisi kurmuyor ise ilkesel olarak idari bir nitelik taşırlar ve idari yargıya tâbi olurlar.”*¹⁰⁸ Bu içtihada göre örneğin bir belediyenin bir kamu iktisadi teşebbüsünden mal satın alması, baro binasının su aboneliği gibi saf olarak özel hukuk ilişkisi olduğu tespit edilebilen sözleşmeler dışındaki sözleşmeler idari sözleşme olarak tanımlanıp, idari yargı denetimine tâbi olacaklardır.

Sözleşmenin konusuna ilişkin kıstasa göre bir kamu hizmeti sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisine devredilmiş olabilir, bir kamu hizmeti bu sözleşme vesilesiyle kuruluyor olabilir veya bir gerçek kişi kamu hizmetine girmek amacıyla idari hizmet sözleşmesi imzalamışsa bu sözleşmeler idari yargıya tâbi olur.¹⁰⁹ Bir

¹⁰⁵ Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s. 445.

¹⁰⁶ Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.446.

¹⁰⁷ Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.446.

¹⁰⁸ Tribunal Des Conflits, 21 Mart 1983, Union des Assurances de Paris et autres c/Secrétaire d’Etat aux P et T, AJDA 1983. 356, concl. D. Labetoulle; Aktaran: Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.449.

¹⁰⁹ Dupuis/Guédon/Chrétien, a.g.e, s.449, 450, 451.

sözleşmenin idari sözleşme olarak tanımlanabilmesi için sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve kamu yararının hedefleniyor olması gerekir.¹¹⁰

Hakim, sözleşmenin türünü belirlemek amacıyla esas olarak sözleşmenin hükümlerini ve getirmiş olduğu hukuki rejimi inceler. İdare tek taraflı işlemlerinde zaten kamu gücünü karşı tarafın rızasını almadan kullanmaktadır. Buna karşılık sözleşmelerin iki taraflı olması niteliği gereği özel hukuk kişisine uygulanabilecek kamu gücüne dayanan şartlar sözleşmede belirtilir.¹¹¹ İdari sözleşmelerin özel hukuku aşan bir rejim oluşturması sebebiyle idare özel hukuku aşan haklara ve yükümlülüklerle sahip olur. İdare kamu gücüne dayanarak özel hukuku aşan haklara sahip olur, karşı taraftaki özel hukuk kişinin sözleşmeyi uygulama şartlarını tek taraflı olarak değiştirebilir.¹¹² Buna karşılık idare özel hukuku aşan yükümlülüklerle de katlanmak zorundadır. Örneğin, idare bir idari sözleşmede karşı tarafa yalnızca sözleşme hükümleri uyarınca sorumlu olmaz, aynı zamanda sözleşmeden doğmayan ancak sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişinin ekonomik durumunu sarsan öngörülemeyen olaylardan doğan zararları da tazmin etmekten sorumlu tutulabilir.¹¹³

İdare, idari sözleşme uyarınca sözleşmenin karşı tarafına karşı hem sözleşme hükümleri uyarınca hem de idare hukuku ilkeleri uyarınca sorumludur. Buna karşılık idari sözleşmelerle kamu hizmetini yürütme görevi özel kişilere devredildiği için kamu hizmetinden yararlananlar kamu hizmetini bir kamu tüzel kişisinden değil bir özel hukuk kişisinden almaktadırlar. Bu sebeple idari sözleşmeyle görülen kamu hizmetlerinden idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu tutulması mümkün olmaz. Buna karşılık kamu hizmetlerini yürütmek Anayasa ve kanunlar uyarınca esas olarak idarenin görevidir ve idare bir kamu hizmetini yürütme görevini özel hukuk kişilerine devretmiş olsa dahi bu kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesine dair özel hukuk kişileri üzerinde içkin bir gözetim ve denetim yetkisi devam eder. Bu sebeplerle doktrinde bu gözetim ve

¹¹⁰ Gözübüyük/Tan, A. Şeref/Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 9. Baskı, s. 481.

¹¹¹ Tekinsoy, Ayhan, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2002, s. 118.

¹¹² Conseil D'Etat,, 21.03.1910, Tramways de Marseille.

¹¹³ Conseil D'Etat, 30.03.1916, Gaz de Bordeaux, Aktaran: Delvolvé, Pierre, Le Droit Administratif, Dalloz, Paris, 2014, 6. Baskı, s. 47.

denetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde hizmet kusurunun oluşacağına dair bir görüş bulunduğu gibi; gözetim ve denetim yükümlülüğünden bağımsız olarak idarenin kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca devredilen kamu hizmetlerinden sorumlu tutulması gerektiğine dair görüşler de vardır.¹¹⁴

1.2.4.1.2. ZARAR

Bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeye zarar denir.¹¹⁵ Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar adı verilir. Maddi zarar üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve nihayet bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir.¹¹⁶ İkinci bir zarar türü manevi zarardır. Bir kişinin kişilik değerlerinin olumsuz olarak etkilenmesi manevi zarar olmaktadır. Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde (kişi varlığında, manevi değerlerinde) iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin, kişi varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir.¹¹⁷ İdare hukukunda iki tür zarar da ortaya çıkan eksilmenin zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmesi ve zararın idareye yüklenebilmesi şartlarıyla tazmin edilmektedir.¹¹⁸

İdare hukukunda, idari sorumluluğun var olmasının amacı zararın tazmin edilmesidir.¹¹⁹ Bu sebeple idarenin hukuka aykırı bir tutum ve davranışı olsa dahi, zarar hasıl olmamışsa tazmin borcu doğmaz. Bu durum ise, idare hukukunda sorumluluğun “müeyyidelendirici (sanctionnatrice)” değil, “tazmin edici (reparatrice)” bir sorumluluk olmasından kaynaklanmaktadır.¹²⁰

¹¹⁴ Yıldırım, a.g.e., s. 304; Şişaneci, Mustafa, 1982 Anayasası Çerçevesinde İdarenin Hizmet Kusuru, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 136; Yayla, a.g.e., s. 356.

¹¹⁵ Eren, a.g.e., s. 521.

¹¹⁶ Eren, a.g.e., s. 521.

¹¹⁷ Eren, a.g.e., s. 531.

¹¹⁸ Şişaneci, a.g.e., s. 105.

¹¹⁹ Çatak Irız, Betül, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 1. Baskı, s. 61.

¹²⁰ Çatak Irız, a.g.e., s. 62.

İdarenin bir tutum ve davranışı dolayısıyla ortaya bir sonuç çıkar ve ilgili kişiler tabii olarak bu sonuçtan etkilenir. İdare doğan bu etkiden, ancak bu etkinin zarar niteliğinde olması şartıyla sorumlu olur. Bununla birlikte her zarar da idare tarafından tazmin edilmez. Bir zararın idare tarafından tazmin edilmesi için zarar şu şartları kümülatif olarak taşınmalıdır:

- A) Zarar mevcut olmalıdır.
- B) Zarar hukuken korunan bir menfaate yönelik olmalıdır.
- C) Zarar ekonomik değeri haiz olmalıdır.
- D) Zarar istisnai olmalıdır.

1.2.4.1.2.1. ZARAR MEVCUT OLMALIDIR

Zararın dikkate alınabilmesi için en başta mevcut olması gerekir.¹²¹ Mahkeme kararlarında bir kıstas olarak kullanılan bu kavrama göre bir zarara uğranıldığının davacı tarafından ileri sürülmesi zararın mevcut olduğunu zorunlu olarak göstermez.

Bir zarar şu şartları beraber sağlıyorsa mevcut sayılır:

- Zarar öne sürülmüş veya iddia edilmiş değil, kanıtlanmış olmalıdır.
- Zarar muhtemel, varsayımsal, bir ihtimale bağlı olarak çıkma durumunda olmamalı; kesin olmalıdır.¹²²

Davacı zararın mevcut olduğunu ileri sürdükten sonra iddiasını gerekçelendirmeli ve kanıtlamalıdır. Birçok yargı kararında davacının iddiasını temellendirmesi gerektiği şartı tazminat talebinin reddine gerekçe yapılmaktadır.¹²³ Fransız Danıştay bir kararında bu hususu vurgulayarak, karara gerekçe yapmıştır: *“Davacının taşınmazında meydana gelen bir zarar bulunduğunu ortaya koyamadığı göz önüne alındığında (...)”*¹²⁴ Maruz kalınan bir zararın bulunduğunun ortaya konulması bir gerekliliktir.

¹²¹ Bardakçı, a.g.e., s. 160.

¹²² Colliard, Claude Albert, Le Préjudice dans la Responsabilité Administrative, Librairie Dalloz, Paris, 1938, s. 15.

¹²³ Colliard, a.g.e., s. 15.

¹²⁴ Conseil D’Etat, 18.11.1920, Rigault, R. P. 595; Conseil D’Etat, 21.11.1923, Tavan, R. P. 743.; Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 16.

Davacılar genellikle bir zararı öne sürmekle yetinmezler ve aynı zamanda kanıtları hakime sunmuş olurlar. Aksi takdirde mahkemeler mevcut zararın olduğu ortaya konulamadığı gerekçesiyle ret kararı vermek durumunda kalırlar. Bir ret kararında davacının mahkemeye hasar tespit tutanağını sunmaması, bilirkişiden ve idari makamlardan hasarı tespit ettirmemesi ret kararına gerekçe yapılmıştır. Bununla birlikte, maruz kalınan zararın idari yargı önünde ortaya konulması, adli yargı önündekine göre daha kolaydır; çünkü idari yargıda re'sen araştırma ilkesi mevcuttur.¹²⁵

İdari yargıda davayı gören hakim neyi ele alacağını bilmektedir ve kendisi re'sen incelemeler yapar. Bu sebeple kararlarda; “dosya yeniden incelendi.”, “tahkikattan çıkan sonuca göre” gibi ifadelere rastlanılır. Örneğin; devlete ait bir radyo kanalında hangi sanatçının eseri olduğu belirtilmeden yapılan yayın sonrasında sanatçılar dava açmıştır. Mahkeme ise “somut olayın incelenmesinden çıkan sonuca göre sanatçıların hiçbir zarara uğramadığı tespit edildiğinden” diyerek ret kararı vermiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. İdari yargıda re'sen araştırma ilkesinin mevcut olması sebebiyle davacılar zararlarını adli yargıya göre daha kolay bir şekilde kanıtlayabilmektedirler. Bununla birlikte, zararın kanıtlanmış olması şartı yine de zorunlu bir şarttır ve davacının en azından zararın mevcut olduğunu gösteren emareleri sunmuş olması gerekir.¹²⁶

Danıştay mevcut zarara dayanarak şu kararı vermiştir: “*Dosyanın incelenmesinden, davalı idare tarafından, davacının hissedarı olduğu taşınmazın sebze pazarı yeri olarak kamulaştırılmasına karar verildiği, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, Antalya 1. İdare Mahkemesinin 23.10.1997 günlü, E: 1995/824, K:1997/1130 sayılı kararı ile kamulaştırma işleminin dayanağı olan plan değişikliğinin yargı kararıyla iptal edilmiş olması nedeniyle işlemin iptaline karar verildiği, kararın temyiz edilmeyerek kesinleştiği, kamulaştırma işlemi iptal edilmiş olmasına rağmen taşınmazın pazar yeri olarak kullanımına devam edildiği, üzerinin çelik konstrüksiyon çatı ile kapatıldığı, ayrıca taşınmazın*

¹²⁵ Colliard, a.g.e., s. 16.

¹²⁶ Colliard, a.g.e., s. 16, 17.

üzerinde dükkanlar inşa edildiği iddiasıyla davalı idarenin kesinleşen yargı kararını uygulamaması nedeniyle 2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesi uyarınca tazminata hükmedilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının hissedarı olduğu taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin işlemin yargı kararı iptali edilmesi sonucu davalı idarece yargı kararı gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu tartışmasızdır. Ancak tazminata hükmedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığı ile birlikte ortada oluşmuş net bir zararın bulunması gerekmektedir.

Olayda, kamulaştırma işleminin dayanağı imar planı değişikliğinin iptali sonucu taşınmazın bulunduğu yer plansız alan konumuna düştüğünden, bu aşamada davacının alanda inşai faaliyette veya herhangi bir tasarrufta bulunma olanağının kalmadığı görülmektedir.

Bu durumda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle doğmuş bir zarardan söz edilemeyeceği gibi ileride doğması muhtemel zararların tazmininin de mümkün olmaması karşısında tazminat isteminin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik bulunmamaktadır.”¹²⁷ Mezkur kararda, hizmet kusurunun varlığının tespit edilmesine rağmen, yeni hukuki durumda da uyumsuzluk konusu sahanın plansız alan niteliğinde olması nedeniyle ortada mevcut ve net bir zararın olduğu kabul edilmemiştir.

Bir zararın idare tarafından tazmin edilmesi için ortaya çıkan zararın kesin olması gerekir. Zarar doğmuş, ortaya çıkmış olmalıdır. Bu şart zararın gerçekleşmesine dair bir şarttır. Bu noktada muhtemel zarar ve müstakbel zararların tazmin edilip edilmeyeceği gündeme gelmektedir.

Muhtemel zarar, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan zarardır. Bu sebeple eğer davacı muhtemel bir zararı yargıya taşırırsa aslında gerçekleşmemiş, ortaya çıkmamış bir zararı dava ediyor olmaktadır. Bununla birlikte, idare hukukunda korku, endişe, tehlike, tehdit durumlarına dayanılarak henüz var olmayan zararlar tazmin edilmez.¹²⁸

¹²⁷ Danıştay, 6. D., T. 08.04.2009, E. 2007/987, K. 2009/3604.

¹²⁸ Colliard, a.g.e., s. 17.

Fransız idari yargı içtihatlarında konuya ilişkin açıklayıcı kararlar verilmiştir: Bir yolun güzergahında değişiklik yapılmaktadır. Yeni yol güzergahı hem daha uzundur hem de demiryoluyla kesişmektedir. Davacı koyun sürüsünün maruz kaldığı tehlikeyi işaret edip tazminat istemiştir. İddia edilen tehlike yalnızca muhtemel ve müstakbel bir zarar olduğu gerekçesiyle mahkeme ret kararı vermiştir.¹²⁹

Bir şehrin su ihtiyacı için su pompalama ve dağıtım sistemi kurulmuştur. Su pompalama sisteminin kurulması civardaki bazı fabrikaların ihtiyaç duyduğu suyun devinimini azalttığı için fabrika sahipleri zarara uğramıştır. Eğer su pompalama sistemi ileriki aşamalarda gece vakti de çalıştırılırsa fabrika sahiplerinin uğramış oldukları zarar miktarı daha da artacaktı. Mahkeme davacıların uğradığı mevcut zararı kabul etmesine rağmen, pompalama mekanizmasının gece de çalışması ihtimalinde ortaya çıkacak muhtemel zararı tazminatın hesaplanmasına katmamıştır.¹³⁰

Bir bilim adamının kurduğu, yerin manyetizmasını inceleyen gözlemevi; yakınlarından geçen elektrikli tramvay hattı sebebiyle çalışmalarını sağlıklı bir şekilde yürütemez hâle gelmiştir. Davacı, gözlemevinin daha uzak bir yere taşınması ihtimalinde meslektaşlarına daha fazla para ödemesi gerektiğini iddia etmiştir. Gözlemevi uzağa taşınırsa diğer bilim adamlarının daha fazla maaş isteyeceği meselesi “muhtemel ve varsayımsal bir zarar” olarak değerlendirilip tazminatın hesaplanmasına katılmamıştır.¹³¹

Hukuka aykırı olarak görevden alınan, emekliye ayrılan memurun; tazminat talebinde sicilinin temiz olmasını, puanlarının yüksek olmasını vs. delil göstererek görevden alınmasaydı terfi edeceğini iddia ederek, bu sayede daha fazla maaş da alacak olması sebebiyle ekstra tazminat talebinde bulunması nasıl değerlendirilir? Fransız Danıştay’ı bu talebi sürekli reddetmiştir. Mahkemeye göre:

¹²⁹ Conseil D’Etat, 11.11.1904, Lhoste, R. P. 707; Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 18.

¹³⁰ Conseil D’Etat, 25.11.1907, Ville De Périgueux, R. P. 865; Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 18.

¹³¹ Conseil D’Etat, 10.01.1908, Société des Tramways de Nice, R. P. 34; Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 19.

“Gerçekleşmesi ihtimal dahilinde bulunmasına rağmen, kesin olmayan, gerçekleşmesi saf bir ihtimalden ibaret olan zararlar tazmin edilmez.”¹³²

Müstakbel zarar, muhtemel zarar kavramından farklıdır. Müstakbel zarar gelecekte doğacak olan bir zarardır. Gelecekte doğacak zarar, ne kadar yayılacağı ve miktarı noktasında belirsizdir. Henüz gerçekleşmemiştir ancak gelecekte doğacağı kesindir. Ortaya ne miktarda zarar çıkacağı ancak gerçekleştikten sonra tespit edilebilecektir.¹³³

Gelecekte doğacak zarar ile muhtemel zarar arasında ince ancak sonuç yönünden esaslı bir fark vardır. Gelecekte doğacak zarar idari yargı önüne götürüldüğünde tazmin edilmez ancak; esasta tazminat reddedilmiş değildir. Yani tutum ve davranış, gelecekte doğacak zarar ve aralarındaki illiyet bağı mahkeme tarafından kabul edilmiştir ancak tazminat miktarının belirlenmesi ve ödenmesi için zararın kesin olarak doğması ve zarar miktarının netliğe kavuşması beklenilir. Gelecekte doğacak zarar idari yargıda ilk başta reddedilmiş olsa bile gelecekte zarar doğunca telafi edilecek, tazminat ödenecektir.¹³⁴ Bununla birlikte İYUK 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, zararı doğuran idari eylemin öğrenilmesinden itibaren 1 sene ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 sene içerisinde idari yargıda dava açılmalıdır.

Gelecekte doğacak zararın tamamlanmış olması hâlinde, söz konusu zarar tazmin edilir. Yani müstakbel zararlar tazminat sorumluluğuna esas olurlar.¹³⁵ Örneğin tıbbi bir hata sonucunda sakat doğan çocuğun daha sonraki sosyal ve iş hayatındaki performans düşüklüğü nedeniyle gelecekteki zararı kesindir.¹³⁶ Buna ek olarak sakat bebeğin sakatlığı ömür boyu devam edecektir ve zararın bir kesilme noktası yoktur. Yani bebeğin gelecekte yaşayacağı zarar kesindir ancak henüz yaşamamıştır. Bununla birlikte esas zarar gerçekleşmiş ve geleceğe dair hesaplamalar yapılabilmektedir. Aynı şekilde mahrum kalınan kâr, eğer kesin bir

¹³² Conseil D’Etat, 17.06.1910, Tixier, R. P. 473, Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 19, 20.

¹³³ Colliard, a.g.e., s. 20.

¹³⁴ Colliard, a.g.e., s. 21.

¹³⁵ Bardakçı, a.g.e., s. 161.

¹³⁶ Atay/Odabaşı, Ender Ethem/Hasan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2010, 2. Baskı, s. 183.

nitelik arz ediyorsa tazmin edilmelidir. Bu hususun tespiti yargıç tarafından olayın nitelikleri dikkate alınarak değerlendirilir.¹³⁷

1.2.4.1.2.2. ZARAR HUKUKEN KORUNAN BİR MENFAATE YÖNELİK OLMALIDIR

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından tam yargı davası açılabilir. Hukuken korunan bir menfaat diğer bir deyişle bir hak ihlal edilmemiş ise idare zararı tazminle yükümlü olmaz. Yani ilgili bir zarara uğramış dahi olsa eğer zararı hukuken korunmuyorsa, hak niteliğinde değil ise o zarar idarenin sorumluluğunu doğurmaz.

Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin içtihatlarıyla; vefat eden veya bedensel zarara uğrayan kişilerin resmi nikah olmaksızın evlilik hayatı yaşadıkları eşlerine destekten yoksun kalma tazminatı, manevi tazminat gibi tazminatların verilmesi kabul edilmiştir.

“Davacının ölenle aralarında bir evlenme akdi olmadan birleşip karı koca hâlinde yaşadıkları ve doğan çocukların 3716 sayılı Yasa gereğince düzgün nesepli olarak baba hanesine tescil edildiği, davacının ölenin desteğinden yararlanarak yaşamını sürdürdüğü anlaşıldığından, destekten yoksun kaldığının ve olay nedeniyle manevi acı duyduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.”¹³⁸

Teröristlerle girişilen silahlı çatışmada vurularak şehit düşen erin yakınlarının uğradığı zararın karşılanması gerekli olup; müteveffanın imam nikahlı eşinin maddi tazminata müstahak olduğu Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin yerleşik uygulamasıdır.¹³⁹ Resmi nikah bulunmaksızın müteveffa er ile iki yıl birlikte olan ve bu beraberlikten bir çocuk dünyaya getiren kadının, destekten yoksun kaldığının ve maddi zarara uğradığının kabulü gerekir.¹⁴⁰

¹³⁷ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 183.

¹³⁸ Danıştay, 10. D.; 04.10.1996, E. 1996/970, K. 1996/5777.

¹³⁹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2.D., 29.05.1996, E.1996/13, K. 1996/467, AYİMD, S.11., Aktaran: Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, 2. Baskı, s. 692.

¹⁴⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 30.01.2002, E.2000/574, K. 2002/133, AYİMD, S.18.; Aktaran: Atay, İdare Hukuku, s. 693.

Hukuka aykırı veya gayri meşru bir durumda bulunan kişiler bir zarara uğrasalar dahi bu zarar kişisel hakkın ihlali niteliğinde olmadığından idarenin sorumluluğu doğmaz.¹⁴¹ Örneğin kamu mallarını hukuka aykırı bir şekilde işgal eden kişiler, kamu mallarından tahliye edilmeleri sırasında uğradıkları zararların tazmin edilmesini talep edemezler.¹⁴²

Davacının 1989 yılına ait vergi borcunu ödememesi üzerine mallarına ve işyerine haciz konulmuştur. Bunun üzerine davacı, işyerine haciz konulması sırasında işyerinin kapalı olması sebebiyle ticari faaliyetinin aksadığını ve zarar ettiğini iddia ederek dava açmıştır. Mahkeme ise idarenin davacıya haciz uygulamasına sebep olan asıl davranışın bizzat davacının vergi borcunu ödememesi olduğunu gerekçe göstererek tazminat talebini reddetmiştir.¹⁴³

Danıştay 8. Dairesinin 13.04.1984 tarihli kararına konu olan olayda, bir kişi kamuya ait bir arsa üzerine izinsiz ve ruhsatsız olarak bahçeli, müstakil bir ev inşa etmiştir. Belediye arsanın yakınlarından geçen dereyi temizlerken bu arsaya inşa edilen evin bahçe duvarını yıkmıştır. Kaçak yapıyı inşa eden kişi, bahçe duvarının yıkılmasından doğan zararın tazminini idari yargı önünde dava etmiştir. Danıştay, ev ve bahçenin davacının özel taşınmazı olmadığını tespit ettikten sonra belediyenin kamuya ait bir yerde yapılan duvarı yıkması nedeniyle davacının bir zarara uğramasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir.¹⁴⁴

1.2.4.1.2.3. ZARAR EKONOMİK DEĞERİ HAİZ OLMALIDIR

Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrasına göre: “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” Mezkur Anayasa hükmü uyarınca, mevcut zararın ortaya çıkış şartları veya niteliği ne olursa olsun, zararın tazmini ancak belli bir miktar paranın zarar görene verilmesiyle gerçekleşecektir.

¹⁴¹ Gözler, İdare Hukuku, s. 1311.

¹⁴² Conseil D'Etat, 22.02.1961, Société Honorat, RDCE, 1961, s. 140; Aktaran: Chapus, René, Droit Administratif Général, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, Cilt 1, s. 1254.

¹⁴³ Danıştay, 10. D.; 08.12.1997, E. 1996/1081, K. 1997/5492; Aktaran: Gözler, İdare Hukuku, s. 1312.

¹⁴⁴ Danıştay, 8. D., 13.04.1984, E.1983/730, K.1984/681; Aktaran: Karavelioğlu, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, 2001; Ondan Aktaran: Gözler, İdare Hukuku, s. 1314.

İdare, tutum ve davranışıyla sebep olduğu zararı yalnızca para ile karşılayacağı için zararın para ile takdir edilebilecek ve ölçülebilecek türden olması gerekmektedir. İdare hukukunun niteliği gereği aynen tazmin yerine, nakden tazmin ilkesi benimsendiğinden tazmin edilmesi istenen zararın para ile ölçülebilmesi gerekmektedir.¹⁴⁵

İdarenin zarar görene karşı sorumluluğu sadece belli bir miktar paranın tazminat olarak ödenmesiyle sınırlı olduğu için zararın türü maddi de olsa, manevi de olsa zarar ikisinde de nakit olarak karşılanır.

1.2.4.1.2.3.1. MADDİ ZARAR

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar adı verilir. Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı, aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif yönü, borç ve yükümlülüklerden oluşur.¹⁴⁶ Maddi zarar, mal varlığında irade dışında eksilme anlamına geldiğine göre, malvarlığının aktif değerlerinde azalmaya veya pasif değerlerinde artmaya sebep olan her durumda maddi zarar mevcuttur.¹⁴⁷

Sorumluluk hukukunda malvarlığı geniş anlamıyla anlaşılmaktadır. Geniş anlamıyla malvarlığı kavramına taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, sınırlı aynı haklar, fikri ve sınai haklar girer. Bunlara ek olarak, zarar görenin ekonomik geleceği, yani gelecekte çalışarak elde etme ihtimali bulunan gelir de malvarlığına dahildir. Maddi zararlar genel olarak ikiye ayrılarak incelenir. Mala verilen zararlar ve şahsa verilen zararlar maddi zararı oluşturur.¹⁴⁸

Kişilik hakkı ve ilişkili olan değerlere yönelik saldırılar manevi zararı oluşturur. Bununla birlikte, kişilik hakkının bir parçası olan kişinin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü hakkına yönelik saldırılar tabii olarak aynı zamanda maddi zarar doğurur. Yaşam hakkı ihlal edilen kişi ölmeden önce tıbbi yardım görmüş,

¹⁴⁵ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 27.

¹⁴⁶ Eren, a.g.e., s. 521.

¹⁴⁷ Gözler, İdare Hukuku, s. 1280.

¹⁴⁸ Gözler, İdare Hukuku, s. 1280.

hastahanede yatmış olabilir. Ölümü gerçekleştiğinde de cenaze ve defin masrafları ortaya çıkar. Ortaya çıkan bu zararlar maddi zararlardır. Vücut bütünlüğü hakkının ihlal edildiği durumlarda, zarar gören kişi belirli bir süre çalışmamaktadır. Bu süreçte, zarar gören kişi tedavi olmakta, tıbbi destek almakta, ilaç masrafları ortaya çıkmaktadır. Vücut bütünlüğü hakkı ihlal edilmiş kişi en başta çalışmadığından dolayı o süreçte ve ileride elde edeceği gelirden mahrum olmaktadır, tedavi sürecinde de ek masraflar çıkmakta ve malvarlığının pasifi artmaktadır. Vücut bütünlüğü ihlalinin ağır olduğu durumlarda zarar gören kişi vücut organlarından bir kısmını kaybedebilir. İç veya dış organ kaybında zarar gören kişi çalışma gücünü, kaybın nitelik ve niceliğine göre oransal olarak kaybetmektedir. Çalışma gücünün sürekli olarak belli bir oranda kaybedilmesi sonucu zarar görenin daha evvel yaptığı işi yapamaması söz konusu olabilir, zarar görenin günlük çalışma süresi ve performansı düşebilir. Bu sebeplerden dolayı zarar görenin elde edeceği gelir miktarı düşmüş olacaktır. İşte tüm bu zararlar, kişilik hakkıyla bağlantılı maddi zararlardır.¹⁴⁹ Sayılan bu zararlar, zarar görenle doğrudan bağlantılı zararlardır. Bunlara ek olarak zarar görenin ekonomik olarak destek olduğu kişiler de ortaya çıkan gelir eksikliğinden etkileneceklerdir. Bu sebeple, ölümle sonuçlanan bir idari fiilin sonucunda, idare ölenin geride bıraktığı ve yaşarken destek olduğu yakınlarına destekten yoksun kalma tazminatı ödemektedir.

Vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına yönelik ihlallerle ortaya çıkan maddi zararlardan doğan idarenin sorumluluğuna sıklıkla rastlanılır. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda vücut bütünlüğünün bozulması ve yaşam hakkının ihlal edilmesi nedenleriyle maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmaktadır.

Tankçı onbaşı olarak askerlik görevini ifa etmekte iken, tırtıllı araçlar intibak eğitimi sırasında astsubay tarafından kullanılan tankın geçiş sırasında ayağını ezmesi sonucu sakat kalarak zarar gören kişiye GATA Hastahanesinde 1. ve 2. parmak aniputasoyonlusu teşhisi konularak B/67 F-1 askerliğe elverişli değildir raporu verilmiştir. Askerlikten terhis edilen zarar görene daha sonra vazife malulü aylığı bağlanmasına rağmen, GATA'dan ayrıldıktan sonraki süreçte sivil

¹⁴⁹ Eren, a.g.e., s. 522.

hastahanelerde yaptığı masraflar idare tarafından ödenmemiştir. AYİM de tedavi masraflarının ödenmesine karar vermiştir.¹⁵⁰

Askerlik görevini er olarak yapmakta olan kişi, yol mayın arama faaliyeti sırasında aynı birlikte görevli olan başka bir erin atım yatağına mermi sürülü olan emniyet kilidi açık olan piyade tüfeğinin tetiğine kazayla basması sonucu karın ve bel bölgesinden yaralanmıştır. Yaralanıp sakat kaldığı için zarar görene aylık, 3480 sayılı Kanun uyarınca tütün ikramiyesi ve 2330 sayılı Kanun uyarınca nakdi tazminat ödenmektedir. Bununla birlikte GATA’da yapılan muayene sonucunda zarar görene “Cauda Uquina Sendromu” teşhisi konulmuştur. Sözü edilen rahatsızlık türünde hasta kişinin gaitasının kolostomi torbası ile alınması gerekmektedir ve hastanın idrar kontrolü bulunmamaktadır. Bu sebeple zarar gören er, bu sakatlıktan sonra ömür boyu bakıcı yardımına muhtaç hâle gelmiştir. İdare, bakıcı masraflarını kendiliğinden ödemeyince AYİM, davacı sakat erin günün her saatinde bir bakıcının bakımına muhtaç olmayıp günün belirli saatlerinde söz konusu bakımının yapılmasının yeterli olduğunu tespit ederek bakım masraflarının yarısının idare tarafından ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵¹

Tankçı astsubay üstçavuş gözünden yaralanmıştır ve GATA raporuna göre SSK Sağlık İşlemleri Tüzüğü’nde belirlenen kıstaslara göre, zarar görenin vücut çalışma gücü kaybı kendi meslek grubunda %17 olarak tespit edilmiştir. Zarar gören askerlik mesleğine devam etmeye elverişli olmasına rağmen çalışma gücü %17 oranında düşmüştür. AYİM, mesleğinde çalışma gücünün düşme oranını maddi tazminat miktarına ekleyerek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir.¹⁵²

Vatani görevini ifa etmekte iken ölen kişinin annesi, babası, erkek ve kız kardeşleri maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davacıların ölüm olayı nedeniyle duydukları ve ileride duyacakları, acı ve ızdıraplarını karşılayabilmek amacıyla manevi tazminat talebini mahkeme kabul etmiştir. Ancak, AYİM “*Medeni Kanun’un 315. maddesine göre, kardeşe nafaka*

¹⁵⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 07.12.2000, E. 2000/607, K. 2000/873.

¹⁵¹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 02.06.1999, E. 1999/725, K. 1999/387.

¹⁵² Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 22.10.2008, E. 2007/1101, K. 2008/1065.

ödenebilmesi için nafaka istenilecek tarafın öncelikle hali refahta olması, nafaka isteyenin ise diğer taraf yardım etmediği takdirde zarurete düşecek durumda bulunmaları gerekmektedir. Bu bağlamda maddi tazminat talebi içinse, ölenin ekonomik refah içinde, talep edenin de yardım edilmediğinde zarurete düşecek durumda olduklarının ve ölüm olayından evvel bu nedenle fiilen bir yardım ilişkisinin bulunması ve kanıtlanması gerekmektedir. Olayımızda, müteveffanın hali refahta olduğu hususunda dosyada bilgi ve belge bulunmamaktadır. Kaldı ki davacı kardeşe ölmeden önce maddi destekte bulunduğu kanıtlanamadığı gibi kardeşler zaruret içinde olsalar da onlara yardım etme mükellefiyeti sağ olan anne ve babaya aittir.”¹⁵³ gerekçesiyle kardeşlerin destekten yoksun kalma temelli maddi tazminat taleplerini reddetmiştir. Bununla birlikte anne ve babaya maddi tazminat talebini kabul etmiştir.

Maddi zararın diğer türü malvarlığına verilen zararlardır. Kişilerin taşınır ve taşınmaz mallarına verilen zararlar mala verilen zararlardandır.¹⁵⁴ Yoksun kalınan kâr, malvarlığının aktifini azaltan, pasifini artıran zararlar da aynı kapsamda değerlendirilen maddi zararlardandır. Örneğin ataması zamanında yapılmayan memurun mahrum kaldığı aylıklar, hukuka aykırı olarak görevine son verilen memurun mahrum kaldığı maaşları kişinin uğradığı maddi zararlardandır.¹⁵⁵

1.2.4.1.2.3.2. MANEVİ ZARAR

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde (kişi varlığında, manevi değerlerinde) iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin, kişi varlığını (şahıs varlığını) oluşturan hukuki değerlerin ihlali (saldırıya uğraması) dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir.¹⁵⁶ Kişi varlığı, bir kişinin kişi olarak haiz olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümünü ifade eder.¹⁵⁷ Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler, kişilik değerlerini, dolayısıyla kişilik hakkını

¹⁵³ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 22.03.2000, E. 2000/369, K. 2000/163.

¹⁵⁴ Frier/Petit, Pierre Laurent/Jacques, Droit Administratif, LGDJ, 2014, 9. Baskı, s. 590.

¹⁵⁵ Gözler, İdare Hukuku, s. 1282.

¹⁵⁶ Eren, a.g.e., s. 531.

¹⁵⁷ Cabioğlu, Saniye Sena, Türk Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Ölüm Halinde Manevi Tazminat, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 2.

oluşturur. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi yani zararı ifade eder.¹⁵⁸ Manevi zararların belli bir ölçme aracıyla ölçülebilmesi mümkün olmamasına rağmen sorumluluk hukukunda fiiliyle zarar verenin, zarar görene manevi tazminat adı altında kararlaştırılan miktarda para ödemesi manevi zararın tazmini olarak uygulamaya konulmaktadır.¹⁵⁹ Manevi zararların manevi tazminat adı altında para olarak zarar görene ödenmesi kişilik haklarının maddi bir hak haline getirilmesi amacına yönelik olmayıp mağdurun acısının hafifletilmesi, adaletin ve hakkaniyetin yerine getirilmesi hedeflenmektedir.¹⁶⁰

Bir kişinin şan, şeref ve kişilik haklarına saldırıda bulunulması manevi zararı doğurur.¹⁶¹ Bir kişinin toplumda nasıl tanınıp, bilindiğine yönelik bir saldırı o kişinin ömrü boyunca diğer insanlarda bıraktığı izlenimle oluşmuştur. Toplumda iyi bir şekilde bilinen kişi hakkında olumsuz bir imaj yaratacak şekilde unvan, şan ve şerefine tesir eden fiiller idarenin sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin Fransız Danıştay'ı bulaşıcı bir cilt hastalığı taşıdığından şüphelenilen bir kadının tıbbi incelemeye tâbi tutulmasının onun şerefini zedeler nitelikte olduğuna ve tazmin edilmesi gereken bir manevi zarar doğurduğuna hükmetmiştir.¹⁶²

Vücutta oluşan estetik zedelenmeler de manevi zarara sebep olur. Bir kişinin yüzünde yara izi kalması, kulağının kopması, parmağının kopması, cildinde yanıkların oluşması o kişinin yakışıklılığını veya güzelliğini etkileyecektir. Haliyle bu durum da o kişinin iş, sosyal ve özel hayatını etkileyebilecektir. Estetik açıdan kusur olarak nitelendirilebilecek özellikler kişinin çalışma gücünü etkilemese bile o kişiyi manevi açıdan rahatsız edebilir ve üzüntüye sokabilir.¹⁶³

Bir fiil, bir kişide geçici veya sürekli olarak fiziksel acı hissi doğurabilir.¹⁶⁴ Bir kişinin askerlik görevini yaptığı sırada kazaen vurulması, ayağının üzerinden tank geçmesi o kişide geçici olarak fiziksel acı doğurur. Bir kişinin ameliyat edilmesi

¹⁵⁸ Eren, a.g.e., s. 531, 532.

¹⁵⁹ Gözler, İdare Hukuku, s. 1283.

¹⁶⁰ Cabioğlu, a.g.e., s. 12.

¹⁶¹ Frier/Petit, a.g.e., s. 590, 591.

¹⁶² Conseil D'Etat, 5.7.1957, Département de la Sarthe c.Dlel Artus, RDCE, 1957, S. 454 (Aktaran: Forges, Jean Michel De, Droit Administratif, Paris, Puf, 1991; Ondan Aktaran: Gözler, İdare Hukuku, s. 1283).

¹⁶³ Gözler, İdare Hukuku, s. 1284, 1285.

¹⁶⁴ Gözler, İdare Hukuku, s. 1285.

sırasında bağırsak bölgesinde havlu benzeri bir tekstil malzemesinin unutulması ihtimalindeyse o cisim orada bulunduğu sürede kişide fiziksel acıya sebep olacaktır. İşte bu tür fiziksel acı ve hisler de manevi zarar olarak tazmin edilir.¹⁶⁵

Bir kişinin şanı, şerefi, ünü hakkında olumsuz etkiye sebep olunmasının, vücut üzerinde estetik olarak veya bir organ eksikliği şeklinde ortaya çıkan zararın, fiziksel acının kişide manevi bir zarara sebep olduğu diğer insanlar tarafından daha hissedilebilir ve anlaşılabilir. Bununla birlikte bir kişinin iç dünyasında duyduğu üzüntü, elem, ızdırap gibi duygular ve depresyon hâli de çeşitli durumlarda idarenin tazmin etmesi gereken manevi bir zarar niteliğinde olabilir. Askerde yaşadığı bir olay nedeniyle geri kalan yaşamında depresyona giren bir askerin, devlet hastanesinde girdiği ameliyatta malpraktis nedeniyle bir organını kaybeden bir genç kızın ömür boyu yaşayacağı üzüntü ve elem ciddi manada bir manevi acı ve zarardır.

Manevi zararları; kişinin toplumda tanınırlığı, estetik zararlar ve vücut bütünlüğünde ortaya çıkan hasarlar, fiziksel acılar, duygusal zararlar üzerinden inceledik. Danıştay'ın manevi zarar kavramına yaklaşımı da kavramın geniş anlamını karşılayacak şekilde olmuştur.

Eski Genelkurmay Başkanı Necdet Üruğ hakkında MİT'in yapmış olduğu araştırma ve soruşturma neticesinde düzenlenen bir belgenin basına yansımaları üzerine Necdet Üruğ kişilik haklarına ağır bir saldırıda bulunulduğunu iddia etmiştir. Necdet Üruğ'un şan ve şerefine yönelik bir saldırı bulunduğu gerekçesiyle manevi zarara uğradığını iddia ederek Başbakanlık hakkında açtığı tam yargı davasında Danıştay, "davacının kişilik haklarının ağır bir şekilde zedelendiği" gerekçesiyle manevi zarara karşılık olmak üzere MİT'in bağlı olduğu idare olan Başbakanlığın tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶⁶

Emniyet Müdürlüğü'nde polis memurlarının ateşli silahlarla eğitim ve talim yaptıkları atış poligonunda poligon amiri olarak çalışan kişi, idarenin kusuru

¹⁶⁵ Gözler, İdare Hukuku, s. 1286.

