

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

1982 ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE
İDARENİN HİZMET KUSURU

Hazırlayan
Mustafa ŞİŞANECİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Ankara
2009

ONAY

Mustafa Şişaneci tarafından hazırlanan “1982 Anayasası Çerçevesinde İdarenin Hizmet Kusuru” başlıklı bu çalışma, 20.3.2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (*oybirliği/oyçokluğu*) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Anayasa Hukuku Bilim Dalı’nda yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

İmza

Prof. Dr. Hasan Tunç

Başkan

İmza

Prof. Dr. E. Ethem Atay

Üye

İmza

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Çağlar

Üye

ÖNSÖZ

Devletin varlık sebeplerinden biri de Devleti oluşturan bireylerin ortak ihtiyaçları olan kamu hizmetlerinin yürütülmesidir. Devlet, bu hizmetleri yürütürken bir takım kusurlar da işlemektedir. Bu kusurların bir kısmı sadece yürütülen hizmetin gereği gibi yerine getirilmemesi/getirilememesi şeklinde oluşmakta, dolayısıyla bu kapsamda hizmetten doğrudan faydalananların ya da üçüncü kişilerin herhangi bir zararı oluşmamaktadır. Bununla birlikte bazı hallerde yürütülen hizmete ilişkin kusurlar hizmetten faydalananlara veya üçüncü kişilere bir takım zararlar vermektedir. Tarihi gelişimi içinde başlangıçta Devletin bu zararlardan sorumluluğu söz konusu değilken, zamanla hem yasal bir çerçeve hem de yargı içtihatlarıyla Devletin sorumluluğu kabul edilmiş ve bu zararların tazmini gerektiğine hükmedilmiştir. Türk hukukunda da hem yasal düzenlemeler hem de yargısal içtihatlarla Devletin sorumluluğu esası benimsenmiştir. İdarenin kusursuz sorumluluğunu bir yana bırakacak olursak, kusurlu yürütülen hizmetin varlığını ve bu kusur sonucu oluşan zararı ifade eden hizmet kusuru, idarece yürütülen hizmetin işleyişine ilişkin her türlü bozukluk olup; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde gerçekleşmektedir. 1982 Anayasamız da bu şekilde oluşan zararların Devletçe karşılanması esasını benimsemiş ve bu hususa ilişkin hükümler ihtiva etmiştir.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	6
1.1. SORUMLULUK HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ	6
1.1.1. Genel Olarak	6
1.1.2. Roma Hukuku	10
1.1.3. Ortaçağ Dönemi	12
1.1.4. Monarşiler Dönemi	13
1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA SORUMLULUK.....	16
1.2.1. Alman Hukukunda	16
1.2.2. İngiliz Hukukunda	19
1.2.3. İsviçre Hukukunda	233
1.2.4. Fransız Hukukunda	24
1.3. TÜRK HUKUKUNDA SORUMLULUK	31
1.4. 1982 ANAYASASINDA İDARENİN SORUMLULUĞU	45
İKİNCİ BÖLÜM	53
2.1. HİZMET KUSURU	53
2.1.1. Genel Olarak	53
2.1.2. Hizmet Kusurunun Tanımı	58
2.1.3. Hizmet Kusurunun Özellikleri.....	63
2.1.3.1. Anonimlik	63
2.1.3.2. Bağımsızlık	67

2.1.3.3. Genellik	71
2.1.3.4. Aslîlik	74
2.1.3.5. Değişkenlik/Esneklik	75
2.2. HİZMET KUSURU SAYILAN HALLER	79
2.2.1. Genel Olarak	79
2.2.2. Hizmetin Kötü İşlemesi	80
2.2.3. Hizmetin Geç İşlemesi	91
2.2.4. Hizmetin Hiç İşlememesi	95
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	104
İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI VE SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER.....	104
3.1. Zarar	104
3.1.1. Zarar Kavramının Tanımı, Şartları ve Özellikleri.....	105
3.1.1.1. Zarar Kavramı	105
3.1.1.2. Zararın Şartları	106
3.1.1.2.1. Maddi Zarar.....	106
3.1.1.2.2. Manevi Zarar.....	108
3.1.1.3. Zararın Özellikleri	110
3.1.1.3.1. Zararın Gerçek ve Kesin Olması.....	110
3.1.1.3.2. Zararın Özel Olması.....	113
3.1.1.3.3. Zararın Meşru Bir Menfaate Yönelmesi	113
3.1.1.3.4. Zararın Para İle Takdir Edilebilmesi	114
3.1.2. Zararın Kapsamı	115
3.1.2.1. Maddi Zararın Kapsamı.....	115
3.1.2.1.1. Ölüm Nedeniyle Oluşan Maddi Zarar.....	116
3.1.2.1.1.1. Ölümünden Önceki Tedavi Giderleri.....	116
3.1.2.1.1.2. Cenaze ve Defin Giderleri.....	117
3.1.2.1.1.3. Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı).....	118

3.1.2.1.2. Bedensel Zarar	119
3.1.2.1.2.1. Tedavi Giderleri.....	120
3.1.2.1.2.2. Çalışma Gücünün Azalması veya Yok Olması ...	121
3.1.2.1.2.3. Ekonomik Gelişmenin Zorlaşması.....	122
3.1.2.1.3. Mala İlişkin Zarar.....	122
3.1.2.2. Manevi Zararın Kapsamı.....	122
3.1.2.2.1. Ölüm Nedeniyle Manevi Zarar	124
3.1.2.2.2. Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Manevi Zarar ...	124
3.1.2.2.3. Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Zarar	125
3.2. İdari Faaliyet ve İlliyet Bağı	127
3.2.1. İdari Faaliyet.....	127
3.2.1.1. Genel Olarak	127
3.2.1.2. Zararın İdari Faaliyetten Kaynaklanması.....	127
3.2.1.2.1. Zararın Belirli Bir Kamu Tüzel Kişisinin Etkinliğine Bağlanması Gerekliliği	129
3.2.1.2.2. Sorumlu Kamu Tüzel Kişisinin Belirlenmesi	133
3.2.2. İlliyet (Nedensellik) Bağı	137
3.2.2.1. Kavram	137
3.2.2.2. Uygun İlliyet Bağı	137
3.3. İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Veya Azaltan Sebepler	140
3.3.1. Genel Olarak	140
3.3.2. Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal.....	142
3.3.3. Zarar Görenin Kusuru	149
3.3.4. Üçüncü Kişinin Kusuru.....	153
SONUÇ.....	155
KAYNAKÇA	157
ÖZET	163
ABSTRACT	164

KISALTMALAR

a.g.b.	:adı geçen bildiri
a.g.e.	:adı geçen eser
a.g.m.	:adı geçen makale
AİD	:Anne İdaresi Dergisi
AÜHF	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFY	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBF	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AMY	:Anayasa Mahkemesi Yayınları
AYMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
DEÜY	:Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları
DÜHFD	:Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:Esas
İÜHF	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	:Karar
M md.	:Madde
Ör.	:Örneğin
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
SK.	:Sayılı Karar
T.	:Tasarı
TBMMB	:Türkiye Büyük Millet Meclisi Basımevi
T.C.	:Türkiye Cumhuriyeti
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd.	:ve devamı

GİRİŞ

Bu incelemede Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin idare işlevinden doğan sorumluluğu ele alınmaktadır. Sorumluluğu söz konusu olan İdare ise, Anayasanın 123 üncü maddesinde tanımlanan organik ve fonksiyonel bütünlüğe sahip İdare'dir.

İdare işlevi, Devletin yürütme ve idare kuruluşlarından başka, yasama ve yargı organlarınca da yapıldığından; sorumluluk kuralları, esas itibariyle, bunlar hakkında da geçerli sayılır. Ancak, yasama ve yargılama işlemleri, nitelikçe İdare işlevinden ayrı olduğu için, Devletin bu alandaki sorumluluğu değişik kurallara bağlıdır.

İdarenin eylem ve işlemlerinden dolayı kişiler zarara uğrayabilir ve bu zararların karşılanması, idarenin sorumluluğunun bir gereğidir. İdarenin hem özel hukuktan hem de kamu hukukundan kaynaklanan sorumlulukları vardır. Çalışmamızda idarenin kamu hukuku kurallarına göre düzenlenen sorumluluğu ele alınacaktır.

19. yüzyılın ikinci yarısına kadar Devletin sorumsuzluğu ilkesi kabul edilmiştir. Giderek artan Devlet görevleri, hukuk devleti ilkesinin gelişmesi, sosyal devlet anlayışının liberal devlet anlayışının yerine geçmesi, Devletin sorumsuzluğu fikrinden uzaklaşmayı gerektirmiştir.

Devletin sorumsuzluğu ilkesinin yürürlükte olduğu dönemde ve ülkelerde böyle bir sorun akla bile gelmemekte ve sadece personelin sorumlu (tutulup tutulmaması söz konusu olabilmekteydi. Nitekim, yüzyıl öncesine kadar bütün ülkelerde, «egemenliğin karşılıksız etkin olduğu» inancına göre, Devletin salt sorumsuzluğu ilkesi geçerli idi ve ancak sayılı demokrasilerde personelin kişisel sorumluluğu, bazı kayıt ve şartlarla, kabul edilmekte idi. Fakat, 19 uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren Devlet ve Hukuk müesseselerindeki değişimler ile kamu hak ve özgürlüklerinin gelişmesi sonucunda; önce Fransa'da başlamak (1870'ler), sonra da diğer

Avrupa kıtası ülkelerine yayılmak ve nihayet Amerika Birleşik Devletleri (1946), İngiltere (1947) ve İsviçre (1988) de kabul edilmek suretiyle, Devletin sorumluluğu İlkesi günümüzde genelleşmiş bulunmaktadır.

İdarenin sorumluluğu ilkesi büyük ölçüde yargı içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Bu konudaki en önemli örnek Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 tarihli 'Blanco kararıdır.' İdare hukuku alanındaki sorumluluğun özel hukuktakinden farklı olduğu bu kararla ortaya konmuştur.

Bugün hemen bütün ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de İdare en büyük ve yaygın kuruluş ve aynı ölçüde yoğun ve etkili faaliyetleri bulunan teşebbüstür. Bu nitelikleri gereği idarenin varlığı, tutum ve davranışları ile bir takım zararlara yol açması olağan ve hatta kaçınılmazdır.

Ancak, idare hep tüzel kişilerden ibaret olması nedeniyle, bütün bu zararlı sonuçlar aslında onun adına ve hesabına hareket eden ve gerçek kişilerden oluşan organ ve ajanlarının (personel) işlem ve eylemlerinden doğar. Bu bakımdan, söz konusu zararlardan İdarenin mi, yoksa personelinin mi sorumlu olduğu meselesi ile karşılaşılır.

Kamu hizmetlerini görmekle yükümlü bulunan kamu tüzel kişileri, faaliyet ve hizmetlerini birer gerçek kişi olan memurlar ve diğer ajanları vasıtasıyla yürütürler. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerine bağlanan eylem ve işlemler, sonuçta birer gerçek kişi olan memurlar ve diğer ajanlar tarafından gerçekleştirilirler. Bu durum, hizmetten yararlanan kişilerin uğradıkları zararların kim tarafından ve hangi sorumluluk ilkelerine göre tazmini gerektiği konusunda çeşitli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, memurlar ve diğer ajanlar tarafından idare fonksiyonunun yürütülmesi sırasında ve kamu hizmetleriyle ilgili olarak gerçekleştirilen faaliyetlerin hangi hallerde kamu tüzel kişilerine ve hangi hallerde memurların ve diğer ajanların şahıslarına atıf ve izafe edilebileceğini tespit etmek gerekmektedir.

1924 Anayasası yapılırken, idarî yargının yeniden oluşturulması düşünülmüş ve bu amaçla Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan hüküm ile idarî yargının ve idarenin yargısal denetimi öngörülmüştür.

Bu hüküm ile ilk defa "*İdarî dava*" ve bunun karşıtı olarak "*idarî olmayan dava*" kavramı hukuk literatürümüze girmiştir. Bunun ise bir idare hukukunun ve idari yargının doğuşunu ilan ettiği açıktır¹.

1961 Anayasası, idarenin sorumluluğunu bu defa anayasal olarak düzenlemiştir. Anayasanın 114. maddesinin 1. fıkrasında "*idarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*" hükmünü getirdikten sonra sorumluluğa ilişkin olarak aynı maddenin son fıkrasında "*idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" hükmü ile Devletin/idarenin sorumluluğu esasını açıkça ortaya koymuştur. Öte yandan bu hüküm idarenin sorumluluğunun, dayanağı bakımından bir koşul getirmemiştir. Yani kusura dayalı sorumluluk ve kusursuz sorumluluk gibi ilkelerin kullanılması imkanını sunmaktadır.

1982 Anayasası döneminde de 1961 Anayasasının benimsediği temel ilkeler devam ettirilmiştir. 1961 Anayasasının 114. maddesindeki ilkeler 1982 Anayasasının (idarenin sorumluluğuna ilişkin diğer maddeleri yanında) 125. maddesinde aynen korunmuştur².

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ya da bu hizmetlerin kendisinden, kuruluş ve işleyişinden dolayı idare edilenlerin uğradıkları zararlardan öncelikli olarak "hizmet kusuru" esasına göre idarenin sorumlu

¹ Görelî İsmail Hakkı, **Bizde Şurayı Devlet ve İdarenin Kazası Murakabesi**, Ankara,1937, s.26.

² Ozansoy, **a.g.e.**, s.141.

olduğu kabul edilmektedir. “Hizmet kusuru”, genel anlamıyla, bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki aksaklık, eksiklik ve bozuklukları ifade etmektedir. Hizmetin “kötü” işlemesi, “geç” işlemesi veya “hiç” işlememesi halleri hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. Hizmet kusuru teşkil eden kusurlar, kamu hizmetlerinin idare ajanları eliyle yürütülüyor olması nedeniyle, aslında idare ajanlarının kusurlarıdır. Ancak, idare ajanlarının her derecedeki kusurlu davranışları “hizmet kusuru” değildir. Bazı zararların, idare ajanlarının, kamu tüzel kişilerine veya kamu hizmetine isnat ve izafe edilemeyecek derecedeki kusurlu faaliyetlerinden meydana gelmesi mümkündür. Bu zararlar hizmetin kuruluş ve işleyişindeki bir eksiklikten çok, idare ajanlarının kişisel kusurlarına bağlıdır ve ajanın bizzat kendisinin sorumluluğunu doğurur. Ancak, eğer idare ajanları ayırım yapılmaksızın kişilere zarar veren bütün faaliyetlerinden sorumlu tutulurlarsa, hiç kimse iyi niyet ve gayretine rağmen soruşturmaya maruz kalabileceğini bile bile bir kamu görevi kabul etmeyeceği için, idare işlemez hale gelecektir³. O halde, kamu hizmetlerine ilişkin hangi faaliyetlerin hangi koşullarda idare ajanlarının kişisel sorumluluklarını doğuracağını açıkça belirlenmesi gerekir.

İdarenin sorumluluğunun belirlenmesinde hukuk devleti ilkesi ile sosyal devlet ilkesinin önemli bir yeri vardır. Hukuk devleti ilkesi idarenin hukuka uygun hareket etmesini, hukuka aykırı hareketleri sonucu bir zarar meydana gelmişse bunun da idarece tazminini içerir. İdarenin hukuka aykırı

³ DELCROS, Xavier/DELCROS, Bertrand: “**Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi**”, (Çev.: Turgut CANDAN), Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1984, s. 83.

davranışlarından doğan zararları tazmin etmesi (sorumluluğun diğer dayanakları yanında en önemli ilke olan) hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.

1982 Anayasamızda da başta hukuk devleti ilkesine ilişkin hükümler olmak üzere idarenin sorumluluğuna ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1.1. SORUMLULUK HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1.1. Genel Olarak

Kamu hukukunda sorumluluk, Devlet tüzel kişiliğinin ortaya çıkışı ile eş zamanlı olarak meydana gelen bir gelişmedir. Aslında, kamu tüzel kişiliğinin varlığı, özel hukuk - kamu hukuku ayırımında yatmaktadır. Bu ayırımın bulunmadığı bir hukuk sisteminde, idareden ve idare hukukundan yani kamu tüzel kişiliğinden ve dolayısıyla kamu hukukunda sorumluluktan da bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁴

Tarihi açıdan bakıldığında, Roma hukukunda, günümüze benzer bir şekilde özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı yapılmış ve bu hukukçular tarafından geliştirilmiştir.⁵ Batıda 17. yüzyıla kadar, hukuk eğitiminde kamu hukukuna yer verilmemişti. Bu dönemde Roma hukuku, Kilise hukuku ve örf-adet hukuku eğitimi ile yetinilmiştir.⁶ 17. yüzyılda, medeni hukuk, ceza hukuku, ticaret hukuku gibi seküler hukuk dallarının eğitimine başlanmıştır.⁷ Roma hukukundaki "kamu" sözcüğü, 16. yüzyıldan itibaren "kamusal şey" olarak; yorumlanmıştır. Örneğin 1576'da Jean Bodin, "Devletin Altı Kitabı"

⁴ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara, 1970-1972, s.140. ; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 2002, s.25.

⁵ Recai Galip Okandan, **Roma Âmme Hukuku**, İstanbul, 1944, s.1.

⁶ İl Han Özay, "XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar-Çağrışımlar," II. İHİD, Yıl-2. C.II.1981, S.1-3, s.87.

⁷ Rukiye Akkaya, "Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar", AÜEHFD. C:VII. S.3-4, 2003, s.140-141.

isimli eserinde "republique" sözcüğünü Devleti açıklarken kullanır.⁸ Devlet, kamu hukuku (anayasa ve idare hukuku)⁹ ve uluslararası hukuk eserlerinde¹⁰, insan, ülke ve iktidar (egemenlik) unsurlarından oluşan bir organizasyon şeklinde ele alınmaktadır.

Kamu hukuku/idare hukuku açısından bakıldığında, bu unsurlardan müteşekkil olan Devlet, bunların dışında kendine özgü bir kişiliğe sahiptir.¹¹ Bu bakımdan, Devletin, kendisini oluşturan kişilerden ve idarecilerden ayrı bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Devlet kelimesi, Arapça “devl” kökünden gelen ve “elden ele geçen iktidar, saltanat” anlamına gelen bir kavramdır¹². Başlangıçta sadece bir hükümdar ya da hükümdar ailesine ait iktidar anlamında kullanılırken, sonraları tüm ülkeyi içine alan soyut anlamda egemenlik anlamında kullanılmaya başlanmıştır.

Batıda 16. yüzyıla gelinceye kadar Devlet (Etat, Stato) kelimesi kullanılmamıştır. Eski Yunanda 'polis', Roma'da 'civitas' veya 'republica' deyiimi kullanılmıştır. Devletin karşılığı olan 'stato' kelimesi ilk olarak 16.

⁸ Jean Pierre Brancoürt, *Estat'lardan Devlet'e Bir Sözcüğün Evrimi İçinde Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Ankara, 2000, s.178.

⁹ Yavuz Abadan, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Ankara, 1952, s.123.; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilât Hukuku*, İstanbul, 1960, s.126.; Bülent Nuri Esen, *Anayasa Hukuku; Genel Esaslar*, Ankara, 1970, s.89. ; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa, 2006, s.42.; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1991, s.110.; Ethem Ender Atay, *İdare Hukuku*, Ankara, 2006, s.4. ; Kazım Yahya Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş: Devlet*, Ankara, 1973, s.74.; Ramazan Yıldırım, *İdare Hukuku Dersleri I (idare)*, Konya, 2005, s.14.

¹⁰ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, II Kitap*, 6.Baskı, Ankara, 1999, s.6.

¹¹ İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku: Demokrasi*, Ankara, 1964, s.29.

¹² Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s.42.

yüzyılda Machiavelli tarafından kullanılmıştır.¹³ Devlet kelimesi İngilizce "State", Fransızca "Etat", Almanca "Stat", İtalyanca Stato kelimesi ile ifade edilmektedir ve hepsinin kökeni Latince status kelimesidir. Stato terimini modern anlamda Devlet karşılığında ilk kullanan kişinin, Principe (Hükümdar) isimli eserinde (1513) Machiavelli olduğı belirtilmektedir. 1500 ile 1600 yılları arasında Fransız, İngiliz ve Alman dillerinde kullanılmaya başlandığı belirtilmektedir.¹⁴

Devletin tanımı, Devletin hukuki mahiyetini açıklayan teorilere göre farklılıklar arz etmektedir. Sosyolojik yaklaşımı benimseyenlere göre Devlet, "bir siyasi otoritenin bulunduğu, farklılaşmış bir insan topluluğudur"¹⁵. Milli hakimiyet İlkesini benimseyenlere göre "Devlet, bir milletin hukuki şahsiyet halinde görünüşüdür"¹⁶ Üstün emretme yetkisini esas alanlara göre Devlet, "emir ve kumanda kudretine aslen malik ve muayyen bir ülkede sakin bir korporasyondur"¹⁷. Hakimiyeti ve toplumu birlikte düşünenlere göre Devlet, "kolektif mahiyette ve hâkimiyete mâlik bir hukukî şahıstır". Devleti, biyolojik bir vakıa addedenlere göre Devlet, "bir milletin muayyen bir memlekette siyasî şekilde organizmalaşmış olan şahsıdır. İdare hukuku bakımından devleti, "belirli bir ülkede insan topluluğundan oluşan tüzel kişi"¹⁸ şeklinde

¹³ Şeref A. Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 6 Baskı, Ankara, 1999, s. 12.

¹⁴ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.42.

¹⁵ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.42.

¹⁶ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.43.

¹⁷ Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.43.

¹⁸ Yahya K Zabunoğlu, **Devlet Kudretinin Sınırlanması**, Ankara, 1963, s.200.; Uğur Mumcu, "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", AHFD, C.27, S. 1-2,1970, s.51.

tanımlayabiliriz.¹⁹

Devletin ayrı bir tüzel kişi olarak kabul edilmesi halinde, bir takım neticeleri de ortaya çıkmaktadır.²⁰ Tüzel kişi olması nedeniyle Devlet, hukuki işlemler yapabilir, hak sahibi olabilir, borç yükümlülüğüne girebilir. İdareciler, işlem ve eylemleri kendi adına değil, Devlet adına yapmış olurlar. Dolayısıyla, bu işlem ve eylemlerden doğan sorumluluklar da Devletin sorumluluğu olarak kabul edilir.