¹⁶⁶ Danıştay, 10. D., 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857 Sayılı Üruğ Kararı, Danıştay Dergisi, Sayı 76-77, s. 783-784; Amme İdaresi Dergisi, Cilt 22, Sayı 2, s. 105.

sebebiyle ortaya çıkan yangın sonucu yanarak, yaralanmıştır. Poligon amirinin yüzünde, ellerinde yanık izleri kalmış ve cildinin doğal görünümü bozulmuştur. Danıştay; *“idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle çıkan yangın sonucunda her iki eli ve yüzü yanan, ellerinin doğal görünümü bozulan davacının olay sonrası durumundan dolayı ömür boyu acı ve ızdırıp çekeceği açık olduğundan”* diyerek manevi zarara karşılık olmak üzere tazminata hükmetmiştir.¹⁶⁷

Hastahaneye elindeki siğilin tedavisi için giden çocuğun eline yanlış ilacın enjekte edilmesi sonucu çocuğun eli kangren olmuştur. Kangrenin yayılmaması için çocuğun kangrenli parmakları kesilmiştir. Yanlış ilacı enjekte eden personelin bu kusuru nedeniyle idarenin hizmet kusuru oluşmuştur ve tazmin edilmesi gereken bir zarar ortaya çıkmıştır. Danıştay, çocuğun parmak eksikliği sebebiyle çalışma çağına geldiğinde karşılaşılabileceği iş gücü kaybına karşılık olarak öngörülen maddi tazminatın yanı sıra *“olayın oluşumu ve sonucuna göre duyulan acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilebilmesi için takdiren 50.000.000 Türk Lirası manevi tazminat ödenmesi”* gerektiğine karar vermiştir.¹⁶⁸

Karayollarının yapım ve bakım hizmetini yürütmekle görevli olan idarenin yol bakım hizmetini kusurlu bir şekilde yerine getirdiği sırada meydana gelen ölümlü kaza sonucunda davacıların eşi ve babası vefat etmiştir. Danıştay, yakınlarının ölümü nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunan davacıların talebini şu gerekçeyle kabul etmiş ve 1. derece mahkemesinin kararını bozmuştur: *“Bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil yüzünden çektiği bedeni acılarla, ruhsal elem ve üzüntülerinin hepsine birden manevi zarar denilir. Meydana gelen bu manevi zararı karşılamaya yönelik tatmin aracı ise, manevi tazminattır. Manevi tazminat, yalnız bedensel acılarla değil, çekilecek acılarla da karşılık takdir olunur.*

Ölüm olayının manevi bir acıya yol açtığı tartışmasız olup; ölenin ailesine manevi tazminat verilmesi gerekmektedir. Ölenin ailesi ise, ölenle arasında eylemli ve gerçek bir bağlılık ve ilişki bulunan yakınlarını kapsar. Davacı çocukların ölen babalarının acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedecekleri ve dolayısıyla manevi acı

¹⁶⁷ Danıştay, 10. D., 10.04.1992, E.1990/3954, K. 1992/1362.

¹⁶⁸ Danıştay, 10. D., 8.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476.

duyacakları ortadadır. Bu itibarla, davacılarından ölenin çocuklarının olay tarihindeki yaşları dikkate alınarak manevi tazminat istemlerinin reddinde hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁶⁹

6.7.1995 tarihinde icra edilen sınır ötesi Irak operasyonu sırasında yaralanarak felç olan asker çalışma gücünü %98 oranında kaybetmiştir. Vatani hizmetini ifa ettiği sırada sakat kalan kişiye malul aylığı, tütün ikramiyesi bağlanmış ve maddi tazminat ödenmiştir. Bununla birlikte nikahlı eşi; felç olan eşinin kocalık görevlerini yerine getiremeyeceği gerekçesiyle kendisinin içine düştüğü manevi zararın tazmini için tam yargı davası açmıştır. AYİM önüne gelen davada öncelikle GATA’dan gelen, sakat kalan eşin cinsel yönden de fonksiyon kaybına uğradığına dair raporu inceledikten sonra; şu gerekçeyle talebi kabul etmiştir: *“Mahkememizin yerleşik içtihatlarına göre kocanın erkeklik gücünü tamamen kaybetmesi hâlinde, evlilik birliğinin doğal sonucu olan bu zararın karısı için de doğrudan gerçekleşmiş bir zarar olduğu, burada evli kadının manevi zararları duyacağı üzüntü, mahrum kalacağı şeylerin yansıma suretiyle zararlar olmayıp, doğrudan doğruya maruz kalınan bir zarar olduğu kabul edilerek davacı asker ile birlikte olan eşe olay nedeniyle duyduğu ve ileride duyacağı üzüntülerin kısmen de olsa karşılayabilmek amacı ile eşe de manevi tazminat verilmesi cihetine gidilmiştir.”¹⁷⁰*

Görüleceği üzere sivil ve askeri idari yargıda manevi zarar kavramı geniş olarak tanımlanmış ve manevi tazminat talepleri genellikle kabul edilmiştir. Bununla birlikte manevi tazminatın, malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmadığı, kişinin manevi varlığına yapılan saldırı halinde meydana gelen manevi zarar ve kayıpların giderilmesi için başvurulacak bir tazmin aracı olduğu gerekçesiyle eşyaya verilen zararlardan dolayı manevi zararın meydana gelemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Örneğin işyerinin zarar görmesi¹⁷¹, arabanın yanması¹⁷² hâllerinde manevi tazminat talebi kabul edilmemiştir. Bir diğer dikkat çekici nokta, aralarında nikâh akdi bulunmamasına

¹⁶⁹ Danıştay, 10. D., 18.11.1996, E. 1996/2428, K. 1996/7639.

¹⁷⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 06.05.1998, E. 1998/255, K. 1998/364.

¹⁷¹ Danıştay, 10. D., 13.02.2001, E. 2001/4231, K. 2001/484.

¹⁷² Danıştay, 10. D., 04.03.1998, E. 1998/3453, K. 1998/1003.

rağmen ölen kişiyle karı-koca ilişkisi yaşayan kişiye manevi tazminat ödenmesi¹⁷³ kabul edilirken; ölenin nişanlısının manevi tazminat talebi¹⁷⁴ reddedilmiştir.

1.2.4.1.2.4. ZARAR İSTİSNAİ OLMALIDIR

Mevcut, meşru ve ekonomik değeri haiz bir zararın tazmin edilmesi için zarar aynı zamanda istisnai olmalıdır. Zararın istisnai olması nicelik ve nitelik açısından incelenir.¹⁷⁵

Zararın tazmin edilmesinin gerekmesi için zararın niceliğinin, miktarının belli bir ağırlığının olması gerekir. Zararın niteliği de o zararın zarar gören kişi için özel olmasıdır.¹⁷⁶ Herkesin başına gelen, toplumu bir bütün olarak etkileyen değişiklikler özel bir zarar değildir. Nitekim bu kıstas İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde tazminat davası açabilmenin şartı olarak "kişisel bir hakkın doğrudan muhtel olması"nın belirlenmesiyle kanun koyucunun iradesi olarak mevzuatta yer almıştır.

1.2.4.1.2.4.1. ZARARIN NİCELİK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Çok ufak değere tekabül eden veya oldukça önemsiz zararlar tazmin zorunluluğu doğurmaz. Mahkeme kararlarına yansıyan ve Duez'in de belirttiği üzere "Değeri saptanamayan, pek önemli olmayan zarar tazminat sorumluluğu doğurmaz."¹⁷⁷ Yani bir zarar günlük hayatta sıklıkla rastlanabilen normal, olağan bir zarar ise idare tarafından tazmini gerekmez. Çünkü toplum yaşamında birçok uyumsuzluklar, mahzurlar vardır. Bunca uyumsuzluğun idare tarafından tazmin edilmesi mümkün değildir.¹⁷⁸ İdarenin sebep olduğu her türlü değişiklikten dolayı bir kişi veya zümreye tazminat ödemek zorunda bırakılması idarenin elini kolunu

¹⁷³ Danıştay, 10. D., 04.10.1996, E. 1996/970, K. 1996/5777.

¹⁷⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 21.10.1998, E. 1998/197, K. 1998/638.

¹⁷⁵ Colliard, a.g.e., s. 80.

¹⁷⁶ Yayla, Ahmet, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, 1. Baskı, s. 21.

¹⁷⁷ Duez, Paul, La Responsabilité de la Puissance Publique-En Dehors Du Contrat, Librairie Dalloz, Paris, 1938, s. 65, 66.

¹⁷⁸ Atay, Odabaşı, a.g.e., s. 178.

bağlar. Öyleyse idarenin yalnızca anormal ve olağandışı zararlardan sorumlu tutulması gerekir.

Nicelik olarak hangi zararların olağan, hangi zararların olağanüstü olduğuna dair Fransız içtihatlarından şu örnekler verilmektedir:

Vatandaşın kendi taşınmazına girmesini engellemeyen yol çalışmaları¹⁷⁹, kısa süre devam eden, geçici yol çalışmaları¹⁸⁰ değeri saptanamayan, olağan zararlardandır.

Bir yerleşim yerinde yola elektrikli tramvay hattı inşa edilmiştir. Tramvayın geçeceği yolda düzenlemeler yapılırken doğal olarak araba yolu ve kaldırım daralmıştır. Olayda elektrikli tramvayın geçeceği yolun kıyısında yer alan bir evde oturmakta olan davacı kaldırımının daraldığı gerekçesiyle zarara uğradığını ileri sürmüştür. Bilirkişi incelemesi sonucunda 2.9 metre olan kaldırım genişliğinin 2.6 metreye indiği tespit edilmiştir. Mahkeme söz konusu zararın tazmini gerektirecek bir ağırlıkta olmadığı gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir, Danıştay da bu kararı onaylamıştır.¹⁸¹

Kamunun kullandığı yollar hakkında Fransız Danıştay'ının bir yerleşik içtihadı daha vardır. Bir geçiş yolunun kaldırılması¹⁸², bir kamu idaresinin görevini icra ettiği binanın taşınması, bir köprünün inşası¹⁸³, geçici yol çalışmaları¹⁸⁴ gibi nedenlerle yayaların ve arabaların kat etmek zorunda kaldıkları yolun uzaması Danıştay tarafından tazmini gereken bir zarar olarak görülmemiştir. Bununla birlikte Fransız Danıştay'ı “*yolun az miktarda uzaması tazminata hak kazandırmaz.*” diyerek, makul sınırları aşan uzamanın veya halkın sıkça kullandığı bir yolun tamamen kapatılması gibi olağanüstü yol uzamalarının mâli sorumluluğa yol açabileceği yönünde bir içtihat geliştirmiştir.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Conseil D'Etat, 04.05.1906, Demoiselle Fréteigny, R. P. 393., Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

¹⁸⁰ Conseil D'Etat, 22.03.1933, Bocabarteille, R. P., 344., Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

¹⁸¹ Conseil D'Etat, 20.04.1921, Dame Lambert-Desmazures, R. P. 379., Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

¹⁸² Conseil D'Etat, 21.04.1899, Compagnie des Chemins de fer du Nord, R. P. 307., Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

¹⁸³ Conseil D'Etat, 25.02.1910, Goujon, R.p. 174, Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

¹⁸⁴ Conseil D'Etat, 10.06.1910, Dame Leclerc, R. P. 458., Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

¹⁸⁵ Colliard, a.g.e., s. 83.

Bayındırlık işlemlerinin gerçekleştirilmesinden, bir kamu idaresinin belli bir alanda faaliyet göstermesinden dolayı zarara uğrayan, taşınmazının değeri düşen veya manevi olarak zarara uğrayan kişinin zararının tazmin edilmesi için zararının ağır, olağanüstü, anormal ve özel olması gerekmektedir. Bu duruma örnek olarak tahammülü çok güç olan kokular, zehirli atıkların ve gazların yayılması, gürültüye sebep olan bina, yol, köprü inşaatları gösterilebilir.¹⁸⁶

İdari yargı içtihatlarından anormal zarara ilişkin şu örnekler verilebilir: Taşınmazın uzaklığı veya patlamanın otoyola uzaklığı, yapılan çalışmaların süresi, uygulamaya eşlik edici nitelikteki gürültünün yoğunluğu, talep sahibinin mesleği, ciroda meydana gelen düşüşler vb. Örneğin Seine Nehri yatağında inşa edilen barajın inşası sırasında, birçok köy sular altında kalmıştır. Ortaya çıkan zararlarına göre Fransız Danıştay'ı 24 Mart 1978 tarihinde bir fırıncı ile veterinerin zararlarının normal ve anormal olması noktasında farklı kararlar vermiştir. Aynı şekilde Fransız Danıştay'ına göre mesleki gelirdeki %5 ile %10 arasındaki düşüşler anormal bir zarar oluşturmazken, %30 ve üzerindeki ciro düşüşleri anormal bir zarar oluşturmaktadır ve bu zarara idarenin bir faaliyeti sebep olmakta ise idare bu zararı tazmin etmelidir.¹⁸⁷

1.2.4.1.2.4.2. ZARARIN NİTELİK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Zararın nitelik yönünden incelenmesi zararın özel olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmedir.¹⁸⁸ Zararın anormal olup olmaması yani belirli bir ağırlığın üzerinde olup olmaması idari yargı hakiminin önündeki her olayda değerlendireceği bir kıstastır. Örneğin evinin önünden tramvay geçecek olan ev sahibinin evin önündeki kaldırımı daraldığı için ve tramvayın geçişi sırasında çıkacak gürültüden etkilenecek olması kesindir. Ortada kesin, mevcut ve meşru bir zarar bulunmasına rağmen kaldırımın yalnızca 30 santimetre kısılması, tramvayın da sessiz çalışma ihtimalinin olmayıp esasında halka sunulan bir hizmet olması nedeniyle ev sahibinin katlanması gereken olağan bir zarar olduğu hükme bağlanmıştır. Burada evi tramvay yoluna yakın olan kişi için özel bir zarar vardır

¹⁸⁶ Atay, Odabaşı, a.g.e., s. 178.

¹⁸⁷ Atay, Odabaşı, a.g.e., s. 179.

¹⁸⁸ Atay, Odabaşı, a.g.e., s. 179; Gözler, İdare Hukuku, s. 1316.

ancak bu zarar olağan bir zarardır ve katlanılması gereken bir niceliktedir. Anormal zararın bu özelliğine karşılık özel zarar kıstası yalnızca kusursuz sorumluluk türlerinde hakim tarafından re'sen araştırılan bir mevzudur.

İdarenin bir zarardan dolayı kusursuz sorumluluğuna dayanılarak tazminata hükmedilebilmesi için bu zararın özel bir zarar olması; yani bütün toplumun değil, sadece belirli kişi veya kişilerin uğradığı bir zarar olması gerekmektedir.¹⁸⁹ Burada sadece kusursuz sorumluluğun zikredilmiş olmasının sebebi hizmet kusuru sonucunda bir zararın doğması ihtimalinde bu zarara büyük bir topluluk uğrasa dahi hepsine zararın tazmininin gerekiyor olmasıdır. Hizmet kusuru sorumluluğu uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için bir hizmetin kötü, geç işlemesi veya hiç işlememesi sonucu kişisel bir hakkın doğrudan muhtel olması gerekmektedir. Öyleyse hizmet kusuru sonucunda birçok kişinin kişisel hakkı doğrudan muhtel olsa da hepsine zararın tazmini gerekir. Buna karşılık risk ilkesine ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre tazminat talep edilen durumlarda zararın özel olması gerekir, yani herkes gibi o kişinin de zarara katlanmasının gerekmemesi gerekir.

Risk sorumluluğu, idarenin hiçbir kusuru olmasa bile, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olmasıdır.¹⁹⁰ Vedel ve Delvolvé'nin işaret ettikleri üzere risk sorumluluğunda özel olan şey, ortaya çıkan zararın yanı sıra bu zarara yol açan riskin bizzat kendisidir. Risk sorumluluğunda genel değil, istisnai olan risk gerçekleşince mağdurun uğradığı zarardan idare sorumlu olmaktadır. Riskin gerçekleşmesinden sonra zarara uğrayanların 1 veya 2 kişi olması veya çok daha fazla sayıda kişinin etkilenmesi idarenin bu zarardan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.¹⁹¹ Örneğin cephaneliğin patlaması sonucu kaç kişi ölürse ölsün veya yaralanırsa yaralansın; hepsinin uğradığı zararın idare tarafından tazmini gerekir.¹⁹² Öyleyse Gözler'in haklı olarak işaret ettiği gibi; zarara uğrayan kişi sayısının artması yalnızca kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan

¹⁸⁹ Gözler, İdare Hukuku, s. 1316.

¹⁹⁰ Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, 2. Baskı, s. 740.

¹⁹¹ Vedel/Delvolvé, Georges/Pierre, Droit Administratif, Press Universitaires de France, Paris, 1992, Cilt 1, s. 627; Aktaran: Gözler, İdare Hukuku, s. 1316.

¹⁹² Gözler/Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 763.

zararlardan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmakta ve yalnızca bu sorumluluk türünde kişi sayısının artması zararı özel zarar olmaktan çıkarıp genel zarar yapmaktadır.¹⁹³ Yani zarara uğrayan sayısı öylesine fazladır ki zarar artık toplumun tümünü veya büyük bir bölümünü etkileyen bir genel külfet hâline gelmiştir. Bu durumda da zarar genel zarar olarak nitelendirilip, tazminat yükümlülüğüne sebebiyet vermemektedir.¹⁹⁴

Fransa'da gerçekleşen bir olayda, bir taşınmaz malikinin taşınmazının altındaki dağ veya tepenin içerisinden tünel geçirilmiştir. Tünelin kazılması sırasında veya daha sonra çevre sakinlerine sebep olduğu bir zarar olsa bile tramvayın daralttığı kaldırım ve çıkaracağı gürültünün çevre sakinlerine tazminat hakkı vermediği örneğinde gördüğümüz üzere sorumluluk doğurmaz. Çünkü bahsedilen zararlar çevre sakinlerinin ortaya çıkan bu kamu külfetlerine eşit bir şekilde katlanmasını gerektirir. Bununla birlikte olayımızda tünel doğrudan belli başlı birkaç taşınmazın altından geçtiği için bu taşınmazların kullanım oranlarını azaltmaktadır. Taşınmaz maliki örneğin o toprakta yer altı madenleri varsa kullanamayacaktır, yüksek katlı bir bina yapmak için gereken miktar kadar toprağın derinini kazamadığı için istediği yükseklikte bir bina inşa edemeyecektir. Öyleyse burada diğer sakinlere nazaran özel bir zarar olmaktadır. Nitekim Fransız Danıştay'ı burada özel bir zarar olduğuna hükmetmiştir.¹⁹⁵

Özel zarar kavramı niteliğe ilişkin bir kıstastır. Özel zarar olabilmesi için tazminat alabilecek zarar görenlerin sayısı belirleyici değildir. İdari yargı hakimi için temel ölçüt mağdur veya mağdurların belli bir grupta tanımlanabilmesidir. Birden çok kişinin aynı şekilde, aynı sebepten zarara uğradığı hallerde zarar görenlerin tazminat almaya hak kazanması için bu kişilerin bir grup olarak tanımlanabilmesi ve nispi olarak sınırlı olması gerekir.¹⁹⁶ Örneğin Fransız Danıştay'ı'na göre trafiğin yönlendirilmesinden veya karayolunun geçiş güzergahında yapılan değişikliklerden doğan zararların ve değer kayıplarının tazmini gerekmez.¹⁹⁷

¹⁹³ Gözler, İdare Hukuku, s. 1317.

¹⁹⁴ Yayla, Ahmet, a.g.e., s. 21.

¹⁹⁵ Conseil D'Etat, 23.07.1897, Ministre des Travaux Publics, R. P. 582, Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 85.

¹⁹⁶ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 179.

¹⁹⁷ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 179.

Türkiye’de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanarak karar verme fırsatı bulmuştur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Türkiye’nin bir seferberlik hâline girmesine sebep olan Türkiye’nin girdiği savaşlarda zarara uğrayanların zararını tazmin etmeme duruşunu benimsemesine karşılık, ülke içerisinde gerçekleşen terör olayları nedeniyle zarara uğrayanları kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden yararlandırmıştır. Karara göre: “(...) *Hasar teorilerine göre idarenin tazminatla sorumlu tutulması, zararın zarar gören kişiler yönünden özel ve olağandışı nitelik taşıması hallerinde söz konusudur. Zararın topluma yayılmış olması ya da önemli bir bölümünü kapsamına almış bulunması hallerinde, topluluğu oluşturan bireyler arasındaki kamu külfetleri karşısındaki eşitliği bozulmamış sayılacağından, zararın özel ve olağandışı olma unsurunun yokluğu sebebiyle, hasar kuramlarını uygulama olanağı da kalmayacaktır. Aksi halde, özel ve olağandışı nitelik taşımayan genel zararların toplum tarafından ödenmesi yeni bir eşitsizliğe, yani kamu külfetleri karşısında eşit olma ilkesine ters düşmüş olur. (...) Herkesi içine alan bir kamu külfeti şeklinde tezahür eden genel nitelikli zararlardan ötürü Devletin sorumlu tutulmasına idare hukuku ilkelerine göre imkan olamayacağından, dayanaktan yoksun görünen tazminat davasının reddine karar verilmiştir.*”¹⁹⁸ Bu karara karşılık AYİM, Türkiye’nin girdiği savaşlarda şehit olanların zararını genel nitelikli bularak tazmin talebini reddetmesine rağmen bölücü terör örgütüyle girilen çatışmalarda şehit veya gazi olanların zararını özel nitelikli bulmaktadır. Karara göre: “*Mahkememizin yerleşik kararları ile herkesi içine alan bir kamu külfeti şeklinde tezahür eden genel nitelikteki zararlardan ötürü Devletin sorumlu tutulmasına idare hukuku ilkelerinin imkan vermediği belirtilerek, Kıbrıs Barış Harekatı sırasında şehit düşen asker kişinin yakınlarına tazminat verilmeyeceği, bunun bir savaş sırasında şehit düşme olayı olduğu, savaş halinin bir mücbir sebep teşkil ettiği, savaşın doğurduğu zararların fertlerin uğradığı bir haksızlık değil bir tabii afet olarak değerlendirilmesi gerektiği, özel ve olağandışı nitelik taşımayan genel nitelikteki zararların Devletçe giderilmesi hâlinde yeni bir eşitsizliğe, kamu faaliyetleri karşısında eşit olma ilkesine aykırılığa yol açacağına hükmedilmiştir.*

¹⁹⁸ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 03.06.1977, E. 1977/13, K. 1977/26.

Davacının yaralanmasına neden olan terör olayı tüm ülkede değil, ülkenin belirli bir kesiminde belirli örgütler tarafından yaratılan bir olay olup; bu tür olayların giderilmesinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin tamamı değil bir kısım özel birlikler ve güvenlik kuvvetleri görevlendirilmiştir. Bu mücadele tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti şeklinde olmadığı gibi, girilen operasyonlar sırasında ya da teröristlerin başvurdukları yöntemler sonucu uğranılan zararlar tüm toplumun katlanmak zorunda olduğu genel bir zarar mesabesinde değildir. Özel ve olağandışı nitelik taşıyan, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre idarece tazmini gereken bir zarardır.

Bu nedenlerle, bölücü eşkıya ile mücadelede görevlendirilen davacının bu kamu hizmetinin ifası sırasında maruz kaldığı zararın, kusursuz sorumluluk ilke ve kuramı çerçevesinde davalı idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”¹⁹⁹ Aynı şekilde; 1995 tarihinde Irak’a yapılan sınır ötesi operasyon ülkemiz sınırlarında gerçekleşen bir niteliği haiz olmamasına rağmen felç olan askere maddi ve manevi tazminat verilmesinin yanı sıra eşe de manevi tazminat ödenmiştir. Çünkü bu olayda da sınır ötesi operasyon sınır dışı olma niteliği nedeniyle savaş hâline benzese de tüm Türk Silahlı Kuvvetleri’nin dahil olduğu bir operasyon değil özel nitelikli ve belirli bir grup askerin yaptığı operasyondur.²⁰⁰

Zararın istisnai olması, zararın özel ve anormal olduğu anlamına gelir. Mevcut, meşru, ekonomik değeri haiz bir zarar aynı zamanda özel nitelikli ve anormal nicelikli olduğu takdirde idare tarafından tazmin edilir.

1.2.4.1.3. İLLİYET BAĞI

Hukukta, gerçekleşen zararlar, sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir.²⁰¹ Hukuka aykırı bir fiil işleyen kimse ancak bu fiilin sebep olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Bir kimseden fiilin sebep olmadığı bir zararın tazmininin istenememesi mantık gereğidir. Şu halde zarar ile fiil arasında mantıklı bir nedensellik (illiyet) bağı bulunmayan bir

¹⁹⁹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 14.04.1993; E. 1992/625, K. 1993/178.

²⁰⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 06.05.1998, E. 1998/255, K. 1998/364.

²⁰¹ Eren, a.g.e., s. 536.

zararın tazmini istenemez.²⁰² Sorumluluk hukukunda ortaya çıkan zarardan dolayı birisinin sorumlu tutulabilmesi için ona atfedilebilen bir tutum ve davranış nedeniyle o zararın ortaya çıktığının kanıtlanması gerekir.

Tutum ve davranış ile zarar arasında illiyet bağının aranması ister kusurlu sorumluluk türü olsun, isterse kusursuz sorumluluk türü olsun her halükarda şarttır. Hukuki sorumlulukta sorumluluğun doğması için; sözleşme dışı sorumluluğa, sözleşme sorumluluğuna ve hatta kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi veya tehlike sorumluluğuna dayanmasının ayrımı yapılmadan her türde illiyet bağının varlığı aranır. Hatta kusursuz sorumluluk türlerinde illiyet bağının varlığının aranması daha önemlidir çünkü bu ihtimalde zarardan sorumlu tutulacak kişinin hukuka aykırı bir fiil işleyip işlemediği veya kusurunun olup olmadığı aranmayacak, illiyet bağının varlığı hâlinde otomatik olarak bu kişi zarardan sorumlu tutulacaktır. Bu yüzden doktrinde kusursuz sorumluluk türünde illiyet bağının önemini belirtmek üzere kusursuz sorumluluğa “sebepl sorumluluğu” da denilmektedir.²⁰³

Bir failin fiilinden dolayı zarardan sorumlu tutulabilmesi için failinin o zararın sebebi olması ve o fiil işlenmeseydi o zararın doğmayacak olması gerekir. Doktrinde geliştirilen şart teorisine göre, bir olayın varlığı, zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan biri mevcut olmadığı takdirde olay meydana gelmemelidir. Eğer o şart gerçekleşmeseydi de aynı sonuç ortaya çıkacak idiyse o şart o zararın sebebi değildir. Şart teorisi uyarınca birkaç tane şart bir araya gelerek bir zararı oluşturmuş ise bu şartların hepsi zarara sebep olan fiil sayılır ve faillerin hepsi bu zarardan sorumlu tutulur. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişi yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumludur.²⁰⁴

Şart teorisine göre, sonucu meydana getiren bütün şartlar birbirine eşittir. Her şart sonucun meydana gelmesi için zorunlu olup, biri mevcut olmadığı takdirde sonuç

²⁰² Oğuzman/Öz, M. Kemal/M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 10. Bası, s. 44.

²⁰³ Eren, a.g.e., s. 537.

²⁰⁴ Eren, a.g.e., s. 539.

meydana gelmez.²⁰⁵ Hal böyle olunca zarar gerçekleşene kadarki süreçte yer alan her olay her değişiklik zararın bir sebebi olarak değerlendirilmektedir. Yani zararın asli ve en büyük sebebi yalnızca bir fiil olsa dahi, eğer gerçekleşmeseydi bu zarar da gerçekleşmezdi denilebilen en küçük etki ve şartlar bile zararın sebebi olarak görülmektedir. Oğuzman/Öz bu konuda şu örneği vermektedir: Yıllık iznini kullanmak için gittiği memleketinde Bay A, Bay B tarafından yaralanıyor. A, yaralanınca tedavi olmak için hastahaneye kaldırılıyor, tedavi gördüğü için asıl ikametgahına gidemiyor ve bir müddet daha memleketinde kalıyor. Tedavi olup, iyileştikten sonra işbaşı yapmak için yola çıkan A, bindiği otobüsün kaza yapması sonucu kör oluyor. Oğuzman/Öz'ün verdiği bu örnekte şart teorisi uyarınca B, en başta A'yı yaralamasaydı bu olaylar silsilesi oluşmayacak ve A kör olmayacaktı. Öyleyse şart teorisine göre B, yalnızca A'yı basit yaralamasından dolayı tedavi masrafları ve otobüs biletinden değil aynı zamanda A'nın kör olmasından da sorumlu olmaktadır.²⁰⁶

Şart teorisine göre sorumluluğun kapsamı makul olmayan bir şekilde genişlediği için doktrinde uygun illiyet bağı teorisi geliştirilmiştir. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir.²⁰⁷ Uygun illiyet bağı teorisine göre sebepler arasından birisi zararın gerçekleşmesinin asıl sebebi olarak görülmekte ve zararın zorunlu şartı olarak görülmektedir. Bu teori uyarınca, idareye atfedilen bir tutum ve davranıştan dolayı idarenin sorumlu tutulabilmesi için bu tutum ve davranış ile zarar arasındaki illiyet bağının dolaylı bir şekilde değil de doğrudan doğruya kurulabildiği takdirde zararı tazmin yükümlülüğü doğar. Yani idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğrudan doğruya değil, sadece dolaylı bir şekilde kaynaklanan zararların tazmininden sorumlu değildir.²⁰⁸ İlliyet bağının doğrudan olması şartını ortaya koyunca, bu sefer de doğrudan zarar kavramıyla karşılaşırız. Zira, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca tam yargı davası açabilmek için idari eylem ve işlemlerden

²⁰⁵ Eren, a.g.e., s. 539.

²⁰⁶ Oğuzman/Öz, a.g.e. Cilt-2, s. 44.

²⁰⁷ Eren, a.g.e., s. 541.

²⁰⁸ Gözler, İdare Hukuku, s. 1320.

dolayı kişisel bir hakkın doğrudan muhtel olması gerekir. Dolayısıyla, doğrudan zarara uğramak tam yargı davası açabilmenin şartı olmaktadır.

Doğrudan zararın gerçekleşmesi için fiil ile arasında doğrudan illiyet bağının olması gerektiği için doğrudan zarar kavramı mahkemelerin ret kararlarına sıklıkla gerekçe yaptıkları kavramlardan biri olmaktadır. Doğrudan zararı tamamen lafzi olarak tanımlamamak gerekmektedir; doğrudan zararın mevcut olması için zarar doğurabilecek fiil ile sonucu arasında bir ilişkinin mevcut olması gerektiği açıktır. Yani maruz kalındığı iddia edilen zarar ile idarenin fiili arasında makul bir illiyet bağı bulunmalıdır.²⁰⁹ Zararın tazmin edilmesi için zarar ile bir kamu hizmeti faaliyeti arasında karşı konulamaz bir nedensellik bağı bulunduğunun gösterilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, uyuşmazlık konusu olan idari işlem veya eylemin hasarın doğrudan doğruya sebebi olması; tamamen rastlantısal bir şekilde aynı sırada olmaması gerekir. Yani aradaki bağ sadece zamansal olarak aynı süreçte gerçekleşmiş olmaları olmamalı, aralarında birbirlerini gerçekleştirme yönünden sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Öyle ki zarar açık şekilde idarenin faaliyetinden doğmuş olmalı ve bu ilişki de akla yatkın olmalıdır.²¹⁰

Kimi zaman idarenin bir tutum ve davranışı bir zarara yol açtıktan sonra bu zarar da başka zararlara yol açmaktadır. Doğmuş olan bir zarar başka bir zarara, bu zarar da başka bir zarara yol açıyorsa; bu zincirleme zararlardan hangisi veya hangileri idarenin mâli sorumluluğuna girer? Doktrinde baskın görüşe göre, zarar silsilesini bir yerde kesmek ve zararı ona göre hesaplamak gerekir. İdarenin sorumluluğunun kısıtlanıp kısıtlanmaması noktasında iki temel yaklaşım vardır. Birinci yaklaşım, doğrudan zarar kavramını geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Buna karşılık 2. görüş doğrudan zararı dar yorumlamaktadır ve idarenin sorumluluğunun yayılmasını, genişlemesini engellemektedir.²¹¹

İdarenin mâli gücünün sınırlı olması ve idarenin sorumluluğunun çok geniş tutularak fazlaca tazminat ödettilmesinin idarenin kamu hizmetlerini sunmasına faydadan çok zarar getireceği göz önüne alındığında doğrudan zarar kavramının

²⁰⁹ Colliard, a.g.e., s. 22.

²¹⁰ Colliard, a.g.e., s. 23.

²¹¹ Colliard, a.g.e., s. 24, 25.

dar yorumunun uygulaması artmıştır. Doğrudan zararın dar yorumunda doğrudanlık kıstası iki şekilde kendini gösterir. Birinci kritere göre sınırlama kronolojik olarak yapılır. Bu kritere göre ilk zarar doğrudan zarardır ve kronolojik olarak sonradan oluşan diğer zararlar dolaylı zarar olmaktadır. İngiliz doktrininde buna “proximate cause” yani yakın sebep denilmektedir. İdarenin fiilinin sebep olduğu en yakın sonuç doğrudan zarar olarak belirlendiği için yalnızca bu zarar tazmin edilmektedir.²¹²

Dar yorumun ikinci uygulanma biçimine göre; ortaya çıkan zararın sebebi olma ile zarara vesile olma hâli arasında bir ayırım yapılmaktadır. Teissier’e göre uyuşmazlık konusu olan idari fiil sadece tesadüfi bir vesile değil, mezkur zararın doğrudan ve asli sebebi olmalıdır.²¹³ Bu ayrıma göre vesile olan fiil bir başka olayın gerçekleşmesine imkan sağlamaktadır ancak o olay gerçekleştiği için mutlak surette o zarar ortaya çıkıyor değildir. Değişen sadece o zararın ortaya çıkması için daha müsait bir ortamın oluşmasıdır. Doğrudan sebep ve tesadüfi vesile ayırımına göre; tesadüfi vesilede idarenin fiili zararın doğrudan ve asli nedeni değildir, sadece basit sebeplerinden birisidir. O zararı doğuran asıl sebep başkadır, diğerleri sadece vesiledir. Vesile bir başka sonucun gerçekleşmesine imkan veren bir fiildir ancak o sonucu mutlak şekilde doğurmak zorunda değildir. Yani vesile aynı şekilde gerçekleşse bile her zaman aynı sonuç ve aynı zarar doğmayabilir.²¹⁴

Doğrudan zarar olan birinci zarar idari fiil sonucu ortaya çıkmıştır. İkinci zarar ise başka etkenler yüzünden de doğabilmektedir ve silsile sonucu ortaya çıkan olayda ise idari fiil ve onun doğurduğu birinci zarar ikinci zarara sadece vesile olmuştur. Öyleyse ikinci zarar idarenin fiilinin aracısız, doğrudan ve kaçınılmaz sonucu olmadığı için doğrudan zarar değildir ve idarenin mâli sorumluluğunu doğurmaz.

²¹² Colliard, a.g.e., s. 26.

²¹³ Teissier, Georges, La Responsabilité de la Puissance Publique, Yayıncı: Paul Dupont, Paris, 1906, Paragraf Numarası: 212, s. 265, (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5463090z/f274.image> Son erişim Tarihi: 14.05.2015).

²¹⁴ Colliard, a.g.e., s. 27.

1.2.4.2. KUSURLU VE KUSURSUZ SORUMLULUK AYRIMI

Tutum ve davranış-zarar-illiyet bağı üçlüsünün yanı sıra zararın kaynağına bağlı olarak idarenin sorumluluk türü de değişmektedir. İdarenin yalnızca kusuru nedeniyle sorumlu tutulduğu durumlarda, tutum ve davranış-zarar-illiyet bağı ilişkisinin yanı sıra hizmet kusurunun varlığı da aranacaktır.

İdare ifa ettiği kamu hizmeti faaliyetleri sırasında hatalar yapabilir, olağanın dışında sonuçlara sebep olabilir. Eğer idare sunduğu hizmeti kötü sunmuşsa, gecikmeli sunmuşsa veya kamu hizmetini hiç sunmamış ise hizmet kusuru işlemiştir.²¹⁵ Genel olarak hizmet kusuru, idarenin üstlendiği bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde görülen bozukluk, eksiklik ve aksaklıkları ifade eder.²¹⁶ Öyleyse idarenin kusurlu sorumluluk türüyle sebep olduğu zararlarda, zararın tazmini için idarenin kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet vermiş olması gerekir. Kusur da idarenin sunmuş olduğu hizmetin niteliğinde aranacaktır.

İdarenin faaliyetlerinin ülke çapında yaygınlığını ve devlet işlerinin yoğunluğunu dikkate aldığımızda idarenin kusurunun olmadığı durumlarda dahi bazı kişilerin zarara uğrama ihtimallerinin var olduğu anlaşılabilir. İdarenin görevini doğru bir şekilde icra etmesine rağmen zararın doğması, bir kamu görevlisinin görevini ifa etmesi sırasında zarara uğraması, idarenin güvenlik faaliyetleriyle bir alakası olmayan insanların zarar görmesi gibi kimi ihtimallerde doğan zararların hakkaniyet gereği idare tarafından tazmin edilmesi gerekir. Böyle durumlarda ortaya çıkan zararlar, zarara uğrayan için o kadar büyüktür ki toplum vicdanı o zararın yalnızca zarar görenin üzerinde bırakılmasını kaldırmaz. İşte bu sebeplerle idarenin kusursuz olmasına rağmen mâli olarak sorumlu tutulduğu zarar halleri vardır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir kararında hükme bağladığı üzere: *“1982 Anayasası'nın değinilen sorumluluk kuralı Mahkememiz ve diğer yargı organları tarafından, idarenin hizmetinde bulunduğu toplum içindeki etkinliği dolayısıyla zarar görenlerle zarar görmeyenler arasında bozulan dengeyi tekrar*

²¹⁵ Duez, a.g.e., s. 27.

²¹⁶ Çıtak, Halim Alperen, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, 1. Baskı, s. 11.

kurabilmek için geniş bir yoruma tâbi tutularak idarenin Anayasa ve Kanunlardan aldığı görevle ve kamusal usullerle yaptığı faaliyetlerden, bu faaliyetlerin içerdiği tesislerden, bunların kurulması ve işletilmesine ilişkin eylemlerden doğan bireysel nitelikli zararların yanında, idare ajanlarının kişisel davranışlarının hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararlarının dahi kimi hallerde idarenin sorumluluğuna yol açabileceğinin kabulü cihetine gidilmektedir. Böylelikle idarenin sorumluluğu bir yandan kusurlu davranış nedenini aşarak kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayan bir genişlik kazanırken, diğer yandan zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişki bulunmadığı bazı hallerde idarenin sorumlu tutulması eylemi de kabul görmektedir. Başka bir ifade ile öğretide ve yargı kararlarında genel kabul görmüş mücbir sebep ve illiyet bağının yokluğu gibi idarenin sorumluluğunu kaldıran hallerin varlığı dışında idarenin asli sorumluluğu kabul edilmektedir.”²¹⁷

İdarenin kusursuz olmasına rağmen, eğer idarenin faaliyeti ile zarar arasında illiyet bağı varsa sorumlu tutulacağı haller idarenin riskli bir faaliyet yürüttüğü haller ile idarenin yürüttüğü faaliyetin özel olarak birine zarar verdiği kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine aykırı düşen hallerdir.²¹⁸ Risk ilkesine göre sorumluluk türü, idarenin yaptığı tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmasını öngörür.²¹⁹ Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan sorumluluk türünde, idarenin kamu yararı ve düzeni maksadıyla yaptığı hizmetler nedeniyle idarenin bir kusuru olmamasına rağmen belirli kişilerin toplumdaki diğer insanların katlanmak zorunda olduğu zararlara karşılık özel ve ciddi bir zarara uğraması halinde idarenin bu zararı tazmin etmesi gerekir.²²⁰

İdarenin sorumlu tutulacağı bütün zarar türlerinde uygun illiyet bağı şarttır. Bununla birlikte kusurlu sorumluluk türlerinde kusurun varlığı aranır ve hizmetin işleyip işlemediği, işlediyse vaktinde olup olmadığı ve iyi işleyip işlemediği incelenir. Buna karşılık kusursuz sorumluluk türünde idarenin faaliyetinin tehlikeli

²¹⁷ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 23.06.1993, E. 1992/605, K. 1993/294, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, sayı: 8, s. 700.

²¹⁸ Çıtak, a.g.e., s. 38.

²¹⁹ Çıtak, a.g.e., s. 38.

²²⁰ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 753.

ve toplum için riskli olup olmadığı, tehlikeli veya riskli olmamasına rağmen yine de zarar doğmuş ise ortaya çıkan zararın o kişi için özel ve anormal olup olmadığı incelenir.

1.2.4.2.1. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

İdarenin mâli sorumluluğu uzunca bir müddet yalnızca idarenin kusurlu tutum ve davranışlarından kaynaklanacak şekilde kabul edilmiştir. 20. yüzyıla kadar idarenin sorumluluğu yalnızca sunulan kamu hizmetinin kusurlu işlemlerinden doğmuştur. Endüstri devriminin ve teknolojinin gelişmesinin yanı sıra devlet aygıtının oldukça genişlemesi nedenleriyle, idarenin faaliyette bulunduğu alanlarda, idarenin kusursuz olmasına rağmen kişilerin zarara uğradığı durumlar sıklaşmıştır.²²¹

İdare yerine getirdiği her faaliyetinden kusurlu olmak kaydıyla sorumludur. Buna karşılık bazı alanlardaki faaliyetlerinden kusursuz olsa dahi sorumlu tutulur. Danıştay bir kararında; *“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetimi esastır. Bu nedenle olayın oluşumu ve zararın niteliği dikkate alınarak, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp, uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.”* hükmüne varmıştır.²²²

Kimi yargı kararlarında “hakkaniyet”, “adalet”, “nesafet” ilkeleri uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesine rağmen esasında idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulduğu haller, idarenin belirli bazı faaliyet sahalarına özgüdür. Bazı yazarlar²²³ idarenin kusursuz sorumluluğunu risk sorumluluğu ve kamu külfetleri karşısında sorumluluk olmak üzere iki başlık altında incelerken; Duran²²⁴, muhataralı faaliyet, sağlıklı işlemlerin ayrık halleri, bayındırlık işleri, kamu görevlerine katılanlar, idarenin baskısı olarak beş başlık altında

²²¹ Atay, a.g.e., s. 738.

²²² Danıştay, 10. D., T. 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266.

²²³ Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, s. 255; Çıtak, a.g.e., s. 38.

²²⁴ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 49.

incelemektedir. Doktrindeki çoğunluk görüşünü esas alarak, kusursuz sorumluluk hallerini risk ilkesi sorumluluğu ve kamu külfetleri karşısında sorumluluk olmak üzere iki başlık altında inceleyebiliriz.

1.2.4.2.1.1. RİSK İLKESİ

Doktrinde muhataralı faaliyet²²⁵, tehlike sorumluluğu²²⁶, hasar kuramı²²⁷ gibi isimler altında incelenen sorumluluk türünü risk ilkesi sorumluluğu adı altında inceleyeceğiz. Bu sorumluluk türüne verilen isimlerden anlaşılacağı üzere, idarenin bazı faaliyetlerinde kullandığı yöntemler ve araçlar tehlikelidir, zarar verme riski barındırmaktadır ve sıklıkla hasarlara sebebiyet vermektedir. İdarenin kullandığı çeşitli silahlar, gemiler, uçaklar ve diğer tehlikeli araçlar; nükleer santral, barajlar, cephanelikler, mayınlı bölgeler halkın canı ve malı için risklidir ve zarar verme potansiyeli barındırır. Zarar riskinin öngörülebilmesine rağmen kendilerinden beklenen fayda sürekli ve oldukça fazla olduğu için idare bu araçları kullanmaktan, bu tesisleri işletmekten vazgeçemez. Bu araçların, tesislerin karışık yapısı kimi zaman nedenleri bilinmeyen, öngörülemeyen ve kişilerin de sınırlı güçleriyle karşı koyamayacakları zararlara sebep olur. İdare, önleyemediği bu zararları yalnızca mağdurların üzerinde bırakmamak için tazmin eder ve bu zararlar yarar sağlayan kamuya yüklenerek zararın topluma yayılması suretiyle etkisinin azaltılması amaçlanır.²²⁸ İdarenin riskli faaliyetlerinden kaynaklanan zararları tazminle yükümlü olması için zararın kamu hizmetlerinin olağan külfetlerini aşan, anormal bir ağırlıkta, istisnai olması gerekir.²²⁹

Risk sorumluluğu, idarenin tehlike barındıran faaliyetlerinden doğabileceği gibi sırf toplumun bir parçası olmak sebebiyle maruz kalınan zararlar nedeniyle de doğabilir.

²²⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 51.

²²⁶ Özgüldür, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 1. Baskı, s. 86.

²²⁷ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 751.

²²⁸ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 51.

²²⁹ Çağlayan, Kusursuz Sorumluluk, s. 257.

1.2.4.2.1.1.1. TEHLİKELİ ALET, SİLAH VE İŞLERDEN DOĞAN SORUMLULUK

İdare hiçbir kusuru olmasa bile, kullanmış olduğu tehlikeli alet, araç ve silahlardan kaynaklanan zararları ve yapmış olduğu tehlikeli işlerden kaynaklanan zararları tazmin etmekle yükümlüdür.²³⁰ Risk sorumluluğu özel hukuktan kamu hukukuna geçmiştir. Özel hukukta bir müteşebbis, teşebbüsünden elde ettiği yararların yanı sıra işletmesinden kaynaklanan zarar ve hasarları ödemekle yükümlüdür. Aynı şekilde idare de yürüttüğü faaliyetlerin yararlarını elde ettiği gibi zararlarından da sorumludur; çünkü nimetler külfetlere tâbidir.²³¹

İdare kullandığı tehlikeli alet, edevat, araç ve silahlardan doğan zararlardan kusursuz olsa dahi sorumlu tutulur. Burada idare ile zarar arasındaki illiyet bağı, idarenin kullandığı kamu malının bizatihi kendisinin tehlike arz etmesi ve sonunda bu tehlikenin gerçekleşerek bir zarara sebep olmasıdır.²³² İdarenin kullandığı tehlikeli araçlar; patlayıcı maddeler, tehlikeli alet ve silahlar, su, gaz, elektrik gibi bayındırlık tesisleri, idarenin gemi, uçak ve kara araçları olarak sınıflandırılmaktadır.²³³

Patlayıcı maddeler ve ateşli silahların sebep olduğu zararlar hizmet kusurunun mevcut olmadığı hallerde kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilir. İdarenin tüm toplumun iç ve dış güvenliğini sağlamak için kullanmak zorunda olduğu silahlar, cephanelikler ve mayınlar kendiliğinden tehlikelidir.²³⁴ AYİM bir kararında konuya açıklık getirmiştir: “*Gerek öğretide gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, özellikle Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından yerine getirilen bazı hizmetlerle, hizmetin ifasında kullanılan silah, top, bomba, mayın gibi araç ve gereçler yapıları gereği hem ilgililer hem de üçüncü kişiler için tehlike arz ederler. Bunların taşıdığı tehlikelerin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edip önceden tedbir alarak önlemek mümkün olamaz, işte bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerle araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl ki bunların sahibine ait oluyor ise,*

²³⁰ Çağlayan, Kusursuz Sorumluluk, s. 256.

²³¹ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 751.

²³² Özgüldür, a.g.e., s. 87.

²³³ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 708, 709.

²³⁴ Atay, a.g.e., s. 741.

doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır, şeklinde ifade edilebilecek olan risk ilkesinin bir gereği olarak davacının uğradığı zararın hizmetin sahibi idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır."²³⁵

İdarenin bazı işleri diğer işlerine göre daha fazla risk içermektedir. Örneğin, yol üzerinde bulunan ve tehlike oluşturan bir kayanın dinamitle patlatılarak, parçalandığı ve böylece yol açma çalışmalarının yapıldığı bir bölgede yer alan bir işyeri sıçrayan kaya parçalarından zarar görmüştür. Bu olay hakkında Danıştay şu kararı vermiştir: "... yol üzerinden geçenler için büyük tehlikeler meydana getiren kayanın ortadan kaldırılması idarenin görevidir. (...) Bu görevin yerine getirilmesi sırasında şahıslara verilen zararın da ödenmesi aynı şekilde idarenin görevidir. (...) İdare hukuku esaslarına göre, burada idarenin herhangi bir kusuru olmasa dahi tehlike nazariyesi gereğince zararın tazmin edilmesi gerekir."²³⁶

İdarenin uçak, gemi, tren gibi savaş ve ulaşım araçlarından kaynaklanan, hizmetin yararlananı durumunda olmayan kişilerin uğradığı zararlar kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilir. Kara taşıtlarında ise sivil ve askeri olmasına göre ayırım yapılır. İdarenin sivil motorlu taşıtlarının 3. kişilere vermiş olduğu zararlar 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 106. maddesi uyarınca adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre hükme bağlanır. Buna karşılık tank, kirpi gibi Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ait savunma araçlarının sebep olduğu zararlar idari yargıda hükme bağlanır. Bu konuda, askeri çıkarma gemisinin battığı ve 38 askerin şehit olduğu bir olay hakkında AYİM şu kararı vermiştir: "(...) Olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu tespit edilmemiş ise de; olayın cereyan tarzına göre illiyet bağının kesilmediği anlaşılmış ve zararın hizmet içerisinden gelmiş olduğu anlaşıldığından, kusursuz sorumluluk kuram ve ilkelerine dayanılarak, davacıların zararlarının karşılanması gerekeceği sonucuna varılmıştır."²³⁷ Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları trenlerinin 3. kişilere verdiği zararlar kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilir. 1971 tarihli kararda TCDD, trenin hareket halindeyken lokomotifin bacasından çıkan ateşin demiryolu kenarındaki tarlayı

²³⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., T. 03.22.1995, E. 1994/175, K. 1995/216; AYİMD, S. 10.

²³⁶ Danıştay, 12. D., T. 28.10.1976, E. 1974/1266, K. 1976/2128, DD. 26-27, s. 538.

²³⁷ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., T. 21.12.1986, E. 1986/92, K. 1986/144.

tutuşturmasından²³⁸, 1984 tarihli kararda da tren seyir halinde iken raylar ile trenin tekerlekleri arasında çıkan kıvılcım sebebiyle demiryolu kenarındaki ormanda yangına sebep olmasından²³⁹ kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur.

1.2.4.2.1.1.2. SOSYAL RİSKLERDEN DOĞAN SORUMLULUK

Sosyal risk ilkesine göre; tabii afetler, toplumun içerisinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırıların yol açtığı zararlarla, savaşlarda sivil halkın uğradığı zararların kusursuz ve masum olan kişiler üzerinde bırakılmayarak, devletin kusursuz olması ihtimalinde dahi devletçe ödenmesi gerekir.²⁴⁰ Sosyal risk sorumluluğu sırf insanların bir arada yaşamaları sonucu karşılaştıkları, kaçınılmaz tehlike hallerinden doğan zararların tazminini sağlar.²⁴¹

Danıştay bir kararında sosyal risk ilkesinin uygulanma şartlarını açıklayıcı bir şekilde incelemiştir: “(...)Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir. Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olayları denilen eylemlerin Devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içerisinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini, böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.”²⁴²

²³⁸ Danıştay, 12. D., T. 30.11.1971, E. 1969/3328, K. 1971/2770.

²³⁹ Danıştay, 10. D., T. 03.02.1984, E. 1982/2662, K. 1984/2024.

²⁴⁰ Akyılmaz, Bahtiyar, Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 1-2, s. 181-208.

²⁴¹ Akyılmaz, a.g.e., s. 182.

²⁴² Danıştay, 10. D., T. 13.10.1993, E. 1992/3372, K. 1993/3777.

Danıştay, kararında sosyal risk ilkesine göre sorumlulukta illiyet bağının aranmayacağını belirtmiştir. Danıştay'ın bu içtihadına göre bütün sorumluluk türlerinde illiyet bağı aranmakta ancak yalnızca kusursuz sorumluluk türlerinden risk ilkesinin bir alt türü olan sosyal risk ilkesine göre sorumlulukta illiyet bağı aranmayacaktır. Bu içtihat doğrultusunda doktrin de sosyal risk ilkesinde illiyet bağının aranmadığı görüşünü serdetmiştir.²⁴³ Buna karşılık, Akyılmaz'a göre; idarenin sosyal olaylardan doğan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için o olayı önleme görevinin olmasına rağmen ya önleyememesi ya da daha büyük zararların ortaya çıkmasına yol açmamak için önlemekten kaçınmış olması gerekmektedir.²⁴⁴ Gözler ise idarenin terörist eylemlerden sorumlu tutulabilmesi için illiyet bağının mevcut olması gerektiği görüşündedir.²⁴⁵

Türkiye'de, ülkenin savaş içerisine girmesi halinde ortaya çıkan zararlar sosyal risk içerisinde değerlendirilmez. Bir AYİM kararına göre: “Mahkememizin yerleşik kararları ile herkesi içine alan bir kamu külfeti şeklinde tezahür eden genel nitelikteki zararlardan ötürü Devletin sorumlu tutulmasına idare hukuku ilkelerinin imkan vermediği belirtilerek, Kıbrıs Barış Harekatı sırasında şehit düşen asker kişinin yakınlarına tazminat verilmeyeceği, bunun bir savaş sırasında şehit düşme olayı olduğu, savaş halinin bir mücbir sebep teşkil ettiği, savaşın doğurduğu zararların fertlerin uğradığı bir haksızlık değil bir tabii afet olarak değerlendirilmesi gerektiği, özel ve olağandışı nitelik taşımayan genel nitelikteki zararların Devletçe giderilmesi hâlinde yeni bir eşitsizliğe, kamu faaliyetleri karşısında eşit olma ilkesine aykırılığa yol açacağına hükmedilmiştir.”²⁴⁶ Türkiye'nin topyekûn olarak savaşa girdiği ve toplumun bir bütün olarak katlanması gereken zararlar tazmin edilmez.

Türkiye'de sosyal risk ilkesinin en çok uygulandığı alan, idarenin terör eylemlerinden doğan sorumluluğudur.²⁴⁷ Danıştay'ın içtihadına göre: “(...) Olayda ölümü herhangi bir kişisel husumete dayanmayan kendi kusuru da bulunmayan

²⁴³ Avcı, Adem, Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2013, 1. Baskı, s. 55; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 719; Çıtak, a.g.e., s. 59, 60.

²⁴⁴ Akyılmaz, a.g.e., s. 182, 183.

²⁴⁵ Gözler, İdare Hukuku Dersler, s. 770.

²⁴⁶ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., 14.04.1993; E. 1992/625, K. 1993/178.

²⁴⁷ Akyılmaz, a.g.e., s. 185.

davacılar murisinin devlete ve ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terörist faaliyetlerin bir sonucu olarak salt köy muhtarı ve toplumun bir bireyi olduğu için öldürüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla uyuşmazlık konusu olayda idarenin bir hizmet kusurunun bulunmadığı saptansa bile, olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde ortaya çıkan olağandışı zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekmektedir."²⁴⁸ Bölücü terör örgütünün verdiği zararlara asker kişinin uğraması halinde görevli yargı yeri AYİM olmaktadır. AYİM, bu hallerde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır. "(...)Teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince zarar olarak kabul edilmiştir."²⁴⁹ Kanımca sivil kişilerin uğradığı terör kaynaklı zararlarda sosyal risk ilkesine; asker kişilerin uğradıkları zararlarda ise kamu görevlilerinin görevleri sırasında uğradıkları zarar olarak mesleki risk ilkesine dayanılarak idarenin sorumluluğu kabul edilmelidir.

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek üzere 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, 27 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanuna göre terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle doğan zararlar tazmin edilir. Mezkur kanunun 7. maddesine göre; terör nedeniyle taşınır ve taşınmaz malların uğradığı hasarlar, vücut bütünlüğüne yönelik zararlar, tedavi ve cenaze masrafları, terörle mücadele faaliyetleri nedeniyle yoksun kalınan maddi zararlar karşılanacak zararlardır.

Türk idare hukukunda eylem, protesto, kitle hareketleri ve taşkınlık gibi hallerden kaynaklanan zararlar hizmet kusuru ilkesine göre idarenin ancak kusurlu olması halinde tazmin edilir. Madımak otelinin yakılması olayında hizmetin geç ve kötü işlenmesine dayanılarak tazminata hükmedilmiştir.²⁵⁰ Bir başka olayda karşıt

²⁴⁸ Danıştay, 10. D., T. 13.10.1993, E. 1992/3372, K. 1993/3777.

²⁴⁹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., T. 17.01.1996, E. 1995/248, K. 1996/27.

²⁵⁰ Danıştay, 10. D., T. 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559.

görüŖlü grupların aniden gelişen taşlı/sopalı kavgasında idarenin kusuru olmadığı gerekçesiyle tazminat talebi reddedilmiştir.²⁵¹ Elbistan'da meydana gelen mezhep ayrılığı sebebiyle çatışmada da ilçe halkının can ve mal güvenliğinin sağlanamaması, hizmet personeli üzerinde denetimin yapılamaması sebepleriyle idare kusurlu bulunmuş ve tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.²⁵²

1.2.4.2.1.1.3. MESLEKİ RİSKLERDEN DOĞAN SORUMLULUK

İdare üstlendiği kamu faaliyetlerini yerine getirirken 3. kişiler çeşitli zararlara uğrayabilir. Kimi zaman ise, idarenin kamu faaliyetinin yerine getirilmesine katılan kamu görevlileri görevlerini yerine getirdikleri sırada ve görevleri sebebiyle zarara uğrayabilirler. Kamu görevlileri ister kamu düzenini sağlamak üzere, ister kamu hizmeti sunmak üzere faaliyet gösterebilirler her halde kamu yararı maksadıyla hareket etmek zorundadırlar. Bu sebeple kamu faaliyetleri de her zaman kamu yararı amacına yönelik olmalıdır. Yürütülen kamu faaliyeti kamunun yararına olmaktadır ve toplum bu kamu görevlerinden yararlanmakta, menfaat elde etmektedirler. Toplumun geri kalanı yürütülen kamu faaliyetinden yarar sağlarken, yararın ortaya çıkmasına katkıda bulunan kamu görevlisinin görevi sebebiyle maruz kaldığı zararlar nimetler ve külfetler dengesini kamu görevlisinin aleyhine bozar. Yürütülen hizmetten faydalanan geniş bir kitleye karşılık kamu görevlisi olağanüstü ve istisnai bir zarara maruz kaldığı takdirde, zararının idare tarafından karşılanması ve zararın topluma yayılması gerekir.²⁵³ Görevi nedeniyle zarara uğrayan kamu görevlisinin zararı, idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi idare tarafından tazmin edilir.²⁵⁴ Doktrinde görev nedeniyle zararların, risk ilkesinin bir yansıması olarak mesleki risk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi önerilmektedir.²⁵⁵

Kamu görevlilerinin görevleri sırasında uğradıkları zararlardan doğan sorumluluk; kamu görevine daimi olarak katılanlar ve geçici olarak katılanlar olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir.

²⁵¹ Danıştay, 12. D., T. 16.10.1980, E. 1979/515, K. 1980/3750.

²⁵² Danıştay, 12. D., T. 21.05.1968, E. 1968/140, K. 1968/1183.

²⁵³ Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, s. 290.

²⁵⁴ Günay, a.g.e., s. 380.

²⁵⁵ Atay, a.g.e., s. 742.

1.2.4.2.1.1.3.1. DAİMİ KAMU GÖREVLİLERİNİN GÖREVLERİ NEDENİYLE DOĞAN SORUMLULUK

20. yüzyıl başlarına kadar sosyal güvenlik sistemi Avrupa’da yerleşmemiştir. Endüstri devriminin yaşandığı bu ülkelerde işçiler tehlikeli işlerde çalışmalarına, iş kazalarına uğramalarına, meslek hastalıklarına tutulmalarına rağmen hayatlarının geri kalanı için sosyal güvenceye sahip değillerdi. Aynı şekilde devlet için çalışan işçiler de gerçek bir sosyal güvenlikten yoksunlardı. Fransız Danıştay’ı 21 Haziran 1895 tarihinde verdiği meşhur Cames kararıyla, idarenin tersanesinde çalışan davacı Cames’in balyozla demir dövdüğü sırada kopan demir parçasının eline gelmesi nedeniyle uğradığı zararı idarenin işaret edilebilir bir kusuru olmamasına rağmen idareye tazmin ettirmiştir. Fransız Danıştay’ı Cames kararıyla hem kusursuz sorumluluğu ilk defa kabul etmiş, hem de kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle uğradıkları zararlar için yargı yoluyla bir sosyal güvenlik sisteminin önünü açmıştır. Danıştay’ın bu kararı üzerine 1898 yılında iş kazalarından soğan zararların idare tarafından tazmin edilmesine ilişkin kanun çıkarılmış daha sonraki süreçteyse sosyal güvence sağlayan kanunlar çıkarılmıştır. 20. yüzyılın başından itibaren sadece devlet personeli için değil tüm işçiler için sosyal sigortalar sisteminin uygulanmaya başlanmasıyla kaza, hastalık, emeklilik gibi konularda yargı yoluna başvurmaya eskisi gibi gerek kalmamıştır. Hal böyle olunca, Fransa’da görev kaynaklı zararlar için açılan davalar sosyal sigorta sistemi tarafından zararlar karşılandığı için reddedilmeye başlamıştır. Fransa’da mesleki kazalar için maddi tazminat davası açabilmek için, talep edilen zararın tazmininin sosyal sigorta sistemi tarafından karşılanmıyor olması gerekmektedir.²⁵⁶

Fransa’da sosyal güvenlik sisteminin öncelenerek, sosyal sigortayla karşılanan zararlar hakkında açılan davaların reddedilmesine karşılık; Türkiye’de “sosyal güvenlik tazminatlarının inhisariliği doktrini” olarak adlandırılan bu içtihat uygulanmamaktadır. Türk Danıştay’ı; kamu görevlilerinin yürüttükleri görevler nedeniyle uğradıkları zararların tazmini talebiyle açtıkları davaların esasına girilmeden reddedilmesini yasaklamaktadır.²⁵⁷ Danıştay’ın içtihadına göre, açılan davanın esasına girilerek zararın hesaplanması, kanunlarca öngörülen ve ödenen

²⁵⁶ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 64.

²⁵⁷ Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, s. 288.

tazminatların hesaplanması ve talep miktarından düşülmesi gerekir. Örneğin Danıştay bir kararında hükmü vermiştir: “Ölenin Emekli Sandığı iştirakçisi olması nedeniyle yakınlarına vazife malullüğü aylığı bağlanması, 5434 sayılı yasada öngörülen koşulların varlığına bağlı olup; ölenin prim ödemek suretiyle kapsamında bulunduğu sosyal sigorta sisteminde, yasa gereği ödenmesi zorunlu olan bu aylıkların idarenin eylem ve işlemleri sonucu uğranılan zararı karşılamak amacı da bulunmamaktadır. Bu itibarla, davacıların gerçek zararı araştırılmaksızın kusursuz sorumluluk esnasından hareketle davalı idarenin tazmin sorumluluğu bulunduğu, ancak uğranıldığı öne sürülen maddi zararın, bağlanan vazife malullüğü aylığı ile karşılandığı gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”²⁵⁸

Danıştay’ın uygulamasına göre; görev sırasında uğranan zararlar sebebiyle dava açılabilir ve davanın esasına girilmeden maddi tazminat talebi reddedilemez. İdari yargı hakimi önüne gelen davada, davacının uğradığı zararın gerçek miktarını tespit etmelidir. Daha sonra Sosyal Güvenlik Kurumu’nun yardım ve ödeneklerini bu miktardan çıkarmalıdır. Bununla birlikte yine Danıştay’a göre, gerçek zarar miktarından Sosyal Güvenlik Kurumu’nca bağlanan emekli aylıkları, iş kazası aylıkları, yardım kampanyaları sonucu toplanan paralar veya özel hukuk kişilerinin yaptıkları yardımlar çıkarılamaz.²⁵⁹ Buradaki mantık açıktır; idare, kendisinin üstlendiği görevi yerine getiren personelinin uğradığı bütün zararları tazmin etmek zorundadır. Emekli aylığı, malullük aylığı gibi aylıklar zarar görene bağlansa bile çoğu zaman zarar gören kişiler organ kaybına uğramış olmakta; kalıcı yara, bere ve yanıklarla yaşamak zorunda kalmaktadırlar. Ortaya çıkan zararın olağanüstülüğü ve anormal ağırlığı karşısında Sosyal Güvenlik Kurumu’nun iş gücü kaybı ve mesleğini devam ettirememeye üzerinden hesapladığı sosyal sigorta ödemesi çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. İşte maddi zarar ile sosyal güvenlik sisteminin yaptığı ödeme arasında kalan bu fark idari yargı organların kararları doğrultusunda idareye tazmin ettirilir. İdarenin bu zararlardan mâli olarak sorumlu tutulmaması ancak, ortaya çıkan zararın gerçek miktarının Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Kanun uyarınca yaptığı ödemelerin miktarına tamamen eşit veya bu miktardan daha az olması ihtimalinde mümkün olur.

²⁵⁸ Danıştay, 10. D., T. 26.10.1995, E. 1995/3321, K. 1995/4995.

²⁵⁹ Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, s. 288.

Kamu görevlileri kavramı, idarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde istihdam ettiği işçileri, memurları ve yükümlüleri kapsar.²⁶⁰ Türkiye’de vatani vazifesini yerine getiren askerler gönüllü veya geçici kamu görevlileri sayılamazlar. Çünkü, 1982 Anayasası’nın 72. maddesine göre “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” Vatan hizmetinin ne şekilde yerine getirilmiş sayılacağını belirleyen 21 Haziran 1927 tarihli 1111 sayılı Askerlik Kanunu ise; “*Askerlik hizmeti Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkek için zorunludur.*” hükmünü getirmektedir. Sonuç olarak bu mevzuat uyarınca vatani hizmet zorunludur ve erkekler vatani hizmetlerini ancak silahlı kuvvetlerde askerlik yaparak yerine getirebilirler.²⁶¹

Türkiye’de özellikle kolluk görevlilerinin görevleri sırasında uğradıkları zararların tazmini için kanunlar çıkarılmıştır. Bu kanunlara göre, nakdi tazminat, konuyla ilişkili kanunlarda belirtilen görevler dolayısıyla ölenlerin varislerine, sakat kalan veya yaralanan personelin kendilerine herhangi bir adli karar gerektirmeden yetkili komisyonlarca idarece karar alınarak yapılan nakdi ödemelerdir. İdare kanun uyarınca kendiliğinden tazminat ödemektedir ve idari yargıya intikal etmeden zararın karşılanması hedeflenmektedir.²⁶² Bu konuya ilişkin şu kanunlar örnek verilebilir; 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2453 sayılı Yurtdışında Görevli Personele Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu, 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun...

1.2.4.2.1.1.3.2. GEÇİCİ OLARAK KAMU GÖREVLERİNE KATILANLARIN GÖREVLERİ NEDENİYLE DOĞAN SORUMLULUK

Kamu faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında kimi zaman vatandaşlardan bazıları bu faaliyetlere gönüllü olarak veya geçici olarak katılabilirler. Kişilerin geçici olarak

²⁶⁰ Debbash, Charles, Droit Administratif, Paris, 6. Baskı, 2002; Aktaran: Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, s. 286.

²⁶¹ Aydın, Muhammed Ali, Türkiye’de Vicdani Ret, İstisna Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, Kış 2011, s. 7 (Online Erişim İçin: <http://goo.gl/k9Udh> Son erişim tarihi: 16.10.2014).

²⁶² Atay, a.g.e., s. 742.

veya gönüllü olarak katıldıkları kamu faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararlar idare tarafından kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilir.

Kamu görevlerine geçici olarak veya gönüllü olarak katılan kişiler idari bir statü içerisinde olmadıkları için sosyal güvenceye sahip değildirler. Bu sebeple Fransa'da da Türkiye'de de bu kişilerin idari faaliyete katkıda bulunurken uğradıkları zararlar idare tarafından idarenin kusuru olmasa dahi tazmin edilir.²⁶³

Kamu görevlerinin ifasına geçici olarak katılanların görev sebebiyle uğradıkları zararların karşılanması için bazı şartların yerine gelmesi gerekir. Kamu görevine geçici olarak katılmanın idarenin talebi üzerine veya kişi tarafından gönüllü katılınması açısından bir fark yoktur. Bununla birlikte, geçici olarak katılan hizmet bir kamu hizmeti olmalıdır. Örneğin yangın söndürme, can kurtarma, yaralıları hastahaneye taşıma, arama-kurtarma faaliyetleri, kolluk faaliyetleri katkıda bulunulabilecek kamu hizmetlerindedir. Bu şarta ek olarak zarar gören kişi kamu faaliyetinin icrasına fiilen katılmış olmalıdır. Olayı seyretmek, kamu görevlileri çalışırken etrafta kalabalık yapmak gibi fiiller kamu faaliyetine katkı sayılmaz. Hizmete katılma niyeti taşınsa bile, kamu faaliyetinin icrasına anlaşılabilir bir katkıda bulunmayan kişi kamu görevinin ifasına katılmış sayılmaz.²⁶⁴

Kamu görevinin ifasına katılanların maruz kaldıkları zararlar ile ilgili bir diğer önemli nokta müterafik kusur meselesidir. Kamu görevine geçici olarak katılan kişinin zararı, o kişi kamu faaliyetine katkı sunmasına rağmen zarara uğraması ve zararın da sosyal güvenlik kapsamında olmaması sebebiyle ödenir. Buna karşılık zarar gören kişi, kamu görevine hiç katkıda bulunmadığı gibi aslında tehlikenin üzerine gidiyorsa, kendisini zarara uğratacak bir durum içerisinde iradesiyle giriyorsa müterafik kusur söz konusu olur ve ona ya hiç tazminat ödenmez ya da ona ödenecek tazminatta indirim yapılır. Örneğin, denizde boğulan kişiyi kurtarmak üzere denize atlayan ve çaba gösterdiği sırada kendisi boğulan kişinin zararının tazmin edilmesi hakkaniyet ve nesafet gereğidir. Buna karşılık yanmakta olan ahşap bir evi itfaiye söndürmeye çalışırken, bu faaliyetleri yakından seyreden

²⁶³ Çıtak, a.g.e., s. 42.

²⁶⁴ Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, s. 300, 301.

kişinin üzerine yanan evden parçalar düşse ve bu kişi yaralansa bu kişinin müterafik kusuru vardır. Aynı şekilde belediye, kanalizasyonun rögar kapağını açmış olduğu bir şekilde çalıştığı sırada, çalışmalarını seyretmek üzere yaklaşan kişi dengesini kaybederek içeri düşerse, burada kendisinin de müterafik kusuru olur. Sonuç olarak, bir kişinin görev nedeniyle zararının karşılanması için, yürütülen faaliyete anlamlı ve makul bir katkı sunmuş olması gerekir, buna karşılık katkı sağlamadığı gibi tehlikenin üzerine giden kişilerin uğradıkları zararlarda müterafik kusur mevcuttur ve bu sebeple ya tazminata hiç hak kazanamayacaklar ya da alacakları tazminat miktarında indirim yapılacaktır.

1.2.4.2.1.2. KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİ

İdare birçok alanda kamu hizmetleri sunar ve idarenin bütün eylem ve işlemlerinin maksadı kamu yararı olmak zorundadır. Sunulan hizmetler istisnalar dışında yalnızca bir kişiye yönelik olmaz, bir topluluğa yönelik olur. İdarenin kamu yararını sağlama, kamu düzenini koruma gibi hukuka uygun amaçlarla yapmış olduğu bazı hizmetler; bünyesinde tehlike barındırmamasına, idarenin bu hizmeti yerine getirirken kusurlu olmamasına ve hatta idarenin tamamen hukuka uygun hareket etmesine rağmen bazı kişilerin özel ve olağanüstü bir ağırlıkta bir zarara uğramasına sebep olabilir.²⁶⁵ Geniş bir topluluk için ve hatta belki de tüm toplumun faydasına olan idari bir görevin yerine getirilmesiyle belirli kişi veya kişilerin zarara uğraması halinde hakkaniyetsiz bir denklem ortaya çıkar. Bir tarafta geniş bir kitle bulunan idari faaliyetten yararlanır ve fayda görürken; öte tarafta belirli kişi veya kişiler özel bir zarara uğramış ve toplumun geri kalanı lehine fedakarlıkta bulunmak zorunda kalmıştır. İşte, genellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik; kimi yazarlarca²⁶⁶ fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak adlandırılan ilke uyarınca idarenin hukuka uygun hizmeti sebebiyle ortaya çıkan özel zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulması kabul edilmiştir. Bu ilke uyarınca, özel kişinin katlanmak zorunda kaldığı kamu külfeti yalnızca onun üzerinde bırakılmamakta, idare tarafından tazminat ödenmek suretiyle tüm topluma yayılmaktadır.

²⁶⁵ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 753.

²⁶⁶ Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2013, 10. Baskı, s. 382.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi genellikle bayındırlık ve tesis faaliyetleri sonucu ortaya çıkan zararlar ile hukuka uygun işlemlerin oluşturduğu zararlar hakkında uygulanmaktadır. Genel, soyut, objektif düzenlemeler yapan kanunların, bireyleri zarara uğratması halinde devletin sorumluluğu Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir.²⁶⁷

1.2.4.2.1.2.1. BAYINDIRLIK VE TESİS FAALİYETLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

İdarenin yapmış olduğu bayındırlık, imar ve ihya gibi faaliyetler ile inşa etmiş olduğu tesisler ve daha sonra bu tesislerin çalıştırılması gibi eylemler büyük kamu yararlarını sağlamakla beraber yakınlarında yaşayanlara ve yakınlardaki taşınmazların maliklerine özel zararlar verebilmektedir.²⁶⁸

Bayındırlık ve imar faaliyetleri ile tesis faaliyetleri tabiatları itibariyle bizatihi kendileri zarar doğurma riski taşıyorlarsa risk sorumluluğu ilkesine gidilir. Buna karşılık, niteliği itibariyle esasen tehlike taşımamasına rağmen kişilerin özel zarara uğramasına sebep olan bayındırlık, imar ve tesis faaliyetlerinden sorumluluk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre kurulur.²⁶⁹

Danıştay kararlarında; yol seviyesinin yükseltilmesi veya azaltılması sonucu doğan zararlar²⁷⁰, yol veya köprü yapımı sonucu çevre binalarda seviye farkı oluşması²⁷¹, taş ocağında dinamitle yapılan çalışmalar sebebiyle yakınlardaki evlerde çatlaklar oluşması²⁷², taş ve kum ocaklarının kaldırdığı toz, toprağın pamuk tarlasına zarar vermesi²⁷³, bir belediyede yer altından geçirilen su tesisatı nedeniyle birinin bahçesindeki ağaçların kuruması²⁷⁴ gibi olaylarda idare kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur.²⁷⁵ Danıştay bir kararında

²⁶⁷ Turhanoglu, Pınar, Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, Eskişehir Barosu Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 9, s. 158.

²⁶⁸ Bardakçı, a.g.e., s. 135

²⁶⁹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 63.

²⁷⁰ Danıştay, Dava Daireleri Kurulu, T. 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108.

²⁷¹ Danıştay, 12. D., T. 31.05.1966, E. 1966/738, K. 1966/2049.

²⁷² Danıştay, 12. D., T. 14.10.1969, E. 1968/2332, K. 1969/1631.

²⁷³ Danıştay, 12. D., T. 12.02.1972, E. 1969/2561, K. 1972/416.

²⁷⁴ Danıştay, 12. D., T. 09.06.1969, E. 1967/420, K. 1969/1345.

²⁷⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 59, 60.

şu gerekçelendirmeyi yapmıştır: “(...) yol, köprü gibi bayındırlık işlerinin yapılması sonunda meydana gelen tesis, eser ve yapılar kamunun faydalanmasına açık bırakıldığına göre bunlar topluluğun yararlandığı birer iktisap teşkil etmektedirler. Bu hale göre, fertlerin bu yüzden uğradığı zararlar, topluluğun lehine katlanılmış bir fedakarlık niteliğinde olduğu cihetle, kamu yükümlülüğü karşısında eşitlik sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları karşılamak hakkaniyet ve nesafet kurallarının bir gereğidir.”²⁷⁶ Zarar gören kişilerin karşılaştıkları fedakarlığa katlanmalarının beklenememesi için uğradıkları zararların özel ve anormal ağırlıkta bir zarar olması gerekir. Örneğin tramvay yolu yapılması sebebiyle kaldırımın 30 santimetre daralması anormal bir zarar olarak kabul edilmemiştir.²⁷⁷ Aynı şekilde karayolundaki küçük çaplı çukur ve tümsekler de idarenin sorumluluğunu doğuran bir sebep olarak görülmemiştir.²⁷⁸

Danıştay’ın kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi hakkında karar verme fırsatı bulunduğu bir olay, İstanbul’un Asya ve Avrupa yakalarını denizaltından tünelle bağlayan Marmaray çalışmalarının devam ettiği süreçte esnafın zararları hakkındadır. Danıştay şu kararı vermiştir: “Davacı tarafından, idarece alınan önlemlerden dolayı müşteri kaybının olmuş olabileceği, kazı sırasında çıkan toz nedeniyle temizlik giderlerinin arttığı, caddenin araç trafiğine kapatılması nedeniyle hammaliye giderinin olduğu, bu durumun 2008 Yılı Aralık ayı sonuna kadar devam edeceği iddia edilerek doğmuş ve ileride doğacak maddi zararının tazmini istemiyle dava açılmış ise de, uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin veya katlanılan sıkıntının cadde üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle davacı tarafından uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin, diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağandışı bir nitelikte olmadığı, aksi yönde bir iddia veya bir bilgi ve belgenin de bulunmadığı, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini ihlal edecek nitelikte ve ağırlıkta bir zararın davacı yönünden gerçekleşmediği dikkate alındığında, maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk

²⁷⁶ Danıştay, 12. D., T. 15.09.1971, E. 1968/801, K. 1971/1889.

²⁷⁷ Conseil D’Etat, 20.04.1921, Dame Lambert-Desmazures, R. P. 379., Aktaran: Colliard, a.g.e., s. 82.

²⁷⁸ Odent, R., Contentieux Administratif, Cours 1965-1966, Paris, 1966, Fasc. III, s. 876-1055; Aktaran: Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 63.

bulunmamaktadır."²⁷⁹ Kanımca mezkur uyuşmazlıkta, idare ile arasındaki protokole aykırı olarak bariyeri genişleten işletme sahibinin sebep olduğu zarar yönünden idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle idarenin sorumluluğu kabul edilmeliydi. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılarak istenilen tazminat yönünde bakarsak; esnafın maruz kaldığı zarar özel olmayıp, Söğütluçeşme-Yenikapı güzergahında çalışmanın sürdüğü her yerdeki esnaf bu zarara uğramaktadır, yani geneldir. Bunun yanı sıra, anlaşıldığı kadarıyla hizmet kusuruna dayanılarak talep edilen zararın yanında kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılarak talep edilen zarar, maruz kalan yönünden olağanüstü, anormal değildir ve kendisinden katlanması beklenebilecek bir miktardadır. Bu sebeplerle, kanımca 1. derece mahkemesinin kararı onaylanmalı ve hizmet kusuru yönünden tazminata, kamu külfetleri karşısında eşitlik yönünden tazminat talebinin reddine karar verilmeliydi.

1.2.4.2.1.2.2. HUKUKA UYGUN İŞLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUK

İdare, hukuka aykırı işlemleriyle bir zarara sebep olduğunda hizmet kusuru ilkesine göre sorumluluğuna gidilir. Zira ortada hukuka aykırı bir durum vardır. Ancak idare, kimi zaman hukuka uygun işlemleriyle de kişilere zarar verebilir. İdarenin hukuka uygun işlemleriyle belirli kişilere özel olarak zarar vermesi durumunda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilir.²⁸⁰

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin en yaygın uygulama alanı kamulaştırma'dır. Kamulaştırma, idarenin kamu yararının gerektirdiği hallerde karşılığını peşin olarak ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın tamamına veya bir kısmına el koymasındır. Dolayısıyla, kamu yararı amacıyla idarenin mülkiyetine el koyduğu kişi taşınmazına el atılmasına katlanmak zorunda kalmakta ve özel bir zarara uğramaktadır. Buna karşılık idarenin taşınmazın gerçek bedelini ödemesiyle katlanmak zorunda kaldığı fedakarlık denkleştirilmektedir.²⁸¹

²⁷⁹ Danıştay, 10. D., T. 16.03.2012, E. 2008/188, K. 2012/934.

²⁸⁰ Çıtak, a.g.e., s. 45.

²⁸¹ Günday, a.g.e., s. 383.