İnsan sosyal bir varlıktır, toplu olarak yaşamak durumundadır ve çeşitli sebeplerden dolayı bu toplu yaşamayı devam ettirmek istegindedir. Bu toplu halde yaşamının çeşitli şekilleri bulunmaktadır. Bu şekillerden en gelişmişini ise Devlet oluşturmaktadır²¹. İnsanların toplu şekilde yaşamayı devam ettirmeyi istemelerinin temelinde, bazı önemli sebepler bulunmaktadır. Bu sebeplerin başında güvenlik gelmektedir. Güven içinde yaşama isteği, belli bir teşkilat kurmayı zorunlu kılmıştır. Bir başka ifade ile etkili bir güvenlik, kolektif ve ortak olan güvenliktir²². Ortak ve sürekli güvenlik içinse, sürekli uygulamaları ve usulleri zorunlu kılar. Bu zorunluluk sonucu ortaya çıkan teşkilata Devlet adı verilir. Sadece güvenlik yetmemektedir. Bunun yanında belli bir istikrarın sağlanması, karşılıklı güven içinde yaşanabilmesi için bir düzenin oluşturulması da gerekmektedir. Bu da siyasal organların

¹⁹ H. Nail Kübalı, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1969 s.165-166.

²⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.I. Bursa, 2003, s.135-136.

²¹ Leslie Lipson/Çev.Tuncer Karamustafaoğlu, **Politika Biliminin Temel Sorunları**, İkinci Basım, Ankara,1978, s.57.

²² Ramazan Çağlayan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2007, s.45.

teşekkülünü zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, bireyler sahip olduğu servetlerinin ve emeklerinin bu düzen içerisinde adaletli bir biçimde korunmasını da istemektedirler. Bütün bu işlerin gerçekleştirilebilmesi için kuvvete ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kuvvet kullanımının da toplum tarafından kabul edilmiş bir otorite tarafından kullanılması öngörülmektedir.²³ İşte yukarıda bahsi geçen tüm bu gereksinimler “Devlet” denilen siyasal organizasyonun ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Eski Mısır’da, Devletin hukuki bir varlık olduğu, kendine ait mal varlığı olduğu, hak ve borçlara ehil olabildiği, gerçek kişiler gibi hukuki işlemler tesis edebildiği şeklinde bilgiler aktarılmaktadır.²⁴ Yunanlılar ise, Sitelerini kendilerini oluşturan kişilerden ayrı bir kişiliğe sahip bir varlık olarak kabul etmişlerdir. Devletin ayrı bir kişiliğe sahip olduğunu açıkça kabul etmeseler de, ayrı bir kişiliğe sahipmiş gibi karşılamışlar ve uygulamalarını bu şekilde devam ettirmişlerdir.²⁵

1.1.2. Roma Hukuku

Roma hukukunda, özel hukuk tüzel kişiliği gibi²⁶ kamu hukuku tüzel kişiliğinin de hukuk düzenince kabul edildiği ifade edilmektedir. Bu kabul sistemli bir hukuk manzumesi şeklinde değil, fiili olarak kendini

²³ Lipson, **a.g.e.**, s. 57.

²⁴ Recai Galip Okandan, **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul, 1951, s.87; Okandan, **Amme Hukuku**, s. 838.

²⁵ Okandan, **Amme Hukuku**, s.838.; Okandan, **Umumi Hukuk**, s. 320.

²⁶ Salvatore Di Marzio/Çev. Ziya Umur, **Roma Hukuku**, İstanbul, 1954, s. 54-55.; Ocan Karadeniz, **Roma Hukuku**, Ankara, 1974, S.1, s.2-3.

göstermiştir.²⁷ Roma hukukçuları, özellikle Cumhuriyet devrinde, Devletin hukuki kişiliğinin kabulü yönünde önemli prensipler öngörmüşlerdir. Devletin, kendisini oluşturan insanlardan ayrı ve hatta onların da üstünde kişiliğe sahip bir hukuki varlık oluşu üzerinde durmuşlar, tüzel kişilikle ilgili bir çok hususları Devlet hakkında kabul etmişlerdir. Devleti, "Roma yurttaşlarının üstünde, onlardan ayrı bir kişiliğe sahip, tabi ve organik bir varlık, bir hak sahibi, gerçek kişiler gibi haklara ve borçla ehil bir hukuki kişi olarak görmüşlerdir."²⁸

Roma hukukundaki bu kamu tüzel kişiliği, açık seçik ve hukuk kurallarıyla sistemli bir şekilde kabul edilip uygulanmış değildir. Günlük sorunların üstesinden gelebilmek için, fiili olarak Devletin ve Devlet Hazinesinin tüzel kişiliği varmış gibi davranmışlardır. Bu yüzden, Roma hukukunda, kamu tüzel kişiliğinin tanınmadığı yönünde de görüşler bulunmaktadır.²⁹

Yukarıda da ifade edildiği üzere, tüzel kişilik fikri Roma'da ilk dönemlerde yani Cumhuriyet döneminde yerleştirilmeye çalışılmıştır. Roma hukukçuları, özellikle Cumhuriyet devrinde, Devletin hukuki kişiliğinin kabulü yönünde önemli prensipler öngörmüşlerdir.³⁰

Roma hukukunda Devlet ile memur arasında bir vekalet (mandatum) ilişkisinin bulunduğu kabul edilmekte, vekalet ilişkisinin doğal sonucu olarak

²⁷ Ziya Umur, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1954, s.54-55.

²⁸ Okandan, **Amme Hukuku**, s.839.

²⁹ İlber Ortaylı, "Osmanlı İmparatorluğunda İdare Modernleşme ve Mahallî İdare Alanındaki Gelişmeler", İHİD (Sarica'ya Armağan), 1982, Yıl.3, S.1-3, s.138.; Okandan, **Roma Amme Hukuku**, s.320.

³⁰ Okandan, **Roma Amme Hukuku**, s.320.

ortaya çıkan her hangi bir zarar memurun görevini yaparken oluşsa bile, bundan Devlet değil, memur kişisel olarak sorumlu olmaktadır³¹. Roma'da Devlet Hazinesi üzerinde durulmuş, Hazinesinin de ayrı bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilmiştir.³² Öte yandan, sınırlar genişledikçe, imparatorluğun mal varlığı ile Devlet hazinesi birbirinden ayrılmış ve Devlet hazinesi ayrı bir kişilik olarak kabul edilmiştir. Devletin siyasi yapısı ile malvarlığı ayrı birer tüzel kişilik olarak kabul edilmiştir. Bunun bir neticesi olarak, idarenin faaliyetlerinden bireylerin zarar görmesi halinde bu zararların hazine tarafından karşılanacağı ifade edilmiştir.³³

1.1.3. Ortaçağ Dönemi

Feodaliteler dönemi olarak da adlandırılan ortaçağ döneminde³⁴, hakim olan feodal düzende, sosyal yapı kişilerin toprakla olan ilişkilerine göre belirlenmektedir. Toprağa sahip olan Senyör, siyasal iktidarın da sahibi olmakta, bu iktidara dayalı olarak idari, adli ve yargısal yetkiler kullanmaktadır³⁵. Bu dönemde Devlet iktidarı ya da Devlet egemenliği söz konusu değil, tam tersine kişisel hizmet ve sadakat ilkesi geçerlidir. Kişiler merkezi bir otoriteye değil, toprağın sahibi bulunan Senyöre bağılıdır.

³¹ Cüneyt Ozansoy, “**Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**”, (Yayınlanmamış doktora Tezi) Ankara, 1989, s.41.

³² Umur, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 179 ; Karadeniz, **a.g.e.**, s.181.

³³ Ozansoy, **a.g.e.**, s.49.; Balta, **İdare Hukuku I**, s.88.

³⁴ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, 1989, s.60; İlhan F Akın, **Kamu Hukuku**, 6 Bası, İstanbul, 1990, s.41.

³⁵ Göze, **a.g.e.**, s.63.

Senyörün siyasi ve idarî yetkileri, mal varlığına dahil yetkileridir. Bu yetkilerini, egemen olduğu toprak üzerinde çalışan kişiler bakımından da kullanabilmektedir. Yargı yetkisini de kendisi kullanmaktadır³⁶. Bu sistemde, Devlet yöneticisi olan 'Egemen', Devletle özdeş kabul edilmekte tüm kurumlar onun malı sayılmaktadır. Kamu hukuku ve özel hukuk ayırımının olmaması³⁷, iktidar anlayışının özel mülkiyet gibi addedilmesi nedeniyle yöneticinin kişiliğinden ayrı bir Devlet tüzel kişiliğinin varlığı söz konusu değildir. Ayrı bir kişilik bulunmayınca İdarenin (Devletin) sorumluluğundan da söz edilemeyeceği açıktır³⁸.

1.1.4. Monarşiler Dönemi

15. yüzyılın sonlarından itibaren, Rönesansın da etkisiyle siyasi yapıda ve hukuk alanında önemli değişiklikler başlamıştır. Bu dönemde, parçalı bir yapı arzeden Feodal sistemden kurtulmak için güçlü merkezi idareler yani Monarşik yönetim savunulmuştur³⁹. Machiavelli, Jean Bodin, Thomas Hobbes gibi düşünürler merkezi otoritenin sağlanmasını ve mutlak egemenliği savunan düşünürlerin başında yer almaktadır⁴⁰. Yukarıdaki fikri temeller ve bazı pratik ihtiyaçlar⁴¹ nedeniyle 17. ve 18. yüzyıllarda mutlak

³⁶ Özay, **a.g.e.** s.122.; Giritli İsmet/Akgüner Tayfun, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1985, s.25.; Giritli İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner Tayfun, **İdare Hukuku**, İstanbul 2001. s.40.

³⁷ Akad Mehmet/Dinçkol (VURAL) Bihterin. **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, 2000, s.34.

³⁸ Çağlayan, **a.g.e.**, s.58.

³⁹ Çağlayan, **a.g.e.**, s.58.

⁴⁰ Göze, **a.g.e.**, s.99. ; Akın, **a.g.e.**, s.78. ; Akad/Dinçkol (VURAL), **a.g.e.**, s.70.

⁴¹ Balta, **a.g.e.**, s.85.

hükümdarlık dönemi (monarşiler dönemi) başlamıştır. Başta, Almanya olmak üzere, Prusya, Avusturya, Fransa, İngiltere gibi ülkelerde güçlendirilmiş merkezi idare yani mutlak merkezi iktidarlar oluşmuştur⁴².

Bu dönemde ortaya çıkan yönetim sistemi tek kişinin mutlak egemenliği'dir. Bu egemenlik yasa koyma yetkisi kimde ise onundur.⁴³ Bu anlayışta egemenliğin kaynağı veya sahibi tek bir şahıstır.⁴⁴

Polis Devleti anlayışı, Almanların, Fransız ihtilalinden önceki mutlak hükümdarlık rejimine verdikleri addır. O çağlarda polis deyiimi çok daha geniş anlam taşıyarak iç kamu kudreti terimine karşılık kullanılıyordu. Polis kudreti veya polis hakkı, kayıtsız ve kontrolsüz idari kudret ve yetki demektir. Polis Devleti deyiimi ile adlandırılan sınırsız ve kontrolsüz iç kamu kudreti ilk defa Almanya'da doğmuş ve idarenin hukuka, yargı denetimine bağlı olmadığını gösteren Devlet tipi olarak ifade edilmiştir. Polis devleti,⁴⁵ denilen bu anlayışın, Mülk Devlet anlayışından farkı, egemenin yetkileri, mülkiyet hakkı ve kişisel ayrıcalıklardan değil, temsil ettiği ideal şahsiyetten, Devlet adına hareket etmesinden kaynaklanıyordu. Ancak bu anlayışta, egemen (hükümdar), sadece Tanrı ve vicdanına karşı sorumlu bulunmakla idi.⁴⁶

Yukarıda da açıklandığı üzere, bu dönemde gerek kamu hukuku-özel

⁴² Balta, **a.g.e.**, s.85. ; Bahtiyar Akyılmaz, **İdare Hukuku**, s.48.; Özlem Doğan, “**Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek**”, Doğu Batı, Yıl.4, S. 13, s. 11

⁴³ Akad/Dinçkol (VURAL), **a.g.e.**, s.95.

⁴⁴ Kübalı, **a.g.e.**, s.56.

⁴⁵ Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku**, b.t, s.33; Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s.36.

⁴⁶ Çağlayan, **a.g.e.**, s.61-62.

hukuk gerekse idare hukuku ve kamu tüzel kişiliği ayrımı bulunmadığından, idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerinden zarar gören kişilerin zararlarının tazmininden idarenin sorumlu tutulamayacağı açıktır.⁴⁷ Çünkü, bu dönemde, kamu görevlileri hükümdarın emir ve yasaklarının dışına çıkamayacaklarından bir sorumluluktan söz edilemez. Öte yandan, herhangi bir şekilde, emir ve yasakların dışına çıkarak kişilere zarar vermeleri halinde ise, bu zararlardan dolayı memurların kişisel sorumluluğu yoluna gidebilme ve genel mahkemelerde dava açma imkanı bulunmaktaydı. Ancak burada da karşımıza zarara sebep olan memur hakkında dava açılması için hükümdarın izni gerekmektedir. Diğer taraftan bu dönemde kamu hizmetlerinin sınırlı olması nedeniyle uyuşmazlıkların fazla olduğundan da bahsetmek mümkün değildir..⁴⁸

⁴⁷ Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 1973, s.16.

⁴⁸ Esin, **Esas**, s.16,

1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA SORUMLULUK

Hizmet kusurunun tarihi gelişimi çerçevesinde mukayeseli hukuktaki durumun incelenmesinde fayda görülmektedir.

1.2.1. Alman Hukukunda

Alman hukukunda 18. yüzyılda “Hazine” (fiscus) ve muhtelif rabıtalılar teorisi geliştirilmiştir.⁴⁹

Fiscus Teorisi, temelini Roma Hukukundan almakta olup, Devletin egemenlik gücünden tamamen ayrı, ondan bağımsız bir kişiliğe sahiptir. Devletin her hangi bir sorumluluğu yok iken, Hazinesin sorumlu olabileceği esasını benimsenmiştir.⁵⁰

Yukarıda anılan teori ile kısmen de olsa Devletin sorumluluğu yolu açılmış olmakla birlikte, Hazine bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edildiğinden, davalar tamamen özel hukuk çerçevesinde görülecek ve Özel hukuktaki sorumluluk ilkelerine göre Hazine sorumlu tutulabilecektir.⁵¹ Hazinesinin sorumluluğuna gidilebilmesinin sadece, Hazineye etki yapan

⁴⁹ Çağlayan, **a.g.e.**, s.62,

⁵⁰ Balta, **a.g.e.**, s.88.; Ozansoy, **a.g.e.**, s.49-50.; Onar, **a.g.e.**, C.1, s.60.; Günday, **a.g.e.**, s. 37; Çağlayan, **a.g.e.**, s.62,

⁵¹ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.60.; "Devletin patrimoniumu Hazine (Fisc) adını taşır ve tamamen medeni hukuk hükümleri dairesinde idare edilirdi. Bu itibarla idare edenlerin, otoritenin temsil ettiği Devlet hükmi şahsı kazaî murakabeye ve hukukî mesuliyete tâbi değildi, fakat patrimoniumu temsil eden Hazine (Fisc) her türlü medeni hukuk muameleleri yapabilir ve medeni hukuk mesuliyetlerine maruz kalabilirdi. Bunun neticesi olarak Devletin mahkeme huzuruna çıkması ve kendisine hukuki bir borç tahmil edilebilmesi için medeni hukuk hükümleri dahilinde Hazineye atfedilebilecek bir hukukî sebep ve durumun mevcut bulunması icap ediyordu."

durumlarda söz konusu olması, kişilerin hukuki himayesini hayli kısıtlamakta idi. Bu olumsuzlukların giderilmesi amaçlanarak "muhtelif hukuki rabıtalara (gemiscfıie rechtsverhaeltnisse)" teorisi geliştirilmiştir.⁵²

Muhtelif hukuki rabıtalara teorisi: Bu teoriye göre, idarî tasarrufların kamu hukukunu ve özel hukuku ilgilendiren tarafları bulunmaktadır. İdarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler ve kamu gücünü kullanmadan yaptığı işlemler ayrımı burada söz konusu olur⁵³. Buna "hukuki sorun" ve "siyasi sorun" ayrımı da denilebilir⁵⁴. Ortada kamu gücü kullanılarak yapılan bir işlem varsa sorumluluk ve dolayısıyla yargı denetimi olmayacak, özel hukuk işlemi varsa sorumluluk ve dolayısıyla yargı denetimi söz konusu olacaktır⁵⁵. Burada yargısal denetim, fiscus teorisine göre biraz genişlemiştir. Ancak İdarenin bütün işlemleri değil, sadece özel hukuka ilişkin işlemleri yargısal denetime tabi olduğundan, kişiler bakımından yeterli hukuki himayeyi sağlayacak nitelikte de değildir.⁵⁶

Vekâlet (Mandatum) Teorisi: Alman hukukunda 19. yüzyılda kaynağını Roma hukukundan alan vekâlet teorisi özellikle Alman hukukçular Meisterlin ve Simon tarafından savunulmuştur⁵⁷. Bu teoriye göre, hükümdar

⁵² Ozansoy, **a.g.e.**, s.52

⁵³ Onar, **a.g.e.**, C.III. s.1869; Şeref A Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 13. Bası, Ankara, 2000, s.71.; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, C.II. s.129.

⁵⁴ Ozansoy, **a.g.e.**, s.53.

⁵⁵ Ali Ülkü Azrak, "Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti", İHFM. CXXVIII. S-1, s.367.

⁵⁶ Çağlayan, **a.g.e.**, s.63.

⁵⁷ Azrak, **a.g.e.**, s.370.

ile memuru arasındaki ilişki bir vekâlet sözleşmesi ilişkisidir. Vekalet ilişkisinde, vekil ancak hukuka uygun işlemlerinde, müvekkilini temsil yetkisine sahiptir, vekilin hukuka aykırı işlemleri, vekâletin dışındadır ve temsil edileni bağlamaz. Bu durumda, memur hukuka aykırı (kusurlu) davranışı ile başkalarına zarar verdiğinde, vekâlet ilişkisinin dışına çıkmış demektir, meydana gelen bu zararlardan temsil ettiği Devlet değil, bizzat kendisi sorumludur.⁵⁸

Fransız devriminden sonra Avrupa'da başlayan hukuk devletine geçiş süreci, Almanya'da da etkisini göstermiş "Hazine" (fiscus) ve "muhtelif hukuki rabtalar"(gemischte reehtsverhaeltnisse) teorileri terk edilerek idarî rejim benimsenmiştir⁵⁹.

Almanya'da İdarenin sorumluluğu konusundaki gelişmeleri şu şekilde aralayabiliriz.⁶⁰

Alman Medeni Kanunu (BGB): Devletin sorumsuzluğu fikrinin hakim olduğu dönemde yürürlüğe giren, 18 Ağustos 1896 tarihli Alman Medeni Kanununun 839. maddesi "Bir memur üçüncü şahıslara karşı ifasıyla *mükellef olduğu amme vazifesini kasten veya ihmal ile ihlâl ederse, üçüncü şahısların bu yüzden maruz kalacakları zararları tazmin etmek mecburiyetindedir. Zarar sadece ihmaliyle vücuda gelmişse ancak mutazarrırın zararını başka şekilde telâfi ettirmek imkânı bulunmadığı*

⁵⁸ Azrak, **Alman İdare Hukukunda**, s.370.

⁵⁹ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.130-131.

⁶⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s.64.

hallerde mes'ul olur" hükmünü getirmiştir⁶¹.

Devletin sorumluluğuna ilişkin Kanun: 22 Mayıs 1910 tarihinde "Devletin memurlarının fiillerinden mesuliyetine ilişkin kanun" çıkarılmıştır⁶².

Weimar Anayasası: 11 Ağustos 1919 tarihli bu Anayasa, yukarı söz konusu edilen yasanın hükmünü teyit edecek nitelikte hüküm getirmiştir⁶³.

Bonn Anayasası: 23 Mayıs 1949 tarihli Bonn Anayasası, Almanya'nın halen yürürlükte olan Anayasasıdır. Bonn Anayasasının 34. maddesinde, "Bir şahıs kendisine tevdi edilmiş olan âmme kudretini kullanırken üçüncü şahıslara karşı ifasıyla mükellef olduğu âmme vazifesini ihlâl ettiği takdirde, bundan doğan mes'uliyet esas itibariyle devlete yahut o memuru hizmetinde olduğu amme hükmü şahsına râcidir. Kasıt ve ağır ihmal hallerinde bu şahsa rücu hakkı mahfuzdur. Gerek tazminat gerekse rücu davası için adli müracaat yolları kapanamaz."⁶⁴ Kuralı yer almaktadır.

1.2.2. İngiliz Hukukunda

İngiltere'deki siyasal ve buna bağlı olarak idarî yapıdaki gelişmeler, Kıta Avrupası'ndan farklı bir seyir izlemiştir.⁶⁵ Ortaçağ döneminde

⁶¹ Azrak, **Alman İdare Hukukunda**, s.370; Kemal Tahir Gürsoy, "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler İH. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s.79.

⁶² Azrak, **Alman İdare Hukukunda**, s.370.

⁶³ Çağlayan, **a.g.e.**, s.65.

⁶⁴ Azrak, **Alman İdare Hukukunda**, s.371.

⁶⁵ Çağlayan, **a.g.e.**, s.67.

İngiltere’de derebeylik rejimi bulunmaktadır. Ancak 11. Yüzyılda (1066) Normanlar, adayı istila ettikten sonra, güçlü bir merkezi idare oluştururlar⁶⁶. Dolayısıyla, daha bu yüzyılda İngiltere güçlü bir merkezi idare (Krallık) ile yönetilmeye başlanmıştır. Ancak bu durum 13. yüzyıl başlarında feodal beyler lehine bozulmuştur. Bu dönemde Kral Yurtsuz Jean, Papa’ya (Papa III. Innocent) ve Fransa kralına (Philippe Auguste) karşı girişliği mücadeleyi kaybeder ve güçsüz düşer. Bunu fırsat bilen feodal beyler krala başkaldırırlar ve hakları güvenceye alınincaya kadar mücadele edeceklerini bildirirler. Bunun üzerine kral ile feodal beyler arasında 1215 tarihli *"Manga Carta Libenatum"* (büyük şart) imzalanır⁶⁷. Böylece kısmen de olsa kralın yetkilerinin kısıtlanması yolu açılmış olur.⁶⁸

İngiltere’de 12. yüzyıldan itibaren kralın yanında iki kurul oluşmaya başlamıştır. Bunlardan birincisi feodal beylerden ve din adamlarından oluşan “Büyük Kral Konseyi” (Magnum Concilium Regis) dir. Daha çok, vergi belirleme ve toplamada krala yardımcı olan bu kuruldan daha sonraları Parlamento çıkmıştır. İkinci kurul ise Kral Konseyi (Curia Regis)dir. 628 tarihli *"Haklar Dilekçesi"* (Petition of Rights), ve 1641 tarihli *"Büyük Uyarı"* (Great Remonstrance) parlamentonun krala üstünlük sağlaya yönelik gelişmeler, 1689 tarihli *"Haklar Bildirisi"* (Bili of Rights) ise parlamentonun zaferi ile sonuçlanmıştır⁶⁹.

⁶⁶ Göze, **a.g.e.**, s.449-441.; Akad/Dinçkol, **a.g.e.**, s.156.

⁶⁷ Göze, **a.g.e.**, s.449-441.; Akad/Dinçkol, **a.g.e.**, s.156.

⁶⁸ Çağlayan, **a.g.e.**, s.67.

⁶⁹ Göze, **a.g.e.**, s.449.; Akad/Dinçkol, **a.g.e.**, s.158

İngiltere’de, mahalli idareler çok önceden gelişmiş olup, taşradaki merkezi idarenin işlerini de mahalli idareler yapmaktadır.⁷⁰ Diğer bir farklılık da yargısal denetim konusunda kendini göstermektedir. İngiltere’de yargı birliği sistemi geçerlidir. İdarenin yargısal denetimi için ayrı bir idari yargı oluşturulmamıştır. İdarenin yargısal denetimi de genel mahkemelerde (adli mahkemelerde) yapılmaktadır⁷¹. Bu durum İngiliz hukukunun en önemli ilkesi olan "rule of law" (hukukun üstünlüğü) ilkesinin bir sonucudur. Bu ilkeye göre, hiç kimse, bu arada idare (yöneticiler) de, hukukun üstünde değildir. Herkes genel hukuk kuralı olan 'Common law'a tabi olacaktır. Dolayısıyla, idare de hukuk önünde kişilerle eşit statüde kabul edilmektedir⁷².

İngiliz öğretisinde “the king cando no wrong” (Kral hata yapmaz) ilkesi konusunda ikili bir yaklaşım söz konusudur. Birinci yaklaşım söz konusu ilkeyi, sadece yargılama muafiyeti açısından ele almakta kralın yani Devletin mahkemelerde yargılanamayacağı ile sınırlı tutmaktadır. İkinci yaklaşım ise; ilkeyi daha geniş yorumlamaya yönelmektedir. Buna göre ilke, yargısal muafiyeti ifade etmektedir. Ancak, ilke aynı zamanda, kralın hukuk dışına çıkamayacağı yönünde bir yükümlülüğü (emir) de içermektedir⁷³.

İngiltere’de idarenin sorumluluğunu 1947 tarihli "Crown proceedings act" öncesi ve sonrası diye ikiye ayırmak, yine sorumluluk bakımından merkezi idare (the Crown) ile yerel yönetimler ayırımını da yapmak gerektiği

⁷⁰ Balta, **a.g.e.**, s.92.

⁷¹ Balta, **a.g.e.**, s.96.; Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s.4.; Onar **a.g.e.**, C.I, s.132.; Roger Bonnard/Çev.Ahmed Reşid TURNAGİL, “**İdarenin Kazai Murakabesi**”. İstanbul, 1939, s.147,

⁷² Onar, **a.g.e.**, C.I, s.132.; Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s.4.

⁷³ Ozansoy, **a.g.e.**, s.58.

ifade edilmektedir⁷⁴.

Öte yandan, İngiliz hukukunda, devlet tüzel kişiliği kavramı da gelişmediğinden, İdareye karşı açılan davalar Tac'a (Crown)⁷⁵ karşı açılır⁷⁶.

İdarenin sorumluluğu konusunda yukarıdaki açıklamalarla ilgili olarak ÖRÜCÜ'nün ifadesiyle iki ilke geçerli olmuştur. 1. Esasa ilişkin bir hüküm olarak "kral hata yapmaz". 2. Usule ilişkin bir hüküm olarak "kral kendi mahkemelerinde dava edilemez". Bu ilkeler gereğince 1947'ye kadar merkezi idarenin hiç bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Yargısal denetimden muaftır⁷⁷. Buna göre, mülkiyete tecavüz, sözleşmeye aykırılık gibi durumlardan zarar görenler, merkezi idareye başvurabilecekler, idare de durumu mahkemeye intikal ettirirse mahkeme olayı inceleyecek, kişinin haklarını tespit edecektir⁷⁸.

Haksız fiillerden dolayı memurlar genel hükümlere göre dava edilebilirler ve memur hükümetin emriyle hareket ettiği savunmasını ileri süremezdi. Zamanla memurların haksız fiillerinden memura karşı açılan davalar neticesinde tazminata karar verilmesi durumunda, İdare bu tazminatı hazineden ödemeye başlamıştır. Mahkemede, dava memura karşı

⁷⁴ Esin Örüçü, "İngiltere'de İdarenin -Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri", Onar Armağanı, İstanbul, 1977, s.631.

⁷⁵ Ozansoy, a.g.e., s.66.

⁷⁶ Gözler, a.g.e., C.1, s.135.

⁷⁷ Örüçü, İngiltere'de, s.631.; Esin Örüçü, "Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", II. Ulusal idare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri. Ankara 1994. s.254.

⁷⁸ Örüçü, İngiltere'de, s.652.

açılmasına rağmen, idareye karşı açılmış gibi hareket edilmektedir.⁷⁹ Bu durum İdarenin sorumluluğunun doğumu anlamına gelmektedir.⁸⁰

Merkezi İdarenin sorumluluğu, 1947 tarihli "crown proceedings act" ile tamamen kabul edilmiştir. Bu Kanuna göre, merkezi idarenin memurlarının haksız fiillerinden doğan zararlardan, bundan böyle merkezi idare sorumlu olacaktır. Bu sorumluluğun kapsamına, memurların haksız fiilleri, idarî sözleşmenin karşı tarafının haksız fiilleri, özellikle yasal bir görev söz konusu ise girmektedir. Merkezi idare meydana gelen bu zararlardan sorumlu olacaktır⁸¹.

1.2.3. İsviçre Hukukunda

İdarenin sorumluluğunu İsviçre hukukunda düzenleyen ilk Federal Kanun 9 Aralık 1850 tarihli olup bu yasaya göre, idarenin, organlarının kusurları ile sebep olacağı zararlardan sorumluluğu ikinci derecededir. Asıl sorumlu ise, zarara sebep olan görevli veya bir makamı işgal eden kimsedir. Eğer tazminat ödemeye mahkum edilen görevli bunu ödeyemez ise, idare ödenmeyen kısımdan sorumlu olacaktır⁸².

14 Mart 1958 tarihinde "Federal Devlet Memurlarının veya Bir Resmi Makamı İşgal Edenlerin Sorumluluğu Hakkında Kanun" kabul edilerek, 1850 tarihli Federal Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni yasanın özelliği, "kusur yüzünden meydana gelmiş olup olmamasına bakılmaksızın, bir görevli veya

⁷⁹ Örücü, **İngiltere'de**, s.652.

⁸⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s.70.

⁸¹ Örücü, **İngiltere'de**, s.655.

⁸² Gürsoy, **a.g.m.**, s.95.

resmi bir makamı işgal edenin, görevini ifa ederken sebep olduğu zararlardan, Federal Devletin sorumlu olacağını” hükme bağlamasıdır (m. 8)⁸³. Bu Kanuna göre, görevinin ifası sırasında üçüncü kişiye zarar veren memur, kusurlu da olsa, şahsen kendisinin sebep olduğu zarardan zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumlu değildir. Ancak zararı tazmin eden idare, memura karşı bir rücu hakkına sahiptir. Bu rücu hakkı da, memurun olayda ağır kusurlu olması veya kastıyla zarara sebebiyet vermiş bulunmasına bağlıdır. Hafif kusur halinde rücu söz konusu değildir⁸⁴.

İsviçre sorumluluk hukukunda, kusurun hizmet kusuru mu yoksa kişisel kusur mu olduğunun önemi olmayıp, uğranılan zararın memurun görevini ifası sırasında ve ifası dolayısıyla ika edilmiş olması lazım ve yeterlidir⁸⁵. Ayrıca İsviçre hukukunda, söz konusu çözüme ilişkin kurallar Anayasal bir dayanağa da sahip değildir⁸⁶.

1.2.4. Fransız Hukukunda

Fransa’daki hukuki gelişmeleri 1789 (İhtilal) öncesi ve sonrası olmak üzere ayrı ayrı ele almak gerekir.

1789 ihtilal öncesi dönemde derebeylik ve monarşi döneminin, başka bir ifade ile mülk-devlet ve polis-devlet anlayışının bütün özellikleri Fransa’da

⁸³ Gürsoy, **a.g.m.**, s.96.

⁸⁴ Gürsoy, **a.g.m.**, s.98.

⁸⁵ Gürsoy, **a.g.m.**, s.114.

⁸⁶ Duran, **a.g.e.**, s.61.

görülmektedir⁸⁷. Fransızların "Eski Düzen" (Ancien Regime) olarak nitelendirdikleri bu dönemde, mutlak monarşi geçerli idi. Kral dışında, "Krallık Meclisi'nin (Curia Regis) bölünmesi ile oluşan "Parleman"lar (Cour de Parlemen) bu dönemin en önemli kurumlarını oluşturmaktadır. Bu kurul, kendi adına kararnameler ve ilâmlar yayınlamak ve adalet dağıtmak üzere oluşmuş bağımsız bir üst derece yargı merci durumundadır.⁸⁸.

İdarenin sorumluluğu açısından baktığımızda bu dönemde "Devletin sorumsuzluğu ilkesi" ve "Kral kötülük yapmaz" ilkeleri geçerlidir. Bu ilkeler gereği, Kral kişilere zarar veremez, dolayısıyla sorumluluk da olamazdı. Devlet gücünün tamamı, yasama, yargı ve yürütme, hükümdarın elinde toplandığından, Devlet de hükümdarın şahsıyla kaim olduğundan, hükümdarın dolayısıyla, Devletin sorumsuzluğu esas idi. Kralın memurlarından birisi kişilere zarar verirse, bu zarardan memur kendisi sorumlu idi⁸⁹.

1789 sonrası ise; (Fransız ihtilalinden sonra) Eski Düzen parlemanlarının idarenin işleyişine fazla karışmasına bir tepki olarak, 1790 tarihli Kanun çıkarılmıştır. İdarî ve adli makamların ayrılığı ilkesini kesin olarak yürürlüğe koyan bu kanun ile mahkemelerin idarî davalara bakması ceza tehdidi altında yasaklanmıştır. Bunun sonrasında 16 Fructidor (1795) tarihli bir kararname çıkarılarak "her ne şekilde olursa olsun idarî işlemlere

⁸⁷ Eroğlu, a.g.e., s.33; Günday, a.g.e., s.36.

⁸⁸ İl Han Özay, "XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar-Çağrışımlar", İHİD. Y.1, S.1. Ağustos, 1980, s.77.; Gözler. a.g.e., C.I, s.45.

⁸⁹ Çağlayan, a.g.e., s,75.; Gözler, a.g.e., C.I, s.45.

karşı mahkemelerde dava açılmayacağı" hüküm altına alınmıştır⁹⁰. Eski rejimin monarşi yerini ulus devlete bırakmış, egemene karşı kişilerin ileri sürebileceği hakların bulunmaması anlayışı devam ettirilmiştir⁹¹.

Öte yandan, 13 Aralık 1790 tarihli Anayasayla Conseil d'Etat (Fransız Danıştay) kurulmuş ve kişilerle idare arasındaki uyuşmazlıkları inceleme görevi bu kurula verilmiştir. Conseil d'Etat'nın üyeleri yargıç değil ve yargıç güvencesine de sahip değildir. Öte yandan uyuşmazlıklar hakkında kesin karar verme yetkisi de bulunmamaktadır. "Tutuk adalet" de denilen bu sistemde Conseil d'Etat sadece uyuşmazlık hakkında bir karar tasarısı hazırlayıp, Devlet başkanına sunuyor, nihai kararı Devlet başkanı veriyordu⁹².

Bu dönemde Devletin sorumsuzluğu ilkesi halk egemenliği teorisiyle savunulmaya devam edilmiştir. Bu teoriye göre, herkesin ortak yararı için hareket eden ulusun, bu ortak yararı gerçekleştirebilmek için, bazılarını zarar vermesi normal karşılanmalı, o kişiler de bu zararlara katlanmalıdır. Devletin sorumsuzluğu-egemenlik kavramının doğal bir sonucudur. Egemen sorumsuzdur⁹³.

Bu dönemde devletin sorumsuzluğu ilkesi mutlak anlamda uygulanmıyordu. Bu sorumsuzluk ilkesinin bazı istisnaları bulunmaktaydı. Bu yüzden bu döneme yumuşatılmış sorumsuzluk dönemi de denilmektedir⁹⁴.

⁹⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s.75.; Gözler, **a.g.e.**, C.I, s.45.

⁹¹ Gözler, **a.g.e.**, C.I, s.45.

⁹² Gözler, **a.g.e.**, C.I, s.46.

⁹³ Gözler, **a.g.e.**, C.II, s.939.

⁹⁴ Gözler, **a.g.e.**, C.II, s.939.

Diğer taraftan, sorumsuzluğun bazı istisnaları bulunmaktadır.

Sözleşmenin ihlalinin doğan zararlar,

Kanunun açık hükmü,

Kamulaştırma,

Özel mallar,

Yerel yönetimlerin sorumluluğu,

Fransız büyük devriminden yaklaşık 83 yıl sonra Fransız Danıştay'ının kuruluşundan 82 yıl sonra, II. Cumhuriyet döneminde, 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun ile Conseil d'Etat'ya bağımsızlık ve uyuşmazlıklar hakkında "*kesin karar verme yetkisi*" verilerek, tam bir idari yargı mercii konumuna getirilmiştir. Böylece "*tutuk adalet*" sisteminden "*devredilmiş adalet*" (*justice deleguie*) sistemine de geçilmiş olur. Bu aşamadan sonra Conseil d'Etat, idarenin yargısal denetimi konusunda etkin bir çaba sarfetmiş ve aynı zamanda içtihatlarıyla idare hukukunun oluşmasını sağlamıştır.⁹⁵

İdare hukukunun bağımsız bir hukuk dalı ve idareye kendine özgü kuralları olan idare hukukunun uygulanmasının ilan tarihi, Conseil d'Etat'nın 1855 tarihli *Rotschild* kararıdır.⁹⁶ Karara konu olan olayda, Meyer ROTHSCİLD isimli kişi Londra'dan, alıcısına -Paris'te postanede teslim edilecek- bir mektup gönderir. Varış yerinde görevli Larcher isimli memur mektubu Rothschild soyadlı fakat gerçek alıcı olmayan bir başkasına teslim

⁹⁵ Gözler, **a.g.e.**, C.II, s.940.

⁹⁶ Charles Crozat/Çev. Ferit H. Saymen, "**Fransız Âmme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet**", İHFM. Yıl-1. S.3, Ağustos 1935, s.284.; Duez Paul/Çev. İbrahim Senil, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, Ankara, 1950, s.15.

eder. Zarfın içinde çok değerli elmasların bulunduğunu iddia eden gönderici, bu durum karşısında Posta idaresi ve memur hakkında Seine Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açar. İlk derece mahkemesi, Valiliğin görev itirazını kabul ederek davayı reddeder. Bu kararın istinaf mahkemesi tarafından bozulması üzerine, olay Conseil d'Etat önüne gelir. Conseil d'Etat bu kararında, idarî uyuşmazlıkların çözümünde, adliye mahkemelerinin özel görevli yargı yeri oldukları, idarî uyuşmazlıklarda genel görevli mahkemelerin, idare mahkemeleri olduğuna karar vermiştir. İdarî faaliyetlerin yürütülmesi ile ilgili ihtilafların çözülmesinde, özel hukuk hükümlerinin uygulanamayacağını, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde kamu hukuku/idare hukuku kurallarının ve ilkelerinin uygulanacağına hükmederek, idarenin yargısal denetiminde idare hukuku - özel hukuk ayırımının yapılmasını öngörmüştür. Bundan böyle idarî tasarruflardan doğan sorumluluk kamu hukuku kuralları uygulanacaktır.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco*⁹⁷ kararıyla "idarenin sorumsuzluğu ilkesi" terk edilerek, "idarenin sorumluluğu ilkesi" (*principe de ta responsabilite de l'Etat*) kabul edilmiştir. Bu kararla aynı zamanda idarî faaliyetlerden doğan ihtilaflarda, özel hukuk değil kamu hukuku kurallarının uygulanacağı daha açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Karara konu olan olayda, Devlet tarafından emanet usulü ile işletilen tütün işletmesinin işçileri tarafından kullanılan bir vagon bir çocuğun yaralanmasına sebep olmuştur. Bu zarara karşı özel hukuktaki istihdam edenin sorumluluğuna dayanılarak adli yargıda Devlete karşı tazminat davası açılır.

⁹⁷ Charles Crozat/Çev. Ferit H. Saymen, **a.g.e.**, s.284. ; Duez Paul/Çev. İbrahim Senil, **a.g.e.**, s.15.

Olay Uyuşmazlık Mahkemesi'ne geldiğinde, Mahkeme; kamu hizmetinin yürütülmesinde istihdam edilen görevlilerin üçüncü kişilere verdiği zararlardan, idarenin sorumlu olduğunu, zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Fransa'da risk teorisinin ortaya çıkışına bakıldığında, ilk olarak Fransız Danıştay'ının 21 Haziran 1895 tarihli "Cames" kararı karşımıza çıkmaktadır.⁹⁸ Bu karara konu olan olayda idareye ait Tarbes tersanesinde bir işçi, balyozla bir demiri döverken, kopan demir parçası sol eline isabet ediyor ve sakatlanıyor. Bu zararının tazmini için Conseil d'Etat nezdinde dava açıyor. Bu davada Hükümet komiseri Romieu, Devletin, işçileri, iş risklerine karşı koruma görevinin bulunup bulunmadığına ve işçinin kusursuz olduğu durumlarda idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağına idare mahkemelerinin kendi vicdanına ve hakkaniyet ilkelerine göre karar verebileceğini ifade etmiştir⁹⁹. Davalı idare, tazminata hükmedilemeyeceğini, zira idarenin hiçbir kusurunun olmadığını ileri sürmüştü; Conseil d'Etat ise, "Sieur Cames'e hiçbir kusur isnat edilemeyeceği ve kazanın bu işçinin ihmal ve tedbirsizliğine atfedilemeyeceği tahkikattan anlaşılmasına ve bu hususlar ihtilafı olmadığına göre kazanın vuku bulduğu şartlar altında Harbiye Bakanının, Devlete hiçbir mesuliyet tereddüp etmediğini müdafaa etmesi mesnetsizdir"¹⁰⁰ diyerek bu iddiayı geçersiz kabul etmiştir.

Öte yandan, "Cames" kararı ile ortaya çıkan bu önemli içtihadın

⁹⁸ Duez Paul/Çev. İbrahim Senil, **a.g.e.**, s.69.

⁹⁹ Duez Paul/Çev. İbrahim Senil, **a.g.e.**, s.70.

¹⁰⁰ Duez Paul/Çev. İbrahim Senil, **a.g.e.**, s.70.

akabinde kamu görevlilerinin olaydaki gibi mesleki riskler dolayısıyla zarar görmeleri halinde, bunun tazminine yönelik İş Kazaları Hakkındaki 8 Nisan 1898 Tarihli Kanun çıkarılmıştır¹⁰¹.

¹⁰¹ Duez Paul/Çev. İbrahim Senil, **a.g.e.**, s.70.

1.3. TÜRK HUKUKUNDA SORUMLULUK

Türk hukukunda, devletin sorumluluğu konusu, ancak Tanzimat hareketinden sonra üzerinde durulması gereken hukuki bir mesele olarak belirtilmektedir.¹⁰² Osmanlı İmparatorluğunun teokratik devlet¹⁰³ düzeni içerisinde devletin sorumluluğu düşüncesine yer yoktu. Egemenliğin kaynağının Tanrı'da olması ve uygulanan hukukun din kaynaklı (İslam hukuku) oluşu bu yöndeki yaklaşımın sebeplerini oluşturmaktadır.¹⁰⁴ Osmanlı Devletinin yönetim şekline bakıldığında bu durum daha açık olarak görülür. İslami devlet felsefesinin temeli, tek egemen kişi olan Sultan'ın sorumsuzluğu ilkesine dayanır. Hükümdar, her fonksiyonu (yasama, yargı, yürütme) kendi kişisel ve şahsî hakkı gibi kullanma yetkisine sahiptir. Yetkileri şahsına sıkı sıkıya bağlı bulunduğundan, bütün tasarrufları, kendinden sonra gelen hükümdarlar tarafından onaylanması gerekir.¹⁰⁵ Sultana vekil olarak (vekaleten) Devlet işlerini yürüten memurlar, yaptıkları işlem veya eylemlerden dolayı yönetilenlere (kullara) hesap vermek durumunda değildirler. Vekaletin çerçevesi içinde kalan işlerde memuru dava

¹⁰² Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963, s.15.

¹⁰³ Mümtaz Soysal, **Anayasaya Giriş**, Ankara, 1969, s.18; Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Genişletilmiş 3.Baskı, İstanbul, 1978, s.31.; Balta, **a.g.e.**, s.35.; Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, s.100.; Eroğlu **a.g.e.**, s.39.; Rüştü Aral, **Yargı Organı Olarak Danıştay, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci baskı, Ankara, 1986, s.228.; İlhan Arsel, **Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına (Şariat Devletinden Laik Cumhuriyet'e)**, Ankara, 1975, s.15.