Hukuka uygun işlemlerle özel zarara uğratılma vakaları genellikle imar planları veya parselasyon planlarının yapılması, değiştirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar imar planları ve parselasyon planları genel düzenleyici işlem türünde idari işlemler olsalar da, bunlara dayanılarak birel ve öznel inşaat ruhsatlarının verilmesi, geri alınması, inşaatın durdurulması veya yıktırılması mümkün olmaktadır. İmar planlarında öngörülen kullanım şekline göre bir taşınmaz maliki taşınmazını istediği şekilde değil ancak planda öngörülen şekilde kullanabilmektedir.²⁸² Bir taşınmaz tarım alanı olarak öngörülmüş olabileceği gibi imara da açılmış olabilir. İşte bu tür durumlarda idarenin yapmış olduğu imar planı hukuka uygun olmasına rağmen idarenin mâli sorumluluğunun söz konusu olabileceği durumlar olabilir. Örneğin, yeşil sahaya ayrılan yerin, imar planı değiştirilerek inşaat sahasına sokulması ile zarar gören bitişik blok apartmanın sahiplerinin açtığı iptal davası hakkında Danıştay, “2 numaralı parsel üzerine bina imar planına uygun olarak verilen ruhsatnameye dayanılarak tesis edilmiş bulunduğundan yıktırılması hakkındaki talebin kabulüne imkan olmadığı” gerekçesiyle imar planının iptal talebini reddettiği halde, “idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu Anayasanın 114’üncü maddesi gereğidir, davacıların bina değerlerindeki azalmadan mütevellit ve İstanbul Belediyesinin işlemlerinden ileri geldiği anlaşılan zararının Anayasanın 114’üncü maddesi gereğince tazmini icap eder.” diyerek idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiş ve tazminata mahkum etmiştir.²⁸³

İdarenin hukuka uygun işlemlerinden kusursuz olarak sorumlu tutulacağı haller kamulaştırma ve imar hukukuyla sınırlı değildir. İdarenin hukuka uygun idari işleminin belirli bir kişi veya kişilerde özel, istisnai, anormal bir zarar doğurması halinde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğu doğar.

²⁸² Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 57.

²⁸³ Danıştay, 6. D., T. 13.07.1965, E. 1964/4379, K. 1965/1953; Aktaran: Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 56.

BÖLÜM 2

İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

2.1. HİZMET KUSURU KAVRAMI

Özel hukukta da kamu hukukunda da kusura dayanan sorumluluk esas, kusursuz sorumluluk tamamlayıcıdır. Özel hukukta bir özel hukuk kişisi kusuruyla zarara sebebiyet verdiği takdirde sorumlu tutulur, ancak kendisinin sorumluluğunu ortadan kaldıracak kanuni şartlar var ise sorumluluktan kurtulur. İdare hukukunda da, idare asıl olarak kusuru sebebiyle mâli olarak sorumlu tutulur. Bunun dışında idare istisnai olarak; kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca, risk ilkesi uyarınca ve kamu faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin zararlarının karşılanması amacıyla sorumlu tutulur. Buna karşılık idarenin kusurlu bir tutum ve davranışı nedeniyle zarar doğmuşsa idarenin o zararı ödemesi gerekir meğerki mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu kalkmış olmasın.

Alman, İsviçre ve Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da kusursuz sorumluluk istisnai, kusur sorumluluğu ise kuraldır.²⁸⁴ Özel hukuk sorumluluğu gerçek kişiler için öteden beri kabul edilmesine rağmen idarenin, tutum ve davranışlarıyla sebep olduğu zararları tazmin etmesi yükümlülüğü daha sonra içtihatlarla kabul edilmiştir. Fransa'da devletin mâli sorumluluğunun başlangıcı olarak 1873 tarihinde hükme bağlanan Blanco, Pelletier ve Blanco davaları gösterilmektedir. Bu mahkeme kararlarıyla beraber Fransa'da idarenin sorumluluğuna dair uyuşmazlıkların zarar gören vatandaşlar lehine karara bağlanabildiği bir dönem başlamıştır.²⁸⁵ Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde idari yargı niteliğinde mahkemeler mevcut değildi. Yargılama görevini yürüten kadılar ise aynı zamanda bugünkü belediyelerin görevleri arasında yer alan çarşı,

²⁸⁴ Anayurt, Ömer, Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989, s. 40.

²⁸⁵ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 48.

pazar denetleme gibi görevleri de ifa etmekteydi.²⁸⁶ Kadılar buldukları vilayetlerde halkın her türlü istek ve şikayetini dinler ve önemli olanlarını divana arz ederdi.²⁸⁷ Böylece Fransa’da idari yargının ilk ortaya çıktığı dönemde mevcut olan sistemin bir benzeri işlemiş olmaktadır. Divan, devlet aleyhindeki istek ve şikâyet hakkında kendisi karar vermektedir. 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı’nda yenilikler getirilmiş olmasına rağmen uygulamada pek bir değişiklik olmamıştır. 1868 yılında Fransız Conseil D’Etat’sının muadili olarak Şura-yı Devlet kurulmuştur. Şura-yı Devlet’i kuran nizamnamenin 2. maddesine göre şahıslar ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmeye Şura-yı Devlet yetkili kılınmıştır. Ancak henüz 8 sene geçtikten sonra ilan edilen Kanun-u Esasi’nin 85. maddesi “Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiye aittir.” hükmünü getirerek idare ile şahıslar arasında çıkan uyuşmazlıklara bakmaya yetkili mahkemelerin genel yetkili adli yargı mahkemelerinin olacağını hükme bağlamıştır. 1924 Anayasası idare davalarına bakma ve idari uyuşmazlıkları çözmeye görevini Şura-yı Devlet’e vermiştir. 1925 tarihli, 669 sayılı Şura-yı Devlet Kanunu ile tam yargı davaları kanunen bir dayanak bulmuştur. Bu tarihten itibaren de Türkiye’de idarenin mâli sorumluluğu açık şekilde kabul edilmiş ve bu uyuşmazlıkları bakmaya yetkili yargı kolunun idari yargı olduğu anayasal düzeyde hükme bağlanmıştır.²⁸⁸

Monarşik düzenlerden meşruti monarşilere geçildiği 1. Anayasa dalgası olarak adlandırılan dönemde vatandaşların devlete karşı bir takım haklara sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu süreçte, devletin ve dolayısıyla idarenin sorumluluğu hiçbir şekilde kabul edilmez iken öncelikle idarenin kusurlu tutum ve davranışıyla sebep olduğu zararları tazmin etmesi kabul edilmiştir. Özel hukuk sorumluluğundan etkilenilerek kusurlu sorumlulukla idarenin sorumluluğu başlamasına rağmen yine içtihat yoluyla idarenin kusursuz sorumluluğu da kabul edilmeye başlanmıştır. Öte yandan, idarenin kusurlu sorumluluğu birebir özel hukuktaki kusurlu sorumluluk türleriyle örtüşmez. Çünkü özel hukukta zarardan sorumlu tutulan belirli bir özel hukuk kişisidir; belirli bir fiille bir zarara sebep olmuştur ve o fiil kusurludur. Bu

²⁸⁶ Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2013, 11. Baskı, s. 82.

²⁸⁷ Dinler, Veysel, Osmanlı Devleti’nin İdari Yapısı, s. 35, 36; (Online Erişim: http://www.veyseldinler.com/YuklenenDosyalar/OSMANLI_DEVLETI_IDARI_YAPISI.pdf Son erişim tarihi: 14.05.2015)

²⁸⁸ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 53, 54, 55.

noktada özel hukuk kişinin kusurunda kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi öznel etkenler dikkate alınır. Buna karşılık idare hukukundaki kusurlu sorumlulukta kusur nesnel olarak araştırılır. İdarenin yüklendiği görevi ne şekilde yerine getirdiği veya getirmediği araştırılır ancak illaki belirli olarak bir kamu görevlisinin tespit edilip, o kişinin kasıt, ihmal veya tedbirsizlik nedeniyle kusurlu bir fiilde bulunduğu tespit gereklidir. İdare bir tüzel kişilik olmasına ve esasında üstlenilen kamu hizmetlerini ve görevlerini yerine getiren kişilerin o idarede çalışan kamu görevlileri olmasına rağmen; vatandaşın uğradığı zararın tazmin edilmesi için özel olarak zarara şahsen sebep olan kamu görevlisinin tespiti gerekmemektedir. İdarenin kendisinden beklenen sonucu gerçekleştirememesi hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir.²⁸⁹

Hizmetin kurulmasından ve yürütülmesinden doğan kusur, idarenin kusura dayanan sorumluluğunun koşulu olarak kabul edilmiştir. İdari sorumluluk nedeni olarak kusur, idarenin kuruluşundan ya da işleyişinden doğan nesnel nitelikli bir aksaklık, zafiyet veya bozukluktur.²⁹⁰ Danıştay hizmet kusurunu ve kusura yol açan halleri şöyle açıklamıştır: “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”²⁹¹ İdarenin üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yerine getirememesi, kamu düzenini koruyamaması, kamu düzeni bozulduğunda ise kamu düzenini bozan durumu bastıramaması idarenin hizmet kusurunun mevcudiyetini gösterir. İlgililer açısından önemli olan husus hizmet kusuruna kimin sebep olduğu değildir. Bir kişiyi ilgili yapan husus, o kamu hizmetinin kendisine kanunlara ve kamu hizmeti ilkelerine uygun bir şekilde sunulup sunulmamasıdır. Kamu düzeni açısından da vatandaşlar huzurlu ve güvenli bir çevrede yaşayıp yaşayamamaları konusunda ilgilidirler. Öyleyse hizmet kusurunun idari yargı organları tarafından tespitinde kamu hizmetinin sunulması ve kamu düzeninin korunması açısından nesnel ve objektif bir değerlendirme ölçütünün kullanılması gerekir. İdari yargı, kanunların yüklediği

²⁸⁹ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 249.

²⁹⁰ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 250.

²⁹¹ Danıştay, 10. D., T. 19.06.2007, E. 2007/13815, K. 2007/3442.

görevler ve kamu hizmeti ilkeleri açısından idarenin faaliyetlerini denetlemelidir. İdarenin herhangi bir tutum ve davranışı kanunen olması gerekenin dışında gerçekleşmiş ve zarara sebep olmuş ise idarenin mâli sorumluluğu doğacaktır. Zira idare, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü kılınmıştır. Mezkur Anayasa hükmü uyarınca, zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasında bağlantı kurulabilmesinin gerekmesine karşılık, doğrudan kusurlu hareketi yapan personelin tespiti gerekli görülmemiştir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle tazminat talep edebilmek için zarara sebebiyet veren kusurlu hareketin kişisel olarak hangi kamu görevlisinin görevi alanında gerçekleştiğini ortaya koymak gerekmez. Kişisel hakkı doğrudan muhtel olan kişi yalnızca zararı ile idarenin kusurlu faaliyeti arasında bağlantı kurulmalıdır. Zararın tazmin edilebilmesi için hizmet kusurunun varlığının arandığı bir durum var ise de zarar gören yalnızca nesnel olarak idarenin faaliyetinin kusurlu olarak gerçekleştiğini ortaya koymalıdır. Öte yandan, idare, zarar görene ödemiş olduğu tazminat miktarı kadar kamu görevlisine rücu etme yoluna başvurursa kişinin doğrudan kusurunu ispatlamalıdır. Bu kusur da gerçek kişilerin kusuru olduğundan duruma göre ihmal, dikkatsizlik, denetimsizlik, hareketsizlik gibi durumlar olmaktadır.

Hizmet kusuru tüm ahlaki yargılardan bağımsız olarak, bir idarenin tutum ve davranışının, kendisine yüklenilen görevler ve faaliyet alanını çizen kurallara uygunluğu yönünden değerlendirilir. Hakim, idarenin uyması gereken kayıt ve şartları inceledikten sonra idarenin bu kayıt ve şartlara ne yönlerden aykırı davrandığını tespit eder. Herhangi bir aykırılık tespit edilirse hizmet kusurunun varlığı tespit edilmiş olur. Kusuru doğuran fiili ika eden kamu görevlisi şahsen tespit edilebilecek dahi olsa, hizmet kusuru olgusunun varlığının tespiti için buna ihtiyaç duyulmaz. Bu sebeple idarenin hizmet kusurunun objektif bir kusur araştırılmasıyla ortaya çıkarıldığı kabul edilir. Hizmet kusurunun hangi noktada, hangi idari makamda ortaya çıktığını belirlemeye gerek olmaz, idarenin kanun uyarınca ulaşması gereken sonuç dışında bir sonuca ulaşması hizmet kusuru olarak değerlendirilir.²⁹² Örneğin, bir sokağın asfaltında çukur oluşmuşsa ve belediye bu

²⁹² Darcy, a.g.e., s. 66.

çukuru talebe rağmen kapatmıyor ise kilitlenmenin nerede olduğunun tespitine gerek olmaz. Belediyenin hareketsiz kalmasında sebep, dilekçeleri değerlendiren bölümün haber vermemesi, tamir ve bakım işleriyle görevli bölümün çukurun kendisine bildirilmesine rağmen harekete geçmemesi veya talimat gelmesine rağmen görevli işçilerin alana gidip çukuru doldurmaması olabilir. Bu ihtimallerde aksaklığın yaşandığı idari birim değişse de netice değişmemekte, vatandaş açısından zarar hasıl olmaktadır. İşte hizmet kusurunda idareden beklenen son neticenin gerçekleşmemesi hizmet kusuru olmakta, idari faaliyetin gerçekleşmesinde idari işler zincirinin neresinde aksama olduğunun kanıtlanmasına gerek olmamaktadır.

2.2. HİZMET KUSURUNUN ÖZELLİKLERİ

İdarenin mâli olarak sorumluluğunun doğabilmesi mevcut zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. İdarenin kusursuz sorumluluk türlerinde idarenin kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Buna karşılık idarenin hizmet kusuruyla sorumlu tutulacağı hallerde idarenin faaliyeti kusurlu mu kusursuz mu yürüttüğü araştırılır. Hizmet kusuru sorumluluğu, hizmet kusurunda idarenin işlem ve eylemlerinde kusur bulunup bulunmadığının araştırılması nedeniyle kusursuz sorumluluk türlerinden; idarenin hizmet kusuru yönüyle mâli olarak sorumlu tutulacağı yargı kolunun idari yargı olması ve idare hukuku ilkeleriyle bağlı olması yönleriyle de özel hukuk sorumluluğundan ayrılır. Bu sebeplerle hizmet kusurunun kendine has bazı özellikleri vardır.

Hizmet kusurunun özelliklerini şu sırayla inceleyeceğiz.²⁹³

- 1) Bağımsız Oluşu
- 2) Asli Sorumluluk Türü Oluşu
- 3) Anonim Oluşu
- 4) Genel Oluşu
- 5) Somut Olaya Göre Değerlendirilmesi

²⁹³ Duez, a.g.e., s. 18-25.

2.2.1. BAĞIMSIZ OLUŞU

İdarenin sorumluluğunun bağımsız olması hem kusursuz sorumluluk türlerinin hem de hizmet kusuru sorumluluğunun özelliğidir. İdarenin sorumluluğu, Medeni Hukuktaki akide dayanan ve haksız fiil sorumluluk türlerinden ve onlara uygulanan hukuk kurallarından ayrıdır. İdarenin herhangi bir zararı tazmin etmesini ifade eden mâli sorumluluğu idare hukuku kurallarına dayanan, müstakil bir sorumluluk türüdür. Hizmet kusuruna dayanan sorumluluk türü idare hukukuna münhasır, özgün ve özel hukuktan ayrı bir sorumluluk türüdür. Ayrı olmasının yanı sıra özel hukuktaki haksız fiil hükümlerinin idare hukukuna uyarlanmasıyla oluşturulmuş bir sorumluluk türü de değildir.²⁹⁴ İdare hukukundaki “hizmet kusuru” kavramı özel hukuktaki haksız fiildeki kusur hükümlerine göre incelenmez. İncelenen kusur idare hukuku ilkelerine göre bir eksikliği ifade eder.²⁹⁵

İdarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunun özel hukuktaki haksız fiil hükümlerinden hangi yönlerden ayrıldığını ve niçin özgün bir hukuki rejim olduğunu anlamak için öncelikle Borçlar Kanunu hükümlerini incelemek gerekir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 1. fıkrası “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*” hükmünü getirmektedir. Borçlar Kanunu’nun 49. maddesine göre de “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Mezkur hükümler uyarınca, zarar gören kişi zararını özel hukuka göre tazmin ettirebilmek için kusurlu, hukuka aykırı veya ahlaka aykırı bir fiilin mevcudiyetini ispatlamalıdır. Bunun yanı sıra 50. maddeye göre zarar verenin kusuru ispat edilmelidir. Yani tazminle sorumlu tutulacak kişinin şahsen tespit edilmesi gerekmektedir.

²⁹⁴ Duez, a.g.e., s. 18.

²⁹⁵ Anayurt, a.g.e., s. 48.

İdarenin kamu görevlilerinin fiillerinden sorumluluğu Borçlar Hukukundaki adam çalıştırmanın sorumluluğuyla karşılaştırılmaktadır.²⁹⁶ Borçlar Kanunu'na göre adam çalıştırmanın sorumlu tutulmasının nedenlerinden biri adam çalıştırmanın çalıştırılanı seçerken özenli davranmaması, işi yapmaya ehil olmayan kişinin çalıştırılmasıdır. Fransız Danıştay ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre, özel hukuktaki kusura dayanan sorumluluk ilkesini idarelerin sorumluluğuna uygulamak ve bir takım kurtuluş beyineleri öngörmek uygun görülmemiştir. İdare hukukunda idare, kamu görevlisini iyi seçemediği için sorumlu olmamaktadır. İdare sunduğu kamu hizmeti gereği gibi işlemediği için sorumlu olmaktadır.²⁹⁷ Öte yandan adam çalıştırmanın sorumluluğu çalıştırılanın zarara sebebiyet veren davranışı sebebiyle dolaylı bir sorumluluk olmasına rağmen idare hizmet kusurundan doğrudan sorumludur.²⁹⁸ Borçlar Kanunu'nca düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırın çalıştırdığı işçinin hukuka aykırı, kusurlu veya ahlaka aykırı bir fiiliyle sebep olduğu zarardan dolaylı olarak sorumluluk vardır. Bunun yanı sıra, adam çalıştırın eğer işçiyi o işe uygun kişiler arasından seçmişse; gerekli eğitimi vermiş, onları bilgilendirmişse ve daha sonra da takibini yapıp, gözetim yükümlülüğünü ihmal etmemişse adam çalıştırın kişi bu dolaylı sorumluluktan da kurtulabilir. Bu özel hukuk rejimine karşılık idare hukukuna dayanan hizmet kusurunda esaslı farklılıklar vardır. Öncelikle hizmet kusuruna dayanan sorumlulukta zarar görenin hangi kamu görevlisinin fiili nedeniyle zarara uğradığının tespit edilmesine gerek yoktur. İdari yargıya tâbi olan bir tazminat davasında sorumluluk türü hizmet kusuru ise, zarar gören idarenin yürüttüğü faaliyetin kusurlu işlediğini ileri sürecektir. Hizmetin gereği gibi

²⁹⁶ Borçlar Kanunu 66. madde: “Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışanına, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

²⁹⁷ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 250.

²⁹⁸ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 251.

işlemediğini kanıtlayabilmek için kamu hizmeti ilkelerine dayanmak gerekir. Kamu hizmeti ilkeleri olarak devamlılık ilkesine göre hizmet kesintisiz ve gerekli yoğunlukta sunulmalıdır. Değişebilirlik (Uyarlanabilirlik) ilkesine göre sunulan kamu hizmeti en son teknolojik gelişmeler de dikkate alınarak o hizmetin en iyi şekilde sunulması gerekmektedir. O hizmetin sunulmasında yeni araç ve gereçler hizmetin kalitesini artırıyor ise idare de sunduğu hizmetin kalitesini artırmalıdır. Kişiler hizmetten yararlanmada eşittirler ve idare hizmeti sunarken tarafsız davranmalı; din, mezhep gibi ayrımlara girmeden laiklik ilkesine göre hizmeti her türlü dinsel inanç mensubuna eşit bir şekilde sunmalıdır.²⁹⁹ Eğer idare, görevli olduğu kamu hizmetini kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak, gereği gibi sunmadığı takdirde hizmet kusuru işlemiş olur. Bu durumda da oluşan zararlardan mâli olarak sorumlu olur. Bu aşamada zarar görenin zarar doğuran fiili ika eden kamu görevlisini şahsen tespit etmesine gerek olmaz, nesnel olarak faaliyetin sorunlu olduğunu ispat etmesi yeterlidir. İkinci olarak, hizmet kusurunda idarenin yönetici pozisyonunda olan amirleri zarara sebep olan kamu görevlileri üzerinde gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirdiklerini ispat etmeleri de ehemmiyet taşımaz. Çünkü idare hukukundaki hizmet kusurunda idare için kamu görevlileri üzerinde denetim ve gözetimin yapıldığından bahisle sorumluluktan kurtulma beyyinesi mevcut değildir. İdare kendi iç mekanizmasındaki işleyişle ilgili deliller getirmek yerine zarar görene o hizmetin kusurlu verilmediğini dışsal yönden kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulur. Çünkü hizmet kusurundaki asıl mesele idarenin vatandaşa yönelik görevi ne şekilde yerine getirdiği ve vatandaşın da bu hizmetlerden ne seviyede yararlandığıdır.

1 Şubat 1873 tarihli meşhur Blanco kararıyla Fransa’da idarenin sorumluluğunun tâbi olduğu hukuki rejimin özel hukuk alanından ayrı bir otonom alan olduğu kabul edilmiş ve o tarihten beri bu içtihat uyarınca hukuk uygulaması yerleşmiştir. Blanco kararına konu olan olayda tütün idaresinin araçlarıyla davacının kızı yaralanmıştı. Mahkeme kararında özel kişiler arasında uygulanan özel hukuk hükümlerini uygulamamış ve kamu hizmetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin verdikleri zararlardan dolayı devletin sorumluluğunun Medeni Hukuk prensiplerine bağlı olmadığı kabul edilmiştir. Karara göre idari sorumluluk genel,

²⁹⁹ Zabunoğlu, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt-1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 516, 517, 518.

garanti kapsamı kadar geniş olmayan, mutlak olmayan, ancak her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gereken özel kurallara bağlıdır.³⁰⁰

Örnek kabilinden incelediğimiz, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu ile idare hukukundaki hizmet kusuruna dayanan sorumluluk türleri arasındaki farklardan görüleceği üzere idare hukukundaki hizmet kusuruna dayanan sorumluluk başlı başına ayrı bir hukuki rejimin konusu olmaktadır. Somut olaylarda hizmet kusurunun mevcut olup olmadığı incelenirken Borçlar Kanunu'ndan kıyas yapılmasına gerek kalmamaktadır. Her somut olayla ilgili mevzuat hükümleri, o hizmetin o dönemdeki standartları, kamu hizmeti ilkeleri ve içtihatlar belirleyici rol oynayacaktır.

2.2.2. ASLİ SORUMLULUK TÜRÜ OLUŞU

İdarenin idare hukukuna dayanan sorumluluğu özel hukuk sorumluluğundan bağımsızdır. İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğu ise idarenin kusursuz sorumluluğu türlerinden önce gelir. İdarenin bir zarardan sorumlu olması için esas olarak kusurunun var olması şartı aranır. Ancak istisnai hallerde idarenin kusursuz olsa dahi sorumlu tutulması söz konusu olur. Danıştay bir kararında şu sonuca varmıştır: *“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetimi esastır. Bu nedenle olayın oluşumu ve zararın niteliği dikkate alınarak, idarenin hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp, uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.”*³⁰¹ Görüleceği üzere Danıştay'ın içtihadına göre idarenin hizmet kusurunun mevcut olduğu her halde zarar var ise idarenin mâli sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Buna karşılık idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedileceği haller istisnai ve sınırlıdır. Bu sebeple, idarenin hizmet kusuru idarenin sorumlu tutulduğu asli hâl olmaktadır.

³⁰⁰ Duez, a.g.e., s. 19.

³⁰¹ Danıştay, 10. D., T. 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266.

İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunun asli sorumluluk türü olması aynı zamanda idare, kamu görevlisi ve zarara uğrayan kişinin arasındaki ilişkiyi de belirler. Özel hukuktaki adam çalıştırmanın, çalışanın fiiliyle sebep olduğu zararlardan objektif olarak sorumlu tutulduğu hukuki rejimde zarara uğrayan kişinin çalışanın kusurlu fiilini kanıtlaması gerekmektedir. Zarar gören, çalışanın kusurlu fiiliyle zarara uğradığını kanıtladıktan sonra çalışan kişinin, adam çalıştırmanın yanında çalıştığını ve zararın o iş çerçevesinde meydana geldiği hususuna dayanarak doğrudan adam çalıştırana dava açabilmektedir. İdarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunda, zarara uğrayan kişi zarara sebep olan kamu görevlisini şahsen tespit etmek mecburiyetinde değildir, kamu görevlisinin görev kusurunu kanıtlamak, kanıtladıktan sonra ödemedi aczi bulunduğunu öne sürerek en son idareye dava açmak gibi dolaylı yollara başvurmak zorunda değildir. Zarar gören kişiler, doğrudan idare aleyhine idari yargıda dava açacaklardır. Çünkü doğrudan doğruya sorumlu tutulan idarenin kamu tüzel kişisidir.³⁰² Özel hukuktaki adam çalıştırmanın objektif sorumluluğunda, işverenin sorumlu tutulmasının mantığı olarak işçinin kusurlu fiiliyle iş sırasında bir başkasına zarar verilmesi olmaktadır. Ancak idare hukukunda kamu görevlisinin şahsi ve insani kusuru idari yargı organının kararına esas olmaz. İdari yargı hakimi hizmet kusuru değerlendirmesinde idarenin sunmakla görevli olduğu hizmetin ilgililere kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak verilip verilmediğini denetler. Burada varlığı veya yokluğu araştırılan kusur, idarenin bir organizasyon olarak dışarı aksettirdiği nesnel kusur olmaktadır.

Kamu görevlisi idare adına işlem ve eylem yapan gerçek kişi olmasına rağmen hukuki kişiliği idare aygıtının içerisinde absorbe edilmiş olmaktadır. Kamu görevlisi diğer birçok kamu görevlisi gibi idarenin sıradan ve herhangi bir parçası olmakta, yapmış olduğu eylem ve işlemler de doğrudan idare namına ve hesabına doğmakta ve icra edilmektedir.³⁰³ Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceğini hükme bağlamaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine göre de kamu görevleriyle ilgili olarak doğan zararla alakalı tazminat davalarının bu görevleri yerine getiren

³⁰² Duez, a.g.e., s. 20.

³⁰³ Duez, a.g.e., s. 20.

personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine açılacağını hükme bağlamaktadır. Son olarak 6526 sayılı Torba Yasa'nın İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde yaptığı değişiklikle, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi hâlinde açılacak tazminat davalarının kararı uygulamayan kamu görevlileri aleyhine değil ancak idari yargıda idare aleyhine açılabileceğini hükme bağlamıştır. Böylelikle Anayasa ve kanun hükümleriyle idarenin sorumluluğu asıl olarak öngörülmüştür ve kamu görevlilerinin hasım olarak gösterilerek dava tarafı yapılmaları engellenmiştir. Görüleceği üzere idarenin idare hukukuna dayanan sorumluluğu özel hukuk sorumluluğuna göre aslidir, hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerine göre aslidir, idarenin tüzel kişilik olarak sorumluluğu kamu görevlilerinin sorumluluğuna göre aslidir.

2.2.3. ANONİM OLUŞU

İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunun anonim olması özelliği, hizmet kusurunun asli olması özelliğinin tabii sonucudur. Çünkü, idare hizmetin geç, kötü işlemesi veya hiç işlememesi nedenleriyle sorumlu olmaktadır. Sorumluluk nedeni olarak belirli bir kamu görevlisinin kusuru gösterilmemektedir. Bu sebeple hizmet kusuru, kişilik dışı, soyut, objektif ve anonim bir kusur, hizmetin işleyişinde nesnel bir eksikliklerdir.³⁰⁴ Hizmet kusurunun anonim olması, ortaya çıkan hizmet kusurunun ismen belirli bir kamu görevlisinin kusurundan kaynaklandığını iddia etmenin ve bunu kanıtlamanın bir faydasının olmaması anlamına gelir.³⁰⁵

Hizmet kusurunda kusurluluğuna hükmedilen kamu görevlisi değil, zarara sebep olan hizmettir. Kusur hizmetin organizasyonunda belirli bir aşamada çıkmış olsa dahi son tahlilde bakıldığında ilgili açısında kül halinde idare tarafından sunulan bir hizmetin kusurlu bir şekilde işlemesi söz konusudur. Bu sebeple, zarara sebep kamu görevlisi belli olsa ve hatta bu kusurun nedeni de tespit edilebiliyor olsa; örneğin kasıtlı işlemiş olsa veya o iş için ehliyetli olmama, dikkatsiz davranma, tecrübesiz olma gibi bir durum dahi anlaşılabilir olsa sonuç değişmeyecektir.

³⁰⁴ Kalabalık, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2009, 3. Baskı, s. 196.

³⁰⁵ Anayurt, a.g.e., s. 51.

İdare, kusura sebep olan kamu görevlisini belirleyip, onun zararı ödemesini def'i olarak ileri süremez. Buna ek olarak idare özel hukukta olduğu gibi gerekli özeni gösterip gerekli tedbirleri aldığını kanıtlaya bile ortaya çıkan hizmet kusurundan mâli olarak sorumlu tutulacaktır.³⁰⁶

03.02.1911 tarihli meşhur Anguet kararı, hizmet kusurunun anonim olma özelliğine güzel bir örnek olarak doktrinde sıkça zikredilmektedir. Anguet kararına konu olayda, Fransa'da bir postahane bürosunda duvara asılı saat bir saat ileri alınarak, içerisi boşaltılarak umuma mahsus kapı kapatılmıştır. Bir şahıs bu sırada içeride kalmış ve dışarı çıkamamıştır. Bunun üzerine postahane memurlarına özel olan odaya geçmiştir. Burada memurlarla şahıs arasında gerçekleşen sözlü dalaşma sırasında sinirlenen bir memur, şahsı itirmiştir. Ayağı kapıdaki çıkıntıya takılan şahıs sırt üstü yere düşmüştür ve yaralanmıştır. Bu vaka hakkında Fransız Danıştay'ı saati ileri alan kamu görevlisini, postahaneyi bir saat erken kapatan kamu görevlisini, vatandaşı itekleyen kamu görevlisini, kapıya gereksiz bir eşik ekleyen kişiyi tespit etmeden hizmet kusuruna dayanarak idareyi mâli olarak sorumlu tutmuştur.³⁰⁷

Danıştay eski tarihli bir kararında; *“Hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi, bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Fertlerin uğradığı zararlar hususunda, görevlilere izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti aranmaz. (...) Önemli olan husus, dava konusu hadisede olduğu gibi ferdin, hizmetin layık veçhile işleyememiş olması sebebiyle zarara uğramış olmasıdır.”* içtihadında bulunmuştur.³⁰⁸ Danıştay yeni tarihli bir kararında aynı yönde hüküm vermiştir. *“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.*

³⁰⁶ Atay, a.g.e., s. 712.

³⁰⁷ Duez, a.g.e., s. 22.

³⁰⁸ Danıştay, 12. D., T. 20.01.1970, E. 1968/1045, K. 1970/91.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; diz kapağı bölgesindeki ağrılar nedeniyle 18.1.2000 tarihinde davalı idareye ait hastaneye başvuran davacının, 7.2.2000 tarihinde yapılan menisküs ameliyatı sonrasında, 2.3.2000 tarihinde taburcu edildiği; ağrılarının geçmemesi üzerine 3.5.2000 tarihinde tekrar hastaneye başvurduğu; 23.5.2000 tarihinde kıkırdak transferi ameliyatı gerçekleştirildiği ve 5.7.2000 tarihinde ikinci kez taburcu edildiği; buna rağmen davacının sağlık durumunda olumlu yönde gelişme olmaması üzerine, 3. kez hastaneye başvurusu üzerine, 20.10.2000 tarihinde MR tahlili yapıldığı; diğer taraftan, 9.11.2000 tarihinde biyopsi alınması sonucunda davacıya kanser teşhisi konulup, 2.12.2000 tarihinde kemoterapi tedavisine başlanıldığı; 20.3.2001 tarihinde de sol ayağının diz kapağı üzerinden kesildiği; teşhis ve tedavide tıbbi eksiklik ve ihmâl sonucu davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülerek bakılmakta olan davanın açıldığı; Mahkemenin 21.11.2003 tarihli ara kararı ile bilirkişi incelemesi yaptırılması için dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderildiği; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 20.2.2004 tarih ve 516 sayılı yazısıyla hastaya ait grafilerin, yapılan biyopsi ve geçirdiği tüm operasyonlara ait patoloji blok ve preparatların temin edilerek gönderilmesinin istendiği; 11.10.2005 tarihli ara kararıyla,

(...)

Tam yargı davalarında yargı yeri, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran fiilleri, hem de bundan çıkması muhtemel hukuki sonuçları tespit etmelidir. Tam yargı davalarında yargı yerlerinin, araştırma, inceleme ve hüküm verme yetkisi, bu yönüyle iptal davasına göre çok daha geniştir.

Bu durumda, davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği açık olduğundan maddi tazminatın

reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararın idarece tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken; davanın, manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır."³⁰⁹ Karara konu olan olayda, tıbbi kayıt ve belgelerin niçin temin edilemediği, kimin kaybettiği veya imha ettiği belirli değildir. Ancak sol diz kapağından aşağısı kesilen, zarar gören şahsın hastalığının doğru teşhisi için gerekli tetkik sonuçlarının ve belgelerin saklanması, vakaya bakan yeni doktorların da bu belgeleri incelemesi gerekmektedir. Kaldı ki bu belge eksiklikleri sebebiyle tıbbi teşhis ve müdahalenin gereği gibi yapıp yapılamadığı idari yargı tarafından anlaşılamamış ve salt bu belirsizlik nedeniyle zarar gören manevi tazminata hak kazanmıştır.

Hizmet kusurunda kusurun kanıtlanabilmesi için kamu görevlisinin ortaya çıkarılmasına gerek yoktur.³¹⁰ Anayasa'nın 129. maddesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 13. madde ve İdari Yargılama Usulü Kanunu 28. madde uyarınca davalar şahıslar aleyhine değil, idare aleyhine açılacaktır. Uygulamada idare mahkemeleri kusurlu kamu görevlisini tespit etmeden hizmet kusuruna dayanarak maddi tazminata karar vermektedirler. Bununla birlikte Anayasa'nın 129. maddesi uyarınca idarenin, kusuruyla zarara sebebiyet veren kamu görevlilerine rücu etmesi gerekir. Danıştay 2009 tarihli bir kararında işkence ve kötü muamele nedeniyle idareyi tazminata mahkum etmesinin yanı sıra ismen tespit etmese de "İstanbul Organize Suçlar Şube Müdürlüğü görevlileri" demek suretiyle asıl sorumluları işaret etmiştir. Kararda "*Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuya yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında, gözaltında*

³⁰⁹ Danıştay, 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939.

³¹⁰ Kalabalık, a.g.e., s. 196.

bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.” sonucuna varılmıştır.³¹¹

Bir başka olayda, vergi incelemesi yapan “Gelirler Başkontrolörü” ismen belirli bir kişidir. Gelirler Başkontrolörü bir yeminli mâli müşavirin vergi kaçakçılığı suçuna iştirak ettiği sonucuna varmıştır ve hakkında suç duyurusunda bulunup, kamu davası açılmasını sağlamıştır. Ancak davacı yeminli mâli müşavirin, söz konusu şirkete ilişkin herhangi bir inceleme ve teyit raporu düzenlemediğini belirterek davalı idareye başvurduğu, başvuru üzerine yapılan incelemede, davacının söz konusu olayda herhangi bir teyid vermediğinin saptanarak aklandığı bir süreç gerçekleşmiştir. Gelirler Başkontrolörünün bu kadar açık bir hatayla bir kişi hakkında suç isnadında bulunması nedeniyle idarenin ödediği maddi ve manevi tazminatın kendisine rücu edilmesi gerektiği Danıştay’ca hükme bağlanmıştır.³¹² İdare mahkeme kararı uyarınca, öncelikle zarara uğrayan kişinin zararını ödemeli ve ardından Danıştay kararı uyarınca kusurlu olduğu işaret edilen kamu görevlisine rücu mekanizmasını başlatmalıdır. Bununla birlikte mahkeme kararlarının uygulanmaması hâlinde de ancak idare aleyhine tazminat davası açılabileceği hükmünü getiren İYUK’un 28. maddesi nedeniyle bir kısır döngünün içerisine girildiği açıktır. Çünkü idarenin yetkili karar organlarında bulunan kamu görevlileri, Danıştay’ın kararına rağmen rücu mekanizmasını başlatmaz ise onları harekete geçirmeyi sağlayacak hukuki bir mekanizma yoktur. Buradan doğan sorumluluk dahi yine idarenin aleyhine idari yargıda gündeme getirilecektir.

2.2.4. GENEL OLUŞU

Hizmet kusurunun yalnızca devletin tüzel kişiliği için değil, aynı zamanda bütün kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunu doğurabilmek açısından uygulanmasına; uygulama alanı bakımından hizmet kusurunun genelliği ilkesi denilmektedir. Hizmet kusuruna dayanan sorumluluk teorisinin, idarenin sorumluluğunun ana

³¹¹ Danıştay, 10. D., T. 06.02.2009, E. 2006/1212, K. 2009/652.

³¹² Danıştay, 10. D., T. 27.04.2009, E. 2009/144, K. 2009/3183.

sebebini ve genel kuramını oluşturmasına ise maddi bakımdan hizmet kusurunun genelliği ilkesi denilmektedir.³¹³

Hizmet kusurunun genelliği ilkesi esas olarak, bütün kamu tüzel kişilerin üstlendikleri kamu faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmeyip, hizmet kusuru nedeniyle şahısların zararına yol açmaları halinde her tüzel kişinin kendi bütçesinden bu zarar uyarınca sorumlu olmasını ifade eder. Bu kadar doğal karşıladığımız bir durumun ilke olarak öngörülmesinin sebebi, idare hukuku içtihatlarında örnek aldığımız Fransa’da idarenin sorumluluğu fikrinin devlet tüzel kişiliğinden ayrı idarelere yansımalarının zaman almış olmasıdır. Çünkü idarenin mali olarak sorumluluğun yerleştiği 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyılın başı arasında kalan dönemde Fransa’nın dünyanın çeşitli yerlerinde kolonileri vardı. Fransa’nın sömürge yönetimlerinin, o bölgelerde sebep oldukları zararları ödememek istemesi nedeniyle uzun yıllar hizmet kusurunun genelliği ilkesi yayılamamış ve diğer tüzel kişilere mali sorumluluk ilkesi sirayet edememiştir.³¹⁴

Fransa’da idarenin sorumluluğunun geliştiği ilk dönem uygulamalarında bir diğer mesele komünlerin durumu olmuştur. Fransızca “commune” ifadesi tüm yerinden yönetim kuruluşlarını ifade eden bir kavramdır. Köy, ile ve il bu kavramın içerisine girer.³¹⁵ Fransa’da 1905 yılına kadar komünlerin bir yerel idare olarak tanımlanmaması ve yaptıkları faaliyetlerin de yerel kamu hizmeti olarak görülmemesi bunun yerine o bölgede yaşayan gayrimenkul maliklerinin birbirleriyle yaptıkları özel bir sözleşmeyle mülkiyetlerinin ortak menfaatlerine yönelik faaliyetler olarak algılanması nedeniyle bu konularda çıkan uyuşmazlıklar adli yargıda grlmştir. 1905 yılında Fransız Yargıtayı, Danıştay’ın ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararları doğrultusunda karar vererek komünlerin kamu gücü kullanan işlem ve eylemleri için idari yargıya gidilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.³¹⁶

Türkiye’deki hukuki düzen açısından da hizmet kusurunun genelliği ilkesi geçerlidir. Anayasa’nın 123. maddesine göre “*İdarenin kuruluş ve görevleri,*

³¹³ özgüldür, a.g.e., s. 72.

³¹⁴ Duez, a.g.e., s. 25.

³¹⁵ Gözler, İdare Hukuku, s. 505.