¹⁰⁴ Uçok Coşkun/Mumcu Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, 2.Baskı, Ankara 1981, s.194.; Halil İnalcık, **"Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları"**, SBFD, CXIII, S.2, 1958, s.102.

¹⁰⁵ Onar, **a.g.e.** C.I, s.113.; Zanonini, Guido/Çev. Atıf Akgüç-Sahir Erman, **İdare Hukuku**, İstanbul, 1945, s.101.; Akyılmaz, **İdare**, s.47.

etmek, Sultanı sorumlu tutmak demektir ki, buna izin yoktur. Egemen Devlet düzeninde olduğu gibi, memur, yalnızca vekaletin dışında kalan işlerden sorumlu olabilir. O da kişisel sorumluluktur, Devleti ve Sultanı ilgilendirmez.¹⁰⁶

Osmanlı Devletinde, merkezi idarenin yürüttüğü faaliyetler (kamu hizmetleri) sınırlı sayıda idi. Bunlar genel olarak savunma, asayiş ve adalet hizmetlerinden oluşmakta idi¹⁰⁷. Bunlar dışındaki kamu hizmetleri,¹⁰⁸ bu günkü anlamda mahalli yönetimler bulunmadığından, çoğunlukla vakıflar¹⁰⁹ aracılığıyla yerine getirilirdi.¹¹⁰

Osmanlı Devletinde kamu hizmetlerini yerine getirme açısından farklı görev birimlerinin olduğu görülür. Osmanlı Devleti'nde, padişah'tan "berat" olarak herhangi bir devlet hizmetine atanan kişilerden oluşan "askerî sınıf", gerçek anlamı olan "savaşçılar" ile sınırlı kalmayıp, tüm kamu hizmetlerini kapsamaktadır. Bu sınıftakiler, "reaya"dan, yani vatandaşlardan, özellikle vergi konusunda, farklılık gösterirler ve ayrıcalıklı bir konuma sahiptirler¹¹¹.

Askerî sınıf, zaman içinde, "ulema" ve ulema dışında kalıp "fiilen yönetim görevine katılanlar" olmak üzere iki kategoriye ayrılmıştır. Şeriatın

¹⁰⁶ Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: Esas**, Ankara, 1976, s.18.

¹⁰⁷ Balta, **a.g.e.**, s.41.

¹⁰⁸ İ. Erol Kozak, **Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf**, İstanbul, 1985, s.20.

¹⁰⁹ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.536-537-538.; Hüseyin Hatemi, "**Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış**", t.y, s.38.; Özay, **Günışığında**, s.271.

¹¹⁰ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.536. ; Sıddık Sami Onar, "**İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu**", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul, 1956, s.279.; Balta, **a.g.e.**, s.38.; Özay, **Günışığında**, s.267.

¹¹¹ Üçok /Mumcu, **a.g.e.**, s.198-199.

düzenlemediği alanlarda kurallar koymak padişahın yetkisinde olduğundan, padişahın hukuka uygun hareket etmesinin güvencesi olan “ulema” sınıfı, Devletin en ayrıcalıklı ve güçlü kesimini oluşturmuştur. Bunlar, padişah karşısında güvenceye sahiptiler¹¹².

Yönetim görevine fiilen katılan ve ulema dışında kalanlar ise “kul” olarak adlandırılırlar. Nitekim, vezir-i âzamlar dahi devşirmelerden atanmaya başlamış ve ulema dışındaki tüm askeri sınıf “kul” sayılmıştır¹¹³. Devşirme kökenli bu kişiler, kamu görevlisi olarak vatandaşları yönetmekte idiler.

“Kamu hizmetlileri” olarak belirtilen askeri sınıf ile padişah arasındaki ilişkiye hukuki sorumluluk açısından baktığımızda, “padişahla memurun arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirmesi netlik göstermez ve bu yüzden bir hukuki akit tipine sokulması da kolay değildir. Bu ilişki her bakımdan özeldir”¹¹⁴. Bu özel ilişkiye paralel olarak, Osmanlı hukukunda memurun göreve ilişkin bir davranışından dolayı Devletin sorumlu olacağı esası kabul edilmemiştir. Sorun, salt özel hukuk içinde değerlendirilmiş, memur ile Devlet arasındaki ilişki vekalet benzeri görülerek, onun ilkeleri geçerli olmuştur¹¹⁵. Bunun sonucu olarak, memurun vekalet dahilinde hareket ettiği sürece verdiği zararlardan ve hizmet haricindeki şahsi fiillerinden meydana gelen zararlardan Devletin bir sorumluluğunun doğmayacağı esası kabul

¹¹² Üçok /Mumcu, **a.g.e.**, s. 204-205.

¹¹³ Üçok /Mumcu, **a.g.e.**, s.201.

¹¹⁴ Ozansoy, **a.g.e.**, s.117.

¹¹⁵ Ozansoy, **a.g.e.**, s.119.

edilmiştir¹¹⁶.

BAŞGİL'in ifadesiyle, "Amme işlerinden dolayı gayri mesul olan Halife-Sultan gibi memur da, vekâletin şümulü dairesinde kaldığı müddetçe, gayri mesul idi. Hizmet filinden dolayı eşhas hakkında vukua getirdiği zararları tazmin ile mükellef değildi"¹¹⁷.

Öye yandan, Mecelle'de, "mübaşir" ile "mütesebbip" sorumluluk bakımından ayrılmıştır. "Mübaşir müteammit olmasa da zâmin olur" (m. 92); "Mütesebbib müteammit olmadıkça zâmin olmaz" (m. 93); "mübaşir ile mütesebbib müçtemi oldukta hüküm ol faile muzaf kılınır" (m. 90). "Bir zarara sebep olan, kastı olmadıkça sorumlu kılınamazken, zararı doğrudan doğruya ika eden böyle bir kasta gerek olmadan da sorumlu olacaktır"¹¹⁸. Burada yer alan hükümlerde, memurun görevi nedeniyle bir kişiye verdiği zararın "mübaşir"inin kendisi olduğu kabul edilmiştir. Devlet ise, bir "mütesebbip" sayılsa bile, yine de sorumlu olmamaktadır. Oysa memur, zarar verici davranışından, bir kastı olmasa da sorumlu olacaktır.

Sonuç olarak, "Mecelle sisteminde klasik kusur esası geçerli değildir. Sorumluluk, zarar doğurucu fiili bizzat ika eden kimsenin -kusuru olup olmadığına bakılmaksızın- üstünde kalmaktadır. Bunun bir objektif sorumluluk niteliği gösterdiği ileri sürülebilir; çünkü, salt failin davranışı ile sonuç arasındaki nedensellik bağı mübaşirin sorumlu kılınmasına

¹¹⁶ Başgil, **a.g.e.**, s.598.

¹¹⁷ Başgil, **a.g.e.**, s. 598.

¹¹⁸ Ozansoy, **a.g.e.**, s.120.

yetmektedir”¹¹⁹.

Mecelle hükümlerinde memurun zarar doğuran filleri asla Devlete isnat olunamamaktadır ve tek sorumluluk sujesi, görev sırasında zarar vermeye asla mezun sayılmayan memurun kendisidir¹²⁰. Osmanlı devlet ve egemenlik anlayışında “devletin sorumlu olabileceği” savı kabul görmediği için, padişahın “icra ve infaza vekili ve ‘naibi’¹²¹ olan memurların fiillerinden doğan zararlar söz konusu olduğunda, görevle herhangi bir ilgi ve bağ kurulabildiği anda, Devlet için bir sorumluluk doğmayacaktır¹²².

Kuruluşu ilk dönemlere kadar uzanan "Beytülmal" (Devlet Hazinesi)ın da, Devlet içinde tüzel kişiliğe sahip bir kurum olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹²³. Devletin gelirlerinin toplandığı beytülmal, devlet başkanının şahsi hazinesinden ayrı bir hazinedir. Devlet başkanının beytülmal üzerindeki yetkisi malik sıfatıyla değil, kamu görevlisi sıfatıyla¹²⁴. Beytülmal'in bu durumundan yola çıkarak, batıdaki *fiscus* kuramına benzetilerek, memurların sebep olduğu zararlardan Devletin sorumlu olması imkanının olduğu öğretide ileri sürülmüştür¹²⁵. Özellikle ONAR tarafından ileri

¹¹⁹ Ozansoy, **a.g.e.**, s.121.

¹²⁰ Ozansoy, **a.g.e.**, s.122.

¹²¹ Başgil, **a.g.e.**, s.598.

¹²² Ozansoy, **a.g.e.**, s.125.

¹²³ Kubalı, **a.g.e.**, s.179. ;"İslam hukukunda beytülmal ve vakıflar da hükmi hükmi şahsiyete sahiptirler"; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 3.Bası, Ankara, 1958, s. 64.

¹²⁴ Hayrettin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C.I, İstanbul, 1982, s.207.

¹²⁵ Ozansoy, İslam hukukunun tüzel kişilik kavramını tanımadığını, beytülmalin özel bir konumu bulunduğunu ancak bunun bir tüzel kişilik şeklinde ele almanın zor olduğunu, bu yüzden Alman fisc teorisine benzeyemeyeceğini, olsa olsa Roma hukukundaki ilkel şekline benzeyebileceğini

sürülen bu görüşe göre, Devletin patrimuanı olan ve özel hukuka tabi olan Beytülmal, özel hukuk çerçevesinde sorumluluk sahibi olacaktır¹²⁶. Bu görüşü destekleyen uygulama örneklerinin bulunduğu da belirtilmektedir. Örneğin hakimlerin yanlış karar vermesi sonucuna bağlı olarak kişilerin zarar görmesi durumunda, kişilerin uğradığı bu zararların Devlet tarafından tazmin edilmesinin kabul edildiği ifade edilmektedir¹²⁷.

Hukuk devletine geçişin ilk adımı 1808 tarihi "Sened-i ittifak"¹²⁸ olarak kabul edilir¹²⁹. İlk defa hükümdarın yetkilerinin "ayanlar" lehine sınırlandırılması söz konusudur. Ancak bu anlaşmanın uygulanmasını sağlayacak her hangi bir mekanizma bulunmadığı için pek de uzun ömürlü olmamıştır¹³⁰.

Gelişen yeni dönemde I. Mahmut devrine bakıldığında, bugünkü Danıştay'ın temeli olarak kabul edilebilecek olan; kanun ve nizamnameleri hazırlama ve murakabe etme, yönetim işlerinde danışma ve memurları yargılama, Devlet ile kişiler arasındaki anlaşmazlıkları çözme gibi amaçlarla kurulan (1809) "Meclis-i Vâlây-ı Ahkâmı Adliye"nin varlığı görülür. Meclis-i Vâlây-ı Ahkâmı Adliye, 1854 yılında "Meclis-i Âli-i Tanzimat"ın kuruluşuna

ifade etmektedir. Ozansoy, **a.g.e.**, s.124.

¹²⁶ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.127.

¹²⁷ Karaman, **a.g.e.**, C.I, s.208-209.

¹²⁸ Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul**, 1995, s.240.

¹²⁹ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.133; Gözübüyük, **Anayasa**, s.103.; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 1993, s.3 ; Teziç, **a.g.e.**, s.138.; Aldıkaçtı, **a.g.e.**, s.35 ; Giritli/Akgüner, **İdare Hukuku Dersleri**, s.33.; Giritli/Bilgen/Akgüner, **a.g.e.**, s.55.

¹³⁰ Aldıkaçtı, **a.g.e.**, s.38. ; Özbudun, **a.g.e.**, s.3. ; Teziç, **a.g.e.**, s.135.

kadar bir yandan idari yargı görevini yürütürken, öte yandan çıkarılacak kanun taslaklarını hazırlamıştır. “Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye” adı altında 1861 yılında birleştirilen bu iki kurul, yedi yıl sonra 1868 yılında yeniden düzenlenerek “Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye” ve “Şuray-ı Devlet” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu gelişmelerin sonucunda, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye, yüksek adli mahkeme (bugünkü adıyla Yargıtay) haline gelmiştir. Daha önce belirtildiği üzere kamu hizmetlerinin ülkemizdeki kökenine bakıldığında Fransa örneğine yakın bir paralelde olduğu görüldüğünden, Şuray-ı Devlet’in fonksiyonları da Fransız örneği gibidir. Bu nedenle bizdeki Şuray-ı Devlet, bir taraftan kamu görevlileri ve idare ajanlarının yargılanması müessesesi olarak, diğer yandan idare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakmak, kanun ve nizamnamelerin taslaklarını incelemekle de görevlendirilmiştir¹³¹.

Doktrinde ONAR ve ÖZDEMİR’e göre, Osmanlı Şuray-ı Devletin kurulması, Osmanlı Devletinde idari rejimin kabul edildiği anlamına gelmektedir.¹³² Bütün bu gelişmelerle birlikte, 1876 yılında kabul edilen “Kanun-u Esas-i”, Şuray-ı Devleti muhafaza etmiş, ancak “*Her dâva ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiye aittir.*” (m. 87)¹³³ hükmü ile yargısal görevini sona erdirmiştir. Böylece, “Türk idari yargısının gelişimi bir süre durmuş ve Danıştay’ın yargı işlevi sadece memurların yargılanmasıyla sınırlı

¹³¹ Onar, **a.g.e.**, C. I, s.83. ; Aralüştü: “**Yargı Yönünden Danıştay’ın Gelişimi**”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968: 232

¹³² Özdemir, **a.g.e.**, s.17-18.

¹³³ 1986 Anayasası, Md 87, Gözübüyük, Abdullah-Kili, Suna. **Türk Anayasa Metinleri**, Ankara 1957

kalmıştır”¹³⁴. Bu bir anlamda Danıştay’ın görev ve yetkilerinin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu konuda farklı düşünceler de vardır. Nitekim Erbil’e göre, 1876 Anayasasında yer alan bu hüküm idari yargıya tamamen son vermemekle beraber, kazai denetimin adliye mahkemelerinde daha etkin mahiyette yapılması amacını güttüğü, çünkü adalet mahkemelerinde tutuk adalet usulü cari değildir.¹³⁵

Ozansoy’a göre Danıştay’ın devletin sorumluluğunu tayin ve tespit için kurulmuş bir kaza mercii olduğu sanılarak büyük ümitler beslendiye de bu ümitler hiçbir zaman gerçekleşmemiştir. Bizde idarenin hukuki ve mali sorumluluğunu kamu hukuku esaslarına göre tesise imkân verecek idari rejimin 1868’de Şuray-ı Devlet’in kurulması ile başladığını savunmak¹³⁶, “güçler ayrılığı ilkesinden uzak, hesap vermeyen bir otorite gerçeği karşısında” pek kolay görünmemektedir¹³⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 3 Kasım 1839 tarihinde devlet erkanının, yabancı diplomatların, kalabalık bir halk kitlesinin, Osmanlı tebaası içerisinde yer alan farklı dinden toplulukların ruhanî temsilcilerinin huzurunda okunarak ilan edilen Hatt-ı Hümayun, toplum yapısında olduğu kadar Devletin idare sisteminde önemli değişikliklerin oluşmasına, bu arada idare hukuku, kamu tüzel kişiliği ve giderek idarenin sorumluluğu gibi

¹³⁴ Sarıca, Ragıp: **İdari Kaza**, İstanbul 1942, s.283; Giritli İsmet/Bilgen, Pertev: **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006, s.120.

¹³⁵ Erbil, **a.g.e.**, C. I, s.185.

¹³⁶ Onar, **a.g.e.**, C.I, s.87.; Özdemir, **a.g.e.**, s.17-18.

¹³⁷ Ozansoy, **a.g.e.**, s.134.

hususların hukuk dünyamıza girişine vesile olmuştur.¹³⁸

Kamu tüzel kişiliğinin ilk adımları, mahalli idareler ile başlamıştır. Osmanlı taşra yönetiminde askerî ve mülkî amirler, eyalet düzeyinde beylerbeyi, sancak düzeyinde ise sancak beyleridir. Kaza seviyesinde ise "kadı", mülkî ve adlî görevler yanında belediye hizmetlerini de yerine getirmektedir¹³⁹

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı ülkelerinde şehir, eyalet idaresinden, vakıflardan, cemaat örgütlerinden söz edilebilir ama mahallî idare gibi bir kavram ve kurumdan hatta idareye yardımcı mahallî kurullardan söz edilemez¹⁴⁰. Tanzimat'a kadar bu böyle gelmiştir. Bu dönemde ülkenin yavaş yavaş batıya açılması, şehirlerin büyümesi, malî alanda merkezîyetçi bir sisteme doğru gidilmesi, azınlık unsurların siyasal katılım istekleri, dış baskılar sonucu yerel yönelimler konusunda yeni yönelimlerin doğmasına neden olmuştur¹⁴¹.

Osmanlı Devletinde ilk yerel yönetim girişimi 1854 yılında İstanbul'da "İstanbul Şehremaneti" kurulmasıyla olmuştur. Görevi, kadıya yardımcı olmaktan ibarettir ve gayrimüslim tebaanın çoğunlukta yaşadığı Beyoğlu ve Galata çevresinde 1858 yılında Altıncı Daire-i Belediye ile Paris belediyesi

¹³⁸ Çağlayan, a.g.e., s.92.; Aldıkaçtı, a.g.e., s.35.; Giritli/Akgüner, a.g.e., s.33.; Okandan, **Amme Hukukumuzun**, s.50. ;Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 1996, s.24. ; Onar, a.g.e., C.I. s.133.; Vakur Versan, **Kamu Yönetimi, Siyasî ve İdari Teşkilat**, Dokuzuncu Basım, İstanbul, 1986, s.146.

¹³⁹ İlber Ortaylı, **Osmanlı Kadısının Taşra idaresindeki Rolü**, AİD, C.IX/1, 1976, s.55.

¹⁴⁰ Ortaylı, **Mahallî İdare Alanındaki Gelişmeler**, s.141.

¹⁴¹ İlhan Tekeli/ İlber Ortaylı, **Türkiye'de Belediyeciliğin Evrimi**, Şubat, 1978, s.5-6.; İlber Ortaylı, **Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler**, Ankara, 1974, s.7.

örnek alınarak kurulmuştur. Modern belediye teşkilatının kuruluşu 1864 Vilâyet Nizamnamesi ile başlamıştır. 1876 Anayasası, İstanbul ve taşrada belediye oluşturulmasını, meclislerinin seçimle iş başına gelmesini ve bunların görevlerinin belirlenmesi için kanunların yapılmasını öngörmüştür¹⁴²

Anayasanın emri doğrultusunda 1877 yılında "Dersaadet Belediye Kanunu" ve " Vilâyet Belediye Kanunu" yürürlüğe sokulmuştur. Belediye meclisi halk tarafından seçilecek, başkan ise meclis üyeleri arasından hükümetçe atanacaktır. Kanunun 3. maddesinde "belediyenin, belediye aleyhine açılacak davalarda taraf olacağı" hükmü yer almaktadır. Bu hükümle belediye, Türk idare sisteminde ilk defa bir tüzel kişilik gibi telakki edilmiştir¹⁴³. İl özel idaresi ise ilk defa 1864 tarihî Vilâyet Nizâm-nâmesi ile gündeme gelmiştir¹⁴⁴. 1871 de "İdare-i Umûmîye-i Vilâyet Nizâm-nâmesi" ile bütün illere yaygınlaştırılmış, bunun yanında kaza ve köy idareleri de öngörülmüştür. Başkanı vali olan, kısmî de olsa seçimle gelen bir meclisi bulunan bir idaredir¹⁴⁵. 1876 Anayasası, yerinden yönetim esasını benimsemiştir. 1913 yılında çıkarılan Kanun ile İl Özel İdareleri yeniden düzenlenmiş ve bu yerel yönetimin tüzel kişiliği açıkça belirtilmiştir¹⁴⁶. 1921 Anayasası ve 1924 Anayasası da ilin tüzel kişiliğinin bulunduğunu hükme bağlamaktadır.

¹⁴² Çağlayan, **a.g.e.**, s.94.

¹⁴³ Tekeli /Ortaylı, **a.g.e.**, s.20.

¹⁴⁴ Tekeli /Ortaylı, **a.g.e.**, s.10.

¹⁴⁵ Tortop, **a.g.e.**, s.4.; Tekeli /Ortaylı, **a.g.e.**, s.10-12.; Onar, **a.g.e.**, C.II. s.710.

¹⁴⁶ Tekeli /Ortaylı, **a.g.e.**, s.10.

Köyler, hukuki düzenlemelerde ilk defa 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesinde yerini almış¹⁴⁷ ve tüzelkişilik gibi telakki edilmiştir. Ancak bu günkü gibi bir kamu tüzel kişiliği niteliğini 1924 Anayasası (m.90) ve 1924 tarihli Köy Kanunu ile kazanmıştır¹⁴⁸.

1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, Vilâyat (m.11), kaza (m.15) ve nahiyelerin (m. 16) tüzel kişiliğini hükme bağlamakla birlikte, devlet tüzel kişiliği hakkında herhangi açık bir hüküm getirmemektedir.¹⁴⁹

1924 Anayasası 90. maddesi, şehir kasaba ve köylerin tüzel kişiliğe sahip olduğunu açıkça ifade etmektedir. Devlet tüzel kişiliğinden açıkça bahsetmemekle birlikte, 51. maddesindeki "*idarî dâva ve ihtilâfları rüyet ve hal... etmek üzere bir Şûrayı Devlet teşkil edilecektir*" hükmünden yola çıkarak Devlet tüzel kişiliğinin kabul edildiği ifade edilebilir. Nitekim 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı Kanunun 19. maddesinde iptal ve tam yargı davalarını düzenleyerek, devlete karşı bu davaların açılabilceğini ortaya koymuştur.¹⁵⁰

1961 Anayasası kamu tüzel kişiliklerini açıkça düzenlemiştir. Merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasının benimsenmesi, kamu tüzel kişiliğinin kanunla kurulabileceği (m. 112), mahalli idarelerin tüzel kişiliğe sahip olduğu (m. 116). üniversitelerin (m. 120) TRT'nin (m. 121), meslek kuruluşlarının (m. 122) tüzel kişiliğe sahip olduğunun açıkça ifade

¹⁴⁷ Tortop, **a.g.e.**, s.17.; Tekeli /Ortaylı, **a.g.e.**, s.4; Onar, **a.g.e.**, C.II, s.715.

¹⁴⁸ Tortop, **a.g.e.**, s.17.; Tekeli/Ortaylı, **a.g.e.**, s.4.; Onar, **a.g.e.**, C.II, s.715.

¹⁴⁹ Çağlayan, **a.g.e.**, s.96.

¹⁵⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s.96.

edilmesinin yanında, 117. maddede "*Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri*" deyimini yer almaktadır. Bu düzenleme ile hem Devlet hem de diğer kamu tüzel kişilerinin varlığı pozitif olarak açıkça belirtilmiştir.¹⁵¹

1982 Anayasası da aynı yönde düzenlemeler içermektedir. Anayasanın 46. maddesinde "*Devlet ve kamu tüzel kişileri*" ifadesi yer almaktadır. 123. maddede "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*" hükmü bulunmaktadır. 127. maddede kamu tüzel kişilerinin bir türü olan "mahalli idareler". 130 ve 131. maddelerde bir başka kamu tüzel kişisi olan "üniversiteler", 133. maddede "radyo ve televizyon kurumundan, 135. maddede "kamu niteliğinde meslek kuruluşları" düzenlenmektedir.

1924 Anayasası yapılırken, idarî yargının yeniden oluşturulması düşünülmüş ve bu amaçla Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan hüküm ile idarî yargının ve idarenin yargısal denetimi öngörülmüştür.

Bu hüküm ile ilk defa "*İdarî dava*" ve bunun karşıtı olarak "*idarî olmayan dava*" kavramı hukuk literatürümüze girmiştir. Bunun ise bir idare hukukunun ve idari yargının doğuşunu ilan ettiği açıktır.¹⁵²

Hemen şunu belirtelim ki, bu dönemde idarî dava nedir, idarî olmayan dava nedir sorularının cevabı açık ve seçik olarak verilmiş değildir¹⁵³. Bu dönemde "idarî dava" deyimini, o güne kadar kullanılan hukuk terminolojisine

¹⁵¹ Çağlayan, **a.g.e.**, s.97.

¹⁵² İsmail Hakkı Görelî, **Bizde Şurayı Devlet ve İdarenin Kazası Murakabesi**, Ankara,1937, s.26.

¹⁵³ Ozansoy, **a.g.e.**, s.139.

yabancıdır¹⁵⁴. Bu soruların cevabı, daha sonraları içtihat ve öğreti ile birlikte geliştirilen teorilerle verilmiştir.

Anayasasın 51. maddesindeki "*idarî dâva ve ihtilafları rüyet ve hat...*" ifadesi yeni kurulan Cumhuriyet idaresinin sorumluluğunun temelini oluşturmakta mıdır? Başka bir deyişle idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların İdarece tazmin edileceğine ilişkin bir temel niteliğinde midir? Öğretide bu yönde görüşler bulunmaktadır¹⁵⁵. Anayasasın bu hükmü, İdarenin sorumluluğunun temelini değil, böyle bir sorumluluğun temellerinin idarî yargı tarafından geliştirilmesinin bir temelini oluşturmaktadır.¹⁵⁶

Anayasanın söz konusu hükmünün gereği olarak 21 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı yasa yürürlüğe konulmuş ve Şûrây-ı Devlet de fiilen 1927 yılında görev yapmaya başlamıştır¹⁵⁷. Bu Yasa'nın 19. maddesinde Şûrây-ı Devletle görülecek davalar sayılırken bu günkü ifadelerle olmasa da iptal ve tam yargı davaları yer almıştır.

1961 Anayasası, idarenin sorumluluğunu bu sefer anayasal olarak düzenlemiştir. Anayasanın 114. maddesinin 1. fıkrasında "*idarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*" hükmünü getirdikten sonra sorumluluğa ilişkin olarak aynı maddenin son fıkrasında "*idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" hükmü ile Devletin/idarenin sorumluluğu esasını açıkça onaya

¹⁵⁴ Gözübüyük A Şeref /Sezgin Zekai, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara, 1957, s.401.

¹⁵⁵ Başgil, **a.g.m.**, s.596.; Özdemir, **a.g.e.**, s.18.

¹⁵⁶ Ozansoy, **a.g.e.**, s.140.

¹⁵⁷ Güreli, **a.g.e.**, s.49.; Artukmaç, **a.g.e.**, s.66.

koymuştur. Öte yandan bu hüküm idarenin sorumluluğunun, dayanağı bakımından bir koşul getirmemiştir. Yani kusura dayalı sorumluluk ve kusursuz sorumluluk gibi ilkelerin kullanılması imkanını sunmaktadır.

Bu dönemde 1965 tarihli 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi¹⁵⁸ ile memurların görevleri ile ilgili olarak üçüncü kişilere zarar vermesi halinde bu zararların tazmini için davaların idare aleyhine açılacağı esası getirilmiştir. Bu düzenleme öğretide farklı yorumlara neden olmuştur. Bazı yazarlar bu düzenleme ile memurların kişisel sorumluluğu tamamen ortadan kalkmış olduğunu, memurlar aleyhine dava açılmayacağını ifade etmişlerdir¹⁵⁹. Diğer bazı yazarlar ise, bu düzenleme, memurların kişisel kusurlarından dolayı adlî yargıda sorumlu olmalarını kaldırmamıştır, sadece görev kusurunu düzenlemektedir¹⁶⁰.

1982 Anayasası döneminde de 1961 Anayasasının benimsediği temel ilkeler devam ettirilmiştir. 1961 Anayasasının 114. maddesindeki ilkeler 1982 Anayasasının 125. maddesinde aynen korunmuştur¹⁶¹.

¹⁵⁸ DMK md.13 (Değişik 1982) *"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıktan zararlarından dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dam açarlar"*

¹⁵⁹ Balta, **a.g.e.**, s.465.; Yıldırım Uler, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, 1970, s.139. ;Giritli /Bilgen, **a.g.e.**, s.108.; Giritli/Pertev/Akgüner, **a.g.e.**, s.597.

¹⁶⁰ Onar, **a.g.e.**, s.1208.; Lütfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1974, s.51.; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s.3.; Özyörük, **a.g.e.**, s.257.; Yenice/Esin, **a.g.e.**, s.322.

¹⁶¹ Ozansoy, **a.g.e.**, s.141.

1.4. 1982 ANAYASASINDA İDARENİN SORUMLULUĞU

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışları, çeşitli öğelerinin varlığı ve işleyişi ile bireylere veya topluluklarına verdiği zararların karşılanması gereği, bugün artık hiç bir uygar ülkede tartışma konusu değildir. Ancak, kamu gücünün bu tazmin borcunun hukuki dayanak ve kaynağının ne olduğu hususunda bir anlaşma ve birlik yoktur. İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğu ilkesine Fransa gibi bazı devletler mahkeme içtihatlarının yüzyıllık evrimi yolu ile; A.B.D., İngiltere, İsviçre ve diğer ülkeler ise, yasama organlarının iradesiyle geçmiş bulunmaktadır. Bu iki tür gelişme ve değişme, idarî sorumluluğun hukuki temelini belirleyip saptanmasında ciddi güçlükler yaratacak niteliktedir. Gerçekten, idarenin sorumluluğu, Devletin kendi kendine bir yüküm akma girmesinin bir sonucu mu, yoksa uygar bir toplum yaşamının zorunlu bir gereği midir? Çağdaş Devlet anlayışı ve uygulaması, bu ikinci görüşü desteklemekte ve doğrulamaktadır. Bununla beraber, özel hukuka oranla, kamu hukukunun henüz tam gelişmemiş ve oturmamış olması dolayısıyla, her ülkede Devletin genel sorumluluğunun gerçekleşmiş bulunduğu söylenemez.

Oysa, özel hukuk alanında, Roma Hukukundan başlayarak bugüne kadar gelişen ve güçlenen sorumluluk ilkesi, bireylerin ilişkilerinde haksız olarak başkalarına verdikleri zararları ödeme yükümleri, bütün anlamıyla genel ve salt biçimde kabul edilmektedir. Onun için, özel hukukta, kusur dışında kimi ayırık haller de bulunmakla beraber, sorumluluğun temelini «kusurluluk» olduğunda genellikle birleşmektedir.

Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yol açtığı zararları ödeme yükümünü, Alman doktrini genellikle "*Hukuk Devleti*» ilkesinin bir gereği ve sonucu olarak belirlemektedir. Prof. Balta'nın da bu görüşü benimsediği anlaşılmaktadır.¹⁶²

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini sorumlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan bir devlet demektir¹⁶³.

Dünyada hukuk devleti kavramının ilk olarak 13. yüzyılda (1215) Magna Carta'da ortaya çıktığı belirtilmiş ise de, 1789 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde kavramın varlığı görülmektedir. Osmanlı döneminde yazılı norm olarak gelişmemiş de olsa bir yandan devletin altın çağını yaşadığı Kanuni Sultan Süleyman'ın "Kanuni" unvanını alması, diğer yandan II.Mahmut döneminde Sened-i İttifak (1808) ile gelişmeye başlayıp, tanzimat dönemiyle hız kazanan, doktrince tartışmalı olmakla birlikte 1921 Teşkilat-ı Esasiye ve 1924 Anayasalarında kendini gösteren hukuk devleti kavramı 1961 Anayasası'nda ilk kez yer bulmuş, hatta bir çok kişiye göre temel hak ve özgürlükler de dikkate alındığında en üst seviyeye ulaştığı belirtilmiş, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde de "Türkiye Cumhuriyeti..... bir hukuk Devletidir." hükmüne yer verilmiş.

Hukuk devletinde en temel esas idare edilenlerin hukuki güvenliğinin sağlanması, bireylerin geleceğe hukuk güvenliği ile bakabilmeleri ve tasarruflarında gelecekle ilgili bir endişe taşımamalarıdır. Hukuk devleti daha

¹⁶² Balta, Bekir Tasin, İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1968-1970, s. 644

¹⁶³ Av. İlker, Hasan, DURAN , 82 Anayasasında insan haklarına saygılı devlet, s.45

çok matematiksel çoğunluğu memnun eden devlet olmaktan ziyade devletin amacı ve varlık sebebiyle bağdaşan, kazanılmış hakların tanınmasına ve korunmasına hizmet eden, hukukun üstünlüğünü sağlamayı amaç edinen, eşit durum ve koşulları taşıyan bireylere karşı aynı şekilde eşit muamele eden, devlet tasarrufları başta olmak üzere özel teşebbüs ve bireyleriyle bir bütün olarak kamu hizmetlerini gerçekleştirmeye çalışan, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alıp onları korumayı amaçlayan, en azından insanın insan olma vasfından dolayı insan haklarına saygılı olan devlettir.

Kamu gücünün kullanılırken kamu hizmetlerinin en iyi ve en gelişmiş imkanlar dahilinde yerine getirilmesini amaçlayıp, bu gücün keyfi kullanılmasının doğuracağı tehlikeleri minimum seviyeye indirip, sivil toplum, plural demokrasi ve bireyciliği teminat altına alan, insan onuruna yönelik ihlalleri önleyen, istikrarsız, muğlak ve geçmişe dönük yasaları denetim altına almaya çalışan ve tüm bunları gerçekleştirmeyi her zaman en önemli görevi kabul eden devlettir¹⁶⁴.

Doktrinde çok çeşitli tanımlamalara ve unsurlara yer verilmekte ise de kısaca hukuk devletin gereklerini şu şekilde sıralayabiliriz;

- Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması
- Yönetimin yargısal denetimi¹⁶⁵
- Güçler ayrılığı
- Anayasa yargısı, yasaların anayasaya uygunluğu
- Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi

¹⁶⁴ Selçuk, SAMİ, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne

¹⁶⁵ Şeref, GÖZÜBÜYÜK, Hukuka giriş ve hukukun genel kavramları , s.146

- Kamusal görevin yasallığı
- Kamusal eylem ve işlemlerden dolayı uğranılan zararların devletçe karşılanması
- Yasaların genel olması
- Kazanılmış hakların tanınması ve korunması vb.

Prof. Dr. Kemal Gözler¹⁶⁶ Hukuk devletinin gereklerini genel ve özel gerekler olmak üzere ikiye ayırmış, yasama, yürütme, yargının (kısaca devletin) yasallığını genel gereklilik, olarak belirttikten sonra idarenin yargısal denetime tabi olmasını, hakimlerin bağımsız ve teminatlı olmasını, idari faaliyetlerin önceden bilinebilir olmasını, hukuki güvenliğin mevcut bulunmasını ve idarenin mali sorumluluğunun bulunmasını da özel gereklilikler olarak sıralamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, “bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” hukuk devletidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi, özgürlükleri ve temel hakları, kamu yararını ve kamu güvenliğini ve bu arada kamu hizmeti ve görevi yapmakta olan kuruluşları görev ve sıfatlarından dolayı uğrayacakları saldırı ve şataşmalardan korumak devletin görevi ve hukuk devletinin gereğidir şeklinde durumu ifade etmiştir¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Kemal , GÖZLER, İdare hukuku dersleri s.209

¹⁶⁷ AYM,3.6.1976 , 13/31

Duran'a göre¹⁶⁸, idarenin sorumluluğu «*Hukuk Devleti*» ilkesine bağlanabilirse de; bu dayanak hem çok uzak, hem de çok geniş bir esastır. O'na göre gerçekten, denilebilir ki, bugünkü kamu hukukunun hemen bütün kuralları ve öğeleri, son bir analizde kökenlerini «*Hukuk Devleti*» İlkesinde bulur. Bu prensip, ilk ağızda kamusal işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi tutulmasını açıklarsa da; idarenin tazmin borcunun somut kaynağını teşkil etmez, çünkü Devletin ve kamu tüzelkişilerinin Hukukla bağlı olması, işlem ve eylemlerinden doğan tüm zararları ödemesini zorunlu kılmaz. Bunun gibi çağdaş kamu hukukunun temel ve genel İlkelerinden biri olan «*eşitlik*» de, bireylere ve topluluklarına tazminat hakkı sağlamak bakımından elverişli ve yeterli bir esas değildir. Özellikle, anayasalarda «*kanun önünde eşitlik*» biçiminde tanımlanan bu hukukî eşitlik, kamu faaliyetlerinden zarar görenlere karşı genel bir tazmin borcunun bulunduğunu göstermediği gibi; tazminat hakkının yasama organınca tanındığı biçiminde bir yoruma da götürebilir. Hocaya göre, «*Eşitlik*» anayasal bir kavram olarak kabul edilse bile, bu çok geniş, soyut ve kaypak ilkenin hangi hallerde ihlâl edilmiş olduğunu ve dolayısıyla idarî sorumluluğu gerektirdiğini, (eşitliği bozmadan) kestirmek ve saptamak mümkün değildir. O'na göre, kimi müellifler, «*eşitlik*» kavramını nitelemek suretiyle, idarenin sorumluluğuna temel yapmak istemektedirler. Bunlara göre, «*kamu yükümleri karşısında eşitlik*» ilkesi, bireylerin ve topluluklarının tazminat hakkının dayanağı ve kaynağıdır. Kamu faaliyetleri toplumun yararına icra edildiğine göre, bunlardan özel bir zarar gören bireylere Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından karşılığının

¹⁶⁸ Duran s 13

ödenmesi doğru ve yerinde olur.

Duran'a göre, idarenin sorumluluğunun temeli, Anayasa'nın »*imkân ve fırsat eşitliği*» ilkesidir. Devletin temel amaç ve görevleri (1982 Anayasasının 5. maddesinde de ifade edildiği gibi:kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal "engelleri kaldırmaya", insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır) arasında bireyler arasında bozulan dengenin, fırsat eşitliğinin tekrar sağlanmasıdır.

Anayasamız, tanıdığı hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğunu, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu; Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın da, kanuna göre, Devletçe tazmin edileceği açıkça belirtmektedir. (m. 40)

1982 Anayasamızın idarenin sorumluluğuna ilişkin taşıdığı en önemli kurullardan biri de İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin 125. maddesidir. Aynı madde de İdarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu da kural haline getirilmiştir.

Diğer taraftan, Anayasamızın 129. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları, memurların 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 de belirtilmekle bu hususa ilişkin tartışmalara son nokta konulmuştur.

Sonuç olarak idarenin sorumluluğunun -en tarihi gelişimi de dikkate alındığından- en önemli dayanağının hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi olarak ifadesi yerinde olmakla birlikte bu ifade eksiklik içermektedir. Zira hukuk devletinin Anayasamızda açıkça tanımı yapılmamış olduğundan içeriği doktrin ve yargı kararları ile doldurulmuştur ve değişkenlik göstermesi mümkündür. İdarenin sorumluluğunun dayanağını ve temelini tek bir noktaya bağlamak yerine “hukuk devleti”, “bozulan fırsat eşitliğinin sağlanması”, “kamu külfetleri karşısında eşitliğin sağlanması”, “eşitlik ilkesi” gibi ilkeler yanında Anayasamızın yukarıda sayılan maddelerinde açıkça olmak üzere, diğer maddelerinde de örtülü olarak açıklandığı ve kabul edildiğinin söylenmesi mümkündür.

İKİNCİ BÖLÜM

HİZMET KUSURU

2.1.1. Genel Olarak

Hukuki sorumluluk esasının temelini oluşturan kusur teorisini göz önüne alan Fransız doktrin ve içtihadı, idarenin sorumluluğunu yine bir kusura dayandırmışlardır¹⁶⁹. Medeni hukukta yer alan kusur esaslarının idare alanındaki sorumluluk ve tazminat uyumsuzluklarına esas olamayacağı anlaşıldığından, bu kusurun kaynağı kamu personeline ve personelin seçiminden ziyade, hizmetin kurulmasında ve işleminde aranmış ve hizmetin kuruluşunda veya işleyişindeki mevcut kusurlar, hizmet kusuru adı altında Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine izafe edilerek belirtilen şahısların sorumluluğu bu kusur ilkesine dayandırılmıştır¹⁷⁰.

Hizmet kusur genel olarak, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklık olarak ifade edilmekle¹⁷¹ birlikte bu konuda en kapsamlı tanımı Ragıp SARICA yapmaktadır.SARICA' ya göre; "Hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde – gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin

¹⁶⁹ BAŞGİL, a.g.e., s. 27.

¹⁷⁰ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1696.

¹⁷¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002, s. 320; Gözler, a.g.e., C.II, s. 974.

icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir."¹⁷² Buna göre, kural olarak zarar kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklansa bile kusurlu davranıştan idare sorumlu olmaktadır¹⁷³. Başka bir ifadeyle, kusur insana atfedilebilir bir şey olması nedeniyle gerçek kişi olmayan idarenin esasında kusur sahibi olması mümkün olmamakla birlikte, istihdam ettiği kişilerin kusurundan sorumlu tutulmaktadır¹⁷⁴. Hemen belirtelim ki, hizmet kusuru doğrudan sorumluluğu esas alması nedeniyle özel hukuktaki çalıştıranların sorumluluğundan ayrılır¹⁷⁵.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ının içtihatları ile ortaya çıkan idarenin kusurlu sorumluluğu, Türk İdare Hukukunda da yaygın bir

¹⁷² Ragıp Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", **İHFM**, C.15, S. 4, İstanbul, 1949, s. 856; Günday, a.g.e., s. 320-321.

¹⁷³ E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, s. 56 " İdare bir kişi değil, bir örgütlenmedir. Bundan dolayı da, idarenin sorumluluğundan bahsedilince, kusurun özel hukuktaki gibi bireyin kusurunun değerlendirilmesindeki tarzda değerlendirilmesi mümkün değildir. Kötü işleyen bir idari etkinlik karşılıklı karşıya kalındığında zarara uğrayanlar, zarara sebebiyet vereni belirleme çabasında olunca, hemen müsebbibin görünüşte olduğu ve aldatıcı bir özelliği fark eder. Çünkü zararın kaynağında bir idari işlem varsa, idari işlem genellikle bir sürecin eseridir ve bu süreçte her idari ajan kendisine yüklenen belirli bir rolü üstlenmiştir. Bu anlamda kamu yönetimi alanında çalışanlar söz konusu kararların tanımlanmasındaki zorluk olgusu üzerinde ısrar ederler. Burada kararın varsayım dayalı bir seviyesi söz konusudur. Bu da, kararın altında imzası bulunan kişi olarak kendini gösterir. Ancak kararda bir de, gerçek anlamda bir de seviye mevcuttur. Bu da, genellikle çok aşağılardan başlayan, ancak bazen de, çok yüksek seviyelere kadar uzayan bir sürecin eseridir."

¹⁷⁴ Gözler, a.g.e., C.II, s. 975.

¹⁷⁵ Gözübüyük, a.g.e., 315.

sorumluluk çeşidi olarak kullanılmaktadır. Hizmet kusuru kavramını kısaca açıkladıktan sonra bu kavramın genel ayırt edici özelliklerini inceleyebiliriz;

Hizmet kusuru *bağımsız* bir sorumluluk halidir. Buna göre, hizmet kusuru özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsız, idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır bir kavramdır¹⁷⁶. Hizmet kusurunun idare hukuku kurumu olması nedeniyle medeni hukuktaki kusur ve sorumluluktan kapsam ve tarafları itibarıyla farklılık göstermektedir.

Hizmet kusuruna dayanan sorumluluk *asli* derecede bir sorumluluktur. Hizmet kusurundan meydana gelen zarar ve ziyan uyuşmazlıklarında mağdur doğrudan doğruya idare aleyhine dava açabilir. Yukarıda anlatıldığı gibi her ne kadar hizmet kusuru sonuçta kamu personelinin kusurundan kaynaklansa¹⁷⁷ da idare, özel hukukta yer alan istihdam edenlere tanınmış olan kurtuluş beyyinelerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁷⁸. Kurtuluş beyyinelerinin ileri sürülememesinin doğal sonucu olarak, mağdur olan açısından, bu kusurun belirli bir personelin eseri olduğunu, ona yönelik olduğunu, onun şahsına atıf ve izafesinin mümkün olduğunu; idare açısından da kusurun meydana gelmemesi için gereken tüm tedbirlerin alınmadığının ispatına gerek bulunmamaktadır. Bu durum, kamu kudretini kullanan güçlü idare karşısında daha korunaklı olunmasını sağlamaktadır.

¹⁷⁶ Sarıca, a.g.e., s. 859; Onar, a.g.e., s. 1695.