³¹⁶ Duez, a.g.e., s. 25, 26.

merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.” Anayasa hükmü uyarınca idare kavramından merkezi yönetim yani devletin tüzel kişiliğinin kendisi ve bunun yanı sıra yerinden yönetim esasına dayanılarak kurulan kamu tüzel kişileri anlaşılır. Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrası da “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmünü getirmektedir. Anayasa hükümleri uyarınca hem idare kavramı tanımlanmış hem de idarenin doğurduğu zararları ödemesi zorunluluğu genel olarak hükme bağlanmıştır. Bu hükümde sorumluluğun öngörülmesinin yanı sıra herhangi bir istisna tanınmamıştır. Böylece hizmet kusurunun genelliği ilkesi zımni olarak Anayasa'da kendisine yer bulmuş olmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışındadır. Aynı şekilde Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları hariç ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açık olmasına rağmen diğer bütün işlemleri yargı denetimi dışındadır. Anayasa'yla öngörülen bu istisnalar dışında bütün idarelerin bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine tâbidir. Anayasa uyarınca devletin yanı sıra farklı kamu tüzel kişiliklerin kurulabileceği hükme bağlanmıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca da idari yargıda dava açılırken hasım belirtilmelidir. Yani zarara sebep olan idare hangi idareyse onun kamu tüzel kişiliği hasım olarak gösterilerek dava açılacaktır. Bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanunu 15. madde uyarınca, hasım olacak kamu tüzel kişiliği tespit edilememiş olsa veyahut yanlış gösterilmiş olsa dahi idare mahkemesi doğru hasmı tespit ederek, tebligatları gerçek hasma yapacaktır ve daha sonra davayı görecektir.

2.2.5. SOMUT OLAYA GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğunda, kusurlu fiille sebebiyet verilen her türlü zararın tazmin edilmesi gerekir. Borçlar Kanunu'nda zarara sebebiyet verenler için bazı kurtuluş beyineleri öngörülmüştür. Buna karşılık, hizmet kusuruna dayanan sorumlulukta, adam çalıştırmanın sahip olduğu kurtuluş beyineleri öngörülmediği gibi kusur da genel olarak hizmetin bizzat kendisinde

ve topluma sunulduğunda aranacaktır. İdarenin sorumluluğunun bu kurallar nedeniyle fazlasıyla genişlemesi ihtimali mevcuttur. İdarenin mâli sorumluluğunu sınırsız olarak genişletmemek amacıyla hizmet kusurunun bazı hallerinde sorumluluğun doğmayacağı kabul edilmektedir.

İdarenin hizmet kusuruna göre sorumlu tutulduğu alanlarda mâli sorumluluğun doğması için hizmet kusurunun varlığı gerekir. Bununla birlikte her türlü hizmet kusuru mâli sorumluluğa yol açmamaktadır. Hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki her türlü kusur veya kamu görevlisine, idarenin kullandığı malzemeye bağlanabilen her türlü kusur tazmin edilmesi gereken bir zarar oluşturmayabilir. İdarenin mâli olarak sorumlu tutulabilmesi için zamana, mekana ve somut olayın şartlarına göre belirli bir derecenin üzerinde ağırlığa sahip kusurun mevcut olması gerekir.³¹⁷ Bununla birlikte, belirli bir derecenin altındaki hizmet kusurunun sorumluluğa yol açmayacağını söylemek, sorumluluğun doğması için gereken her kusurun ağır kusur olması gerektiği anlamına gelmez. Kastedilen nokta, çok basit aksaklıkların, bozuklukların ve kusurların sorumluluğa yol açmayacağıdır.³¹⁸ Yani hizmet kusuru ayırımında bir üçlü ayırım yapıldığı öne sürülebilir. Basit kusurda sorumluluk doğmaz, normal kusurda sorumluluk doğar. Bazı hassas alanlarda ise idare yalnızca ağır kusur hâlinde sorumlu tutulur.³¹⁹ Bununla birlikte idarenin kusuruyla sebep olduğu her zararın idarece tazmin etmesi yönünde kararlar verilmesi vatandaşların haklarının korunması açısından ve hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri yönünden daha uygun olacaktır.

2.3. HİZMET KUSURU OLUŞTURAN DURUMLAR

İdarenin, idare hukukuna tâbi olan mâli sorumluluğu idari faaliyetlerle alakalı olarak ortaya çıkar. İdari faaliyet, idarenin sürekli ve düzenli olarak yerine getirmesi gereken kamu hizmetleri alanında ve kamu düzenini korumaya yönelik olarak gerçekleştirilir. İdari faaliyette kamu yararı maksadı bulunur ve kamu yararını gerçekleştirebilmek için kamu gücüne dayanan işlemler yapılır ve eylemlerde bulunulur. İdari faaliyeti yerine getirebilmek için yapılan idari işlemler

³¹⁷ Duez, a.g.e., s. 24, 25.

³¹⁸ Anayurt, a.g.e., s. 55.

³¹⁹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 37.

ve idari eylemler nedeniyle idarenin hizmet kusurunu oluşturan durumlar meydana gelebilir.³²⁰

İdarenin yapmış olduğu hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücüne dayanan, tek yanlı, kanunilik karinesinden yararlanan icrai işlemlerine idari işlemler denilir.³²¹ İdari işlemler nedeniyle hizmet kusuruna dayanan mâli sorumluluğun doğabilmesi için bu idari işlemin hukuka aykırı olması gerekir. Bununla birlikte bir idari işlem hukuka uygun olmasına rağmen kusursuz sorumluluk ilkelerinin şartlarını taşıyan bir zarara sebep olmuşsa, zarara uğrayan kişi yine de tazminata hak kazanabilir.

İdari eylem, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalardır. Bunların yanı sıra idarenin hareketsiz kalması, önlemesi gereken bir vakayı engellememesi gibi durumlar da genel olarak idari eylemin kapsamında sayılır.³²² İdari eylemlerde hizmet kusurunun söz konusu olması için idari eylemin geç veya kötü işlemesi veyahut da hiç işlememiş olması gerekmektedir. İdari işleme dayanan idari eylemlerde hukuka uygunluk ve hizmet kusuru denetimi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca dayanak olan idari işlemle beraber yapılır. Buna karşılık herhangi bir idari işleme dayanmayan idari eylemler aynı kanunun 13. maddesi uyarınca farklı bir hak düşürücü süreye tâbidir ve öncelikle zarara sebep olan idari eylemin idareye bildirilmesi zorunluluğu vardır. Dayanak olan herhangi bir idari işlem de mevcut olmadığından hizmet kusurunun olup olmadığı meselesi yalnızca idari eylemin işleme şekline göre değerlendirilecektir.

Hizmet kusuruna sebep olan bir diğer önemli durum, idarenin hareket etmesi gereken bir durumda hareketsiz kalmasıdır. Fransız doktrinindeki klasik bir tanıma göre kusur, daha önceden var olan bir mecburiyetin yerine getirilmesindeki noksanlıktır. Kusurun böylece tanımlanmış olması sebebiyle idari eylemler ve bunun yanında idarenin hareketsiz kaldığı durumlarda sorumluluğu yine daha önceden belirli olan bir standarta ve davranış tipine göre veyahut ilgili kanun veya

³²⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Bahtiyar/Murat/Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2013, 4. Baskı, s. 96.

³²¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 352, 353, 354.

³²² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 345.

genel düzenleyici işleme uygunluğuna göre belirlenir.³²³ Hal böyle olunca, idareden belirli bir yönde davranmasının beklendiği durumlarda idarenin hareketsiz kalması hizmetin hiç işlememesi anlamına gelir. Bu hizmet noksanlığı da hizmet kusuruna yol açar.

Öncelikle idari eylemlerin daha sonra idari işlemlerin hangi durumlarda hizmet kusuru oluşturarak zarara sebep olduğunu inceleyeceğiz.

2.3.1. İDARİ EYLEMLERE İLİŞKİN HİZMET KUSURU

İdari eylemlerde hizmet kusurunun olup olmadığı idareden beklenen eylemin yapılıp, yapılmaması, vaktinde yapılması ve ne şekilde, ne nitelikte yapıldığı hususları incelendikten sonra belirlenir. İdarenin eylemleri şu hallerde kusurlu işlemiş sayılır.

- A) Hizmet kötü işlemiştir.
- B) Hizmet geç işlemiştir.
- C) Hizmet hiç işlememiştir.

2.3.1.1. HİZMETİN KÖTÜ İŞLEMESİ

Hizmetin kötü işlemesi (culpa in committendo), hizmet kusuruna dayanan sorumluluk vakalarında en yaygın haldir. Hizmetin kötü işlemesi hizmetin herhangi bir şekilde işlemesi ancak gereği gibi işlememesi ve o hizmetten beklenen sonucun hiç alınamaması, tam olarak alınamaması veya hiç beklenmeyen zararlı bir sonucun alınması anlamına gelir.

İdarenin faaliyet alanının genişliği göz önüne alındığında kazuistik olarak hizmetin kötü işlediğini hükme bağlamak mümkün değildir. Aynı şekilde doktrinde vaka olarak tek tek saymak da mümkün değildir. Bu sebeple hizmetin kötü işlemesi hallerine soyut bir çerçeve çizmek, belirli bir genel formüle bağlayarak ihlali hâlinde hizmet kötü işlemiştir demek mümkün değildir. Hizmetin kötü işleyip işlemediği, uyuşmazlık konusu olay idari yargı hakiminin önüne geldiğinde

³²³ Frier/Petit, Pierre-Laurent/Jacques, Droit Administratif, LGDJ, Paris, 2014, 9. Baskı, s. 557.

hakimin somut olayın gerçekleştiği yer, zaman, idarenin imkan ve araçları ile dünya çapında konuyla alakalı teknolojinin geldiği seviye gibi diğer kıstaslarla karşılaştırarak karara varabileceği bir husustur.³²⁴

Gerçekleşebilecek birçok vaka ihtimaline karşın doktrinde örnek kabilinden bazı standartlara uyulmaması hâlinde hizmetin kötü işlemesi nedeniyle hizmet kusuru oluşacağı görüşü serdedilmiştir. Atay kıstasları sıralamaktadır: Konuyla ilgili hukuk kurallarına, oturmuş makul uygulamalara uyulmaması, hizmet gereklerinin nesnel ölçütler içerisinde gözetilmemesi, hizmetin beklenen özen ve kalitede yapılmaması, idarenin kamu görevlisini seçme ve denetleme bakımından yetersiz kalması, ehil personelin istihdam edilmemesi, kamu görevlilerinin doğru dürüst eğitilmemesi, hizmetin işleyişi ve yerine getirilmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin işleyişinin denetlenmemesi, gözetlenmemesi, başıboş bırakılması, hizmetin iyi işlememesi...³²⁵ Kanımca, bir hizmetten beklenen sonucun alınabilmesi mümkün iken, idarenin kendi noksanlığından ötürü beklenen sonucu verememesi veya tamamen beklenmeyen zararlı bir sonuca yol açması hizmetin kötü işlediği anlamına gelir.

Hizmetin kötü işlemesine örnek olmak üzere şu kararlar gösterilebilir. “*İdare Mahkemesince, davacının sağlam olan dişlerinin çekildiğinin iddiadan öteye gitmediği, somut delil ve belgelerle kanıtlanamadığı, doktorun kusurlu olduğu ve verilen sağlık hizmetinin geç veya kötü işlemesi veya hiç işlememesi gibi idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de; söz konusu olayla ilgili olarak idarece yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen incelenme raporunda, davacının dişinin çekilmesi sırasında doktoru yanlış diş çekimi konusunda uyarmasına karşın, hekimin diş çekimini yapmaması olanaklı iken bu şekilde davranmayarak dişi çekmesi nedeniyle hakkında uyarma cezası verilmesi önerisi üzerine, doktora 15.8.2006 tarihli işlem ile uyarı cezası verildiği anlaşılmaktadır.*

(...)

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak

³²⁴ Anayurt, a.g.e., s. 57.

³²⁵ Atay, a.g.e., s. 715, 716.

tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.(...) Bu durumda, "Hasta Hakları Sözleşmesi" ve "Hasta Hakları Yönetmeliği"nin yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır. Olay nedeniyle müdahaleyi yapan diş doktoruna uyarı cezası verilmiş olması da, idarece hizmetin kusurlu işletildiğinin kabul edildiğini göstermektedir. Bu sebeple davacının çekilen dişlerinin ağzının ön kısmında bulunduğu, davacının bundan rahatsızlık duyduğu, manen etkilendiği ve olaydaki hizmet kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacının manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”³²⁶ Kararda görüleceği üzere, sunulan hizmet sağlık hizmetidir. Sunulan sağlık hizmetinin standartı mevcut olan mevzuata yani Hasta Hakları Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'ne bakılarak değerlendirilmiş ve bu hükümlerdeki hizmet standartına uyulmadığı için hizmetin kötü işlediği sonucuna varılmıştır. Bir başka kararda; sağlık kurumunun doğum hizmeti sunmasına rağmen ultrasonografik yöntemle dayalı sisteme sahip olmayışı nedeniyle çocuğun zihinsel ve bedensel özürlü doğması olayında idare tazminata mahkum edilmiştir.³²⁷

Bir diğer kararda gözetiminde işkence yapılması hizmet kusuru olarak nitelenmiştir. “İzmir 2. İdare Mahkemesince; idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle bireylerin uğradığı zararı tazmini gerektiği, dosyanın incelenmesinden, davacının gözetiminde bulunduğu süreler içinde düzenlenen Adli Tıp Kurumunun 25.3.1992 tarih 1441 sayılı raporunda sağ elmacık bölgesinde ve sağ omuz üst yüzünde saptanan ekimozlar nedeniyle 2 gün süreyle mutad iştigaline engel bulunduğu, 20.4.1992 tarih ve 3228 sayılı raporunda ise burunda şişlik ve burun mecrasında kan bulaşığı saptandığının ve kesin raporun devlet hastanesi

³²⁶ Danıştay, 10. D., T. 13.07.2010, E. 2007/6322, K. 2010/5981.

³²⁷ Danıştay, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 24.11.2011, E. 2007/2113, K. 2011/1468.

kulak burun boğaz kliniğinde muayenesi ve radyolojik incelemeden sonra verilebileceğinin belirtildiği, bu raporlardan sonra düzenlenen 30.4.1992 tarih ve 3553 sayılı raporda burunda subjektif ağrı dışında başka bir bulguya rastlanmadığı belirtilirken 4.6.1992 tarih ve 749 sayılı raporda davacının 10 gün süreyle mutad iştigaline engel olacak şekilde burun kemiği uç kısmında kırık olduğunun devlet hastanesince düzenlenen rapor ve burun filminden anlaşıldığının belirtildiği, davacının gözaltına alınmasından kısa bir süre sonra saptanan arazların davacının gözaltına alınmasından önce de bulunduğu hususunun idarece bir raporla tespit edilmediği gibi, böyle bir savunmada da bulunulmadığı, bu nedenle davacının uğradığı zararın hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği, ancak davacının mahkemelerince verilen ara kararına karşın maddi zararlarını kanıtlayan herhangi bir belge sunmadığı için maddi zararın tazminine olanak görülmediği, buna karşın duyulan elem ve ızdırabın kısmen de olsa hafifletilebilmesi için mahkemelerince 10.000.000 lira manevi tazminat takdir edildiği gerekçesiyle davanın maddi tazminat istemine ilişkin bölümünün reddine, manevi tazminat istemine ilişkin bölümünün 10.000.000 liralık kısmının kabulüne, manevi tazminat isteminin belirtilen miktarı aşan kısmının da reddine karar verilmiştir.”³²⁸ Kötü muamele, işkence gibi insan hakları ve onuruna aykırı idari eylemler hizmetin kötü işlemesine örnek verilebilir. İlk bölümlerde tartışıldığı üzere, işkence ve kötü muamele aynı zamanda işkenceyi ve kötü muameleyi yapan kamu görevlisi için suç unsuru oluşturmasına rağmen bu vakanın meydana gelmesi idare açısından hizmet kusurudur ve doğan zararların tazmini için açılacak dava idari yargıda açılacaktır.

2.3.1.2. HİZMETİN GEÇ İŞLEMESİ

İdarenin sunduğu hizmetler ve yürüttüğü faaliyetler vatandaşların sadece o an için ihtiyaç duyduğu bir hizmet olabileceği gibi kesintisiz veya düzenli olarak ihtiyaç duyduğu bir hizmet de olabilir. Kamu hizmeti ilkelerinden süreklilik ilkesine göre; her hizmetin gerektirdiği şartlar dikkate alınarak sürekli, kesintisiz bir şekilde kamu hizmetlerinin vatandaşlara sunulması esastır.³²⁹ Bir hizmetin sürekli bir

³²⁸ Danıştay, 10. D., T. 29.04.1998, E. 1996/8578, K. 1998/1734.

³²⁹ Derdiman, R. Cengiz, İdare Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, Temmuz 2010, 3. Baskı, s. 490.

şekilde işleyip işlemediği her somut olayın özelliklerine göre araştırılacaktır. Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi zedelenecek şekilde bir kamu hizmetinin aksaması idarenin bir kamu hizmetini geç sunduğu anlamına gelecektir.

Kamu hizmetinin geç sunulması hizmet kusuru teşkil eder.³³⁰ Hizmetin geç işlemesi, hizmetten beklenen sonucunun gerçekleşmesi için idarenin doğru ve makul bir sürede harekete geçerek faaliyette bulunmaması ve böylece o sonuçtan beklenen menfaati gerçekleştirmekte gecikmesidir. Hizmetin geç işlemesi nedeniyle hizmet kusuruna hükmedildiği durumlarda hizmet işlemiştir, idare belirli bir tutum ve davranışta bulunmuştur. Yani idarenin bir hizmet beklentisi karşısında hareketsiz kalması söz konusu değildir. Bununla birlikte vatandaşın ihtiyaç duyduğu süre miktarı içerisinde veya belirli bir vakit veya tarihte yapılması gerekirken bu süre geciktirildiği için o süreç içerisinde kimileri zarara uğramıştır. İşte bu durum hizmetin geç işlemesi nedeniyle hizmet kusuru oluşturmaktadır.³³¹

Bir kamu hizmetinin mevzuat uyarınca belirli bir tarihe kadar veya başvuru yapıldığı takdirde onun üzerinden geçecek belirli bir süre içerisinde sunulması gerekiyorsa bu sürelerle uyulmaması hizmetin geç işlediği anlamına gelecektir.³³²

Mevzuat uyarınca herhangi bir süre öngörülmemiş olsa dahi idari yargı hakimi somut olayın şartlarına göre hizmetin geç işlediği gerekçesiyle hizmet kusurunun oluştuğu yönünde hüküm vermesi mümkündür.³³³ Danıştay kararına konu olan bir olayda, Gürpınar ilçesinin Yatağan köyünde bulunan arazisini belirli bir sulama kanalından gelen suyla sulayan vatandaş, yeni su kanalının yapımı inşaatı sürerken kullandığı su kanalından yapım işlemleri bitene kadar su alamamıştır. Su kanalının inşaatı da 3 sene sürmüştür. Danıştay şu gerekçeyle tazminata hükmetmiştir: “(...) *Teknik bilirkişi raporundan, davalı idarenin yeni sulama kanalı yapımı nedeniyle eski sulama kanalını devre dışı bıraktığı, bu nedenle davacının arazisini sulayamadığı, bu durumun, davacının arazisinin bulunduğu yer ile su alma yapısı arasındaki kod farkından kaynaklandığı, davalı idarenin zamanında sifon*

³³⁰ Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, 3. Baskı, s. 492; Kalabalık, a.g.e., s. 199.

³³¹ Kalabalık, a.g.e., s. 200.

³³² Anayurt, a.g.e., s. 59.

³³³ Duez, a.g.e., s. 35.

menbaında su alma yapısı inşa etmiş olması halinde bu durumun yaşanmayacağıının, bürokratik gecikmelerden dolayı bu yapının daha sonra yapılabildiği anlaşılmıştır.

*Bu durumda, arazisi sulama kanalı projesine dahil olan davacının, davalı idarenin gerekli su alma yapısını zamanında inşa etmemesi nedeniyle uğradığı zararın yürütülen kamu hizmetinin kusurlu işlemesi sonucu ortaya çıktığının kabulü zorunludur.*³³⁴

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararına konu olan bir olayda İmpexbank A.Ş'nin mâli açıdan krize girmesi nedeniyle o tarihte bu konuda yetkili olan Bakanlar Kurulu'nun kararı uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat toplama izninin kaldırılması sebebiyle bankada parası olan bir mevduat sahibinin hizmetin geç işlediği gerekçesiyle tazminat talebi söz konusudur. Davacıya göre, eğer Bakanlar Kurulu gerekli gözetim ve denetimi vaktinde yapmış olsaydı bankanın mâli durumu daha önceden anlaşılacak ve iflas aşamasına gelmeden önlemler alınabilecekti. O tarihte yürürlükte olan 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64. madde hükmüne göre ilgili bakan bir bankanın mâli bünyesinin zayıfladığını tespit ettiği takdirde, mevduat sahiplerinin haklarını korumak maksadıyla sermaye artırımını, kâr dağıtılmaması ve mâli bünyenin güçlendirilmesi için başka türlü tedbirlerin alınmasını bankadan isteyebilirdi. Olayda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, bankanın iflas eşiğine gelip, işlem yapma yetkisinin kaldırılmasından önceki tarihlerde bakanlık murakıplarının yaptığı incelemelerin sonuç raporlarını inceleyerek gerekli gözetim ve denetimin vaktinde yapılmış olduğuna, bu raporlar uyarınca bankaya yapılan ihtarlara rağmen bankanın kendisinin mâli durumunu düzeltmeye yönelik tedbirleri alamamış olması nedeniyle işlem yapma yetkisinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Eğer olayda gözetim ve denetim düzenli bir şekilde yapılmadığı, bankanın geri dönülemez bir noktaya geldiği sırada denetimin yapıldığı tespit edilseydi idare tazminata mahkum edilecekti.³³⁵

³³⁴ Danıştay, 10. D., T. 09.12.1997, E. 1996/1291, K. 1997/5565.

³³⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 09.02.2001, E. 1999/426, K. 2001/140.

Kamu düzenini korumak ve kamu düzeninin bozulmasını engellemek üzere önlemler almak idarenin görevidir. Aynı şekilde, kamu düzenini bozan eylemleri en kısa sürede bastırmak da idarenin görevidir. Eğer idare, kamu düzenini bozan grupları dağıtmakta veya zarar verici fiilleri bastırmakta gecikirse ortaya çıkan zararlardan hizmetin geç işlemesi nedeniyle sorumlu tutulabilir. Madımak olayları sırasında toplanan kalabalığı vaktinde dağıtmayan, kolluk görevlilerini harekete geçirmekte ve onlara gerekli emir ve talimatı vermekte geciken idarenin bu kusuru nedeniyle Madımak otelinin içerisinde ölümler gerçekleşmiş ve otel sahipleri de maddi yönden zarara uğramıştır. Otel sahipleri, otelin yakılması nedeniyle otellerinin hasara uğradığı miktar kadar maddi tazminat talep etmişlerdir. Danıştay; *“idarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işleminde olağan sayılamayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir.”* gerekçesiyle tazminata karar vermiştir.³³⁶ Bu içtihat uyarınca, kamu düzeninin bozulduğu süreçte idarenin gerekli önlemleri almakta zafiyete uğraması ve gecikmesi nedeniyle üçüncü kişiler zarara uğrarsa idarenin sorumluluğu doğacaktır.

İdarenin sunduğu sağlık hizmetlerinde gerekli tıbbi müdahalenin vaktinde yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlar da hizmetin geç işlemesi nedeniyle idare tarafından tazmin edilecektir.³³⁷ Dahiliye hekiminin hastahane olmaması ve bu süreçte diğer dahiliyeciler doktorların müdahale etmemesi nedeniyle 45 dakika gecikmeli gerçekleşen müdahale sonrasında ölen kişinin durumunun uyuşmazlığa konu olduğu kararda Danıştay; *“en erken zamanda müdahale edilmesi gerektiği, zira zamanında yapılan müdahale ile hayat kurtarılabilirdiği”* gerekçesiyle hizmetin geç işlediğini tespit etmiştir.³³⁸

İdarenin faaliyette bulunduğu ve belirli bir tutum ve davranışın belirli bir süratte veya belirli bir süre içerisinde yapılmasının gerektiği her alanda hizmetin geç

³³⁶ Danıştay, 10. D., T. 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559.

³³⁷ Ayakçıoğlu, a.g.e., s. 89, 90.

³³⁸ Danıştay, 10. D., T. 13.12.2001, E. 2001/3789, K. 2001/487.

işlemesi nedeniyle zararlardan sorumlu tutulması söz konusu olabilir. Bununla birlikte; idarenin haklı bir titizlik, ihtimam, dikkat ve özen göstererek işi en doğru şekilde yapmaya çalıştığı vakıalarda makul bir gecikme idarenin mâli yönden sorumluluğu doğmaz.³³⁹

2.3.1.3. HİZMETİN HİÇ İŞLEMESİ

İdarenin yerine getirmekle görevli olduğu bir kamu faaliyetinin işlememesi, belirli bir kamu hizmetinin sunulmaması hizmet kusuru teşkil eder.³⁴⁰ Hizmetin hiç işlememesi (culpa in omittendo) belirli bir kamu hizmetinin eksik veya geç bile olsa herhangi bir şekilde sunulmaması anlamına gelir.³⁴¹ İdare, sunmakla görevli olduğu kamu hizmetinden beklenen olağan sonucu yerine getirememektedir ve hizmetten yararlanan vatandaş yönünden mutlak bir mahrumiyet hâli söz konusudur. Örneğin kamu düzeninin bozulduğu bir olayda kolluk güçlerinin olay mahalline hiç gelmemeleri veya olaya göz yummaları; devlet hastahanesinde hastanın muayene veya tedavi edilmemesi; itfaiyenin yangına müdahale etmemesi; belediyenin kendi görev alanı içerisinde yer alan konutlara su verme ve çöp toplama gibi hizmetleri sunmaması hizmetin hiç işlemediği hâllerdendir.

İdarenin hizmetin hiç işlememesi nedeniyle mâli olarak sorumlu tutulabilmesi için idarenin belirli bir kamu hizmetini sunmakla mevzuat uyarınca görevli olması gerekir. Eğer mevzuat uyarınca idarenin belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde belirli bir yönde davranması gerekiyorsa; idarenin hareketsiz kalması idarenin ortaya çıkan zararlı sonuçlardan sorumlu olmasını gerektirir. İdarenin bağlı yetkiyle belirli idari işlem ve idari eylemleri yapması gerektiği hâlde yapmaması idarenin üstlenmiş olduğu hizmeti yapmaması anlamına gelir. İdare görevli olduğu bir alanda, görevin yerine getirilebilmesi için kendisine yetki de verilmiş olmasına rağmen gerekli faaliyeti yürütmediği takdirde hizmetten yararlananlar ihtiyaçlarını karşılayamayacaklardır. Aynı zamanda, idarenin kendisine kanunlarla yüklenilen bir görevi yerine getirmemesi hukuka aykırılık oluşturur. Hizmetin işlememesine

³³⁹ Anayurt, a.g.e., s. 60.

³⁴⁰ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 689; Günday, a.g.e., s. 371; Kalabalık, a.g.e., s. 200.

³⁴¹ Duez, a.g.e., s. 29.

bağlı olarak vatandaşların uğradıkları zararlar idarenin idare hukukuna tâbi sorumluluğuna göre tazmin edilir.³⁴²

Anayasa ve kanunlarla idarenin faaliyetleri için belirli bir çerçeve çizilmiş olmasına rağmen, her somut olayın detayına girildiğinde idarenin az veya çok farklı ihtimaller arasında tercih yapabilme imkanı doğar. Soyut ve genel kuralların somuta indirgenmesi sırasında idare fiili bir değerlendirme marjına sahip olabileceği gibi mevzuat uyarınca da takdir yetkisine sahip olabilir.³⁴³ İdareye takdir yetkisinin tanındığı hallerde bir kamu hizmetinin görülüp görülmemesi üzerine karar verme ihtimali ortaya çıkabilir. İdarenin bağlı yetkiyle sınırlandırılıp bir kamu hizmetini sunmak zorunda olduğu hâllere karşılık, bu konuda idareye takdir yetkisinin tanındığı idare o hizmeti sunmamış olmaktan mâli olarak sorumlu tutulmaz.³⁴⁴ Bununla birlikte bir konuda takdir yetkisinin varlığı mutlak olarak idarenin hizmetin hiç işlememesi nedeniyle sorumluluğunu kaldırır denilemez. Çünkü idareye belirli bir konuda takdir yetkisi tanınmış olsa dahi bu yetki idareye keyfi davranma hakkı vermez. İdari yargı her somut olayın koşullarına göre idarenin kamu yararı maksadıyla hareket edip etmediğini değerlendirerek idarenin hareketsiz kalmasının hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığını hükme bağlar.³⁴⁵ İdarenin vatandaşlara ihtiyaç duydukları kamu hizmetlerini sunmaması idari yargı tarafından meşru görülüyorsa hizmet kusurunun varlığına hükmedilecektir. İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu ve hareketsiz kalarak bir hizmeti sunmadığı hallerde hukuka uygun durum ince bir hususiyet arz edecektir. İdare takdir yetkisini keyfi davranma hakkı elde ettiği biçimde yorumlamamalı ve kamunun ihtiyaçlarını mümkün mertebe yerine getirmeye çalışmalıdır. Elindeki kaynaklar bütün hizmetleri karşılamaya yetmese dahi öncelik ve sonralık sıralamasını kamu yararı maksadına uygun bir şekilde yapmalıdır. Diğer yandan, idari yargı da Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasının; *“Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”* hükmünü göz önünde bulundurmalıdır. İdarenin yetki, şekil, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun olarak yapmış olduğu tutum ve davranışları ve

³⁴² Esin, Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 38.

³⁴³ Yayla, a.g.e., s. 190.

³⁴⁴ Özgüldür, a.g.e., s. 77.

³⁴⁵ Esin, a.g.e., s. 38, 39.

dahi hareketsiz kalma hâlleri idarenin sorumluluğunu hizmet kusuru yönünden doğurmamalıdır. Bununla birlikte eğer şartları mevcutsa idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir.

Anayasa'nın "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlıklı 65. maddesine göre "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mâli kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*" Anayasa'nın bu hükmü idarenin ölçsüz bir sorumluluk altına girmesini engellemek üzere öngörülmüştür. Eğer idarenin mâli imkanları belirli bir hizmetin sunulması için yetersizse, mevcut kaynakların oraya aktarılması ihtimalinde de kamu yararı amacı göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirme sonucunda başka bir hizmetin aksayacağı düşünülüyorsa idare bu hizmeti sunmaktan Anayasa hükmü uyarınca imtina edebilir. Ancak, idarenin maddi imkan durumuna dair sahip olduğu takdir yetkisi iş programlarının düzenlenmesi konusuyla sınırlıdır. Eğer idareye kanunlarla belirli bir görev yüklenmişse idare mâli imkanlarının yetersizliğini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz.³⁴⁶ Örneğin idare sağlık hizmetini bir kamu hizmeti olarak sunmaktadır. Kanun uyarınca sorumlu olduğu bu alanda idare uyarlanabilirlik ilkesi uyarınca hizmeti gereği gibi sunmalıdır. Öyleyse idare mâli kaynakların yetersizliğini öne sürerek sorumluluktan bu konuda kurtulamaz. Aynı şekilde sunmak zorunda olmadığı bir kamu hizmetini başlatırsa ve bu hizmete dair faaliyetlerde bulunarak kamuya bu yönde menfaatler sağlamaya devam ederse; bu hizmetin sunumu sırasında bakım, gözetim, denetim ve gerekirse hizmetin yeni gelişmelere göre uyarlanmasını da sağlamak zorundadır.³⁴⁷ Danıştay kararına konu olan bir olayda, Devlet Su İşleri açmış olduğu bir kanalın menfezlerinin ve setlerinin bakımını yapmamıştır. Menfezlerin ve setlerin bakımı yapılmayınca tahliye kanallarından birisi dolmuştur ve su taşarak civardaki tarlalara ve buğday mahsullerine zarar vermiştir. Danıştay hizmet kusuru nedeniyle tazminata karar vermiştir.³⁴⁸ Olayda çay yatağını düzenleyerek, su kanalı yapan idaredir. İdarenin köy halkının yararlandığı çay yatağını su kanalına çevirerek çay yatağından alınan verimi artırması en başta idarenin zorunlu olduğu bir nokta değildi. Ancak hizmeti

³⁴⁶ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 32.

³⁴⁷ Özgüldür, a.g.e., s. 78.

³⁴⁸ Danıştay, 12. D., T. 16.01.1969, E. 1968/773, K. 1969/44.

sunduktan sonra gerekli bakımı yapmak ve hizmet kalitesini sürdürmek onun sorumluluğundadır.

Danıştay kararına konu olan bir olayda idarece yol işaretlerinin yapılmaması üzerine gerçekleşen kazada idare aleyhine kusuru oranında tazminata karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesi şu şekildedir; *“Yolun sağ tarafının uçurum olduğu halde sürücüyü ikaz edecek herhangi bir yatay ve dikey işaretlemenin yapılmadığı, oluşacak herhangi bir kazada hasarı en aza indirecek herhangi bir bariyer bulunmadığından dolayı davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 3/8 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği, Bolu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin D.ış E:1998/191 sayılı dosyasında yaptırılan bilirkişi incelemesinde, meydana gelen kazada bölünmüş yolun bittiği ve tek şeride düştüğü halde, yolun daralacağına ve sağ tarafın uçurum olduğunu ve daha dikkatli seyredilmesi gerektiğini belirtir trafik işaret ve flamaları ile gerekli tedbirleri almadığından, davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 3/8 oranında kusurlu olduğu, sürücünün tedbirsiz ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermek suçundan yargılandığı Bolu Asliye Ceza Mahkemesinin E:1998/982 sayılı dosyasında yapılan bilirkişi incelemesinde de, yolun bölünmüş yoldan geliş-gidiş iki yönlü yola dönüşmesine ve yolun sağ kesiminde uçurum olmasına karşın önlem alınmaması nedeniyle davalı idarenin 2/8 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği görülmektedir. Bu haliyle, gerekli işaretlemeyi ve bariyeri yaptırmayan davalı idarenin kamu hizmetini eksik yapması nedeniyle hizmet kusuru işlediği açıktır.”³⁴⁹*

Belediyenin, verdiği ruhsata aykırı olarak fazladan 6 kat çıkılarak yapılan bir bina hakkında binanın yıkımına ve imar para cezası verilmesine ilişkin karar verdiği olayda işlemler uygulanmamıştır. Belediye binayı yıkmadığı gibi para cezasını da tahsil etmemiştir. 4 sene sonra binadan daire satın alan kişi, binanın depremde yıkılması üzerine idareye denetim görevini yerine getirmediği ve binayı idari işleme rağmen yıkmadığı gerekçesiyle dava açmıştır. Danıştay, yasanın açık hükmüne rağmen yıkım kararının uygulanmaması, davacının binayı mevcut şekliyle satın alabilmesine ve eve yerleşmesine imkan sağlandığı gerekçeleriyle

³⁴⁹ Danıştay, 8. D., T. 15.04.2004, E. 2004/672, K. 2004/1829.

idarenin yürütmesi gereken faaliyetleri yerine getirmediği gerekçesiyle hizmet kusurunun varlığına karar vermiştir.³⁵⁰

Denizdeki rüzgar ve dalgaların etkisiyle Kızılırmak nehir yatağının Karadeniz ile birleşen ağzının sık sık dolmasına rağmen idarenin bölgeyi temizlememesi nedeninin de etkili olduğu su taşkını olayında idare hizmeti yerine getirmediği için mâli olarak zarardan sorumlu tutulmuştur.³⁵¹

Yargı kararına konu olan olaylarda genellikle hizmetin hiç işlememesinden ziyade hizmetin kötü işlemesi vakıalarıyla karşılaşılmaktadır. Bununla birlikte mahkemeler hükümlerini genel olarak hizmetin kusurlu olmasına, hizmetin gereği gibi yerine getirilmemesine dayandırmaktadırlar.

2.3.2. İDARİ İŞLEMLERE İLİŞKİN HİZMET KUSURU

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. İdari yargı kararıyla hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmayan idari işlemlerin hukuka uygun oldukları varsayılır. İdari eylemlerdeki hizmet kusurunda idari eylemin hukuka uygunluğu yerine hizmetin işleyişindeki nitelik seviyesi değerlendirilmekteydi. Buna karşılık, idari işlemlerdeki hizmet kusuru esas olarak hukuka uygunluk ve aykırılık üzerinden değerlendirilmektedir. Bununla birlikte idari işlemleri geç, kötü işleme ve hiç işlememe yönünden inceleyen bir görüş de vardır. Bu görüşe göre eğer bir idari işlem hukuka aykırıysa hizmet kötü işlemiş, idari işlem yapılması gereken süreden sonra yapılmışsa hizmet geç işlemiş, bağlı yetkinin söz konusu olduğu, idarenin belirli bir yönde işlem yapması gereken durumda işlem yapmaması hizmetin hiç işlememiş olması söz konusu olacaktır.³⁵²

İdari işlemler yetkili karar organları tarafından usul kurallarına uymak suretiyle tebliğ veya ilan edildikten sonra ortaya çıkmış olurlar ve hukuki alemde derhal sonuç doğurmuş olurlar. Buna ek olarak hukuk aleminde doğan idari işlemlerin kimi zaman gerçekten etkili olabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için idari

³⁵⁰ Danıştay, 6. D., T. 23.05.2012, E. 2011/8609, K. 2012/2662.

³⁵¹ Danıştay, 10. D., T. 13.05.2013, E. 2009/6921, K. 2013/4338.

³⁵² Esin, a.g.e., s. 260, 261.

eylemlerle uygulanmaları gerekir. Zarara sebep olan idari işlemlerin bir kısmı doğrudan hukuk alanında ortaya çıkmakla ilgililerin zararına sebep olurken, bir kısmı idari eylemlerle fiziki aleme aktarılmakla ilgililerin zararına sebep olurlar.

İdari işlemlere ilişkin hizmet kusurunu sırasıyla hukuka uygunluk yönünden, idari işlemin kendiliğinden hizmet kusuru oluşturması yönünden ve uygulama esnasında ortaya çıkan hizmet kusuru yönünden inceleyeceğiz.

2.3.2.1. HUKUKA AYKIRILIK VE KUSUR

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden faydalandıkları için hukuka aykırılıkları ancak yargı kararıyla hükme bağlanır. İdari yargı organları idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarını İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden inceleyerek tespit eder. Yetki unsurunda, idari işlemi yetkili makam veya organın yapmadığı incelenir. Şekil unsurunda, idari işlemin oluşturuluş sürecinde usul kurallarına uyulup uyulmadığı ve şekil şartlarına uyarınca idari işlemin ortaya çıkıp çıkmadığı incelenir. Sebep unsurunda, idari işlemin yapılabilmesi için gereken hukuki ve fiili şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenir. Konu unsurunda, o idari işlemin ortaya koyması gereken hukuki sonucu ortaya çıkarıp çıkarmadığı ve bunun hukuka uygunluğu incelenir. Maksat unsurunda ise idarenin o idari işlemi hangi amaçla yaptığı, kamu yararının güdülüp güdülmediği tespit edilir. Sayılan bu unsurların herhangi birinde hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde idari işlem mahkeme kararıyla iptal edilir.³⁵³

Yetkili makam tarafından, mevzuat uyarınca öngörülen sebebin gerçekleşmesi üzerine, şekil ve usul kurallarına uyularak kamu yararı maksadıyla yapılan bir idari işlem mevzuatın öngördüğü tabii sonucu gerçekleştirmişse hukuka uygun demektir. Mevzuatın öngördüğü nedenle yapılan ve beklenen sonucu doğuran idari işlemin ilgililer üzerinde neden olduğu neticeler de hukuka uygun olacaktır. Çünkü idari işlemin konu unsuru, idari işlemin oluşturacağı hukuki ve fiili neticelerdir. Diğer unsurların yanı sıra konu unsuru bakımından da hukuka uygun bulunan bir

³⁵³ Bülbül, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, 1. Baskı, s. 107.

idari işlemin ilgililer üzerine doğurduğu neticeler de hukuka uygun demektir ve bu neticelerin bir kısmının ilgilinin maddi veya manevi varlığında zarara sebep olması sonucu değiştirmez. Hukuka uygun olan yani olması gerektiği gibi varlık kazanan bir idari işlemin öngörülen hukuka uygun sonucunun gerçekleşmesi zarara yol açsa bile bu zaten öngörülen bir zarardır. Mevzuat uyarınca öngörülen hukuka uygun sonuç bir hizmet kusuru oluşturmaz. İdarenin olması gerektiği gibi tutum ve davranış geliştirdiği bir hâlde idare kusurlu davranmıştır denilemez. Öyleyse sübut etmiş bir idari işlemde bir hizmet kusurunun var olması için idari işlemin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka uygun idari işlemler nedeniyle ortaya çıkan zararlarda idare hizmet kusuru gerekçesiyle mâli olarak sorumlu tutulamaz. Örneğin bir kamu görevlisine disiplin cezası olarak aylıktan kesme verilmişse ve bu ceza da hukuka uygunsuz idarenin mâli olarak sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, elektrik piyasasında faaliyet gösteren bir şirketin lisansının iptal edilmesi şirket için çok büyük miktarda bir zarara sebep olacaktır ancak eğer lisansın iptali işlemi hukuka uygun olarak tesis edilmişse idare zararlardan sorumlu tutulamayacaktır.