¹⁷⁷ Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 7; Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005, s. 169.

¹⁷⁸ Onar, a.g.e., C.III, s. 1696.

Hizmet kusurunun bir diğ er özelliğ i de *anonim* olmasıdır. Kusurun ismen belirlenmiş bir kamu personeline atıf ve isnadına gerek olmaması hizmet kusurunun anonim oluşundan kaynaklanmaktadır¹⁷⁹. Buna göre hizmet kusurunun, belirlenmiş kamu personelinin kusurundan kaynaklandığ ının tespit ve kanıtlanmasına gerek bulunmamakta, kamu hizmetindeki kusurun ve sorumluluğ un ortaya konulması yeterli kabul edilmektedir. Hizmet kusuru olaylara göre değ işkenlik gösterir. Hizmet kusurunun varlığ ı her olayda durumu gerekleri ve özelliklerine göre ayrı ayrı tespit edilir. Normal zamanlarda ve normal şartlarda kusur sayılabilecek bir eksiklik veya yanlışlık anormal ve olağ anüstü hallerde hizmet kusuru sayılmayabilir¹⁸⁰.

Hizmet kusurunun özelliklerinden bir diğ eri de *genel* niteliğ e sahip oluşudur. Yani hizmet kusuru, bütün kamu tüzel kişilere uygulanan bir sorumluluk türüdür. Aynı zamanda, bütün idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazmininde ilk başvurulacak sorumluluk türüdür¹⁸¹. Kural olarak, idarenin sorumluluğ una hükmedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığ ı gereklidir¹⁸². İstisnai olan kusursuz sorumluluk hallerinin varlığ ı hariç olmak üzere, hizmet kusurun olmaması halinde idarenin sorumluluğ undan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır.

Kamu tüzel kişileri, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla çeşitli

¹⁷⁹ Sarıca, **a.g.e.**, s. 860; Onar, **a.g.e.**, C.III, s. 1697; Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁸⁰ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 73; Onar, **a.g.e.**, C.III, s. 1695.

¹⁸¹ Özey, **a.g.e.**, s. 747.

¹⁸² Sarıca, **a.g.e.**, s. 861; Gözler, **a.g.e.**, C.II, s. 974.

hizmetleri sunmak zorundadırlar. Bu hizmetleri sunarken, bu hizmetlerden yararlanan veya yararlanmayan kişilerin haklarını da göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. İyi bir hizmetin ne gerektirdiğini bilmek zor olsa da, idarece öncelikle yürütülecek kamu hizmetine ilişkin plan, program, uygulama gibi konularda çok titiz çalışmalar yapılmalı; gerçekten de yapılan veya yapılmaya çalışılan “iş”in, bir “hizmet” olduğu ve amacının, bireylerin ve toplumun yararına, onların ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ve onlarda mutluluk hissi uyandıracak nitelikte, onları daha ferah bir düzeye ulaştırma amacıyla yürütüldüğü unutulmamalıdır. İdarenin, bu hizmetleri gerçekleştirirken vatandaşları zarara uğratmaması, hele hele “idare” ile hiç bağdaşmayacak şekilde “kaş yaparken veya yapmaya çalışılırken göz çıkarılmaması” gerekmektedir.

Bu anlamda idarenin ajanlarına büyük sorumluluk düşmektedir. Çünkü, idare bir kamu hizmetini yürütürken, tek bir karar mercii tarafından değil, kararın alınmasından sonra uygulanması aşamasında da dikkat ve özen gösterilmeli, bir bütünlük içinde kamu hizmetinin vasfına ve bu hususta idarece amaçlanan hedefe yönelik, hizmetin yürütülmesinde uygulayıcı görevlilerle birlikte bu sonuca ulaşma bilinciyle hareket edilmelidir.

Yukarıda hizmet kusurunun özelliklerine değinirken ifade edildiği üzere, hizmet kusurunun anonim özelliği gereği kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idare ajanlarının salt kişisel kusurları niteliğinde olmayan, hizmete ilişkin kusurları da idarenin hizmet kusuru kabul edildiğinden, idarece, sadece hizmetlerin belirlenmesi ve planlanması değil, en az bu kadar önemli bir husus da bu konuda personelin eğitimi ve onlara “hizmet görevlisi” olma bilincinin yerleştirilmeye çalışılması gerekmektedir. Aksi takdirde uygulamada da çok bariz olarak görüldüğü üzere idarece yürütülen hizmetlerin, düşünülen amaca ulaşmadığı, aksine toplumun ve bireylerin zarar görmesine sebep olduğu görülmektedir. O halde idareye düşen görev, yapılmak istenilen hizmetin, en iyi, en modern şekilde yapılması ve bu sırada hizmetten

doğrudan veya dolaylı yararlananların da hiçbir şekilde zarar görmemesine yönelik tedbirlerin alınmasıdır.

Hizmet kusuru kuramının uygulama alanını sınırlayan bu etkenler doktrinde şöyle sıralanmaktadır.

Hizmetin sosyal önemi

Hizmetin görülmesindeki güçlük

İdarenin sahip olduğu olanaklar

Zaman ve yer koşulları

Zarar görenin hizmet karşısındaki durumu

Zararın olasılık derecesi

Hizmete ilişkin yazılı hukuk kuralları

2.1.2. Hizmet Kusurunun Tanımı

Yukarıda yapılan temel açıklamadan sonra konuyu daha detaylı ele almak, konunun bütünlüğü açısından son derece yararlı olacaktır.

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Hizmet kusurundaki “hizmet” deyimini ise, sadece idari faaliyetlerin belirli bir türü olan kamu hizmetini değil, aynı zamanda genel olarak herhangi bir idari

görevi veya faaliyeti belirtmektedir. Bu anlamda, kamu hizmetlerinden başka bir idari faaliyet türü olan kolluk faaliyetlerinin veya başka tür idari faaliyetin kuruluş, işleyiş ve düzenlenişindeki aksaklık veya bozukluk da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.¹⁸³

Az önce belirtilen ve SARICA tarafından yapılan tanım dışında bir diğer hizmet kusuru tanımı ise; “idarenin tüzel kişiliklerden oluşan bir cihaz olması dolayısıyla, idare adına işlem tesis eden kişi veya kişilerin kusuru bu sorumluluğun temelini oluşturmaktadır. Ancak buradaki kusur kişiselleştirilebilecek bir nitelik arz etmemektedir. Kusur; kamu hizmetlerini yerine getirmek durumunda olan idarenin kuruluş, işleyiş ve etkinliklerinde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluktur. Bu anlamda kusur, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe haiz kusurdur. Bu da, hizmet kusurunun bağımsız bir karakteri olması şeklinde özetlenebilir. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturur.”¹⁸⁴ şeklindedir.

Hizmet kusurunu; idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir bozukluk, aksaklık veya boşluktur¹⁸⁵ şeklinde özetlemek de mümkündür.

Danıştay’ın da hizmet kusuru konusunda aynı değişme çizgisi üzerinde olduğu söylenebilir; başlangıçta idarenin sorumluluğu için hafif veya

¹⁸³ Günday, a.g.e., s.320.

¹⁸⁴ Onar, a.g.e., s.1695.

¹⁸⁵ Lütü Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 26

alelade kusuru yeterli saymamakta ve ağır kusur şartını aramakta iken; son zamanlarda (vasıfsız) kusur'a dayanarak tazminata hükmettiği görülmektedir.

İdarenin sorumluluğunda esas alınan hizmet kusuru, idarenin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin, bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde, gözlemlenen ve bu hizmeti gören veya görmekle yükümlü olan ajan veya personele yüklenmesi mümkün olmayan tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikleri bulunan bir kusurdur.¹⁸⁶

Vedel'e göre, hizmet kusuru, hizmetten ayrılabilen şahsi kusur karakterini taşımayan ve hizmetin bir veya birçok ajanlarına isnat edilebilen bir kusurdur.¹⁸⁷

Hizmet kusuru, kamu hizmetlerinin hukuki bünyesi ve bundan çıkan Devlet borcuyla açıklanabilir. Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı ve istikrarlı bir tarzda kamuya sunulması ve kamunun bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmasını sağlanması idarenin görevidir. İşte bu görevin yerine getirilmemesi hizmet kusuruna sebebiyet verir.¹⁸⁸

Bütün bu söylenenlerin ışığında, hizmet kusurundan söz edebilmek için iki unsurun gerekli olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Bunlardan birincisi, zarar doğuran idari faaliyetin bir kamu hizmetine bağlanabilmesi, diğeri ise, bu zararın, hizmetin kuruluş veya işleyişindeki eksiklik, aksaklık ve

¹⁸⁶ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1963, s.23

¹⁸⁷ Naklen: Özdemir, a.g.e., s.23

¹⁸⁸ Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku**, s.489

düzensizliklerden doğmuş olması gereğidir.¹⁸⁹

Kamu hizmeti yapmakla görevli idare, bu hizmetin örgütlenmesinden, yürütümü için gerekli araç gereç ve personelin sağlanmasından personelin yetiştirilmesinden ve hizmetin gereği gibi yürütülmesinden sorumludur. Kamu hizmetinin örgütlenme eksikliği ya da örgütlenmenin gereği gibi yapılmamış, gerekli araç gereç ve personelin sağlanmamış olması; personelin, hizmetin gerektirdiği bilgi ve beceriye sahip bulunmaması, kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak yürütülmemesi hizmet kusuru oluşturur. Bu kusurun sonucu olan zararlar idarenin, hizmet kusuru çerçevesinde sorumluluğunu doğurur.

Kusur, hizmet tarafından değil; hizmette kullanılan kişiler tarafından işlenebilen bir şeydir. Hizmetin ifasında, kamu görevlilerinin kusuru söz konusudur. Kusur olabilmesi için, hizmetin kuruluşunda ve işleyişinde bir aksaklık aranacak olursa, çoğu durumlarda idare sorumluluktan kurtulur. Bundan dolayı memurların bazı kusurları vardır ki, bunlar hizmet kusuru sayılır ve bu zararlardan idare sorumlu tutulur. Bazı kusurları da vardır ki, bunlara kişisel kusur adı verilir ve bu şekilde meydana gelen zararlardan da memurlar şahsen sorumludur.

Kusur, yalnızca bir tüzel kişi olan idarenin bizzat kendisine atfedilemez. İdarenin kusur işleyebileceğinin kabulü, garip olur. Kusur, daima bir veya birçok, bilinen veya bilinmeyen görevlinin olayıdır. Dolayısıyla, kusurun failden başka bir patrimuan tarafından üstlenilen sorumluluk söz

¹⁸⁹ Onar, a.g.e., s.1964, DÜREN, s.287, A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s.229, Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku I**, İstanbul 1990, s.140, Günday, a.g.e., s.240.

konusudur. *Laubadere*, hizmet kusuru ile ilgili olarak “eğer zarar verici davranış kişilik dışı ise ve zayıflıkları, tutku ve dikkatsizlikleri ile insan olarak değil, fakat az veya çok hatalı özne olarak idare edeni ortaya koyuyorsa işlem (eylem) idari kalır ve devlet memurunun kişisel sorumluluğuna neden olmaz.”¹⁹⁰

Danıştay’ın bir kararına göre,

“İdarenin 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 sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir”¹⁹¹.

Bu tanımlara ve açıklamalara göre “hizmet kusuru”, hizmetin yapı ve işleyişinden doğmakta ve organ ve personele atıf ve izafe edilememektedir. Bu haliyle de kendine özgü bir nitelik taşımaktadır. O halde, hizmet kusuru ilkesi gereğince idarenin sorumlu tutulabilmesi için zararı meydana getiren davranışların belirli nitelikler taşıması gerekir.

Bu haliyle idare hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen “hizmet kusuru”ndaki kusur, özel hukuktaki anlamından farklıdır. İdare hukukuna özgü ve bağımsız bir nitelik taşır¹⁹². Bununla birlikte, bu farklılık hizmet

¹⁹⁰ Candan, a.g.e., s.167

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

¹⁹² Sarıca, a.g.m., s. 859, Onar, a.g.e., s.1695; Özdemir, a.g.e., s. 84.

kusurunun mutlak olarak “bağımsız” nitelikli bir kuruma dönüşmesi için yeterli kabul edilmemektedir¹⁹³.

2.1.3. Hizmet Kusurunun Özellikleri

2.1.3.1. Anonimlik

Hizmet kusurunun en önemli özelliklerinden biri, kusurun, belirli bir kamu ajanının kusuruna bağlı olmayan anonim nitelikte olmasıdır. Kusur, hizmetin kendi bünyesinde bulunmakta, adeta ona kaynaşmış ve onun içinde gizlenmiş bulunmaktadır.

Çoğu zaman meydana gelen zararlı sonuca, hizmeti görenlerden veya görmesi gerekenlerden kimin sebep olduğunu bulmaya veya meydana çıkartmaya imkan ve gerek yoktur. Ortada zararlı bir sonuç, bu sonucu doğuran bir fiil ve bu fiille zararlı sonuç arasında bir illiyet bağı mevcut olmakla beraber, bu bağının kimin fiili ile meydana geldiğini tespiti, ismen, cismen belli bir ajanın araştırılmasına ve kusurun ona yüklenmesine ihtiyaç yoktur¹⁹⁴.

Hizmet kusuru teorisinde, kusurun kamu görevlisinden değil, hizmetin

¹⁹³ Bkz. Ozansoy, Tarihsel ve Kuramsal, s. 256; Y. Kazım Zabunoğlu, **İdari Yargı Hukuku Dersleri**, Teksir, Ankara 1981, s. 240.

¹⁹⁴ Özdemir, a.g.e., s.29; Yüksel Ein, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara 1973, s.30.

bizzat kendisinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Dolayısıyla meydana gelen zarara sebep olan ajan hakkında değil, yürütülen hizmet hakkında bir karar verilecektir. Bu sebeple, hizmeti gören veya görmesi gereken kamu görevlisinin kişiliği tartışılmadan, hizmetin kendisinde kusur aranmaktadır. Hizmet kusurunun varlığı için, memur veya ajanın kusurlu olması şart olmadığından, sorumluluk için böyle bir kusuru (hangi kamu görevlisinin kusurunu) ispat etmeye de ihtiyaç yoktur.

Danıştay'ın hemen hemen tüm kararlarında meydana gelen zarara hangi kamu görevlisinin sebep olduğu hususu tartışılmaksızın, doğrudan doğruya hizmetin kendisi irdelenmiştir.

Örnek kararlar

Davacılar murisinin Uzman Çavuş tarafından açılan ateş sonucu ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği¹⁹⁵;

Davacıların çocuğunun polis memurunun tabancasından çıkan kurşunla ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği¹⁹⁶;

Davacılar murisinin görevli jandarmalar tarafından açılan ateş sonucu öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın

¹⁹⁵ Dan.10.D. 22.3.2001, E:1998 / 6149, K:2001/1073 (Yayımlanmamıştır.)

¹⁹⁶ Dan.10.D. 25.1.2001, E: 1998 / 1909, K:2001/240 (Yayımlanmamıştır.)

tazmini gerektiği¹⁹⁷;

Davacılar murisinin görev yaptığı mahalle askeri uçağın düşmesi sonucu meydana gelen ölüm olayı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği¹⁹⁸;

Askeri aracın çarpması sonucu yaralanan davacının uğradığı zararın; araç sürücüsünün ve davacının karşılıklı kusur oranına göre idarece tazmininde hukuka aykırılık bulunmadığı¹⁹⁹;

Görüldüğü üzere Danıştay anılan kararların hiç birisinde meydana gelen zarara hangi ajanın veya kamu görevlisinin sebep olduğu hususları yönünden herhangi bir irdeleme yapılmaksızın, genel olarak yürütülen hizmetin kusurlu işletilip işletilmediği değerlendirilmiştir.

Hizmet kusuru bu nitelikleriyle, hizmetten ayrı, objektif bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada zarara hangi kamu görevlisinin neden olduğunu bulmak bazen kolay olmakla birlikte genellikle güç olmaktadır.

Hizmet kusurunun anonim niteliği, kamu görevlisinin; hizmetle doğrudan doğruya ilişkili, hizmetten ayrılamayan kusurlarında geçerlidir. Diğer bir ifade ile, kamu görevlilerinin hizmetle ilişkisi olmayan, kişisel kusurlarından dolayı idareyi sorumlu tutmak imkansızdır.

Doktrinde bu konuda mukayeseli hukuktan Fransız Danıştay'ının 3

¹⁹⁷ Dan.10.D. 24.1.2001, E: 98 / 1442, K:2001/206 (Yayımlanmamıştır.)

¹⁹⁸ Dan.10.D. 1.7.1998, E: 1998 / 1718, K:1998/3480 (Yayımlanmamıştır.)

¹⁹⁹ Dan.10.D. 23.10.1995, E: 1994 / 2335, K:95/4832, (Yayımlanmamıştır.)

Şubat 1911 tarihli **Anguet** kararı olarak gösterilmektedir. Anguet isimli şahıs, posta muamelelerini yaptırmak için postaneye gitmiş, işini bitirdiği sırada postanenin halka mahsus olan genel kapısı kapanmış, bir memur şahsa, personele ait olan ve mektupları ayırma odasından çıkması için teklifte bulunmuş, bu odada çalışmakta olan iki görevli ile çıkan bir anlaşmazlık yüzünden Anguet şiddetle itilmek suretiyle dışarıya atılır ve bu sırada ayağı odanın eşiğine takılarak kırılmıştır. Anguet maruz kaldığı bu muamele ve zarardan dolayı Fransız Danıştay'ında Devlet aleyhine tazminat davası açar.

Görüldüğü gibi Anguet'i şiddetle sokağa atan ve ayağının kırılmasına sebebiyet veren iki kişinin kusurları açıktır. Fransız Danıştay'ı bu kişilerin kusurlarını hiç bahis konusu etmeksizin, doğrudan doğruya idare hukuku prensiplerine ve hizmet kusuru teorisine göre irdeleme yaparak, olayda herhangi bir kimsenin postanenin vaktinden önce kapanması için saati ileri aldığını tespit etmiştir. Danıştay postane saatinin kimin tarafından ileri alındığını, kapının eşiğinde bulunan lüzumsuz çıkıntının kimin emriyle yapıldığını veya bu şekilde yapılmasına kimin izin verdiğini araştırmaya gerek görmeksizin, olayda bariz bir hizmet kusurunun varlığını kabul ederek “zarar gören davacıyı dışarı atan ajanların şahsi sorumlulukları ne olursa olsun, kendisinin uğradığı kaza, hizmetin fena işlemesine izafe edilmek gerekir” sonucuna varmıştır²⁰⁰.

Uygulamada “hizmet kusuru” kavramı genellikle “idari kusur”u anlatmak için kullanılmaktadır. Bununla birlikte, idari kusur çoğu zaman

²⁰⁰ Duez, çev. İbrahim Senil, a.g.e., s.19.

anonim niteliği dolayısıyla belli bir personele bağlanamayan bir idari aksaklık, yani “hizmet kusuru” olarak ortaya çıkarken; bazen de “anonim” veya “gayri şahsi” nitelik taşımaz ve belli bir personele isnat edilebilen, “faili bilinen hizmet kusurları”, yani “görev kusuru” olarak ortaya çıkar.

Hizmet kusuru, belirli bir ajan veya memurun şahsına atıf ve izafe edilebilen bir kusur olmayıp, kamu hizmetini görmekle yükümlü olan idareye ait bir kusurdur. Bu nedenle, hizmet kusuru ilkesi gereğince idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için herhangi bir ajan veya memurun kusurunun bulunması zorunlu değildir. Kusurun somut faili olan ajanın belli olması da hizmet kusurunun varlığına engel değildir.²⁰¹ Bu durum hizmet kusurunun “anonim” niteliği olarak kabul edilmektedir. Bu nitelik dolayısıyla, hizmet kusurunun somut faili saptanabilse dahi idare, ajanının kusurunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.²⁰² Çünkü hizmet kusuru söz konusu olduğunda, yargılanan obje memurun “kusuru” değil, “hizmete ilişkin kusurdur”.²⁰³

2.1.3.2. Bağımsızlık

Hizmet kusuru kavramı, idare hukukunu ilgilendiren ve idare hukuku alanına giren, özel hukuk kurallarından bağımsız ve orijinal bir kavramdır.

²⁰¹ Duez, çev.İbrahimi Senil,a.g.e., s.860-861.; Ozansoy, a.g.e., s.264.

²⁰² Özdemir, a.g.e., s. 30; Ozansoy, a.g.e., s. 262; Özgüldür, a.g.e., s. 72; Ömer Anayurt, “Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 1989, s. 51.

²⁰³ Ozansoy, a.g.e., s. 264.

Hizmet kusuru kavramı, Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelen özel hukuktaki kusur kavramından farklılıklar içermektedir. Hizmet kusuru hizmetin kendisinde, işlemesinde yani idarede aranılan bir kusurdur. Bu yüzden özel hukuk kural ve içtihatlarına göre değil, idare hukuku kural ve içtihatlarına göre değerlendirilmesi gereken bir kusur olmaktadır.

Özel hukukta olduğu gibi, idare hukukunda da hukuki sorumluluğun esası yine bir kusura dayandırılmaktadır. Ancak bu kusur özel hukuktaki gibi kişisel bir kusur değil, kişilerin dışında kalan ve kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi ile ilgili olan bağımsız bir kusurdur.

Teorinin medeni hukuka bağlı olmayan, idare hukukuna özgü bağımsız ve orijinal karakterini, ilk olarak Fransız Danıştay'ının 6 Aralık 1855 tarihli meşhur **Rothschild** kararı şu şekilde ifade etmektedir: *“İdarenin yürütmekle mükellef olduğu kamu hizmetlerinin şartlarını kanun hakimiyeti altında düzenlemek yetkisi ancak idareye aittir; Devlet ve onun namına hareket eden birçok ajan ve hizmetlerden yararlanan kişiler arasında, kamu hizmetleri vesilesiyle doğan ilişkilerini tayin etmek, dolayısıyla bu ilişkilerden doğan karşılıklı hak ve vecibelerin mahiyetini bilmek ve takdir etmek de idareye düşer. Bu ilişkilerle hak ve vecibeler iki fert arasında olduğu gibi yalnız medeni hukuk kaideleri ve hükümleri ile düzenlenemez,*

*Özellikle idare ajanlarından birinin kusuru ihmal veya hatası halinde, Devletin sorumluluğu ne genel ne de mutlak olup her hizmetin mahiyetine ve gereklerine göre değişir.”*²⁰⁴

²⁰⁴ Duez, a.g.e., s.15.

Bu kararı destekleyen diğer bir karar da Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin, 1 Şubat 1873 tarihli **Blanco** kararı olmuştur.²⁰⁵ Blanco kararı açık bir ifade ile, idarenin sorumluluğunun, medeni kanun hükümlerine dayandırılmayacağını belirtmiştir. Böylece idarenin hizmet kusuru sorumluluğunun medeni hukuk hükümlerinden ayrı idare hukukunun kendine özgü nitelikleri nazara alınarak belirlenmesi gerektiği ilk olarak ifade edilmiş ve daha sonra ilke geliştirilerek günümüzdeki uygulamasını bulmuştur.

Günümüzde Danıştay da tartışmasız bir şekilde idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunu medeni hukuk hükümlerinden ayrı olarak idare hukuku ilkeleri çerçevesinde belirlemektedir.

Görüldüğü gibi idari kusur, “beşeri bir irade zayıflığına dayanmaması ve anonim nitelik taşıması bakımlarından, özel hukuktaki kusur kavramından, hatta objektifleştirilmiş kusur kavramından ayrılmaktadır”²⁰⁶.

İdari kusurun taşıdığı bu “objektif” ve “anonim” nitelikleri dolayısıyla, bu kusurdan sorumluluk “dolaylı”, “üstlenilen”, “kanalize edilmiş” ve “başkasının kusurundan doğan” değil, “doğrudan” ve “asli” bir sorumluluktur. Yani idare, “kendi kusuru” nedeniyle ve birincil olarak sorumludur. Bu nedenle, idari kusura dayalı sorumluluk özel hukuktaki “adam çalıştırmanın sorumluluğu”ndan da tümüyle ayrılmaktadır²⁰⁷.

Özel hukuktaki “haksız fiil” kavramından ve kusur anlayışından farklı

²⁰⁵ Candan, a.g.e., s.158

²⁰⁶ Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Ankara 1981, s. 91; ayrıca bkz. Ozansoy, a.g.e., s. 187-188.

²⁰⁷ Duran, a.g.e., s. 27; Sarica, a.g.e., s. 861; Onar, a.g.e., s. 1687-1690; Ozansoy, a.g.e., s. 188.

olarak, idare hukukunda geçerli olan “hizmet kusuru” kuramında kusurdan söz edebilmek ve bundan idareyi sorumlu tutabilmek için, bu kusurun her hizmetin niteliğine, bünyesine, cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlere göre belirlenmesi ve takdiri gereklidir²⁰⁸. Çünkü, kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişindeki her aksaklık, düzensizlik, bozukluk, eksiklik, sakatlık mutlaka idarenin sorumluluğunu gerektirmez²⁰⁹. Nitekim idarenin bazı faaliyetlerinden doğan zararlar da sorumluluk için kusurun “ağır” olması aranırken – örnek: *Davacıların yakınının uygulanan yerli kuduz aşısından doğan komplikasyon sonucu ölümü nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın; ithal kuduz aşısı olan LDCV’nin en az komplikasyonu olan aşı olduğu, riski çok daha yüksek yerli aşı uygulanarak müşahade altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğundan tazmini gerektiği; davacının sol kalçasının ameliyat edilmesi gerekirken sağ kalçasının ameliyat edilmesi sonucu sakatlığının artmasına ve bakıma muhtaç hale gelmesine neden olduğundan bahisle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın ağır hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini gerektiği; Ameliyat sırasında hastaya oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu gerçekleşen ölüm olayında idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin yükümlülüğü bulunduğu - bazı hizmet alanlarında “hafif” kusur da idarenin sorumluluğunu gerektirebilmektedir²¹⁰. Yani hizmet*

²⁰⁸ Sarica, a.g.e. s. 862; ONAR, a.g.e., s. 1697-1698; ayrıca bkz. 4. HD., T. 15.01.1979, E. 1978/12904, K. 1979/146 (YKD., C. V, S. 4, Nisan 1974, s. 498).

²⁰⁹ Duez, a.g.e., s. 22; Esin, a.g.e., s.31.

²¹⁰ Sarica, a.g.e., s.862.

kusuru, mutlak, kat'i, değişmez bir ilke olmayıp, olaylara göre değişen “esnek” bir nitelik taşır²¹¹.

2.1.3.3. Genellik

Doktrinde²¹² hizmet kusurunun genel özelliği iki yönlü ele alınmıştır. Buna göre, hizmet kusuru bir yönüyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamakta, diğer yönüyle de teorinin idarenin sorumluluğu açısından esas sayılması yani idarenin sorumluluğunu doğuran diğer sorumluluk türlerine göre öncelikli olarak irdelenmesi gerektiği şeklinde ifade edilmiştir.

Çolak tarafından, Türk hukukunda genel kabul görmüş bu özelliğin Fransa’da yerleşmesinin gecikmeli olduğu; Fransa’da Komün idareleri ile olan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın istihdam edenin sorumluluğu çerçevesinde çözümlenmesinin, hizmet kusuru teorisinin sadece Devletle olan uyuşmazlıklarda sınırlı olarak uygulanmasına neden olduğu; ancak daha sonra içtihatla bu ayrımın kaldırıldığı ve hizmet kusuru teorisi Devletin yanında diğer kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunun belirlenmesinde de uygulanan genel bir teori olarak kabul edildiği ifade edilmiştir.²¹³

Hizmet kusurunun maddi açıdan genelliği, teorinin sorumlulukta esas sayılması ve olayların öncelikle hizmet kusuru yönünden incelenmesi gerektiği anlamında ifade edilmiştir.

²¹¹ Sarica, a.g.e., s.862.

²¹² Necdet ÖZDEMİR, a.g.e., 1963, s.25; Onar, a.g.e., s.1698; Esin, a.g.e., s.28-29.

²¹³ Müzeyyen Çolak, “İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, s. 54

Ancak hizmet kusurunun maddi açıdan genelliği giderek önemini yitirmiştir. Meydana gelen zararların öncelikle hizmet kusuru açısından incelenip, hizmet kusuru bulunamadığı durumlarda davanın reddine tam yargı davalarının niteliği gereği artık mümkün değildir. Zira, idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle olduğu ileri sürülen zararın tazmini istemi, Anayasanın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca açılacak tam yargı davasında ileri sürülebilir. (Tezimizin konusu olmadığı için detaylı anlatıma girmeksizin) İdari yargılama usulünde, medeni hukuk usulünden farklı olarak re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan ve bu ilkenin tam yargı davalarında, iptal davalarına göre daha geniş bir çerçevesi bulunduğu, idare mahkemelerince, davacılar tarafından olduğu ileri sürülen zararın, idarenin sorumluluk türlerinden hangi kapsamda bulunduğuna ilişkin davacı iddialarıyla bağlı kalınmaksızın araştırılmakta; dolayısıyla, davacı tarafından meydana gelen zarara idarenin hizmet kusurunun sebep olduğu ya da zararın sosyal risk ilkesi veya idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerince tazmini iddiaları ile bağlı kalınmaksızın, zararın hangi sebeple olduğu; zararın idarece tazmin edilebilir nitelikte olup olmadığı; idarece tazmini gereken bir zarar var ise, bu zararın gerçekten hangi ilke uyarınca tazmin edilmesi gerektiği re'sen tespit edilmekte ve ulaşılan sonuca göre karar verilmektedir.

O halde hizmet kusurunun genel olması yukarıda da anıldığı üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yürütmüş oldukları hizmetlerin tamamını kapsamı anlamında ele alınmalı, ancak maddi açıdan yapılan değerlendirme ise hizmet kusurunun kendi özelliğinden değil, idari yargılama usulünden kaynaklanan daha çok tam yargı davalarının niteliğinden kaynaklanan bir durumun sadece hizmet kusuruna teşmil edilmesi isabetli olmamaktadır.

Danıştay kararlarında görüldüğü üzere davacıların ileri sürdüğü sorumluluk çeşidine bağlı kalmamış ve re'sen sorumluluk çeşidini belirlemiştir.

Malmüdürlüğü lojmanına ait çatı duvarının rüzgarın etkisiyle uçarak davacıya ait aracın üzerine düşmesi sonucu araçta meydana gelen zararın

tazmini gerektiği²¹⁴;

Sivas ilinde yapılan 4. Pir Sultan Abdal Kültür etkinliklerinin ikinci gününde protesto eylemlerinin başlamasından otelinin yakılmasına kadar geçen yedi saatlik sürede kalabalığı dağıtmayan ve etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kalan, önleyici kolluk tedbirlerini almayan ve kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçleri hazır bulundurmayan idarenin doğan zararları hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazminle yükümlü bulunduğu²¹⁵;

Anılan Danıştay kararlarından da açıkça anlaşılacağı üzere idare teşkilatı içinde yer alan ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumlu olan tüm idarelerin bu anlamda sorumluluğu kabul edilmektedir.

Gelişen devlet anlayışı, vatandaşlık ve insan haklarının da gelişmesi böyle bir durumun varlığını ortadan kaldırmıştır. İdarenin sorumluluğunun içtihatlarla gelişmesi, sorumluluğu belirlemede katı kuralların olmaması, sorumluluk hukukunun gelişen şartlara uyum sağlamasını kolaylaştırmaktadır. Bu yüzden yargıçlar karar verirken, genel hukuk ilkeleri, hakkaniyet, adalet ve eşitliği göz önünde tutarak, gerektiğinde idareyi hizmet kusuru açısından, gerektiğinde de kusursuz sorumluluk açısından sorumlu tutabilmektedirler. Nitekim günümüzdeki uygulamalar da bu yönde olmaktadır²¹⁶.

²¹⁴ Dan.10.D. 13.3.2002, E: 2000 / 1143, K:2002/894, (Yayımlanmamıştır.)

²¹⁵ Dan.10.D. 12.07.1995, E: 1994 / 7359, K:95/3559, (Yayımlanmamıştır.)

²¹⁶ **Kadir Yurtseven** “İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara

2.1.3.4. Aslîlik

İdarenin hizmet kusuruna dayanan zorunluluğu “asli” ve “doğrudan”dır. Yani idarenin “kendi” sorumluluğudur ve personelin haksız fiilinden dolayı “üstlenilmiş” bir sorumluluk değildir²¹⁷.

Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlarından dolayı, zarar gören kişiler doğrudan doğruya, hizmeti gerçekleştiren idare aleyhine dava açabilirler. Çünkü hizmet kusuru teorisinde doğrudan idare sorumlu tutulmaktadır. Zarar gören kimselerin, zarar veren ajanı tespit etme veya bu ajanın ödeme gücünün yokluğunu ispat etme gibi bir mecburiyetleri yoktur.

Hizmet kusuruna dayanan sorumluluk asli bir sorumluluktur. Hizmet kusuru, kamu hukukunun bir kolu olan idare hukukunun çerçevesine giren ve özelliklerini kamu hukuku prensiplerinden alan bir teoridir. Özel hukuk alanında, bu hukukun sùjeleri arasındaki sorumluluk meselelerine uygulanan prensiplere, hizmet kusuru teorisinde rastlanılmaz. Hizmet kusuru, idare tùzel kişiliğinin, başka bir deyişle bizzat hizmetin kusuru olması nedeniyle, kişinin sùbjektif kusurunun esas alındığı özel hukukun prensipleri bu alanda uygulama yeteneği bulamaz.¹¹

Yukarıda anlatıldığı gibi her ne kadar hizmet kusuru sonuçta kamu personelinin kusurundan kaynaklansa²¹⁸ da idare, özel hukukta yer alan istihdam edenlere tanınmış olan kurtuluş beyyinelerini ileri sürerek

²¹⁷ Duez, a.g.e., s. 17; Onar, a.g.e., s. 1696; Yayla, a.g.e., s. 148; Duran, a.g.e., s. 27; Zabunoğlu, a.g.e., s. 240-241; Özdemir, a.g.e., s. 35-36; Ozansoy, a.g.e., s. 256; Özgüldür, a.g.e., s. 70-71; Anayurt, a.g.e., s. 50.

²¹⁸ Özgüldür, a.g.e., s. 7; Candan, a.g.e., s. 169.

sorumluluktan kurtulamaz²¹⁹. Kurtuluş beyyinelerinin ileri sürülememesinin doğal sonucu olarak zarar gören açısından; bu kusurun, belirli bir personelin eseri olduğunun; ona yönelik olduğunun; onun şahsına atıf ve ona izafesinin mümkün olduğunun bilinmesi; idare yönüyle ilgili olarak da, kusurun meydana gelmemesi için gereken tüm tedbirlerin alınmadığının ispatına gerek bulunmamaktadır. Bu durum, kamu kudretini kullanan güçlü idare karşısında bireyin daha korunaklı olmasını sağlamaktadır.

2.1.3.5. Değişkenlik/Esneklik

Kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişindeki her düzensizlik idarenin sorumluluğunu gerektirmez. İdarenin sorumlu tutulabilmesi için, derecesi çeşitli koşullara göre değişen bir düzensizliğin varlığı aranır. İdari yargı organı, her somut olayda; kamu yararı, kamu hizmetinin; gerekleri, işleyiş koşulları ve diğer özellikleri, zaman ve yer koşulları, zararın niteliği ve zararlar kusur arasındaki ilişkinin derecesi gibi unsurları göz önünde bulundurarak, saptanan kusurun tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğini takdir eder. Bu durum hizmet kusurunun olaylara göre değişen, esnek bir sorumluluk kavramı olduğunu ortaya koymaktadır.²²⁰

Kamu hizmetlerinin değişen şartlarda vatandaşlara sunulması, hizmet kusurunun da bu şartlara göre esneklik göstermesini gerektirmektedir. Normal şartlar altında hizmet kusuru sayılabilecek bir durum, olağanüstü durumlarda bu özelliğini kaybedebilir. Hizmet kusurunun esneklik karakteri, değişen

²¹⁹ Onar, a.g.e., s. 1696.

²²⁰ Esin, a.g.e., s.31.

durumlara göre kamu menfaati ve özel menfaat arasındaki dengeyi sağlamak açısından gerekmektedir. Bu durumda hizmet kusurunun değişmez, katı bir kavram olmasından ziyade, olay ve durumlara göre değişen esnek bir kavram olması, gerekli hak ve adaletin sağlanması açısından daha yararlı olmaktadır.

Örnek Kararlar

Davacının kardeşinin terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmesi karşısında gerekli koruma tedbirlerinin alınmamasının **açık** bir hizmet kusuru teşkil ettiği, uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini gerektiği²²¹;

Yapısında risk oranı yüksek olan sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulünün; yürütülen hizmetin niteliği itibariyle ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin, **açık** bir hizmet kusuru bulunduğunun saptanması halinde mümkün olduğu²²²;

Davacıların yakınının uygulanan yerli kuduz aşısından doğan komplikasyon sonucu ölümü nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın; ithal kuduz aşısı olan LDCV'nin en az komplikasyonu olan aşı olduğu, riski çok daha yüksek yerli aşı uygulanarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin **ağır** hizmet kusuru bulunduğundan tazmini gerektiği²²³;

²²¹ Dan.10.D 18.03.1998, E: 1995 / 7698, K: 1998/1196, (Yayımlanmamıştır.)

²²² Dan.10.D 26.09.1996, E: 1995 / 6506, K: 1996/5487, (Yayımlanmamıştır.)

²²³ Dan.10.D 14.11.1996, E: 1995 / 7086, K:1996/7534, (Yayımlanmamıştır.)

Davacının sol kalçasının ameliyat edilmesi gerekirken sağ kalçasının ameliyat edilmesi sonucu sakatlığının artmasına ve bakıma muhtaç hale gelmesine neden olduğundan bahisle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın ağır hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini gerektiği²²⁴;

Ameliyat sırasında hastaya oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu gerçekleşen ölüm olayında idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin yükümlülüğü bulunduğ²²⁵;

Yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen, hizmetin niteliği gereği olan gizliliği sağlayamayan idarenin olayda **ağır** hizmet kusuru olduğundan uğranıldığı ileri sürülen manevi zararı tazmini gerektiği²²⁶;

Hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasayla yetkili kılınan merciin emri olmaksızın davacıya ait telefon konuşmalarını idare ajanlarınca dinlenmesinde idarenin **ağır** hizmet kusuru ve tazmin yükümlülüğü bulunduğ²²⁷;

Devletin güvenliğine ve yüksek menfaatine ilişkin çok gizli belge olduğu belirtilerek mahkemeye bile ibraz edilmeyen istihbari bilgilerin bulunduğ²²⁸ bir raporun basına sızdırılmasının **ağır** hizmet kusuru olduğ²²⁹, bu

²²⁴ Dan.10.D 10.10.1996, E: 1995 / 934, K:1996/5933, (Yayımlanmamıştır.)

²²⁵ Dan.10.D 9.10.1995, E: 1994 / 3258, K: 1995/4255, (Yayımlanmamıştır.)

²²⁶ Dan.10.D 2.10.2001, E: 1999 / 1184, K: 2001/3325, (Yayımlanmamıştır.)

²²⁷ Dan.10.D 6.12.2000, E: 2000 / 3896, K:2000/6228, (Yayımlanmamıştır.)

şekilde davacının kişilik haklarına yapılan saldırıdan dolayı oluşan manevi zararın tazmini gerektiği²²⁸;

Davacının kızının geçirdiği trafik kazası sonucunda sağlık hizmetinin gereği gibi yürütülmemesinden ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın, olayda **ağır** hizmet kusuru bulunmamasından dolayı tazmin edilemeyeceği²²⁹;

Davalı idarece yanlış teşhis ve tedavi uygulanarak sağırılığa sebep olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın olayda **ağır** hizmet kusuru bulunmadığından tazmin edilemeyeceği²³⁰;

Üç yaşındaki çocukları “Geniz Eti Ameliyatı” öncesinde narkoz sonucu ölen davacıların destekten yoksun kaldığı zararın **ağır** hizmet kusuru ilkesi gereği davalı idarece tazmin edilmesi gerektiği²³¹

Davacılar murisinin doğum sonrası tedavisine devam edilirken serum yerine alkol verilmesi sonucu ölümü nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın, olayda **ağır** hizmet kusuru ile zararlar, yürütülen sağlık hizmeti sırasında nedensellik bağı bulunduğundan tazmini gerektiği²³²;

Hizmet kusurunun varlığı her olayda durumun gerekleri ve özelliklerine göre ayrı ayrı tespit edilir. Normal zamanlarda ve normal şartlarda kusur

²²⁸ Dan.10.D 13.10.1999, E:1997 / 2216, K: 1996/4812, (Yayımlanmamıştır.)

²²⁹ Dan.10.D 24.4.2001, E: 1998 / 7215, K:2001/1531, (Yayımlanmamıştır.)

²³⁰ Dan.10.D 4.6.2001, E: 1999 / 4912, K:2001/2042, (Yayımlanmamıştır.)

²³¹ Dan.10.D 1.2.1996, E: 1994 / 7433 K:1996/318, (Yayımlanmamıştır.)

²³² Dan.10.D 6.11.1996, E: 1995 / 6169, K: 1996/7126, (Yayımlanmamıştır.)

sayılabilecek bir eksiklik veya yanlışlık anormal ve olağanüstü hallerde hizmet kusuru sayılmayabilir²³³.

HİZMET KUSURU SAYILAN HALLER

2.2.1. Genel Olarak

Gerek doktrinde gerekse uygulamada, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk olarak ifade edilen hizmet kusurunun hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinden oluştuğu kabul edilmektedir²³⁴. Ancak hemen belirtelim ki, bu ayırım kesin olmadığı gibi sorumluluğun hangi tür hizmet kusurundan kaynaklandığının saptanması da her zaman kolay olmamaktadır. Bu nedenle hizmet kusurunun bu şekilde yapılan ayırımının önemini yitirdiği de iddia edilmektedir²³⁵. Ancak bu şekilde

²³³ Özgüldür, a.g.e, s. 73; Onar, a.g.e., s. 1695.

²³⁴ Gözübüyük, a.g.e., 316; Özgüldür, a.g.e, s. 75; Özay, a.g.e., s. 749; Günday, a.g.e., s. 321

²³⁵ Özgüldür, a.g.e, s. 75; Gözler, a.g.e., s. 977 "... Kanımızca da kusur bir insan fiilinin niteliğidir. Bir tüzel kişinin veya daha da soyut bir şekilde "hizmet" in kusuru olamaz. O nedenle hizmet kusurunun bir kamu hizmetinin kuruluş (organisation) ve işleyişinde (fonctionnement) bozukluk olarak tanımlanması yerinde değildir. Keza, hizmet kusuru hallerinin yukarıdaki gibi üçe ayrılıp sayılması, tabiri caizse bir "geleneksel üçlü" yaratılması doğru değildir. Hizmet kötü işlese de kötü işlemese de; hizmet geç veya zamanında işlese de veya hizmet hiç işlemese

ayırma tabi tutmanın hizmet kusurunu tam olarak ifade edemese de iyi bir tasnife tabi tuttuğu da şüphesizdir. Biz de çalışmamızın bu aşamasında üçlü ayırımı esas alacağız.

2.2.2. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi hizmet kusurunun en yaygın ve en temel görünüş biçimidir.²³⁶ İdari yargı yerlerince idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu yolunda verilen kararlar incelendiğinde gerçekten de kararların çok büyük bir kısmında, idarece yürütülen hizmetlerin kötü işleme nedeniyle sorumluluğa hükmedildiği görülmektedir.

Hizmetin kötü işlemesi, hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi anlamına gelmektedir²³⁷. İdare, yetkili ve görevli kılındığı alan ve konularda bireylere kamu hizmeti sunması gereken bir Devlet organıdır. İdare, kamu hizmetinin gereği gibi işlemesine yönelik idari örgütü kurmak, araç ve gereçler ile personeli o hizmetin gereklerine uygun bir biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Hizmetin gereği gibi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde idarenin hukuki sorumluluğunun söz konusu olması nedeniyle uğranılan

de,kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri, kendilerinden beklenildiği gibi değilse bunlar kusur teşkil eder."

²³⁶ Yenice, Esin, a.g.e., s. 88.