Hukuka uygun bir idari işlemin kusurlu sübut ettiği öne sürülemeyeceği için idarenin bu yönden mâli sorumluluğu da söz konusu olmaz. Bununla birlikte eğer idarenin tesis ettiği idari işlem hukuka uygun olmasına rağmen belirli bir kişi veya kişiler için özel bir zarara sebep oluyorsa ve bu zarar özel hukuk kişileri için anormal büyüklükte bir zarara sebep oluyor ise idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir.³⁵⁴ Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre, kamu yararı maksadıyla kamunun faydalanacağı bir işlemin yapılmasına rağmen bu sırada bazı kişiler diğerlerinin maruz kalmadıkları özel bir zararla karşılaşacaklarsa ve bu zarar katlanamayacakları bir yoğunlukta ise idare bu zarardan kusursuz olarak mâli yönden sorumlu tutulacaktır.

İYUK'un 2. maddesinde sayılan herhangi bir unsur nedeniyle hukuka aykırı bulunan ve iptal edilen her idari işlem hizmet kusuru olduğu anlamına gelir. Bununla birlikte iptal edilen her idari işlem tazmin edilmesi gereken bir zarar oluşturmaz. Öncelikle iptal edilen idari işlem etkisini doğurduğu halde dahi maddi

³⁵⁴ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 216.

veya manevi bir zarara sebep olmamış olabilir. İYUK'un 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için kişisel bir hakkın doğrudan muhtel olması gerekmektedir. İptal edilen işlem bir kişinin kişisel bir hakkını doğrudan ihlal etmemişse tazminat sorumluluğu doğmaz. İdari yargıda idari işlemin hukuka aykırılığını kanıtlayarak kişisel hakkının ihlal edildiğini kanıtlayan ilgili özel bir zarara uğradığını kanıtlamış demektir. Ancak bu hususun yanı sıra zararın görmezden gelinmesini gerektirmeyecek kadar önemsiz olmaması gerekir, yani zararın yok sayılacak kadar küçük miktarda olmaması gerekir.³⁵⁵

İdarenin hukuka aykırı bir işlem yaptığının kabul edilmesine rağmen mâli olarak sorumlu tutulmamasının savunulduğu bazı haller vardır. Bir görüşe göre eğer idare mevzuatı yorumlama noktasında hataya düşerek taksiren bir idari işlemi hukuka aykırı olarak yapar ise mâli olarak sorumlu tutulmamalıdır. Duran bu görüşünü Fransız İdari Yargı içtihatlarına dayandırmakla birlikte konuya ilişkin Danıştay kararı mevcut değildir.³⁵⁶ Duran'ın verdiği diğer bir örnek şekil veya usul hatası gibi bir nedenle iptal edilen idari işlemin yeniden aynı sonucu doğuracak şekilde hukuka uygun olarak tesis edilebilme ihtimalinin olduğu hallerdir.³⁵⁷ Ancak, bu tür hallerde de idari yargı kimi zaman, hukuka uygun bir şekilde aynı sonucu doğurmak üzere yenilenebilecek idari işlemleri iptal etmemektedir. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, disiplin tüzüğü'nün bir maddesi nedeniyle meslekten ihraç edilen bir kamu görevlisinin esasında başka bir madde uyarınca aynı disiplin cezası alması gerektiği görüşünde olmasına rağmen; işlemin hukuki sonuç itibarıyla doğru olması nedeniyle işlemin iptalini gerekli görmemiştir.³⁵⁸

Hukuka aykırı bir idari işlem, ilgilinin veya ilgililerin maddi veya manevi varlıklarında kişisel, doğrudan bir zarara yol açmışsa; bu zarar da yok sayılacak kadar önemsiz değilse idarenin kusur sorumluluğuna dayanan mâli sorumluluğu doğar. Sayıca çok fazla kişi bile olsa, kişisel ve anormal bir zarar mevcutsa idare bu zararların tamamını ödemekle mükelleftir. Görüleceği üzere eğer bir idari işlem

³⁵⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 15.

³⁵⁶ Conseil D'Etat, 26.01.1973, Villes De Paris/Sieur Drianc ourt; Aktaran:Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 38.

³⁵⁷ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 37.

³⁵⁸ Danıştay, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 06.04.2012, E. 2007/2208, K. 2012/246.

hukuka uygunsu hizmet kusuruna dayanılarak idare tazminata mahkum edilemez. Buna ek olarak idare hukuka aykırı her işlemi nedeniyle de tazminata mahkum edilmez.³⁵⁹ Öyleyse idari işlemlerde hizmet kusuru nedeniyle tazminata hükmetmek için hukuka aykırılık şart olmasına rağmen her hukuka aykırılıkta mâli sorumluluk doğmadığı için hukuka aykırılık ile tazminat arasında her halde doğrudan birbirini gerektiren bir illiyet rabıtası kurulamaz.

2.3.2.2. İDARİ İŞLEMİN KENDİLİĞİNDEN HİZMET KUSURU OLUŞTURMASI

Yargı kararına konu olan her idari işlem etkili bir idari işlemdir. Kesin ve yürütülebilir olan idari işlemler hukuk âleminde sonuçlar doğururlar. Kesin ve yürütülebilir idari işlemlerin bir kısmı bizatihi hukuk âleminde var olmakla bazı kişilerin zarara uğramasına sebep olurlar. Kesin ve yürütülebilir idari işlemlerden bazıları ise ancak idare tarafından yürütülmekle fiziki âlemde sonuç doğururlar ve bazı kişilerin zarara uğramasına sebep olabilirler. İdari işlemler olumlu, olumsuz veya zimni ret gibi sonuçlar verecek şekilde ortaya çıkabilirler ve bütün bu ihtimallerde işlemin gerçekleşmesiyle beraber zararın doğacağı kesinleşebilir.

İdari işlemlerin ilgililerde özel zarara sebep olabilmesine rağmen ilgililer zararlarını tazmin ettirebilmek için her durumda idari işlemin iptalini istemek zorunda değillerdir. Yani somut olaya göre tam yargı davasının açılması için kimi zaman işlemin iptalini de istemek gerekirken kimi zaman gerekmez. Örneğin vergi tarhiyat ve tahakkuklarında ortaya çıkan hata ve hukuka aykırılıklar nedeniyle dava açıldığında mutlaka işlemin iptalini istemek gerekir, çünkü işlemin hukuka aykırı olduğu tespit edilmedikçe tazminata da hükmedilmeyecektir. Bununla birlikte diğer bazı ihtimallerde idari işlemin iptaliyle bağlı olmadan tam yargı davaları görülebilir. İYUK madde 12'ye göre “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle

³⁵⁹ Frier/Petit, a.g.e., s. 557.

doğan zararlarından dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.” Mezkur kanun hükmüne göre işlemin iptalini istemeden doğrudan tam yargı davası açılacağı gibi aynı davada hem iptal hem tazminat istenebilir. Diğer bir imkan ise öncelikle iptal davası açarak, işlemin hukuka uygunluğu üzerine bir karar verildikten sonra tam yargı davası açmaktır. İdari işlem hukuka uygun bulunmuş olsa bile eğer kusursuz sorumluluk hallerinden birisi mevcut ise ona dayanılarak tazminat istenebilecektir. Bu ihtimal de genellikle hukuka uygun genel düzenleyici işlemler nedeniyle özel bir zarara uğrama halinde söz konusu olmaktadır.

İdarenin idari işlemi yaptığı sırada ilgilide bir zarara sebep olmamasına ve daha sonra idarenin ayrıca bir işlem veya eylem yapmamasına rağmen yine de ilk işleme dayanan bir zararın ortaya çıkma ihtimali vardır. Normalde bir idari işlem kendiliğinden ilgilide zarara sebep olur ya da ayrıca bir bireysel işlem veya idari eylem nedeniyle icra edildiğinde zarara sebep olur. Ancak istisnai olarak idari işlem kendiliğinden zarara sebep olmadığı gibi idarenin aktif fiiliyle icrası yapılmamasına rağmen zarar doğması ihtimali vardır. Danıştay kararına konu olan ilginç olayda, idare bir genel düzenleyici işlemle o bölgedeki ayıların avlanmasını yasaklamıştır. Davacının büyükbaş hayvanlarına saldıran ayılar altı büyükbaş hayvanı öldürmüş, üç tanesini de yaralamıştır. Davacı ise ayıları avlama yasağı olması nedeniyle korkutma amacıyla ateş etmiş ve ayılar kaçmıştır. Bölgedeki ayı avlama yasağı nedeniyle ayıların sayısı artmış ve davacıda saldırgan ayıları vurmak yerine korkutup kaçırmayı tercih etmiştir. Olayda İdare Mahkemesi bir idari eylemin varlığına dayanarak idareye zorunlu başvuru yapılmadığı için davayı reddetmiştir. Ancak Danıştay olayda idarenin bir idari eylemi ve faaliyeti olmaması sebebiyle zararın idari işleme dayandığına ve bu sebeple hak düşürücü sürenin de olayın gerçekleştiği tarihten itibaren idari işlemlere uygulanan süre olduğuna karar vermiştir.³⁶⁰

Asıl idari işlemde sonra bir icra hareketine, idari eyleme dayanmadan ortaya çıkan zararlarda dava açma süresi tebliğ, ilan veya yayından itibaren altmış gün olmaktadır. İdari işlemlerin yol açtığı zararlarda tazminat talebi ise işlemin hukuka

³⁶⁰ Danıştay, 10. D., T. 25.01.2008, E. 2006/237, K. 2008/172.

uygunluğu meselesiyle beraber değerlendirilir; meğerki kusursuz sorumluluk hallerinden birisi söz konusu olsun. Örneğin, Danıştay kararına konu olan bir olayda Rekabet Kurulu rekabeti bozdukları, engelledikleri ve kısıtladıkları nedeniyle bir şirkete idari para cezası kesmiştir. Olayda, davacı şirketin Kardiyo Çalışma Grubu (KÇG) üyesi olduğu, pazarda faaliyet gösteren soruşturma tarafı diğer teşebbüslerle birlikte hastanelerden konsinye malzemelerin çekilmesi ve hastanelere mal vermemeye ilişkin olarak hazırlanan bildiriye imza attığı, rakip teşebbüslerle birlikte konsinyeleri hastanelerden çekmek ve ihalelere katılmamak suretiyle ilgili pazardaki ürünlerin arz koşullarının piyasa dışında belirlenmesine yol açtığı, ayrıca yine rakip teşebbüslerle birlikte pazardaki fiyat ve satım şartlarını belirlediği yolundaki tespitlerden hareketle, fiyat ve satım şartlarının rakiplerle birlikte belirlenmesi, pazarın bölüşülmesi ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, 2001 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin takdiren %4'ü oranı üzerinden idari para cezası ile cezalandırıldığı görölmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, şirketin idari para cezasına çarptırılmasına sebep olan fiyatların piyasa dışında ve tedarikçilerin kendi aralarında belirlemelerine yol açan durumun gerçek olduğunu tespit ettiği için idari yaptırımını hukuka uygun bulmuştur ve tazminat talebini kabul eden daire kararını bozmuştur.³⁶¹ Eğer olayda sebep yönünden bir hukuka aykırılık tespit edilseydi dava şirket lehine sonuçlanacaktı, çünkü zarara sebep olan idari işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle kusurlu olduğu tespit edilmiş olacaktı. Bir başka olayda, yeni yapılan Ambalaj Atıkları Yönetmeliği'yle ambalaj atıklarında belirli bir geri dönüşüm oranının tutturulamaması halinde para cezası öngören bir hüküm öngörölmüştür. İdari para cezası öngören hüküm geçmişe yürüyecek şekilde yapılmıştır ve uygulanmıştır. Karara konu olan olayda para cezasına çarptırılan şirket, işlemin geçmişe yürümesi yönüyle hukuka aykırı olduğundan bahisle tazminata hak kazanmıştır.³⁶²

Ortaya çıkmakla doğrudan zarara sebep olan idari işlemlerin denetiminde dava süresi işlemin tebliği, ilanı ve yayın tarihine bağlıdır. İşlemin icrasıyla ortaya çıkan zararlarda süre yönünden farklılık olmaktadır.³⁶³

³⁶¹ Danıştay, İDDK, T. 20.02.2014, E. 2010/3333, K. 2014/437.

³⁶² Danıştay, İDDK, T. 09.12.2013, E. 2010/1158, K. 2013/4413.

³⁶³ Çağlayan, a.g.e., s. 234, 235, 236.

2.3.2.3. İDARİ İŞLEMİN UYGULANMASINDAN DOĞAN HİZMET KUSURU

Teşkilatlanması iyi bir şekilde yapılmış, bağlı olduğu mevzuat üzerinde düşünülmüş ve açık olan, personeline ve yaptığı idari faaliyetlerde aksamalar görülmeyen, iyi bir şekilde işleyen bir mekanizmaya sahip bir idarenin mevzuata ve hukuka aykırı hukuki işlemler yapması olağan değildir. İdarenin hukuka aykırı yapmış olduğu bir işlem veya kusurlu bir eylemi söz konusu olduğu zaman, bu aksama ve noksanlıkların arkasında idarenin kendi kuruluş ve işleyişinde kusurun olduğu gözlenmektedir. Bu sebeple bir idari işlemin hukuka aykırı olması, işlemi yapan idarenin faaliyetlerinde kusurlu davrandığını göstermektedir.³⁶⁴

Her idari işlem sadece yapılmakla, yetkili kişi ve organlarca imzalanmakla fiziki hayatta beklenen sonuçlarını doğurmayabilir. Bu tür işlemlerin konusunun gerçekleşebilmesi için idarenin bu idari işleme dayanan bir takım eylemlerde bulunması gerekir. Örneğin, bir üniversite öğrencisine 1 ay okuldan uzaklaştırma cezası verilmişse, güvenlik görevlilerinin öğrenciyi okula sokmaması, eğer okula girmiş ise yakalayıp, çıkarmasıyla bu işlem uygulanmış olacaktır. Bir diğer örnek verecek olursak, İmar Kanunu'nun 39. maddesine göre; belediye veya valilik tarafından tehlike arz eden yapının yıkılması kararı alınabilir. Ancak bu kararın alınması kendiliğinden binayı yıkmayacağından, idarenin personel ve aracıyla yıkım eylemini gerçekleştirmesi gerekir. İdarenin hedeflediği amaca ulaşabilmek için idari işlemin yanı sıra eylemde de bulunmasını gerektiren idari işlem türleri ve bunlara bağlı eylemlerde; idarenin fiziki alemde yaptığı faaliyetlerin hukukilik denetimi o eylemlere dayanak olan idari işlemin hukukilik denetimine bağlıdır. İdarenin yapmış olduğu eylemlerle, idari işlemin yöneldiği amaç sağlanıyorsa, tazminat davalarında idari işlemlerle beraber değerlendirme yapılır. Eğer idari işlem hukuka aykırı ise o işlemi gerçekleştiren idarenin faaliyetleri de hukuka aykırı olacaktır. Eğer idari işlem hukuka uygun ise, o idari işlemin konusunu gerçekleştiren eylemler de hukuka uygun olacaktır.

³⁶⁴ Anayurt, a.g.e., s. 67.

Eğer idari işleme dayanmayan bir idari eylem söz konusuysa veya idari işleme dayanan bir eylem yapılsa bile o idari işlemin konusunu aşan bir sonuç ortaya çıkaran eylem var ise idari eylemin kusur yönünden değerlendirilmesi salt o idari eylem yönünden yapılır. Örneğin hukuka uygun bir yıkım kararı alınmış olabilir ve o bina yıkılabilir. Bu durumda o binanın yıkılması fiili de hukuka uygun olacaktır. Ancak yıkım işlemi yapılırken gereken önlemler alınmadığı için yan binanın duvarları çatlamışsa veya yoldan geçen bir kişinin üzerine beton parçası düşmüşse bu durumda idari işlemin öngörmediği sonuçlar gerçekleşmiş demektir. Bu ihtimallerde zarara sebep olan idari eylemler idari işlemlerin tâbi olduğu idari yargı usulünden ayrı bir şekilde yargıya konu olurlar. İYUK madde 13'e göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olan kişiler dava açmadan önce idari eylemi yapan idareye öğrenme tarihlerinden itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş sene içerisinde idareye başvurarak zararlarının tazmin edilmesini istemelidirler.³⁶⁵ İdarenin açık veya zımni ret cevabı vermesi üzerine altmış gün içerisinde tam yargı davası açmak suretiyle bu zararlar tazmin edilecektir.³⁶⁶ Esas yönünden de, idari işlem ve idari işlemlere dayanan eylemlerde tazminat davası idari işlemin hukuka aykırılığına bağlıken, idari işleme dayanmayan idari eylemlerde hizmet kusuru yönünden değerlendirme yapılır. Bu noktada hizmetin geç, kötü veya hiç işlememesi yönünden bir değerlendirme yapılır.

İYUK madde 12'ye göre; idari işlemin icrası sırasında herhangi bir zarara uğrayan kişiler, icraya dayanak olan işlemin ortaya çıkışı üzerine iptal davası açabileceği gibi, işlemin uygulanmasından itibaren de dava açabilir. Böylece idari işlemlerin yapılması ve icrası farklı zamanlarda olan hallerde iki ayrı hak düşürücü süre mevcut olmaktadır. Halbuki ortaya çıkar çıkmaz icra edilmiş gibi sonucunu doğuran idari işlemlerle, idari eylemlerde tek bir noktaya dayanarak hak düşürücü süreler belirlenmektedir.³⁶⁷

Hizmet kusurunun varlığını kabul etmek için tespit olunan hukuka aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, gereği gibi işlemediğini gösterecek derecede, belirli bir

³⁶⁵ Kalabalık, a.g.e., s. 265.

³⁶⁶ Kalabalık, a.g.e., s. 266.

³⁶⁷ Gözübüyük/Tan, A. Şeref, Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 6. Baskı, s. 850, 851.

kusur seviyesinin üzerinde olması gerekmektedir.³⁶⁸ Bir idari işlemin icrasının tazminata yol açıp açmayacağını tespit için idari işlemi hukuka uygunluk yönünden inceleyen hakim bu ağırlığı da her somut olayın kendi şartları içerisinde değerlendirecektir.³⁶⁹

2.4. HİZMET KUSURUNUN AĞIRLIĞI

Kusursuz sorumluluk halleri dışında, idarenin herhangi bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için ya hukuka aykırı bir idari işlemle ya da sunmuş olduğu hizmeti kusurlu olarak sunmuş olması nedeniyle zarara sebebiyet vermiş olması gerekir.

İdarenin yapmış olduğu her hukuka aykırı idari işlem tazminat hakkı doğurmaz.³⁷⁰ Bunun sebebi her hukuka aykırı idari işlemin tazmin edilmesi gereken bir zarara sebep olmamasıdır. Danıştay'ın eski içtihatlarına göre bir idari işlemin tazminat hakkı doğurması için hukuki sakatlığın belirli bir dereceye kadar ağır ve önemli olması şartı aranmaktaydı; örneğin mevzuatın yorumlanmasındaki hatalar ve titizlik ve ihtimam nedeniyle farklı bir idari işlemin yapılması önemli sakatlıklar olarak görülmemekteydi.³⁷¹ Danıştay'ın yeni içtihadına göre, tazmin edilmesi gereken bir zararı doğuran hukuka aykırı bir idari işlem idarenin mâli olarak sorumluluğunu doğurur. Bunun istisnası olarak gösterilebilecek durumlar ise, idarenin basit şekil ve usul hataları yaparak idari işlemi tesis etmesine rağmen aynı sonucu doğurabilecek idari işlemin hukuka uygun olarak yapılabilmesinin mümkün olduğu hallerdir. Örneğin bir mevzuat hükmüne göre disiplin cezası verilerek meslekten ihraç edilen kişinin açtığı tazminat davasında Danıştay, aynı tüzüğün bir diğer maddesine göre de meslekten çıkarma cezasının verilmesinin gerekli olduğuna hükmettiği davada; davacının tazminat talebini reddetmiştir.³⁷² Görüleceği üzere bir idari işlem yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden hukuka aykırı olabilmesine rağmen aynı sonucu doğurabilecek hukuka uygun idari işlemin ayrıca tesis edilmesinin mümkün olduğu istisnai hallerde idare tazminata hükmedilmeyebilmektedir. Bununla birlikte bu konudaki mahkeme kararlarının

³⁶⁸ Esin, a.g.e., s. 261.

³⁶⁹ Anayurt, a.g.e., s. 68.

³⁷⁰ Frier/Petit, a.g.e., s. 557.

³⁷¹ Esin, a.g.e., s. 261.

³⁷² Danıştay, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 06.04.2012, E. 2007/2208, K. 2012/246.

sınırlı olması nedeniyle henüz bir yerleşik içtihat durumuna gelmediği söylenebilir. Tekraren söylemek gerekirse; hukuka aykırı her idari işlem tazminat gerekliliği doğurmaz ancak kusura dayanan sorumluluk nedeniyle tazminat hakkı doğuran her idari işlem hukuka aykırıdır.

Kamu hizmetlerinin sunulmasında görülen eksiklikler nedeniyle hizmet kusuru oluşur. Kamu hizmetinden yararlanamayan vatandaşlar da hizmet kusuruna dayanan sorumluluk ilkeleri gereğince tazminata hak kazanır. Hakim önüne gelen somut olayda hizmetin kötü veya geç işlediğini veya hiç işlemediğini tespit ettiği takdirde hizmet kusurunun varlığına ve dolayısıyla tazminata hükmedecektir.³⁷³ Hakim olayı değerlendirirken, iyi bir şekilde işleyen idarenin standartını dikkate alarak karşılaştırma yapar. Kanunlarla kendisine yüklenen görevi, öngörülen kalite seviyesine uygun bir şekilde yerine getiren idare kendisinden beklenen tutum ve davranışı hukuka uygun bir şekilde getirmiş olur. Buna karşılık kanunlarla görevli kılındığı alanda faaliyet yürütmeyen veya kötü veya geç işlediği için istenen sonuçları yerine getiremeyen idare hizmet kusuru işlemiş sayılacaktır. Hakimin ölçü olarak aldığı iyi idare mevzuata göre faaliyet gösteren, sunulan hizmetin gerektirdiği nitelikleri yerine getiren idaredir.³⁷⁴ Bununla birlikte hakim karşılaştırmayı aynı hizmetin Türkiye'nin diğer bölgelerinde nasıl sunulduğuna bakarak da yapabilir. Örneğin güvenlik, eğitim, sağlık gibi kamu hizmeti alanlarında idarenin eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak hizmet sunması gerekir. Sağlık hizmetinin bir bölgede tıbbın dünyada gösterdiği gelişmeye uygun olarak kaliteli bir şekilde sunulmasına karşılık, bir başka bölgede branş hekimleri dahi bulundurulmadan bölge halkına sunulması kamu hizmeti ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

Mevzuata ve hizmetin gerekliliklerine uygunluk yönünden yapılan bir değerlendirmede, mevcut bir vakıa hizmet kusuru oluşturmayacağı gibi farklı seviyelerde hizmet kusuru da oluşturabilir. Temel olarak basit kusur ve ağır kusur olmak üzere iki ayrı seviyede hizmet kusuru kategorisi vardır. Ağır kusur sonucu ortaya çıkan her zarar tazminatı gerektirirken, bazı alanlarda yalnızca basit

³⁷³ Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, Cilt 1, s. 1303.

³⁷⁴ Frier/Petit, a.g.e., s. 557, 558.

kusurun mevcut olması o zararın idarece tazmin edilmesi gerekliliğini doğurmaz. Bazı hizmet alanlarında, idarenin yalnızca ağır kusuru nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulması basit kusur ile ağır kusur arasında bir ayırım yapmayı gerektirmektedir.

2.4.1. AĞIR HİZMET KUSURU

İdarenin mâli sorumluluğuyla alakalı olarak geliştirilen teorik alan mevzuata dayanmaktan ziyade yargı kararlarına dayanmaktadır. Mevzuat uyarınca kusursuz sorumluluk alanları belirlenmediği halde yargı organları bazı özel hallerde idarenin ekstra sorumlu olduğuna ve zararlara sebep olan kendisi olmasa dahi tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Aynı şekilde, hizmet kusuruna dayanan sorumluluk türlerinde de, yargı organları bazı alanlarda faaliyet göstermenin zorluğunu dikkate alarak ve idarenin mâli sorumluluğunu hudutsuzca genişletmemek maksadıyla ağır hizmet kusurunu şart olarak aramıştır.

Kural olarak idarenin her türlü kusuru nedeniyle doğan zararlar tazminat hakkı doğurur.³⁷⁵ Basit kusur (la faute simple), iyi bir şekilde işleyen idarenin yapmayacağı hata ve kusurdur. Basit kusurlar da tamamen önemsiz, göz ardı edilebilir kusurlar değildir. Belirli bir ağırlık seviyesini geçen, zarara sebep olacak kadar da etkili kusurlardır.³⁷⁶ Örneğin bir kararda kusur olmasına rağmen basit kusur dahi bulunmamıştır. Karar şu şekildedir: *“Davacı öğrenci derneğinin kendisini tanıtabilmesi, faaliyetleri konusunda öğrencilere bilgi verebilmesi, üye kayıt işlemleri yapabilmesi amacıyla eğitim-öğretim yılı kayıt haftasında kendisine masa tahsis edilmesi olanaklı iken, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediği, kaldı ki davalı idarenin dava konusu işlemde bir gerekçe göstermediği gibi, idarenin savunmasında sözü edilen dönemde masa tahsisinin eğitim-öğretim çalışmalarını olumsuz etkileyeceği yolunda somut ve kabul edilebilir bir iddia da sunulmadığı, tesis edilen işlem hukuka aykırı ise de, bu durumun idarenin doğrudan tazminat ödeme yükümlülüğünü oluşturmayacağı, idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için hizmet kusurunun belli nitelikte ve ağırlıkta olması gerektiği, olayda ise takdirde hata yapıldığı gerekçesiyle dava*

³⁷⁵ Atay, a.g.e., s. 729.

³⁷⁶ Anayurt, a.g.e., s. 75.

konusu işlemin iptali, maddi ve manevi tazminat isteminin reddi yolunda verilen kararın onanmasına oy birliğiyle karar verildi.”³⁷⁷

Ağır kusur (la faute lourde), basit kusura göre daha ağır ve önemli işleyiş aksaklıklarıdır. Ağır kusur değil iyi bir şekilde işleyen idarenin, vasat bir şekilde işleyen idarenin bile aynı hal ve şartlarda işlemeyeceği kusurlardır. Bir idarenin çok kötü bir şekilde işlediğini şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya koyan olağanüstü kusurlar da ağır kusur kapsamındadır. Ortalama bir idarenin bile yapmayacağı hatalar ve bunlardan daha ağır olan, aşıkara derecede belirli olan, inceleme yapmadan noksanlıkların anlaşılabilirdiği kusurlar ağır kusur kapsamına girmektedir.³⁷⁸ Basit kusur ile ağır kusur arasında kriterleri belirli bir ayırım yoktur. Birbirlerine göre derece farkı vardır. Aralarındaki seviye farkını inceleyip, karara bağlayacak olan makam da, her somut olayda idari yargı hakimidir.³⁷⁹

Fransız Danıştay, 1950 yıllarına kadar, idari kusur hallerinde ihmal, basit kusur, ağır kusur, olağanüstü ağır kusur olmak üzere dört ayrı yoğunlukta kusur kategorisi öngörerek tam yargı davalarını karara bağlamaktaydı. 1950’li yıllardan sonra sadece basit kusur ve ağır kusur ayırımı yaparak tazminat taleplerini değerlendirmektedir.³⁸⁰ Esnek bir kavram olan ağır kusurun basit kusurdan tek farkı derece olarak daha ciddi işleyiş aksaklıkları veya hukuka aykırılıklar içermesidir. 1960’lı yıllara kadar Fransa’da ağır kusur kavramı “açık kusur”, “ağır hususiyet arzetme”, “istisnai ağırlıkta hata” gibi ifadelerle mahkeme kararlarında kendine yer bulmuştur. Ağır kusurun arandığı faaliyet alanları ise zihinsel engellilerin bakım ve tedavi hizmetleri, vergi tarhiyat ve tahsili işlemleri gibi ekstra bilgi ve ihtimam gerektiren kamu faaliyeti alanlarıdır.³⁸¹

Fransa’da idarenin sorumluluğunun doğması için ağır kusurun arandığı faaliyet sahaları işleyişinde zorluklar bulunan hizmetlerdir.³⁸² Yürütülmesinde zorluklar bulunan hizmetlerde sıklıkla hatalar yapılabilmekte ve aksaklıklar olabilmektedir. İdarenin üstlendiği görevleri aksatmasına yol açacak kadar mâli külfetlerin altına

³⁷⁷ Danıştay, 10. D., T. 27.03.2007, E. 2007/5793, K. 2007/1524.

³⁷⁸ Anayurt, a.g.e., s. 76.

³⁷⁹ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 98.

³⁸⁰ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 34, 35.

³⁸¹ Chapus, a.g.e., s. 1303.

³⁸² Chapus, a.g.e., s. 1304.

sokmamak üzere sorumluluğunu kısıtlamak maksadıyla ağır kusur şartı kullanışlı bir araç olmuştur. Böylece bir kusur olarak görülmeyen küçük hatalar tazminat gerektirmeyen bir statüye gelmiştir.³⁸³ Her ne kadar ağır kusur sorumluluğu sınırlayan bir kavram olsa da Fransız Danıştay tarafından kanunla sorumsuz addedilmesine rağmen ağır kusurlu davranan bir idarenin sorumlu tutulmasına gerekçe yapılmıştır. Karara konu olayda Posta, Telefon ve Telgraf idaresi standart postaların taşınması sırasındaki kayıp ve hasarlardan doğan zararların tazmininden kanun hükmüyle muaf tutulmuştur. Fransız Danıştay bu muafiyet hükmüne rağmen ağır kusurun mevcut olduğu hallerde sorumluluğun doğacağına hükmetmiştir.³⁸⁴

Fransa'da tazminat sorumluluğunun doğması için ağır kusurun arandığı haller giderek azalmaktadır. İstisnalar dışında basit kusur idarenin mâli sorumluluğuna neden olmaktadır.³⁸⁵ Sağlık hizmetinde sorumluluk için ağır kusur şartı aranması Ulusal Tıp Akademisi'nin görüşü uyarınca terkedilmiştir. Eskisinin aksine, yalnızca tıp doktoru veya cerrahlar tarafından yapılabilecek her türlü teşhis, tedavi, operasyon veya müdahalede sorumluluk için basit kusur yeterli olacaktır. Böylece özel hukuk sorumluluğunda olduğu gibi her türlü kusura dayanan zarar için tazminat hakkı doğacaktır. Aksinin kabulü ihtimalinde özel hastahane zarara uğrayanın zararı her kusurda, devlet hastahanesinde zarara uğrayanın zararı ise yalnızca ağır kusur halinde tazmin edilecekti. Böyle bir ihtimal de hukuk mantığı açısından adaletsiz olup, kamu vicdanını yaralayacaktı.³⁸⁶ Yardım, arama ve can kurtarma faaliyetlerinde de ağır kusur aranması şartı terkedilmiştir. Denizde yapılan arama ve kurtarma faaliyetlerinde, deniz kıyılarındaki can kurtarma faaliyetlerinde, itfaiyecilik faaliyetlerinde basit kusur da sorumluluk doğuracaktır.³⁸⁷ Vergi tarhiyat ve tahsilat süreçlerinde gereken teknik hesaplamaların zorluğu, hızlı hareket etme gerekliliği gibi nedenlerle 1962 yılına kadar vergi sürecindeki hizmet kusurlarından sorumluluk için ağır kusur şartı aranmaktaydı. Ancak vergi sürecinin aşamalarında ayırım yapmadan artık tarhiyat,

³⁸³ Frier/Petit, a.g.e., s. 558.

³⁸⁴ Conseil D'Etat, 22.01.1986, Dlle Grellier, Rec. T. 700., Aktaran: Frier/Petit, a.g.e., s. 559.

³⁸⁵ Chapus, a.g.e., s. 1305; Frier/Petit, a.g.e., s. 559.

³⁸⁶ Chapus, a.g.e., s. 1305.

³⁸⁷ Chapus, a.g.e., s. 1311.

tahakkuk, tahsilat, inceleme gibi her noktasında basit kusurla bile olsa zarara sebep olunması halinde idare sorumlu olacaktır.³⁸⁸

Ceza infaz kurumlarında gerçekleşen zararların tazmini için ağır kusur şartı aranmaktaydı. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda, infaz kurumlarında intihar vakaları, vücut bütünlüğüne saldırı, işkence ve kötü muamele, tutuklu ve mahkumların eşyalarının kaybolması gibi zararlardan dolayı devletin basit kusurundan doğan sorumluluğu kabul edilmiştir.³⁸⁹

Ağır kusurun arandığı haller sayıca azalmasına rağmen halen hukuki bir kavram olarak varlığını devam ettirmektedir. Kolluk faaliyetlerinde nitelik farkı yapılarak incelik ve aciliyet arz eden müdahalelerde ağır kusur şartı aranmaya devam edilmektedir. Zorluk arz eden, acil veya özel ihtimam gerektiren operasyonlardan doğan zararların idarece tazmininin gerekmesi için idarenin ağır kusurlu olması gerekmektedir.³⁹⁰ Buna karşılık olağan, aciliyet gerektirmeyen fiil ve işlemlerden doğan zararlarda tazminat için ağır kusur şartı aranmaz. Örneğin emniyet müdürlüklerinin verdikleri pasaportları alım sürecinde basit kusur zararın tazmini için yeterli olacaktır.

Adalet hizmetlerinde tazminat hakkı için ağır kusur aranmaya devam edilmektedir. Adaletin yerine getirilmesi ince bir değerlendirme gerektirdiği gibi adalet hizmetleri devletin üç erkenden birisidir. Devletin egemenlik yetkilerini açıkça kullandığı bu alanda ortaya çıkan zararlı sonuçlardan idare yalnızca ağır kusur halinde sorumlu olur.³⁹¹ Bununla birlikte yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda; makul yargılama süresinin aşılması, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi, mahkeme kararının doğru ve hukuka uygun olmasına rağmen bürokrasi tarafından uygulanmaması gibi hallerde idarenin adalet hizmetlerinden de sorumluluğu basit kusur ilkelerine göre doğacaktır.³⁹²

³⁸⁸ Chapus, a.g.e, s. 1316, 1317.

³⁸⁹ Frier/Petit, a.g.e., s. 560.

³⁹⁰ Chapus, a.g.e., s. 1314; Frier/Petit, a.g.e., s. 560.

³⁹¹ Frier/Petit, a.g.e., s. 562.

³⁹² Frier/Petit, a.g.e., s. 564.

Fransa'da ağır kusurun arandığı diğer bir durum kontrol mekanizmalarıdır. Öncelikle farklı kamu tüzel kişilerinin birbiriyle ilişkisini sağlayan idari vesayet mekanizmasından sorumlu olmak için ağır kusur aranmaktadır. Merkezi idarenin idari vesayet yetkilerini kullanırken zarar vermesi hallerinde veya idari vesayet yetkilerinden denetim ve gözetim görevini yerine getirirken fark edilmeyen hatalar nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olmak için ağır kusurlu olmak gerekir.³⁹³ Aynı şekilde devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin özel hukuk kişileri üzerindeki denetim ve gözetim faaliyetlerinden doğan sorumluluk için de ağır kusur aranmaktadır. Özellikle bağımsız idari otoritelerin yapmış oldukları denetim ve gözetim faaliyetlerinde bu önem kazanmaktadır. Şöyle ki, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi halinde idarenin sorumluluğunun sona ermediği, denetim ve gözetim görevinin devam ettiği tartışması hatırlanacağı üzere idarenin tamamlayıcı sorumluluğu bazı kararlarda kabul edilmiştir. Fransa'da idari yargı denetim ve gözetimle görevli idarelerin denetlenmesi gereken özel kişilerin zararlarından hudutsuzca sorumlu olmasını engellemek için ağır kusur şartı aranmaktadır. Örneğin kan transfer merkezlerinin denetimi, deniz ve karayolu araçlarının denetimi, bankaların ekonomik durumlarının denetlenmesi gibi faaliyetlerden doğan sorumlulukta ağır kusur şartı aranmıştır.³⁹⁴

Fransa'da ağır hizmet kusurunun tazminat hakkı için bir kıstas olmaktan çıktığı süreçte Türkiye'de de benzer bir gelişim yaşanmıştır. Türk Danıştay'ı da başlangıçta hafif veya alelade kusuru yeterli saymamakta ve ağır kusur şartını aramakta iken; 1950'li yıllardan itibaren yeni içtihatlarında basit kusura dayanarak tazminata hükmetmeye başlamıştır. Gerçekten idarenin kusursuz sorumluluk alanının genişlediği, hukuk devleti anlayışının vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini genişletme amacı taşıdığı bir noktada kusur sorumluluğu için halen ağır kusurun aranması uygun olmazdı. Bu sebeple basit kusurdan dahi sorumlu olmak kural, yalnızca ağır kusurdan sorumlu olmak istisna olacaktır.³⁹⁵

Türkiye'de de ağır kusur sorumluluğunun olduğu alanlar mevzuat hükümleriyle çizilmemiştir. Bu sebeple ağır kusur esnek bir kavram olarak kalmış ve her somut

³⁹³ Chapus, a.g.e., s. 1319.

³⁹⁴ Frier/Petit, a.g.e., s. 565.

³⁹⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 35.

olayın özelliğine göre yargıcın kararıyla belirlenmiştir.³⁹⁶ Türk Danıştay ağır kusurun aranacağı alanları sayarak belirlemek yerine şu formülü benimsemiştir: *“Anayasa’nın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı, idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusurunun; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleştiği ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açtığı, idare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerektiği, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde bu zararın tazmininin ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği sabittir.”*³⁹⁷

Danıştay’ın getirmiş olduğu kıstaslara göre zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli, tehlikeli bir nitelik taşıdığı tüm hallerde idarenin tazminatla yükümlü tutulabilmesi için zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Mahkeme kararlarından gözlemlenebildiği kadarıyla Türkiye’de sağlık hizmetleri, kolluk ve güvenlik faaliyetleri, adalet hizmetleri alanlarında sorumluluk için ağır kusur şartı aranmaktadır. Bu alanların yanı sıra, riskli bir hizmet olma ve doğrudan yararlanana sunulma şartlarını kümülatif olarak taşıyan hizmetlerde de ağır kusur şartı aranacaktır.³⁹⁸

Sağlık hizmetlerin ağır kusur şartının arandığı kararlara örnek olarak şu kararlar zikredilebilir. Davacının kulağına dökülen ilacın dozunun ayarlanmasında hata yapılması nedeniyle işitme kaybına uğradığı olayda ağır kusur aranmıştır ve idare ağır kusurlu bulunup tazminata mahkum edilmiştir.³⁹⁹ Bir başka kararda mahkeme aynı gerekçelendirmeyle şu kararı vermiştir: *“İdare hukukunun ilkeleri ve*

³⁹⁶ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 34.

³⁹⁷ Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91.

³⁹⁸ Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91; Danıştay, 10. D., T. 19.06.2007, E. 2007/13815, K. 2007/3442.

³⁹⁹ Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.

Dava ve temyiz dosyalarının birlikte incelenmesinden; Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun 13.07.1998 tarih ve AT No: 210-110398-11942/1277 sayılı kararında potasyum klorürün yavaş olarak verilmesi gereken bir ilaç olduğu ancak davacıların çocuğuna setten hızla verilmiş olması nedeniyle ölüme neden olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacıların çocuğuna potasyum klorürün setten hızla verilmesi sonucu ölüm olayı meydana geldiğinden idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir.”⁴⁰⁰

Türkiye’de idare kolluk ve güvenlik faaliyetlerini yerine getirirken verdiği zararlardan ağır kusuru halinde sorumludur. “İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde de yer verildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti’nin insan haklarına saygılı, hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucu olarak, idarelerin; güvenlikle ilgili bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında Anayasa ile güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerinin zedelenmemesi için gerekli her türlü önlemi almakla görevli olduğu kuşkusuzdur. İdarenin ajanları aracılığıyla yürüttüğü hizmetin sunumu sırasında hukuk kurallarının dışına çıkılması, hizmetin yürütülmesi sırasında ağır hizmet kusurunun işlendiğini ortaya koymaktadır.

⁴⁰⁰ Danıştay, 10. D., T. 27.03.2002, E. 2002/1010, K. 2002/852.

Bu durumda, operasyon sırasında güvenlik güçleri ile karşılıklı çatışmaya girdiği veya eylemci grubun yanında yer aldığı yönünde hiçbir tespit bulunmayan davacılar yakını A.A.A.'ün ölümünün; dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre, operasyon bittikten sonra cezaevinden tutuklu ve hükümlülerin çıkarıldığı sırada güvenlik güçlerinin, bir çatışma olmamasına rağmen ateş açmaları sonucunda meydana geldiği olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu ve oluşan zararın tazmininin gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.”⁴⁰¹ Bir başka kararda da istihbarat hizmetlerinin ürünü olan bilgi, kayıt ve raporların kamuoyuna açıklanması eylemi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen kişinin açtığı davada ağır kusur araştırması yapılmıştır.⁴⁰² Kolluk ve güvenlik faaliyetlerinin eylemler yoluyla yürütüldüğü hallerde idare verdiği zararlardan ancak ağır kusur halinde sorumludur. Bununla birlikte kolluk ve güvenlik faaliyetlerinin idari işlemler yoluyla yürütüldüğü hallerde idare genel kurallar uyarınca basit kusur nedeniyle sorumlu tutulur.⁴⁰³

Türk Danıştay'ın içtihatlarına göre idarenin yargı kararını uygulamaması ağır kusur oluşturur. Danıştay'ın bu konudaki hükmü şöyledir: *“Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarına ve yargı kararlarına uyulmaması hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğunu doğurur. Ancak, idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen “yargı kararını uygulama” eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır.”⁴⁰⁴ Danıştay bu kararıyla yargı kararını uygulamayan kamu görevlilerinin kişisel mâli sorumluluğunu gündeme getirmiştir ve rücu mekanizmasının işletilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak 21/02/2014 tarihli, 6526 sayılı Torba Yasanın 18. maddesiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde değişiklik yapılmıştır. İlgili fıkranın yeni hükmü *“Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”* şeklindedir. Kanun hükmüne göre mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle zarara uğrayan kişiler ancak idare aleyhine ve ancak idari yargıda dava açabileceklerdir. Bunun*

⁴⁰¹ Danıştay, 10. D., T. 19.06.2007, E. 2007/13815, K. 2007/3442.

⁴⁰² Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 20.09.2002, E. 2002/191, K. 2002/644.

⁴⁰³ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 36.

⁴⁰⁴ Danıştay, 10. D., T. 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234.

yanı sıra Danıştay'ın içtihadına göre yargı kararını uygulamamak ağır bir hizmet kusuru olarak tanımlanmıştır. Böylece yargı kararını uygulamamaktan doğan her uyuşmazlıkta idarenin tazminata mahkum edilmesi beklenebilir. Yargı kararlarına uymamaktan doğan sorumluluğun yanı sıra makul yargılama süresinin aşılması, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi gibi hallerde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda tazminat sonuçları çıkmaya başlamıştır.⁴⁰⁵

2.4.2. KUSURUN AĞIRLIĞINI ETKİLEYEN DURUMLAR

İdarenin kusur olarak görülmeyen küçük hataları, basit kusur ve ağır kusur olarak görülen zafiyetleri somut olayın durumuna göre değerlendirilir. İdarenin kusura dayanan sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde faaliyet ve hizmetin türüne, ifa yer, zaman, şart ve şekillerine göre idari kusurun yoğunluğunda derecelendirme yapılır.⁴⁰⁶

Hizmetin işleyişinde ortaya çıkan kusurların ağırlığı; hizmetin icrasında idarenin karşılaştığı güçlükler, hizmetin sosyal önemi, zarara uğrayanın durumu, zararın meydana gelme ihtimali, idarenin sahip olduğu imkan ve araçlar, idareye yol gösterecek nitelikte bir unsurun varlığı ve hizmetin icra zamanı ve yeri yönlerinden incelenir.

2.4.2.1. HİZMETİN İCRASINDA İDARENİN KARŞILAŞTIĞI GÜÇLÜKLER

İdarenin sunmakla yükümlü kılındığı hizmetin muntazam, gereği gibi yürütülmesi idare için kolay ise hizmetin vatandaşlara yansımaları yönünde basit de olsa kusurun ortaya çıkması halinde mâli sorumluluk gündeme gelir. Buna karşılık hizmetin muntazam bir şekilde ve kusursuz olarak sunulması idare için zorluk arz ediyorsa ortaya çıkan kusurun sorumluluğa sebep olması için ağır olması şartı aranması gerekmektedir. Vasat bir idarenin yerine getiremeyeceği, özel ihtimam gerektiren

⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, T. 17.11.2014, Başvuru No: 2014/6779.

⁴⁰⁶ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 35.

hizmetlerde idarenin akamete uğramaması için her kusurdan sorumlu tutulmaması, ağır kusur şartı aranması gerekmektedir.⁴⁰⁷

2.4.2.2. HİZMETİN SOSYAL ÖNEMİ

Bir hizmetin toplum için arz ettiği öneme bağlı olarak işleyişinde ortaya çıkan zararların tazmin sorumluluğunu doğurması için kusurlarda ayırım yapılması önerilmektedir. Bu görüşe göre, sosyal önemi büyük olan bir kamu hizmetinin işleyişinde ortaya çıkan zararların idarece tazmin edilmesi için kusurun ağır olması şartının aranması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşılık toplumun sıklıkla ihtiyaç duymadığı, işlememesi halinde fazla bir zarara sebep olmayacak hizmetlerde basit kusurlardan dahi sorumluluğun doğması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁰⁸ Kanımca bu görüş idarenin kendisini iyi bir şekilde geliştirmesini sağlamak yerine ters bir etkiye yol açacaktır. Tam tersine toplum için önem arz eden, işlememesinde toplumun büyük zarara uğrayacağı hallerde idarenin daha dikkatli ve hassas davranması için bireysel olarak vatandaşların haklarının idari yargıda korunmasına öncelik verilmelidir.

2.4.2.3. ZARARA UĞRAYANIN DURUMU

Tam yargı davası açabilmek için zarara uğrayanın kişisel bir hakkının doğrudan muhtel olması gerekir. Tazminat talebi değerlendirirken davacının olaydaki zararın doğmasına katkıda bulunup bulunmadığı, hukuka uygun, meşru bir kişisel hakkının olup olmadığı araştırılır.

Zarara uğrayanın kişisel durumu kusurun derecesinin belirlenmesinde de dikkate alınır. Eğer zarara uğrayan kişi sunulan hizmetin yararlananı durumundaysa bu hizmetin sunulduğunda zarara uğrarsa idarenin tazminat ödemesi için idarenin ağır kusurlu tutum ve davranışıyla zarara sebebiyet vermiş olması gerekir. Buna karşılık idarenin basit bir kusuru olsa bile, zarara uğrayan için ölçüsüz ve onun için oldukça önemli bir zarara yol açılmışsa ağır kusurun varlığının kabulü gerekir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Anayurt, a.g.e., s. 77.

⁴⁰⁸ Anayurt, a.g.e., s. 77.

⁴⁰⁹ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 254.

Örneğin kusur idare tarafından değerlendirildiğinde çok küçük bir hatanın yapılmış olduğu tespit edilmiş olsa bile olayda ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali gibi bir durum meydana gelmişse ağır kusurun varlığının kabulü gerekir.

2.4.2.4. ZARARIN MEYDANA GELME İHTİMALİ

Zararın meydana gelme ihtimali kusurun ağırlığının tespiti açısından en önemli kıstastır. Zira, yukarıda naklettiğimiz üzere eğer bir hizmetin işleyişi sırasında sıklıkla kazalar meydana geliyorsa, sürekli zarar doğurucu olaylar gerçekleşiyorsa riskli ve tehlikeli bir faaliyet yürütülüyor demektir. Eğer risk ilkesine göre kusursuz sorumluluğun şartları sağlanıyor ise idare bu hizmetlerin yürütülmesinden doğan zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulacaktır.

Eğer sunulan hizmet risk ilkesine göre kusursuz sorumluluğu gerektiren bir faaliyet olmayıp idare bu hizmetten doğan zararlardan kusurlu olarak sorumlu tutuluyor ise kusur derecesi araştırılır. Bünyesinde risk taşıyan kamu hizmetinde ortaya çıkan zararlarda idare kusurlu sorumluluk ilkelerine tâbi ise ancak ağır kusurlu olduğu takdirde tazminatla yükümlü tutulur.⁴¹⁰ Türk idari yargı kararlarına göre idare risk taşıyan ve zarara uğrayanın yararlanan olduğu hizmet türlerinde ancak ağır kusuru nedeniyle sorumlu tutulur.⁴¹¹

Bir hizmetin işleyişinde zararın meydana gelme olasılığı ne kadar fazla ise o zararın idare tarafından öngörülebilme ihtimali de o kadar fazladır. Zararın öngörülebilmesine, tahmin edilebilmesine rağmen idarenin gerekli önlemleri almamış olması, zararı engellemek için çalışmamış olması veya zarar meydana geldiğinde de telafi etmenin önceden planlanmamış olması nedeniyle zararın ortaya çıktığı hallerde idarenin kusurlu olduğu açıktır. Tüm bunların göz göre göre, ihmal ve kayıtsızlık nedenleriyle gerçekleşmiş olması idarenin ağır kusurlu olduğunu gösteren emareler olmaktadır.⁴¹²

⁴¹⁰ Atay/Odabaşı, a.g.e., s. 251.

⁴¹¹ Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 07.03.2003, E. 2002/716, K. 2003/91.

⁴¹² Esin, a.g.e., s. 50.

2.4.2.5. İDARENİN SAHİP OLDUĞU İMKAN VE ARAÇLAR

Anayasa'nın 65. maddesine göre: *“Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mâli kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”* Doktrinde bu Anayasa hükmünün idareyi hangi sorumluluklardan ve ne miktara kadar kurtaracağına dair tartışmalar bulunmakla beraber idarenin asgari bir seviyede de olsa başlattığı kamu hizmetlerini sürdürmesi zorunluluğu olduğu kabul edilmektedir. İdare bu madde hükmüne dayanarak, kanun gereğince kendisinin görevli kılındığı bir kamu hizmetinin ifasını yerine getirmemezlik yapamaz, faaliyetlerini aksatamaz. Kamu hizmetlerini asgari bir kalitede de olsa ve daha önceden istikrar kazanmış uygulamalarla yürütülmekte olan şekliyle yürütmek zorundadır.⁴¹³

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sunmuş olduğu hizmetler farklı yer ve zamanlarda yürütülmek durumundadır. Bu sebeple sunulan hizmet aynı hizmet olsa da her yerde aynı standartta sunulamaz. Bu sebeple her somut olayın kendi koşulları içerisinde idarenin elindeki imkan, araç ve gereçleri dikkate almak gerekir. Eğer idarenin elinde hizmetin gereği gibi sunulabilmesi için gerekli araçlar yok ise hizmetin sunulmasından basit kusurlu davrandığı kabul edilebilir. Buna karşılık idare elinde gerekli araç ve gereçlerin olmasına rağmen hareketsiz kalırsa, hizmeti imkan eksikliği olmamasına rağmen kusurlu olarak sunuyorsa ağır kusurlu olduğu kabul edilir.⁴¹⁴

2.4.2.6. İDAREYE YOL GÖSTERECEK NİTELİKTE BİR MEVZUATIN VARLIĞI

İdarenin yürütmüş olduğu kamu hizmetinin hangi standartta ve ne şekilde yerine getirileceği kanun veya genel düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olabilir. Bu ihtimalde, herhangi bir yerdeki idare takdir yetkisiyle davranamayacak ve hizmeti öngörülen şekilde sunmakla mükellef olacaktır. İdarenin mevzuat uyarınca belirli bir standartta hizmeti sunmakla yükümlü kılındığı, kullanacağı araçların mevzuatla saptandığı hallerde bu kurallara aykırı davranmak suretiyle kusurlu davranarak

⁴¹³ Atay, a.g.e., s. 722, 723.

⁴¹⁴ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 104.

zarara yol açılması halinde idare ağır kusuru nedeniyle tazminat yükü altına girer.⁴¹⁵

2.4.2.7. HİZMETİN İCRA ZAMANI VE YERİ

Hizmetin icra edildiği zaman iki açıdan değerlendirilir. Hizmetin sunulduğu vaktinin gündüz veya gece sunulmasının etki edeceği hallerde bu durum dikkate alınır. Bu ihtimalin yanı sıra, hizmetin icra edildiği süreçte ülkenin siyasal, sosyal ve ekonomik koşulları dikkate alınır. Örneğin ülkenin içerisinde bulunduğu savaş, isyan, salgın, hastalık, ekonomik darboğaz, deprem, yangın, sel gibi doğal afetler hizmetin sunulmasını etkilemiş ise idarenin bu zorluklara rağmen hizmeti aksatmadan devam ettirmesi başarı sayılabilir. Bu sebeple bu zor şartlar içerisinde idarenin bazı kusurlu ve hatalı tutum ve davranışları tamamen önemsiz veya basit kusur olarak değerlendirilebilir. Buradaki bir diğer önemli husus dış etkenlerin ağırlığı meselesidir. Eğer dış etkenler mücbir sebep derecesinde ise idarenin hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluğu ortadan kalkar.⁴¹⁶

Hizmetin icra edildiği yer de hizmetteki aksaklıkların ağır kusur mu basit kusur mu olduğunun teşhisinde dikkate alınır. Örneğin kolluk faaliyetlerinin şehirde, kırsalda, yerleşime açık yerlerde veya kapalı yerlerde yürütülmesine bağlı olarak kusur derecelendirmesi yapılır.⁴¹⁷ Örneğin şehirde herhangi birinin başına gelen bir yaralama olayını engelleyememek daha önceden korunma talebi yoksa sorumluluk doğurmadığı halde karakolda gözaltına alınan kişinin başına gelen her zararda ve hatta kendi kendisine verdiği zararlarda dahi idarenin sorumluluğu söz konusu olur. Gerçekten gözaltında ölüm vakalarında, kişi bizzat kendisi intihar etmiş olsa bile kişinin gözaltına alınırken ayakkabı bağcıklarının, kemerinin alınmaması, nezarethanelerin kontrol edilmemesi gibi sebepler nedeniyle idarenin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Ölenin yakınları Türkiye’de gerekli tazminatı alamazlar bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları uyarınca tazminatı devletten almaktadırlar.⁴¹⁸

⁴¹⁵ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 104.

⁴¹⁶ Esin, a.g.e., s. 49.

⁴¹⁷ Esin, a.g.e., s. 49.

⁴¹⁸ Gül - Türkiye, 14-12-2000, davanın özeti için bkz. Doğru, Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000), İstanbul, İstanbul Barosu

2.5. İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER

İdarenin, kendi tutum ve davranışlarından doğan sorumluluğu hizmet kusurunun arandığı hallerde kusuru oranınca olduğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de somut olayın durumuna göre tazminat miktarı hesaplanır. Ortaya çıkan zarara idarenin tutum ve davranışı dışında gerçekleşen başka bir olay tamamen veya kısmen neden olmuş ise veya ortaya çıkan zararın artmasına sebep olmuşsa, idarenin o zarardan doğan tazmin sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkar ya da tazmin sorumluluğu oransal olarak düşer.⁴¹⁹ İdarenin mâli sorumluluğunu etkileyerek, onun azalmasına sebep olan etkenler tabii olarak idarenin sorumluluğunu doğuran şartlarla yakın ilişki halindedir.

İdarenin sorumluluğunu azaltan veya tamamen ortadan kaldıran sebepler şunlardır: İdarenin tutum ve davranışının hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanması, mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin kusurlu davranışı, üçüncü kişinin kusurlu davranışı.⁴²⁰ İdarenin zarar doğuran tutum ve davranışının hukuka uygunluk hâllerinden yararlanması zararın meşru bir zarar olması özelliğiyle alakalıdır. Mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin kusurlu davranışı ve üçüncü kişinin kusurlu davranışıysa ortaya çıkan zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasındaki illiyet bağına etki eden hâllerdir. Uygun illiyet bağı teorisinde incelendiği üzere, ortaya çıkan zarara çoğu zaman tek bir fiil veya olay sebep olmaz. Mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru zararın oluşmasına veya artmasına katkıda buldukları oranda idarenin mâli sorumluluğunu azaltırlar.

2.5.1. İDARENİN HUKUKA UYGUNLUK HALLERİNDEN YARARLANMASI

Bir kamu görevlisinin fiili kanun uyarınca yapıyorsa veya hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanıyorsa ortaya çıkan zarar hukuken korunan bir menfaatin

Yayımları. 2001, s.142-145.; Tanrıbilir - Türkiye, 16-11-2000, davanın özeti için bkz. Doğru, Nalbant. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000), s. 135-137.

⁴¹⁹ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 105.

⁴²⁰ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 105.

ihlali sayılmaz. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde kişisel hakkın muhtel olması hâlinde tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir. Öyleyse kişisel bir hakkın ihlali olmayan zararlar idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Demek ki, kamu görevlisi kanuni şart ve sınırlar içerisinde herhangi bir zarara sebep olursa sorumluluk doğmaz.⁴²¹

Yetkili bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kimsenin taşınmaz malının usule uyularak kamulaştırılması, polis tarafından bir suçun zanlısını yakalaması, kolluk kuvvetlerinin yetkisi dahilinde güce başvurusu, şüphelileri gözaltına alması, hakim tarafından sanığı tutuklaması ve suçlu bulunan kişinin hapse konulması, icra memurunun borcunu ödemeyen borçlunun mallarını haczetmesi, tehlikeli yapıların yetkili idare tarafından yıkılması gibi hâllerde idare hukuka uygun olarak hareket etmektedir.⁴²² İdarenin yetkisi dahilinde yapmış olduğu eylemlerle bir kişi zarara uğramış dahi olsa o zarar tazmin edilmez. Bununla birlikte yetkinin aşılması, örneğin meşru güç kullanımının sınırlarını aşarak orantısız güç kullanılması hâlinde tabii olarak idarenin sorumluluğu doğar.

İdarenin tutum ve davranışının hukuka uygun sayıldığı diğer haller ıztırar ve meşru müdafaa halleridir. Bir kamu görevlisinin görevini yerine getirdiği sırada kendisini veya bir başkasını hukuka aykırı bir saldırıya karşı korumak için üçüncü kişinin mal varlığına zarar vermesi halinde idarenin sorumluluğu doğmaz.⁴²³ ıztırar halinin söz konusu olması için şahsa veya mala yönelmiş açık bir zarar tehlikesi mevcut olmalıdır, zarar tehlikesini önlemek amacıyla üçüncü bir kişinin malına zarar verilmiş olmalıdır, önlenmek istenen zarar tehlikesi ile verilen zarar arasında ölçülülük olmalıdır, üçüncü kişinin malına zarar vermeden o zararın kovuşturulamayacak olması lazımdır. Bu şartlar mevcut ise, kamu görevlisinin görevini ifa sırasında düştüğü ıztırar halinde idarenin mâli sorumluluğu doğmaz.⁴²⁴ Örneğin bir özel kuvvetler komandosunun dağda yolunu kaybedip, zorlu kış koşulları içerisinde ölüm tehlikesi geçirmek üzereyken dağdaki bir çiftlik evine sığınıp, orada bir müddet kalması ıztırar haline girer ve eve verilen zararlar da idarenin mâli sorumluluğunu doğurmaz.

⁴²¹ Eren, a.g.e., s. 602.

⁴²² Eren, a.g.e., s. 602.

⁴²³ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 108; Eren, a.g.e., s. 608.

⁴²⁴ Eren, a.g.e., s. 609, 610.

2.5.2. MÜCBİR SEBEP

Deprem, sel, devrim gibi kişilerin ve idarenin iradesini ortadan kaldıran veya etkisiz kılan, önceden gerçekleşeceği kestirilemeyen, gerçekleştiği sırada da önlenmesi olağanı bulunmayan olaylara mücbir sebep denilir.⁴²⁵ Zararın oluşmasına veya ağırlığına etki eden bir etkenin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için dışsallık, öngörülemezlik, önlenemezlik özelliklerini beraber taşıması gerekmektedir.⁴²⁶

Mücbir sebebin idarenin iradesi ve faaliyeti dışında gerçekleşmiş bir olay olması gerekir. Öyle ki bu dışsallık, bu etkenin hiçbir şekilde idareye atfedilememesine sebep olmalıdır.⁴²⁷ İdari faaliyetin dışında gerçekleşen, idarenin görevlilerinin dahil olmayan, idarenin mallarının araç olmadığı mücbir sebep kimi zaman yıldırım çarpması, salgın hastalık gibi doğal afet ve sebeplerdir. Kimi zaman da ülkede gerçekleşen ihtilal, devrim gibi mevcut düzeni sarsan veya tamamen değiştiren insan kaynaklı ancak idarenin dışında gerçekleşen kitle hareketleridir.⁴²⁸ Danıştay yıldırım çarpması sonucu gerçekleşen ölümü, şiddetli yağın yağmur nedeniyle evi su basmasını, şiddetli yağış sonucu oluşan selin mahsullere zarar vermesini tabii afet olarak değerlendirip, mücbir sebep saymıştır.⁴²⁹

Bir etkenin mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için gereken ikinci özellik onun öngörülemez olmasıdır. Mücbir sebebin öngörülemezliği, öncelikle olayın meydana gelip gelmeyeceğinin önceden tahmin edilememesi; böyle bir olayın meydana geleceğine ihtimal veriliyor ise de ne zaman gerçekleşeceğinin saptanamaması ve olayın yoğunluğu da öngörülemeyeceğinden sebep olacağı tahribatın büyüklüğünün de önceden tespit edilememesi anlamına gelir.⁴³⁰

⁴²⁵ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 775.

⁴²⁶ Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2014, 2. Baskı, s. 745.

⁴²⁷ Çıtak, a.g.e., s. 82.

⁴²⁸ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 775.

⁴²⁹ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 746.

⁴³⁰ Yayla, Yıldızhan, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, Basım Yeri: İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 50.

Danıştay kararlarında yıldırım çarpması, yağmur yağması, sel olması, deprem olması gibi olaylar mücbir sebep olarak nitelendirilmektedir. Halbuki yağmur, yıldırım, deprem gibi doğal olaylar aslında bugünkü teknolojiyle gerçekleşeceğini öngörebildiğimiz olaylardır. Örneğin haftalar sonrasının hava durumunu tahmin edebilecek kadar meteoroloji ilmi geliştiği gibi fay hatlarının sismik hareketlerini denetlemek suretiyle belli bölgelerde kaç derece civarında ve kaç sene içerisinde deprem beklendiği tespit edilebilecek kadar yer bilimleri de gelişmiştir. Teknolojinin gelişmesi ve idarenin teknik ve mâli imkanlarının genişlemesiyle mücbir sebep hallerinin kapsamının daraldığı konusunda yorum yapılabilir. Bununla birlikte bu gelişmelerin mücbir sebep olmaktan tamamen çıktığı söylenemez. Çünkü mücbir sebep hallerinin özelliği daha önceden hiç karşılaşılmaması değil istisnai olması ve olağandışı bir yoğunlukta olmasıdır.

Bir olayın öngörülemez olduğunun varsayılabilmesi için sıklıkla karşılaşılan bir nitelikte olmaması gerekir. Eğer bir olay bir bölge için sıradan bir olaysa, gerçekleşmesi o yöre halkı için bir vakayı adiyeye haline gelmiş ise mücbir sebepten söz edilemez.⁴³¹ Fransız Danıştay'ı bir bölgeye daha önce de sıklıkla kaya düşmesi, başka bir olayda ise yola üçüncü defa çığ düşmesini, Türk Danıştay'ı ise yolun heyelan nedeniyle çökmüş olmasına rağmen geçen 5 sene içerisinde de heyelan düşmesini mücbir sebep olarak görmemiştir.⁴³² Mezkur kararlardan görüleceği üzere, bir bölgenin coğrafi şartları heyelan, çığ, sel gibi doğal afetlere elverişli ise ve bu tür afetlere kısa aralıklarla müteaddit defalar rastlanıyorsa bu olaylar öngörülebilir demektir ve artık mücbir sebep olarak mütalaa edilemezler. Bu sebeple idarenin daha önceki olayları istatistiki şekilde gösteren verilere dayanarak yol, baraj, köprü gibi hizmetlerini gereği gibi yerine getirmesi gerekir. Aksi takdirde gerçekleşen olay mücbir sebep sayılmayacağı için idarenin sorumluluğunu kaldırmayacaktır.

Mücbir sebep niteliğinde olayların tam olarak nerede, ne zaman ve ne şekilde gerçekleşeceği tespit edilemez. Eğer bir olay belirli aylarda, mevsimlerde tekrar ediyorsa veya belirli aralıklarla gerçekleşiyorsa bu olayın öngörülemez olduğu

⁴³¹ Yayla, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, s. 51.

⁴³² Çağlayan, İdare Hukuku, s. 747.

iddia edilemez.⁴³³ Belirli bir devinim halinde gerçekleşen olay ağır yoğunluklu bir olay dahi olsa, eldeki grafiklerle bir daha ne zaman gerçekleşeceği tespit edilebileceğinden idarenin tedbir yükümlülüğü doğar. İdare eğer o olayı önleyebilmek kudretinde ise olayı engellemeli, engelleyemiyor ise zarar doğurmasını engellemek üzere tedbirler almalıdır. Örneğin yolu başka yerden geçirmeli, köy halkını başka bir yere nakletmelidir vs. Sürekli olmasa dahi, ara sıra gerçekleşen zarar verici olaylara karşı idare gerekli önlemleri almışsa veya gerekli ikazları yapmış ise Danıştay bu durumu idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak görmektedir. Karara konu olan olayda Danıştay, heyelana elverişli bir bölgede idarenin “taş düşebilir” levhalarıyla donatmak suretiyle dağın yarma tarafına yanaşılmasını engellemeye çalıştığını ve idarenin heyelanı önleyebilecek teknik imkanlara da sahip olmadığını tespit ederek; levhalara rağmen tehlikeli bölgeye gidip, zarara uğrayan kişilerin zararını idareye tazmin ettirmemiştir.⁴³⁴ Gerçekten idare çeşitli tabela ve uyarı levhalarıyla vatandaşları muhtemel tehlikelere karşı uarmaktadır. Ormanlık alanlarda vahşi hayvanlara karşı veya yola hayvanların çıkabileceğine dair levhalara rastlanabilmektedir. Özellikle karayollarında mevcut olan tabelalarla yakınlarda bir şantiyenin olması sebebiyle kamyon ve tırların o güzergahı kullandığına, ileride keskin bir virajın olduğuna dair kazaya sebep olma ihtimali yüksek vakalar karşısında uyarılar yapılmaktadır. Danıştay’ın mezkur kararı uyarınca, eğer idare gerekli uyarıyı yapmış olmasına rağmen zarar gören kişi kusurlu davranışıyla kendisini zarara uğratmışsa idare tazminatla sorumlu olmaz. Ancak, Yayla’ya göre kişiler eğer o tehlikelere kusurlu bir şekilde yaklaşmıyorlarsa örneğin başka bir yol yoksa veyahut oyalanmadan oradan geçip gitmeye çalışıyorlarsa idareye bir kusur atfedilemese bile kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilir.⁴³⁵

Mücbir sebep olduğuna dayanılan yağmur, deprem, heyelan, çığ gibi doğal etkenler ancak olağanın üstünde bir yoğunluğa ve şiddete sahip oldukları takdirde sorumluluğu kaldırır. Dağların tepelerine kar yağdıktan bir müddet sonra karların parça parça aşağıya dökülmesi, bir bölgeye yağmurun yağması ve hatta fay hatlarının geçtiği yerlerde deprem olması olağan olaylardır. Ancak, çığ çok büyük

⁴³³ Yayla, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, s. 51.

⁴³⁴ Danıştay, 12. D, E. 1968/692, K. 1971/261, T. 03.02.1971.

⁴³⁵ Yayla, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, s. 52, 53.

kütleleri harekete geçirdiğinde, yağmur aynı alana daha öncekinden kat kat fazla su bıraktığında, deprem çok daha şiddetli gerçekleştiğinde mücbir sebep sayılır. Örneğin Danıştay eski kararlarında 100 yılda görülebilecek anormal yağışı,⁴³⁶ belediyelerin hazırladığı su tahliye kanallarının ve borularının 10 yıllık yağış frekanslarındaki en yüksek noktalara göre düzenlenmesine rağmen bu şiddeti aşan yağmur yağıp da sele sebep olmasını⁴³⁷ mücbir sebep olarak nitelemiştir.⁴³⁸

Bir etkenin mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için gereken en önemli şart o etkenin önlenemez, karşı konulamaz oluşudur.⁴³⁹ Mücbir sebebin karşı konulamaz olması, bu sebebin yol açacağı hasar ve zararların eldeki mevcut imkanlarla hiçbir şekilde engellenememesi anlamına gelir.⁴⁴⁰ İdareden, eğer mümkünse mücbir sebebin gerçekleşmesini engellemesi beklenir. Eğer mümkün değilse, mücbir sebep gerçekleşse bile vatandaşların canına ve malına bir zarar gelmemesi için tedbirler alınmalıdır. Mücbir sebebin karşı konulamazlığı hakkında terditli bir değerlendirme yapılmalı; önce gerçekleşmesini önleme yönünden, önlemek mümkün değilse zarardan kaçınabilmek için gereken tedbirlerin alınıp alınmadığı değerlendirilmelidir.⁴⁴¹ Bir olayın kaçınılmaz olarak zarar doğuracağını kabul edebilmek için, idarenin faaliyet alanını doğru seçmesine; uyarı, işaretleme ve düzenlemelerin gereği gibi yapılmasına; işin niteliğinin ve ağırlığının gerektirdiği ölçüde alet-edevata sahip olmasına ve uygun araç ve gereçlerin kullanılmasına rağmen bu olayın zarar doğurmuş olması gerekir.⁴⁴² Örneğin bir dağ eteğine kurulu yola, dağ tepesinden kaya parçalarının düşmesi olağan ise idare öncelikle kayaların kopup, yola düşmesini engelleyecek bir yöntem düşünmelidir. Engellemiyorsa bu tehlikenin olmadığı alternatif bir güzergahtan yolu geçirmelidir. Bu da mümkün değilse, ulaşım için o güzergahın kullanılması yöre halkı için elzemse idare gerekli işaretlemeleri yapmalı, uyarı levhaları hazırlamalıdır. Aksi takdirde gerekli tedbirleri almayan idare ortaya çıkan zararlardan mâli olarak sorumlu olacaktır.

⁴³⁶ Danıştay, 12. D., E. 1967/1054, K. 1968/353, T. 21.02.1968.

⁴³⁷ Danıştay, 12. D., E. 1967/2437, K. 1971/876, T. 06.04.1971.

⁴³⁸ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 748.

⁴³⁹ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 749.

⁴⁴⁰ Çıtak, a.g.e., s. 83.

⁴⁴¹ Yayla, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, s. 55.

⁴⁴² Yayla, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, s. 57.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi konu hakkında dikkat çekici bir karar vermiştir: “...Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idare, güçlülüğü ölçüsünde sorumludur. İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkanları ve uzman personel, olaylardaki öngörülemezlik unsurunu giderek daraltmaktadır. Sözgelimi, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanını belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülemezliği sınırlandırmaktadır.

(...)

Öngörülemezlik gibi, önlenemezlik bakımından da idarenin standardı özel kişilerin çok üstündedir. Mesela, idare bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken yerini seçmekte genellikle takdir yetkisine sahiptir. Ama, idarenin elindeki bilgi ve bulgulara rağmen, sözgelimi bir heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirilmişse, yolun çökmesi halinde idare sorumlu tutulabilecektir. Çünkü zarar veren tesisi, kaçınılması gereken bir yere yapmıştır...”⁴⁴³

Bir zarara sebebiyet veren mücbir sebep idarenin iradesi ve faaliyeti dışında gerçekleşmiştir, öngörülemez ve önlenemez bir niteliğe de sahip olduğu için idarenin engellemek için imkanları mevcut değildir. Bu sebeplerle mücbir sebep, idarenin hem kusurlu sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırır.⁴⁴⁴ Mücbir sebep, zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasındaki illiyet bağı ortadan kaldıracak derecede o zarara etkili olduğu için idare zararın tazmininden tamamen muaf olur. Uygun illiyet bağı teorisi uyarınca zarara sebep olan asli neden mücbir sebep teşkil eden olaysa idarenin tutum ve davranışını etkisiz ve önemsiz bırakan böyle bir dışsal müdahale sebebiyle idarenin mâli sorumluluğu kalmamaktadır.

Mücbir sebep kimi hallerde zarara tek başına sebep olmaz veya idarenin tutum ve davranışının oluşturduğu etkiyi tamamen sıfırlayacak derecede kuvvetli bir etken olmayabilir. Mücbir sebebin, idarenin kendi tutum ve davranışıyla sebep olduğu bir zararı artırdığı ve mücbir sebebin sebep olduğu ancak idarenin tutum ve

⁴⁴³ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., E. 1993/6, K. 1993/147, T. 14.04.1993.

⁴⁴⁴ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 752; Çıtak, a.g.e., s. 84; Gözler, İdare Hukuku, s. 1334, Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 775.

davranışıyla zararın miktarının artmasına sebep olduğu hallerde idare sorumluluktan tamamen kurtulmaz. Somut olayın durumuna göre, mevcut zararın oluşumuna idarenin tutum ve davranışı ile mücbir sebebin katkıları değerlendirilir ve idare kısmen zarardan sorumlu tutulur.⁴⁴⁵ Çünkü idarenin gerekli tedbirleri almayıp mücbir sebebin doğurabileceği zararlardan kaçınabilecekken veya zarar miktarını azaltabilecekken hareketsiz kalması idare açısından hizmet kusuru oluşturmaktadır.⁴⁴⁶ Bu durum da haliyle zarardan kusuru oranında sorumlu tutulmasına sebep olacaktır.

2.5.3. BEKLENİLMEYEN HAL

Beklenilmeyen halden, farklı yazarlarca “kaza”⁴⁴⁷ veya “umulmayan hal”⁴⁴⁸ olarak bahsedilmektedir. Bu tabirlerin çağrıştırdığı üzere, idare bir faaliyeti yürütürken bir kaza olmakta, işler yürütülürken umulmayan, beklenilmeyen bir sorun, aksilikle karşılaşılmaktadır ve bu da bir zarara sebep olmaktadır. Mücbir sebep gibi beklenilmeyen hal de öngörülemez ve önlenemez bir niteliğe sahiptir. Zaten sorumluluğu azaltan veya tamamen ortadan kaldıran özellikleri de bunlardır. Bununla birlikte mücbir sebep idarenin faaliyeti ve iradesi dışında gerçekleşirken beklenilmeyen hal idarenin yürütmüş olduğu faaliyet sebebiyle ve faaliyetin içerisinde gerçekleşir. Mücbir sebep ile beklenilmeyen hal arasındaki tek fark olan idari faaliyete içsel veya dışsal olma meselesi sorumluluğa etki derecelerini değiştirir. Mücbir sebep idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu azaltır veya ortadan kaldırır; buna karşılık beklenilmeyen hal yalnızca kusurlu sorumluluğu ortadan kaldırır ancak idarenin kusursuz sorumluluğu devam eder.⁴⁴⁹ Fransız doktrininde bir görüşe göre aslında beklenmeyen hal idarenin kusurlu sorumluluğunu da ortadan kaldırmamaktadır. Ancak beklenmeyen hal idari faaliyetin içerisinde öngörülemeyen, önlenemeyen ve gerçekleştiği sırada da karşı konulamaz bir şekilde gerçekleştiğinden dolayı çoğu zaman beklenmeyen hale

⁴⁴⁵ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 752; Gözler, İdare Hukuku, s. 1334.

⁴⁴⁶ Evren, Çınar Can, İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, Sayı: 1, s. 294.

⁴⁴⁷ Düren, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979, s. 332.

⁴⁴⁸ Gözübüyük, Pulat Abdullah, Sözleşmelerin Fesih ve Tadili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1945, s. 18.

⁴⁴⁹ Ayakçıoğlu, a.g.e., s. 124, Çağlayan, İdare Hukuku, s. 754; Çıtak, a.g.e., s. 86; Darcy, a.g.e., s. 127.

neyin sebep olduğu tespit edilememektedir. Hal böyle olunca, beklenmeyen halin gerçekleşmesinde idarenin hizmet kusuru olsa bile bu durum saptanamamaktadır. Öngörülemeyen, önlenemeyen ve karşı konulamayan, idarenin faaliyetine içsel bir olay gerçekleştiğinde olayın gerçek sebebi tespit edildiği ve burada da idarenin bir ihmali veya hatasının olduğu tespit edildiği takdirde de aslında idarenin hizmet kusurunun var olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Bu ihtimalde idare aslında öngörülebilir ve önlenebilir bir olayı engelleyememiş olduğundan zarardan hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu olur ve bu halde, o olayın önlenebilir ve öngörülebilir olduğu saptandığından beklenmeyen halden de söz edilemez.⁴⁵⁰ Yani aslında beklenmeyen hal olarak nitelendirilip, kusursuz sorumluluk haline göre tazminata hükmedilen birçok olayda; idare sorunun kaynağını dahi tespit etme konusunda yetersiz kaldığından dolayı hizmet kusuru nitelendirmesi yerine beklenmeyen hal nitelendirmesi yapılmaktadır. Sorunun kaynağı tespit edilemeyince idareye atfedilebilecek bir kusur da görülememekte ve zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasındaki uygun illiyet bağı da tespit edilememiş olmaktadır. Hatta bir eserde veciz bir şekilde ifade edildiği üzere beklenmedik olay, bilinmeyen bir hizmet kusurudur.⁴⁵¹ Kanımca bu görüş doğru olmakla beraber, Türk idare hukuku doktrininde ve mahkeme kararlarında bu teorik tartışmaya girilmeden beklenilmeyen halin idarenin kusurlu sorumluluğunu tamamen kaldırdığı kabul edilmektedir.

Kaza niteliğindeki beklenmeyen olayın idarenin faaliyeti içerisinde veya faaliyet süresince meydana gelmesi gerekir. Örneğin bilinmeyen bir nedenle hareket halindeki bir hizmet aracının lastiğinin patlaması, iskeleye bağlı bir hücum botunun bilinmeyen bir nedenle patlaması idarenin faaliyetinin içerisinde meydana gelen beklenmeyen hallerdir.⁴⁵²

Beklenmeyen halin idarenin faaliyetinin içerisinde ve idari faaliyet vesilesiyle gerçekleşmesi nedeniyle genellikle zarar görenler de idarenin çalışanları olmaktadır. Beklenmeyen halin gerçekleştiği alanda mallar hasara uğramış olsa

⁴⁵⁰ Darcy, a.g.e., s. 127.

⁴⁵¹ Delcros/Delcros, Xavier/Bertrand, “Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi”, Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çeviren: Turgut Candan, Danıştay Yayınları, No:39, Ankara, 1984, s. 61.

⁴⁵² Çağlayan, a.g.e., s. 753.

bile çoğunlukla bu mallar idarenin malı olduğu için ortaya çıkan hasarlar mahkeme önünde uyuşmazlık konusu olmazlar. Bununla birlikte vücut bütünlükleri zarar gören kamu personeli ise beklenmeyen hal nedeniyle ciddi zararlara uğrarlar ve idareden yeterli tazmini elde edemezlerse dava açarlar. Zararın meydana gelmesinde idari faaliyet asli bir rol oynadığı için idare kendisini kusurlu görmese dahi kusursuz olarak zarardan sorumlu tutulur. Örneğin, Fransa’da gerçekleşen bir olayda idarenin faaliyetleri çerçevesinde demir döven bir işçi, demir döerken kopan bir demir parçasının sol eline gelmesi sonucu yaralanmıştır.⁴⁵³ Dövülen demirin parçalanıp, sıçraması olağan bir olay değildir, umulmayan bir olaydır idarenin burada görünen bir kusuru yoktur. Bununla birlikte idare adına çalışan birinin böylesine talihsiz bir kazayla karşılaşması halinde uğradığı zararın idare tarafından tazmin edilmesi hakkaniyet gereğidir. Gerçekten de olayda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek, idarenin tazminat ödemesine karar verilmiştir.

Türk İdare Hukuku’nda da konuyla ilgili şu kararlar örnek verilebilir: OHAL Bölgesinde güvenlik operasyonunda görevli birliğin karargah hizmetlerinde tost ocağında görevlendirilen erin, odanın darlığı ve tost makinasının uzun süre çalıştırılmasına bağlı olarak oksijensizlikten ve yanan gazların toksik etkilerinden karbon monoksit zehirlenmesi sonucu ölümünde AYİM, “*idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de; kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile görevden kaynaklanan eylem arasında sıkı bir illiyet bağı bulunduğu zararın illetinin hizmetin içinden doğduğu nazara alındığında kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davacıların uğradığı zararın davalı idarece karşılanmasının gerekeceği sonucuna varılmıştır. Esasen bu durum Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasının da gereği olmaktadır.*”⁴⁵⁴ diyerek zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarece tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Olayda tost makinasının odadaki tüm oksijeni tüketerek, karbon monoksit gazı salınımına sebep olacağı vatani görevini yapan erin aklına gelmeyeceği gibi idarenin de öngörebileceği bir durum değildir. Bununla birlikte bir kamu görevinin ifası sırasında gerçekleşen bu beklenmeyen hal nedeniyle idarenin kusursuz

⁴⁵³ Conseil D’Etat, 21.05.1895, Cames, RDCE 1895, s.509; Aktaran: Çağlayan, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, 1. Baskı, s. 286, 287.

⁴⁵⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., E. 1996/399, K. 1996/499, T. 22.05.1996.

sorumluluğu doğmuştur. İdarenin faaliyetine içsel bir nedenle ortaya çıkan zararın yine bizzat idarece tazmini gerekmiştir.

AYİM kararına konu olan bir diğer olayda, MAN markalı savunma aracının tekerleklerine kompresörle hava basılması sırasında, aracın lastiğinin iç kısmındaki havayı tutan asıl iç lastiğin eski ve dıştaki jantın ise aşırı paslı olması nedenleriyle lastik büyük bir basınç oluşturarak ve doğal olarak etrafa parçalar saçarak patlamıştır. Patlama sırasında da askerler yaralanmıştır. AYİM, “... *davacının bir kusurunun bulunmadığı gibi idareye atfı kabil bir hizmet kusurundan da söz edilemeyeceği, bununla birlikte olayın bir kamu hizmeti olan askerlik hizmetinin ifası sırasında meydana geldiği, hizmetten kaynaklandığı, meydana gelen zararlar eylem arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşılmakta, zararın sadece zarar gören üzerinde bırakılmayıp tüm topluma yansıtılması adalet, eşitlik ve hakkaniyet prensiplerine uygun düşeceğinden, davacının uğradığı zararın kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davalı idare tarafından karşılanması gerektiği*”⁴⁵⁵ sonucuna varmıştır. Olayda görüleceği üzere lastiklerin patlamasının sebebi MAN savunma aracının bakımının düzenli yapılmaması, lastiklerin yenileriyle değiştirilmesi yerine eski ve yıpranmış lastiklere halen hava basıp kullanmaya çalışmaktır. Olguları göz önüne aldığımızda, kanımca bu olayda bir beklenmeyen hal değil hizmet kusuru mevcut olmasına rağmen AYİM, olayı yanlış nitelendirerek beklenmeyen halin varlığına hükmetmiştir. Ayrıca olayın yaralı asker kişiye verdiği zararların büyüklüğü karşısında zararın yalnızca onun sırtında kalmasını uygun bulmamış “adalet, eşitlik ve hakkaniyet” gibi soyut kavramlarla tazminat kararını gerekçelendirmeye çalışmıştır. Halbuki olayda idarenin alet, edevat ve araçlarının bakımını yapmak, eskilerini envanterden çıkarmak ve yenisini almak gibi yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması nedeniyle hizmet kusurunun işlendiği gerekçesiyle tazminata hükmetmek daha doğru olurdu. Böylece idarenin görevini gereği gibi yerine getirmesi için dikkati de çekilmiş olurdu.

⁴⁵⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2. D., E. 2006/1318, K. 2007/392, T. 25.04.2007.

2.5.4. ZARAR GÖRENİN KUSURU

İdari yargıda, tam yargı davalarında idare savunma olarak genellikle zarar gören davacının ortaya çıkan zararda payı bulunduğunu ileri sürer.⁴⁵⁶ Mevcut zararda, zarar görenin kusuruna göre idari yargı hakimi idarenin sorumluluğunu belirler. Uyuşmazlıklarda nasıl karar verileceği büyük yönde hakimin takdir yetkisinde olmakla beraber bir takım sonuçlara varılabilir.⁴⁵⁷

İdarenin mâli sorumluluğunu doğuran sebep idarenin tutum ve davranışının bir zarara sebep olmasıdır. İdarenin tutum ve davranışı zararın oluşmasına doğrudan sebep olmakta veya katkıda bulunmaktadır. Zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasındaki uygun illiyet bağı, idarenin o zararı tazmin etmesine sebebiyet vermektedir. Zararın tazmin edilmesine sebep olan ilişki uygun illiyet bağı olduğu için bu bağı zedeleyen, zararın oluşmasında farklı illiyet bağlarının kurulmasına yol açan etkenler idarenin sorumluluğunu azaltmakta veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Zarar görenin davranışı da zarara sebep olduğu oranda idarenin sorumluluğunu azaltmaktadır. Öyle ki illiyet bağını ortadan kaldıran kusurlu davranışı yapan kişinin gayri mümeyyiz olması veya sınırlı ehliyetli dahi olması fark etmemekte, zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasındaki bağı kesen her türlü etken kimden çıktığına bakılmaksızın idareyi sorumluluktan kurtarıcı bir etki yapmaktadır.⁴⁵⁸ Yani zarar gören, mümeyyiz olsun veya olmasın kendisini zarara uğrattığı miktarda kendisi bu zarara katlanmak zorunda kalmaktadır.

Zarar, tamamıyla zarar gören kişinin kendi kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkmış olabilir. Meydana gelen zarar bakımından zarara uğrayanın davranışı asıl sebep haline gelmiş ise, artık idare bakımından illiyet bağı kesilmiştir. Böyle bir durumda idarenin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkar.⁴⁵⁹

Zarar gören kişi gayri meşru bir durum içerisinde kendisini zarara uğratmış ise idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen kalkar. Yasama organının koyduğu

⁴⁵⁶ Darcy, a.g.e., s. 129.

⁴⁵⁷ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 81.

⁴⁵⁸ Yumuk, Hamit, İdari Yargıda Tazminat Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 177.

⁴⁵⁹ Yumuk, a.g.e., s. 175.

yasalara veya idarenin yapmış olduğu düzenleyici işlemlere rağmen kurallara aykırı olarak hareket eden ve zarara uğrayan kişilerin zararında idarenin sorumluluğu somut olayın durumuna göre ya tamamen ya da büyük oranda kalkar. Danıştay kararlarında zarar görenin hukuka aykırı bir iş yaparken uğramış olduğu zararlar sebebiyle idarenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığına hükmedilmektedir.⁴⁶⁰ Örneğin belediye tarafından yıkılma tehlikesi içerisinde bulunduğu gerekçesiyle yıkılması gerektiği kendisine tebliğ edilen kişinin binayı yıktırmaması üzerine idarenin binayı yıkması ve malikin ek zararlara uğraması halinde davacının tazminat talebi reddedilmiştir.⁴⁶¹ Bir diğer olayda, kaçak olarak bindiği yük treninden hareket halinde atlarken takılarak düşen ve bacakları ezildiği için kesilen kişinin uğradığı zarar kendisinin gayri meşru durumu, zarara sebep olan asıl sebebin kendisinin kusurunun olduğu gözetilerek idarenin sorumluluğuna yol açmamıştır.⁴⁶² Girilmesi yasak olan, haliyle ağaç kesmenin de yasak olduğu ormanlık alana kaçak olarak giren kişinin mayına basarak zarar gördüğü olayda idare sorumlu görülmemiştir.⁴⁶³

Zarara uğrayan kişi, riskli ve tehlikeli olan durumu bile bile riskli hareketi gerçekleştirmeye kalkar, tehlikeli olan durumun içerisine girerse bu sebeple meydana gelen zarara kendisi katlanmak zorunda olur, idare bu zarardan sorumlu olmaz.⁴⁶⁴ İdare kimi zaman bazı tehlikeli durumları öngörmesine rağmen onlara karşı koymaya teknik imkanları yetmez. Bu tür mücbir sebep hallerinde idare uyarı levhaları yerleştirerek vatandaşı tehlike noktasında uyarır. Örneğin; “çığ düşebilir”, “kaya düşebilir”, “keskin viraj” gibi işaretlemelere, uyarı levhalarına rağmen bunları dikkate almayıp zarara uğrayan kişilerin zararı idarenin mâli sorumluluğuna yol açmaz.⁴⁶⁵ Bir diğer kararda, Topkapı Sarayı’nın restorasyon, bakım ve onarım çalışmalarının gerçekleştiği sıralarda idare bir bölümü iki mermer sütununu zincirle bağlamak suretiyle ziyaretçilerin girişini yasaklamıştır. Bir kişi bu zincirin üzerine oturarak, ağırlığı sebebiyle zinciri germeye başlar. Görevlilerin oturulmaması yönündeki uyarısına ters tepki vererek, zincir üzerinde zıplayıp, hareket ederek zinciri sallarken üzerine mermer sütunlardan birisinin

⁴⁶⁰ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 755.

⁴⁶¹ Danıştay, 6. D., E. 1965/4120, K. 1966/2262, T. 30.05.1966.

⁴⁶² Danıştay, 12. D., E. 1967/1812, K. 1969/36, T. 13.01.1969.

⁴⁶³ Danıştay, 12. D., E. 1967/2077, K. 1970/479, T. 17.03.1970.

⁴⁶⁴ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 756.

⁴⁶⁵ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 756.

düşmesi üzerine yaralanan kişi zarar görmüştür. Hem görsel hem de bizzat görevliler tarafından işitsel olarak uyarılmasına rağmen kusurlu davranışa devam eden kişinin tazminat talebi kabul edilmemiştir.⁴⁶⁶

Zarar görenin davranışının zararın asli nedeni olduğu hallerde idarenin sorumluluğu tamamen kalkar. Örneğin, terör eylemlerine karşı her an tetikte olunan bir bölgede, gece saat 00.45 sularında pusu mevziine şüpheli bir şekilde yaklaşarak, dur ihtarlarına ve uyarı atışlarına rağmen mevziinin dört metre yakınına kadar gelen davacılar murisinin, ayışığının olmaması ve karanlıkta tanınmaması nedeniyle, açılan ateş sonucu hayatını kaybeden kişinin bu ölümün kendi asli kusuru nedeniyle gerçekleştiği gerekçesiyle yakınlarının tazminat talebi reddedilmiştir.⁴⁶⁷ Oldukça benzer bir olayda, askeri bölgeye gece yarısı elinde poşetle girmeye çalışan, askerlerce geri dönmesi ve kimliğini açıklaması yönünde uyarılınca üs karargah binasına doğru koşmaya başlayan kişinin vurulması olayında idare sorumlu bulunmamıştır.⁴⁶⁸

Kimi durumlarda meydana gelen zararda idarenin tutum ve davranışının etkisi olduğu gibi zarar görenin kusurlu davranışının da etkisi vardır. Kimi durumlarda da zarara sebebiyet veren tutum ve davranışın yalnızca idarenin veya yalnızca zarar görenin olmasına rağmen zararın miktarının artmasına ilk ihtimalde zarar gören, ikinci ihtimalde idare sebep olmuş olabilir. Zararın meydana gelmesinde veya miktarının artmasında hem zarar görenin hem de idarenin dahli var ise müterafik kusur mevcuttur. Bu halde idarenin sorumluluğu oransal olarak azalır veya ortadan kalkar, yani sorumluluk zarar gören ile idare arasında paylaşılır.⁴⁶⁹ Danıştay kararına konu olan bir olayda, mümeyyiz bir çocuk annesiyle ot biçtiği bölgede bir tanksavar mermisi bulmuştur. Çocuk tanksavar mermisini yerinde bırakmayarak, alıp saklamıştır. Daha sonra sakladığı mermiyi eve götürüp, ev halkına mermiyi gösterdiği sırada yere düşürmüştür. Yere düşmenin etkisiyle patlayan mermi evdekilerin çeşitli derecelerde yaralanmasına sebep olmuştur. Danıştay, Silahlı Kuvvetlerin talim yapılan alanda mermileri saymayıp, eksikleri kontrol etmeyip, atış talimi yapılan alanın da uygulama eğitiminden sonra

⁴⁶⁶ Danıştay, 10. D., E. 1992/2659, K. 1993/4765, T. 30.11.1993.

⁴⁶⁷ Danıştay, 10. D., E. 1996/3447, K. 1998/921, T. 02.03.1998.

⁴⁶⁸ Danıştay, 10. D., E. 1997/6014, K. 1999/5492, T. 09.11.1999.

⁴⁶⁹ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 756.

temizlememesi sebebiyle Silahlı Kuvvetleri kusurlu bulmuştur. Bunun yanı sıra, mümeyyiz çocuğun mermiyi önce gizlemesini, sonra eve götürmesini; aile halkının ise mermiyi çocuğun elinden alıp, evden uzaklaştırmak yerine çocukta kalmasına izin vermesini kusur olarak nitelemiş ve müterafik kusur uyarınca idarenin ödemesi gereken tazminat miktarında indirim yapmıştır.⁴⁷⁰ Oldukça benzer bir olayda, Bingöl ili Güveçli köyündeki Silahlı Kuvvetler taburu çöplerini köylülere ait tapulu taşınmazların olduğu bölgeye dökmektedir. Silahlı Kuvvetler çöp boşalttığı bir sefer iki adet patlamamış bombayı da çöpe bırakmıştır. Bir çocuk bulduktan sonra oynarken bomba patlamıştır ve çocuğun iki parmağı kopmuştur. Olayda Silahlı Kuvvetler çöp döktüğü bölgenin doğru seçilmemesi ve dökülen çöplerin içeriğinin kontrolsüz olması sebebiyle, davacı olan çocuğun babası ise çocuğun yetiştirilmesi ve gözetiminde gerekli dikkat ve özeni göstermediği gerekçesiyle kusurlu bulunmuştur.⁴⁷¹

Meydana gelen zarar, tamamen zarar görenin kendi fiili sonucu doğmuşsa, bu durumda idarenin mâli sorumluluğu tamamen ortadan kalkar. Buna karşılık, zarar görenin fiili, zararın oluşumuna sadece yardım ediyorsa, katkıda bulunuyor, miktarını artırıyor ancak tek ve asli sebebi değilse ortada müterafik kusur vardır ve zarar kısmen idareye tazmin ettirilir, kısmen zarar görenin üzerinde bırakılır. Danıştay kararlarından görüleceği üzere, uygulamada zarar görenin kusurunun mevcut olduğu hallerde idare büyük oranda sorumluluktan kurtulmaktadır. Danıştay'ın zarar görenin müterafik kusurunu olduğundan fazla kabul ettiği kararları hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleri açısından eleştiriyeye açıktır.

2.5.5. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİ

Üçüncü kişinin fiili, idarenin fiili ile mevcut zarar arasındaki illiyet bağımlı zayıflattığı ölçüde idareyi mâli sorumluluktan kurtarır.⁴⁷² Üçüncü kişi, kendi fiili ile mevcut zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu takdirde zarardan sorumlu tutulur. Ayrıca tıpkı zarar görenin kusurunda olduğu gibi üçüncü kişinin fiili ortaya çıkan zararın tek sebebiyse idarenin sorumluluğu tamamen ortadan

⁴⁷⁰ Danıştay, 10. D., E. 1995/1508, K. 1996/1587, T. 08.10.1996.

⁴⁷¹ Danıştay, 10. D., E. 1992/714, K. 1993/3724, T. 11.10.1993.

⁴⁷² Avcı, a.g.e., s. 67.

kalkar.⁴⁷³ Buna karşılık üçüncü kişinin fiili zararın miktarı üzerinde pay sahibiyse veya zararın asli sebebi olmasına rağmen idarenin fiili miktarı artırmışsa idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaz, kısmi olarak devam eder.⁴⁷⁴

Üçüncü kişi terimi, davalı olarak gösterilen idare dışındaki herkesi ifade eder. Bir idari davada, davalı idarenin kendi tüzel kişiliği dışındaki her gerçek ve tüzel kişi o idare ve zarar gören kişi için üçüncü kişidir. Kimi zaman üçüncü kişi idareye ve idarenin faaliyetine tamamen yabancı bir kişidir ve tespitinde sorun olmaz. Bazı durumlarda idarenin personelinin fiili idari yetkilerin veya usulün sınırlarını zorlayarak zarara sebebiyet vermektedir. Bu noktadaki değerlendirme idarenin personelinin fiilinin salt kişisel bir kusur mu yoksa görevin verdiği yetkilerle veya görevle alakalı olarak gerçekleşen bir görev kusuru mu olduğuna ilişkindir. Anayasa'nın 129. maddesindeki kıstasa göre fiilin gerçekleşmesinde "kamu yetkisi" kullanılmışsa; Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine göre de fiil "kamu göreviyle" ilgili olarak meydana gelmişse görev kusuru vardır. Yani kamu görevlisi yürütmekte olduğu kamu görevinden tamamen bağımsız ve alakasız olarak bir fiille başkasına zarar vermişse idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

İdari yargıda görülen davada hasım olarak gösterilen idarenin kamu tüzel kişiliği dışındaki her kamu veya özel; gerçek veya tüzel kişilik üçüncü kişidir. Davacı hasımı yanlış veya eksik olarak göstermiş olsa dahi idare mahkemesi doğru hasmı tespit ederek davayı görecektir. Beklenmeyen halde zarara sebep olan fiilin nasıl gerçekleştiği ve sorunun nerede çıktığının tespitine gerek yoktur. Çünkü beklenmeyen hal çoğu zaman sebebi ve mevcudiyeti bilinmeyen hizmet kusurudur. Buna karşılık bir zararın üçüncü kişinin fiiline bağlanarak idarenin tazminattan muaf tutulabilmesi için üçüncü kişinin tespit edilmesi, üçüncü kişinin fiilinin tespit edilmesi ve aynı zamanda üçüncü kişi, fiili ve zarar ile arasındaki uygun illiyet bağının tespit edilmesi gerekmektedir. Zararın idarenin tutum ve davranışından değil de üçüncü kişinin fiilinden doğduğunu kanıtlamadıktan sonra idarenin sorumluluğu kalkmaz ve azalmaz.⁴⁷⁵

⁴⁷³ Yumuk, a.g.e., s. 177.

⁴⁷⁴ Ayakçioğlu, a.g.e., s. 135.

⁴⁷⁵ Colliard, a.g.e., s. 149.

Üçüncü kişinin kimliğinin, fiilinin, zarar ile arasındaki illiyet bağının kanıtlanması gerekliliğine karşılık; üçüncü kişinin fiilinin suç unsuru oluşturması veya kusurlu olması şart değildir. Zarar görenin kusurunun idarenin sorumluluğunu azaltması için zarar görenin mümeyyiz olması şartının aranmadığı gibi üçüncü kişinin fiilinin de kusurlu olması şartı aranmaz. Şüphesiz hayatın olağan akışında zarara sebep olan fiiller çoğu zaman kusurlu olup, haksız fiil niteliğinde olacaktır ancak bu durum olmazsa olmaz bir gereklilik değildir. Üçüncü kişinin fiili zarara uygun illiyet bağı çerçevesinde sebep olmuşsa idarenin sorumluluktan kurtulması için üçüncü kişi açısından manevi unsur değerlendirilmez. Bununla birlikte üçüncü kişinin zarardan sorumluluğu bir başka meseledir.⁴⁷⁶

Üçüncü kişinin fiili zarara katkıda bulunduğu orana göre idareyi sorumluluktan kurtarır. Meydana gelen zarar tamamıyla üçüncü kişinin fiilinden ileri gelmişse, başka bir deyişle üçüncü kişinin fiili, zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasındaki uygun illiyet bağı tamamen kesecek yoğunluktaysa idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar.⁴⁷⁷ Örneğin, Danıştay kararına konu olan bir olayda, idareye ait bir sulama kanalı kimliği belirsiz kişilerce sabotaja uğramıştır. Sabotaj neticesinde kanalda delikler açılmış ve bu deliklerden akan sular da çevredeki tarlalardaki mahsule zarar vermiştir. Danıştay, burada üçüncü kişilerin fiilini zararın tek sebebi sayarak tazminat talebini reddetmiştir.⁴⁷⁸

İdare ve üçüncü kişi zararın oluşmasında ve zararın artmasında pay sahibi olabilirler. Özel hukukta bir borçtan veya zarardan müteselsil olarak sorumlu olan kişiler yargılama sırasında, ortaya çıkan zararın ve borcun tamamından sorumlu tutulabilirler. Rücu mekanizmaları alacaklı, alacağını tamamen aldıktan sonra kendi aralarında işletilir. Müteselsil sorumluluk kurumu idare hukukunda mutlak olarak kabul edilmemektedir. Fransa'da müteselsil sorumluluk (la responsabilité in solidum) idari yargı hakimleri tarafından 1951 yılına kadar uygulanmıştır. 11 Mayıs 1951 tarihli Madame Pierret kararından itibaren müteselsil sorumluluk idari yargıda uygulamadan kalkmıştır.⁴⁷⁹ Müteselsil sorumluluğun idare hukuku

⁴⁷⁶ Colliard, a.g.e., s. 150, 151, 152.

⁴⁷⁷ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, a.g.e., s. 761.

⁴⁷⁸ Danıştay, 12. D., E. 1969/3894, K. 1972/273; Aktaran: Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 732.

⁴⁷⁹ Conseil D'Etat, Dame Pierret, 11.05.1951, Rec. Cons. Et., sect., s. 253; Aktaran: Darcy, a.g.e., s. 130.

uygulamasından kalkmasının sebebi idari yargı hakimlerinin idareyi sorumluluk miktarı daha az miktarda olsa da idareyi tüm zararı tazminle sorumlu tutmamak istemeleridir. Eğer müteselsil sorumluluk idare hukukunda kabul edilmiş olsaydı, idare kendi tutum ve davranışıyla sebep olmadığı zararlar için de tazminat ödemek zorunda kalacaktı. Gerçek hayatta zarara üçüncü kişiler sebep olsa dahi idarenin en küçük bir payı olan zararların bütününden sorumlu tutulduğu sistemde idare herkesin zararının bir garantörü, sigortacısı konumuna gelmiş olur. Her türlü zararın, üçüncü kişiyle kurulan illiyet bağına ve idarenin zarara sebep olma oranına bakılmadan idarenin zararın tümünden sorumlu tutulması idarenin kamu harcamalarının olağanüstü artmasına ve hukuk devleti ilkesi uyarınca idarenin mâli sorumluluğu ilkesinin suiistimaline sebep olur.⁴⁸⁰ Bu tür sakıncalı yönleri nedeniyle Fransa'da da Türkiye'de de müteselsil sorumluluk idare hukuku alanında geçerli değildir. Türk idari yargı uygulamasında, zarar gören kişi kusuru oranında idari yargıda idareye karşı, yine zarara sebebiyet verme oranında adli yargıda üçüncü kişiye karşı dava açmalıdır. Mevcut zararın tamamının idarenin tazmin etmesinin istendiği davalarda idare mahkemeleri zarara sebebiyet verme oranlarını tespit ederek yalnızca idarenin kusuru oranındaki tazminat miktarını ödemeye mahkum etmektedir. Zararın geri kalanını da tazmin etmek isteyen kişi ayrıca o kişiye dava açmalıdır.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Darcy, a.g.e, s. 131.

⁴⁸¹ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 762.

SONUÇ

Anayasalarda vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini devlete karşı koruyacak hükümler öngörülür. Hukuk devletlerinde devlet ve idare Anayasa ve kanunlarla bağlı olup üstlendikleri görevleri yerine getirmekle mükelleftirler. Her ne kadar mevzuat olarak vatandaşların hak ve özgürlükleri en iyi şekilde koruma altına alınmış olsa bile hukuka uygun davranmaya en çok dikkat eden idare bile kendi kusur ve hatalarıyla vatandaşlara zarar verebilir. Bu duruma ek olarak idarenin kasten hukuka aykırı davrandığı veya bağlı yetki uyarınca görevli olduğu halde hareketsiz kaldığı durumlarla sıklıkla karşılaşılır. Bu tezin odak noktasını da idarenin kendi kusuruyla vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu oluşturmaktadır. Tezde hizmet kusurunun dereceleri, tazminatı gerektiren zararın nitelikleri, idarenin sorumluluğunu kaldıran haller incelenmiştir.

İdare büyük ve kimi zaman hantal bir yapı olarak kendisine mevzuat uyarınca yüklenilmiş görevleri her zaman kusursuz bir şekilde yapamaz. Bu durumun tespiti de gerçekten makul ve olağan bir yargıdır. Anayasa dalgalarının temel hak ve özgürlükleri yeni ve geniş bir anlayışla kavradığı 19. yüzyıl sonları, 20. yüzyıl başlarına kadar idarenin kamu gücüyle hareket ettiği hallerde egemenlik yetkilerini kullandığından bahisle idarenin verdiği zararlardan sorumlu olmaması ilkesi benimsenmişti. Bu sebeple idarenin sorumluluğunun uzun bir süreç içerisinde yargı kararları ile kabul edilmesi ve Anayasa ve kanunlarla tanınmış olması gerekmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da esas olarak 125. madde uyarınca idarenin sorumlulukları ve kapsamı belirlenmiştir. Bunun yanı sıra idarenin işlemlerini sağlayan ve aslında idare nam ve hesabına faaliyet yürüten kamu görevlilerinin sorumlulukları ve idarenin çalıştırmış olduğu kamu görevlilerinin fiillerinden sorumlulukları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda tanınmıştır. Anayasa ve mezkur kanunun hükümlerine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu görevlilerinin sebep olduğu zararlar da üstlendikleri görevle alakalı ise ancak idare aleyhine açılacak bir tam yargı davasıyla talep edilebilecektir. Anayasa ve kanunda kamu görevlilerinin

görevleriyle alakalı olma veya kamu görevi yetkisini kullanma şartı yer almasına rağmen açıklık olmaması nedeniyle nelerin salt kişisel kusur nelerin görev kusuru olduğunu belirlemek yargı organlarına düşmüştür. Türkiye’de Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay’ın birbirleriyle uyumlu olan içtihatlarına göre herhangi bir şekilde görevle alakası kurulabilen fiillerden doğan zararların mutlaka idari yargıda uyuşmazlık konusu yapılması gerekmektedir. Gerçekten işkence, kötü muamele, yıldırma (mobbing) gibi suç unsuru oluşturan uç örneklerde bile davanın idari yargıda idare aleyhine açılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bunlara ek olarak 21/02/2014 tarihinde İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesi değiştirilerek mahkeme kararlarını süresi içerisinde yerine getirmeyen kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğunu adli yargı önünde gündeme getirme yolu kapatılmış olup görev kusuru alanı fazlasıyla genişletilmiştir. Kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken hukuka uygun davranmaları ve daha dikkatli olmalarını sağlamak için kişisel sorumluluklarının artırılması uygun olabilir.

İdarenin tazminat sorumluluğunun doğması için belirli şartların bir arada var olması gerekmektedir. İdarenin tutum ve davranışıyla bir kişinin kişisel bir hakkının doğrudan muhtel olması yani belirli bir zarara sebep olması tazminatın üç ayaklı şartıdır. İdarenin işlem, eylem veya sözleşme şeklinde bir hareketinin veya bağlı yetkiyle hareket etmesini gerektiren bir durum olmasına rağmen hareketsiz kaldığı bir tutum ve davranışının var olması gerekir. Bu kapsamlı sorumluluk alanıyla idarenin belirli bir görevi üstlendiği veya belirli bir sonucu sağlaması gerekirken bu sonucu sağlamaması hallerinde sorumluluk gündeme gelmektedir. İdarenin yalnızca kendisinin doğrudan verdiği zararlardan değil, aynı zamanda yapması gereken denetim, gözetim ve düzenleme faaliyetlerini yerine getirmemesi nedenleriyle de sorumlu tutulması mümkündür. Geçtiğimiz on yıllarda kamu hizmetleri yoğunluklu olarak özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır. İdare hukuku açısından, idarenin, özel hukuk kişilerinin faaliyet gösterdiği kamu hizmeti alanlarını denetlemesi, gözetmesi ve duruma göre özel hukuk kişileri aleyhine idari yaptırım uygulaması gerekir. İdarenin denetim ve gözetim ihmalinin mevcut olduğu alanlarda sorumlu tutulması gerekmektedir. Özellikle hidroelektrik enerji, nükleer enerji, termik santral ve madencilik alanlarında idarenin tamamlayıcı sorumluluğu daha da önem kazanmaktadır.

İdarenin tazminatla yükümlü olduğu zararların belirli özellikleri vardır. Tazmini gereken zarar mevcut, hukuken korunan bir menfaatte gerçekleşen, ekonomik değeri haiz ve istisnai zarardır. Zararın mevcut olması için, zararın yalnızca iddiada kalmaması aynı zamanda kanıtlanmış veya kanıtlanabilir olması gerekir. Ayrıca muhtemel, varsayımsal veya ihtimale bağlı olarak ileride gerçekleşecek olmaması gerekmektedir. Yani dava sırasında zararın gerçekleşmiş veya gerçekleşmekte olması gerekmektedir. Hukuken korunan bir menfaatin ihlal edilmesi şartı zarar gören kişinin gayri meşru, hukuka aykırı bir pozisyon içerisinde olmaması ve ihlal edildiğini ileri sürdüğü zararın da kendisinin kişisel bir hakkına dair olması anlamına gelmektedir. Zararın ekonomik değeri haiz olması şartı zararın maddi veya manevi zarar olması demektir. Maddi zararın öne sürülmesi ihtimalinde açıkça parayla ölçülebilir bir hasar veya zararın gösterilmesi gerekmektedir. Buna karşılık manevi zararda açık bir şekilde para cinsinden ölçülebilir bir zarar yoktur. Bu sebeple manevi zararda davacının acı, elem, ıstırap, üzüntü gibi kendisinin ruh halini zedeleyen bir hususun varlığını ve bunun telafisi için ne kadar miktar tazminat talep ettiğini göstermelidir. Bu ihtimalde idari yargı hakimi en fazla talep miktarı olmak üzere tazminat talebini ve miktarını değerlendirir. Zararın istisnai olması nicelik ve nitelik yönünden incelenir. Nicelik yönünden istisnai olmak, zararın tamamen önemsiz ve göz ardı edilebilir olmadığı anlamına gelir. Nitelik yönünden istisnai olmak ise, davacının kişisel olarak özel bir zarara uğradığı anlamına gelir. Herkesin başına gelen ve vakayı adiyeye niteliğindeki bir zarar nitelik yönünden genel bir zararı ifade eder. İçtihatlar göre genel zararların idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı belirtilmektedir. Ancak her ne kadar genel külfet niteliğini taşıyacak kadar genele yayılmış bir zarar mevcut olsa da bu zararların idare tarafından tazmin edilmesi sosyal devlet ilkesine daha uygun olacaktır. Çünkü sosyal devlet ülkede sosyal barışın ve sosyal adaletin yerine getirilmesini sağlamakla görevlidir. Vatandaşların büyük zararlara uğrayarak ciddi ekonomik tahribatlara uğradığı durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğu daha geniş yorumlanmalıdır.

İdarenin hizmet kusuruyla sorumlu tutulduğu hallerin bir kısmında yalnızca ağır kusur hâlinde sorumlu tutulacağı içtihatlarla hükme bağlanmıştır. Danıştay içtihadına göre zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olduğu ve yürütülen hizmetin riskli olduğu hâllerde idare ancak ağır kusuruyla neden olduğu

zararlardan sorumlu tutulacaktır. Halbuki Fransa'da ve Türkiye'de idarenin sorumluluğunun gelişim süreci göz önüne alındığında, önceleri basit kusurdan dolayı sorumluluk kabul edilmezken artık kabul edilmektedir. Aynı şekilde adalet hizmetlerinde sorumluluk kabul edilmemekten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca adil yargılanma hakkı nedeniyle adalet hizmetlerinden dolayı da mâli sorumluluk kabul edilmiştir. Fransa'da bu gelişim çizgisiyle uyumlu olarak sağlık hizmetlerinde ağır kusur şartının aranması terkedilmiştir. Türkiye'de ise halen, sağlık hizmetlerinden doğan zararlarda idarenin sorumluluğu ancak ağır kusur hâlinde kabul edilmektedir. Bu durum özel hastahanedeki tedavi görüp zarara uğrayan kişi ile devlet hastahanesinde zarara uğrayan kişinin durumunu eşitsiz bir hâle sokmaktadır. Sağlık hizmetlerinden doğan zararlarda da basit kusur, sorumluluk için yeterli kabul edilmelidir.

Tezde, idarenin, idare hukukuna tâbi olan sorumluluğu kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Kusursuz sorumluluk türlerinden risk ilkesinin alt başlıklarından sosyal risk ilkesine göre sorumluluk hâlinde devletin sorumluluğuna ilişkin kanunla özel bir düzenleme yapılmıştır. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun ile daha önceden yargı içtihatları uyarınca sosyal risk ilkesine göre tazmin edilen zararlar böylece bu mevzuat uyarınca tazmin edilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte çalışmamızın odak noktasını oluşturan hizmet kusuruna dayanan sorumluluk türünde belirli bir mevzuat yoktur. Hizmet kusuruna dayanan sorumluluğun asli sorumluluk türü olduğu, hangi hallerde hangi ağırlıkta kusurun varlığının aranacağı ve hangi kusurların hangi ağırlıkta kusur oluşturacağı tamamen mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiştir. İdarenin sorumluluğunu düzenleyen bir mevzuatın olmayışı idari yargı için büyük bir eksikliklerdir. Tam yargı davalarının esas kısmını düzenleyen bir kanun mevcut olsaydı kuralları ve çerçevesi belirli olan bir idari sorumluluk rejimi söz konusu olurdu ve bu da hukuki belirlilik ilkesine daha uygun düşerdi.

KAYNAKÇA

GENEL KAYNAKÇA

Akıntürk/Ateş Karaman, Turgut/Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş, İstanbul, Eylül 2013, 21. Baskı

Akyılmaz, Bahtiyar, Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 1-2

Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Bahtiyar/Murat/Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2013, 4. Baskı

Anayurt, Ömer, Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989

Aslan, Erol, Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, Yüksek Lisans Tezi

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, 2. Baskı

Atay/Odabaşı, Ender Ethem/Hasan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2010, 2. Baskı

Avcı, Adem, Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2013, 1. Baskı

Ayakçioğlu, Mustafa Serkan, Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Nedenler Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011

Ayanoğlu, Taner, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2004, 1. Baskı

Aydın, Muhammed Ali, Türkiye’de Vicdani Ret, İstisna Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, Kış 2011

Bardakçı, Mehmet Akif, İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2013

Bülbül, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, 1. Baskı

Cabioğlu, Saniye Sena, Türk Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Ölüm Halinde Manevi Tazminat, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012

Chapus, René, Droit Administratif Général, Paris, Montchrestien, 15. Baskı, 2001, Cilt 1

Colliard, Claude Albert, Le Préjudice dans la Responsabilité Administrative, Librairie Dalloz, Paris, 1938

Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2014, 2. Baskı

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, 3. Baskı

Çağlayan, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, 1. Baskı

Çatak Irız, Betül, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 1. Baskı

Çıtak, Halim Alperen, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, 1. Baskı

Darcy, Gilles, La Responsabilité de L'Administration, Dalloz, Paris, 1996

Debary, Michel, La Voie De Fait En Droit Administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960

Delcros/Delcros, Xavier/Bertrand, “Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi”, Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çeviren: Turgut Candan, Danıştay Yayınları, No:39, Ankara, 1984

Delvolvé, Pierre, Le Droit Administratif, Dalloz, Paris, 2014, 6. Baskı

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, 6. Baskı

Dinler, Veysel, Osmanlı Devleti’nin İdari Yapısı, s. 35, 36; (Online Erişim: http://www.veyseldinler.com/YuklenenDosyalar/OSMANLI_DEVLETI_IDARI_YAPISI.pdf Son erişim tarihi: 14.05.2015)

Derdiman, R. Cengiz, İdare Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, Temmuz 2010, 3. Baskı

Doğru, Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2001

Duez, Paul, La Responsabilité de la Puissance Publique-En Dehors Du Contrat, Librairie Dalloz, Paris, 1938

Dupuis/Guédon/Chrétien, Georges/Marie-José/Patrice, Droit Administratif, Dalloz, Paris, 12. Baskı

Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982

Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu-Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974

Düren, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 16. Baskı

Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990

Esin, Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973

Evren, Çınar Can, İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, Sayı: 1

Frier/Petit, Pierre Laurent/Jacques, Droit Administratif, LGDJ, 2014, 9. Baskı

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Temmuz 2000, 1. Baskı

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, 2. Baskı

Gözler, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2010, 11. Baskı

Gözler/Kaplan, Kemal/Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2013, 14. Baskı

Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Temmuz 2008, 26. Baskı

Gözübüyük, A. Şeref, Yönetimsel Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, 10. Baskı

Gözübüyük/Tan, A. Şeref/Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 9. Baskı

Gözübüyük/Tan, A. Şeref, Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 6. Baskı

Gözübüyük, Pulat Abdullah, Sözleşmelerin Fesih ve Tadili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1945

Gülan, Aydın, Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD, S. 1-3, Y.9, 1988

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2013, 10. Baskı

Kalabalık, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2009, 3. Baskı

Kaplan, Gürsel, İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 887-918

Karahanogulları, Onur, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 2. Baskı

Karataş, Tefik, İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru Dolayısıyla Sorumluluğu, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Kepenek, Yakup, Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT), Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1993, 2. Baskı

Oğuzman/Öz, M. Kemal/M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, 10. Bası

Oğuzman/Öz, M. Kemal/M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 10. Bası

Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 10. Baskı

Özgüldür, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 1. Baskı

Şeker, Gülseven, İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi Ve Teorinin Türkiye Uygulaması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2010

Şişaneci, Mustafa, 1982 Anayasası Çerçevesinde İdarenin Hizmet Kusuru, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009

Tan, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011

Tanör/Yüzbaşıoğlu, Bülent/Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, Eylül 2009, 9. Baskı

Teissier, Georges, La Responsabilité de la Puissance Publique, Yayıncı: Paul Dupont, Paris, 1906

Tekinsoy, Ayhan, İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2002

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, Ağustos 2009, 13. Baskı

Turhanoğlu, Pınar, Kamu Kulfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, Eskişehir Barosu Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 9

Yayla, Ahmet, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, 1. Baskı

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş, İstanbul, Eylül 2009, 1. Baskı

Yayla, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, Basım Yeri: İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980

Yıldırım, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri-2, Mimoza Yayınevi, Konya, 2012, 2. baskı

Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, Turan/Melikşah/Nur/H. Eyüp/Gül/Özge Okay, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013, 5. Baskı

Yumuk, Hamit, İdari Yargıda Tazminat Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005

Zabunoğlu, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt-1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5463090z/f274.image> (Son erişim Tarihi: 14.05.2015)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53ad5c0de26671.38146698 (Son erişim: 14.05.2015)

İÇTİHAT KAYNAKLARI

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Özgüldür, Serdar, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 1. Baskı

İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Esin, Yüksel, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973

Danıştay İdari Dava Daireleri “Emsal” Kararları, Cilt II, Arslan/Sınmaz/Dündar, Ahmet/Emin/Tuncay, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

Danıştay İdari Dava Daireleri Karar Özetleri, Demirkol/Tekin/Toktaş, Selami/M. Önder/Nihat, Adil Yayınevi, Ekim 2002, 1. Baskı

Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Bal/Şahin/Karabulut, Yakup/Yahya/Mustafa, Seçkin Yayınevi, Ocak 2003, 1. Baskı

Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Atay/Odabaşı, Ender Ethem/Hasan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2010, 2. Baskı

<http://www.anayasa.gov.tr/>

<http://www.danistay.gov.tr/>

http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp

<http://www.hukuklink.com/>

<http://www.kararara.com/>

<http://www.kazanci.com/>