²³⁷ Gözübüyük, a.g.e., 316; Özgüldür, a.g.e, s. 75; Özay, a.g.e., s. 748; Günday, a.g.e., s. 321; Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, 1997, Ankara, 18.

zararın bu hizmeti yürütmekle görevli olan idarece tazmini gerekir²³⁸.

Kamu hizmetinin çeşitliliği ve değişkenliği nazara alındığında hizmetin kötü işlemesi halinin sınırlarını belirlemenin, başka bir ifadeyle bir formüle bağlamanın imkansızlığı kolayca anlaşılır. Bu nedenden dolayı, hizmetin kötü işleyip işlemediğini saptamak; hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkan ve araçlar, somut olayın niteliği ve benzeri durumları tahlil ederek, her olay için somut bir yargıya varmakla mümkündür²³⁹. Bununla birlikte idarenin eksikliğinden, dikkatsizliğinden, tedbirsizliğinden, ihmalden, yasal görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanan hizmet kusurları hizmetin kötü işlemesinin örneklerini oluşturmaktadır²⁴⁰.

Kamu tüzel kişileri, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla çeşitli hizmetleri sunmak zorundadırlar. Bu hizmetleri sunarken, bu hizmetlerden yararlanan veya yararlanmayan kişilerin haklarını da göz önünde bulundurmak zorundadır. İyi bir hizmetin ne gerektirdiğini bilmek zor olsa da, idarece öncelikle yürütülecek kamu hizmetine ilişkin plan, program, uygulama gibi konularda çok titiz çalışmalar yapılmalı; gerçekten de yapılan veya yapılmaya çalışılan “iş”in bir “hizmet” olduğu ve amacının, bireylerin ve toplumun yararına, onların ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ve onlarda mutluluk hissi uyandıracak nitelikte, onları daha ferah bir düzeye ulaştırma amacıyla yürütüldüğü unutulmamalıdır. İdarenin, bu

²³⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 72; Muammer Oytan; **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışında Gelişmeler**, Ankara 1999, s. 6.

²³⁹ Özgüldür, a.g.e, s. 75; Özay, a.g.e., s. 748; Günday, a.g.e., s. 321.

²⁴⁰ Oytan; a.g.e., s. 3.

hizmetleri gerçekleştirirken vatandaşları zarara uğratmaması, hele hele “idare” ile hiç bağdaşmayacak şekilde kaş yaparken veya yapmaya çalışılırken göz çıkarılmamalıdır.

Bu anlamda idarenin ajanlarına büyük sorumluluk düşmektedir. Çünkü, idare bir kamu hizmetini yürütürken, tek bir karar mercii tarafından değil, kararın alınmasından sonra uygulanması aşamasında da dikkat ve zen göstermeli, yine bir bütünlük içinde kamu hizmetinin vasfına ve bu hususta idarece amaçlanan hedefe yönelik, hizmetin yürütülmesinde uygulayıcı görevlilerle birlikte bu sonuca ulaşma bilinciyle hareket edilmelidir.

Yukarıda hizmet kusurunun özelliklerine değinirken ifade edildiği üzere, hizmet kusurunun anonim özelliği gereği kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idare ajanlarının salt kişisel kusurları niteliğinde olmayan hizmete ilişkin kusurları da idarenin hizmet kusuru kabul edildiğinden, idarece, sadece hizmetlerin belirlenmesi ve planlanması değil, en az bu kadar önemli bir husus da bu konuda personelin eğitimi ve onlara “hizmet görevlisi” olma bilincinin yerleştirilmeye çalışılması gerekmektedir. Aksi takdirde uygulamada da çok bariz olarak görüldüğü üzere idarece yürütülen hizmetlerin düşünülen amaca ulaşmadığı ve aksine toplumun ve bireylerin zarar görmesine sebep olduğu görülmektedir. O halde idareye düşen görev, yapılmak istenilen hizmetin, en iyi, en modern şekilde yapılması ve bu sırada hizmetten doğrudan veya dolaylı yararlananların da hiçbir şekilde zarar görmemesine yönelik tedbirlerin alınmasıdır.

Hizmetin kötü işlemesinde idarenin uygunsuz, iyi olmayan bir faaliyeti, kusurlu bir davranışı söz konusudur. Kötü işleme, hizmetin gereği gibi yapılmamasını anlatır. “Hizmet kötü işlemiştir” diyebilmek için, kusurun maddi

nitelikte olması şart değildir. Hukuki bir yanılma da olabilir. Örneğin bir kural ve tasarrufun yanlış anlaşılması gibi²⁴¹.

Hizmetin kötü işlediğinin saptanması için, hizmetin niteliğinin, içinde bulunulan durumun, idarenin sahip olduğu araç ve olanakların, zarar görenin durumunun, zaman ve değişen şartların bilinmesi gerekmektedir.

Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin soyut olarak sınırlarını belirleyebilmenin, bu hali bir formüle bağlamanın imkansızlığı kolayca anlaşılır. Bu nedenle hizmetin kötü işleyip işlemediğini hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin elindeki imkan ve araçlar, somut olayın niteliği ve bunun gibi durumları inceden inceye tahlil etmekle, her olay için somut olarak bir yargıya varmakla mümkündür. Bu nedenle, idari yargı yeri her somut olayda, “hizmetin yöneldiği amaç” yönünden bir değerlendirme yapacak ve idarenin davranışını bu açıdan bir değerlendirmeye tabi tutacaktır. Bu durumun “yargıçlar devleti” ile uzaktan herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Türk Danıştay’ı da hizmetin kötü işlemlerini veya gereği gibi yapılmamasını, hizmet kusuru sayarak, yönetimin sorumluluğuna karar vermektedir. Hizmetin kötü işlemesi, bir yönetsel eylem biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, bir yönetsel işlem biçiminde de ortaya çıkabilir.

Hizmetin kötü işlemesi ile ilgili Örnek Kararlar

Davacıların sahibi ve işleticisi oldukları otel ve restaurant’ın Sivas

²⁴¹ Esin, a.g.e., s.31.

olaylarında göstericiler tarafından yakılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği²⁴²;

Sivas ilinde yapılan 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinlikleri sırasında meydana gelen otelinin yakılması ve 33 kişinin ölümü ile sonuçlanan olaylarda, otelden sağ olarak kurtulan davacının, gözü önünde birçok insanın ölmesi ve saatlerce otelde mahsur kalması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini gerektiği²⁴³;

Sivas'ta yapılan 4. Pir Butlan Abdal Kültür Etkinlikleri sırasında meydana gelen olaylarda yakılan Otelinde bulunan olaylarda yaşamını yitiren'in kardeşleri olan davacıların kardeşlerinin ölümünden duydukları elem ve ızdırap nedeniyle uğradıkları manevi zararın; protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen 7 saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya veya başka bizimde etkisiz hale getirmeye yönelik çalışmaların yetersizliği ya da dağıtılması halinde başka olaylar çıkabileceği endişesiyle dağıtamayan idarenin hizmet kusuru bulunduğu dolayısıyla idarenin olaydaki kusurunun ağırlığını ifade edecek şekilde tazmini gerektiği²⁴⁴;

1996 yılı 1 Mayıs kutlamaları sırasında meydana gelen olaylar sonucunda davacı idarenin uğradığı zararın, durak yerlerinde, bilet satış gişelerinde ve otobüslerde güvenlik hizmetini yetersiz işleten idarece hizmet

²⁴² Dan.10.D. 29.09.1998, E: 1996 / 9460, K:98/4557, (Yayımlanmamıştır.)

²⁴³ Dan.10.D. 12.03.1998, E: 1996 / 8647; K:98/1127, (Yayımlanmamıştır.)

²⁴⁴ Dan.10.D. 2.10.1996, E: 1995 / 8075, K:96/5757, (Yayımlanmamıştır.)

kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği²⁴⁵;

Spor kulübünün başkanı olan davacının hassas durumu göz önüne alındığında, futbol müsabakası sonucunda çıkan olaylar sırasında dükkanının ve içindeki eşyaların tahrip edilmesin nedeniyle uğradığı zararın gerekli hizmetleri zamanında sağlamayan idarece tazmini gerektiği²⁴⁶;

Güvenlik kuvvetlerine ait makineli tüfeğin ateş alması sonucu yaralanarak sağ bacağı kesilen ve çalışma gücünün %60'ını kaybeden davacının ve anne babasının uğradıklarını ileri sürdükleri zararın; hizmetin iyi işlememesi nedeniyle idarece tazmini gerektiği²⁴⁷;

Davacının eşinin Orduevinde kalmakta iken Orduevi Müdürlüğü emrinde resepsiyon hizmetlerinde görevli askerler tarafından dövülerek, tecavüz edilmesi, öldürülmesi ve değerli eşyalarının çalınmasından dolayı uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği²⁴⁸;

Davacıya ait katırın Bitlis – Baykan ilçesinde Jandarma Komutanlığınca yapılan operasyon sırasında öldürülmesi nedeniyle oluşan zararın, hizmetin kötü işlemesi nedeniyle Anayasanın 125. maddesi uyarınca

²⁴⁵ Dan.10.D. 11.10.2000, E: 1999 / 1648, K:2000/5119, (Yayımlanmamıştır.)

²⁴⁶ Dan.10.D. 4.10.1996, E: 1994 / 1513, K:1995/4116, (Yayımlanmamıştır.)

²⁴⁷ Dan.10.D. 08.10.1996, E: 1995 / 3009, K:1996/5895, (Yayımlanmamıştır.)

²⁴⁸ Dan.10.D. 26.03.2001, E: 2000 / 4654, K: 2001/1086, (Yayımlanmamıştır.)

tazmini gerektiği²⁴⁹;

Askeri birliklerce yapılan atış talimi sonunda patlamamış mermilerin toplanması, atış alanına girişlerin fiziki bir engelle sınırlandırılması ve yöre halkının can ve mal güvenliğinin sağlanması gerektiği, belirtilen konularda gerekli özeni göstermeyen idarenin hizmetin işleyişinde kusurlu ve tazmin sorumluluğu bulunduğu²⁵⁰;

Cezaevinde bulunan hükümlülerin can güvenliğini korumakla yükümlü olan Adalet Bakanlığı'nın davacıların murisinin cezaevinde diğer mahkumlar tarafından öldürülmesi nedeniyle uğranılan zararın, hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini gerektiği²⁵¹;

Banka şubesine ait elektronik cihazların yapılan enerji nakil hattı çalışmaları sırasında devrelere yüklenen fazla voltaj nedeniyle hasara uğraması sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın tazmin edilemeyeceği²⁵²;

Davalı idarelerin üzerinde çalışmalar yapılan ve aydınlatılmamış bir yolu araç trafiğine açık tutmak, bu konuda gerekli işaretlemeleri yapmamak ve taşıt yolu üzerindeki elektrik direği için uyarıcı levha koymamak suretiyle

²⁴⁹ Dan.10.D. 13.12.2001, E: 2000 / 1445, K:2000/4810, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵⁰ Dan.10.D. 06.02.1996, E: 94 / 8104, K:1996/355, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵¹ Dan.10.D. 13.10.2002, E: 2000 / 1150, K:2002/696, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵² Dan.10.D. 17.04.2001, E: 1999 / 833, K:2001/1456, (Yayımlanmamıştır.)

kazaya sebebiyet vermelerinin hizmet kusuru oluşturduğu²⁵³;

Elektrik hatlarının bakım ve onarımı, trafo değişimi ve hat bağlanması sırasında fazlardan birinin nötr ile yer değiştirilmesi nedeniyle 380 volt akımın şebekeye verilmesinin hizmet kusuru oluşturduğu²⁵⁴;

Sarkan elektrik iletim hattına takılan davacının elektrik çarpması sonucu sağ elinin üç parmağını ve sağ bacağını diz altından kaybetmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın; hizmeti teknik şartlara uygun şekilde yürütmeyen idarece tazmini gerektiği²⁵⁵;

İnşaatta çalışırken yüksek gerilim hattına teması sonucu sol kolunu, sağ bacağını ve sol ayak parmaklarını kaybeden davacının uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın; kuvvetli akım yönetmeliğine göre enerji nakil hattının mesafesinin yeterli olmaması nedeniyle hizmeti kusurlu işleten idarece kusuru oranında tazmin edilmesi gerektiği²⁵⁶;

Davacıya ait ineğin, köyün içinden geçen su kanalından su içmesi sırasında PTT'ye ait şebeke direğinden toprağa çekilen gerdirme lente telinden gelen kaçak elektrik nedeniyle çarpılarak ölmesi sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın; gerekli oranım ve bakım hizmetini yerine getirmeyerek hizmeti kusurlu işleten idarece tazmini gerektiği²⁵⁷;

²⁵³ Dan.10.D. 10.11.1999, E: 97 / 7560, K:1999/5511, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵⁴ Dan.10.D. 24.06.1997, E: 96 / 8416, K:1997/2555, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵⁵ Dan.10.D. 11.12.1996, E: 95 / 7659, K:1996/8141, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵⁶ Dan.10.D. 14.05.1996, E: 95 / 1593, K:1996/2476, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵⁷ Dan.10.D. 14.11.1996, E: 95 / 3108, K:1996/7544, (Yayımlanmamıştır.)

Davacının sahibi bulunduğu taşınmaz üzerinde ekili buğday ürününün bir kısmının davalı idareye ait sulama kanalından sızan sular nedeniyle çürümesi ve gelişmemesi sonucu uğranılan zararın tazmini gerektiği²⁵⁸;

Yağmur ve sel sularının ana kanaletlere akmasını sağlayan köprünün hatalı olması nedeniyle meydana gelen taşkınlar sonucu davacılara ait nar ağaçlarının çürüdüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın tazmini gerektiği²⁵⁹;

Munzur Nehrinde hatalı olarak yapılan ıslah çalışmalarından dolayı meydana gelen su baskınında zarar gören davacıya ait taşınmazda oluşan maddi zararın tazmini gerektiği²⁶⁰;

Taş kırma şantiyesinden çıkan tozun davacıya ait meyve ağaçlarına zarar vermesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın tazmini gerektiği²⁶¹;

Otoyol yapımı sırasında dere yataklarının doldurulmasından ve yeterli menfezin yapılmamasından dolayı yağmurun oluşturduğu taşkın suyun taşlı ve balçıklı toprağı sürükleyip davacıların bahçesine doldurmasından, ağaçların ve diğer ürünlerin zarar görmesinden kaynaklanan maddi zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmin edilmesi gerektiği²⁶²;

²⁵⁸ Dan.10.D. 20.10.1999, E: 97 / 1851, K:1999/5260, (Yayımlanmamıştır.)

²⁵⁹ Dan.10.D. 7.5.1998, E: 96 / 9064, K:1998/1946, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶⁰ Dan.10.D. 28.1.1997, E: 95 / 2411, K:1997/29, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶¹ Dan.10.D. 18.10.2001, E: 98 / 2211, K:2001/125, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶² Dan.10.D. 18.1.1999, E: 97 / 6526, K:1999/6172, (Yayımlanmamıştır.)

Kasko sigortası bulunan aracın yol kusuru nedeniyle yoldan çıkması sonucu görmüş olduğu hasarın tazmini gerektiği²⁶³;

Davacıların çocuğunun davalı idareye ait kapağı bulunmayan menhol çukuruna düşmesi sonucu ölümü nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği²⁶⁴;

Yol yapımı sırasında yüksek tonajlı dinamit patlatılması nedeniyle davacının evinin ve ahırının çökmesi sonucu uğradığı zararın, hizmet kusuru ilkesine göre idarece tazmini gerektiği²⁶⁵;

Davacılar murisinin bıçakla yaralanması üzerine acilen getirildiği hastanede yatırılması gerekirken eksik müdahaleyle eve gönderilmesi sonucunda ölümünden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği²⁶⁶;

Fare zehiri içtiği şüphesiyle kaldırıldığı devlet hastanesinde yanlış ilaç verilmesi sonucu vücut tamliğini yitiren davacının maruz kaldığı zararın hizmet kusuru esasına göre tazmini gerektiği²⁶⁷;

Yapılan mide ameliyatında davacının karın boşluğunda batın bezi unutulmasının hizmet kusuru niteliğinde olduğu, uğranılan zararın tazmini

²⁶³ Dan.10.D. 13.05.1998, E: 96 / 7299, K:1998/2008, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶⁴ Dan.10.D. 16.11.1998, E: 98 / 2636, K:1998/5780, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶⁵ Dan.10.D. 12.12.1995, E: 1994 / 5456, K:1995/6438, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶⁶ Dan.10.D. 14.06.2001, E:1999 / 4088, K:2001/236, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶⁷ Dan.10.D. 13.10.1999, E:1997 / 2731, K:1999/4835, (Yayımlanmamıştır.)

gerektiği²⁶⁸;

Yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu açık olup, davacının bu olay nedeniyle işsiz kalması sonucu uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği²⁶⁹;

Davacının kanserli olmadığı halde biyopsi raporunun bir başka hastaya ait rapor ile karıştırılması sonucunda sağ meme ve sağ koltuk altı lenf bezlerinin alınmasına sebep olduğu ileri sürülerek uğranılan manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın; davacının başka bir tıp merkezinde yaptırdığı patolojik incelemede alınan parçanın kanserli olmadığı teşhisi konulmasına rağmen, daha hassas davranarak üçüncü bir tıp merkezinde muayene görerek alınacak sonuca göre gerekirse ameliyat olması gerekirken, kendi isteğiyle olduğu ameliyat sonucunda aldırıldığı organları nedeniyle idarenin tazminle yükümlü tutulamayacağı gerekçesiyle reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı²⁷⁰;

Davacıların çocuğunun kreş ve gündüz bakımevinde tecavüze uğraması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın; idarece çocukların ruh ve beden sağlıklarının özenle korunması gereken böyle bir kuruma personel alınırken gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle

²⁶⁸ Dan.10.D. 13.10.1999, E:1997 / 2731, K:1999/4835, (Yayımlanmamıştır.)

²⁶⁹ Dan.10.D. 31.1.1996, E: 1994 / 5314, K:1996/294, (Yayımlanmamıştır.)

²⁷⁰ Dan.10.D. 25.10.1995, E: 1994 / 6653; K:1995/4874, (Yayımlanmamıştır.)

*oluşan hizmet kusuru uyarınca tazmin edilmesi gerektiği*²⁷¹;

*Davacının ekili mahsulünün, davalı idarece tütünlerin yakılarak imhası sırasında sıçrayan ateşle tutuşarak yanması sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın hizmet kusuru ilkesi gereği tazmini gerektiği*²⁷²;

*Davacıya ait otomobilin -davalı idare sorumluluğunda- uzun süre açık alanda bekletilmesi nedeniyle hurdaya dönüştüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini gerektiği*²⁷³;

2.2.3. Hizmetin Geç İşlemesi

Kamu gücü ile donatılmış olan idarenin sunmak zorunda olduğu kamu hizmetlerini yerine getirmesi yeterli değildir, aynı zamanda bu kamu hizmetlerini makul bir süre içerisinde yerine getirmek zorundadır. Kamu hizmetinin makul kabul edilemeyecek oranda geç veya yavaş işlemesi de idare açısından hizmet kusurunu oluşturur²⁷⁴.

Hizmetin geç işlemesi halinin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. İdarenin vermekle yükümlü olduğu kamu hizmeti için mevzuatta bir süre belirlenmiş ise, bu süreyi aşacak şekilde kamu hizmeti sunmak hizmet kusuru sayılır. Ancak hizmetin sunum süresi mevzuatta açıkça belirtilmemiş ise

²⁷¹ Dan.10.D. 11.6.1996, E: 1996 / 4313,K:1996/3477, (Yayımlanmamıştır.)

²⁷² Dan.10.D. 3.12.1996, E:1995/ 8207, K:1996/8026(Yayımlanmamıştır.)

²⁷³ Dan.10.D 11.10.1999, E: 1997 / 510, K:1999/5769, (Yayımlanmamıştır.)

²⁷⁴ Gözübüyük, a.g.e., 320; Özgüldür, a.g.e, s. 76; Özay, a.g.e., s. 749; Günday, a.g.e., s. 322; Armağan, a.g.e., s. 30; Yenice, Esin, a.g.e., s. 9.

hizmetin ne kadar süre içerisinde yerine getirileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu tür kamu hizmetlerinde hizmetin niteliği, yeri, zamanı, idarenin imkanı ve hizmet alanının ihtiyaç durumu gibi hususlar dikkate alınarak makul bir sürenin belirlenmesi gerekir²⁷⁵. Belirlenen bu makul süre kadar beklenmesi, idare açısından hizmetin geç işlemesi olarak kabul edilemez. Makul sürenin her kamu hizmeti için farklılık arz edeceği şüphesizdir. Buna göre sağlık kamu hizmetinde kalp krizi geçiren bir hasta ile soğuk algınlığı olan bir hastaya müdahale zamanının farklılık gösterebileceği kuşkusuzdur.

İdare yerine getirmekle yükümlü olduğu görevleri, somut olaylara uyum sağlayabilecek süratle gerçekleştirmelidir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde olağan sayılmayacak nitelikte bir gecikme, yerine göre bir hizmet kusuru oluşturur. İdare yerine getireceği yükümlülüğü için bir sürenin öngörüldüğü durumlarda, öngörülen süreye uymak zorundadır. Aksi takdirde, meşru kabul edilebilir bir mazereti yoksa, hukuka aykırı davranmış olur ve doğan zararı tazminle yükümlüdür. Mevzuat idareye yerine getirmek zorunda olduğu faaliyetleri belirtip bunların gerçekleştirilmesi için bir süre öngörmediği durumlarda, idarenin o ana kadar mutat uygulamaları, iyi işleyen bir idarenin söz konusu etkinliği ne kadarlık bir süre içerisinde yerine getirdiği gibi objektif kıstaslardan hareketle idareye normal ve makul bir süre tanınmalıdır. Bu süre her olayın niteliğine göre değişebilir. Bu sürenin uygunluğuna mahkeme karar verecektir. İdare yükümlülüklerini ifa esnasında ihtiyatlı, gerekli önlemleri öngörüp, almak ve uyanık olmak zorundadır. Böyle bir gerekliliğe bağlı

²⁷⁵ Özgüldür, a.g.e, s. 76; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 78; Günday, a.g.e., s. 322.

gecikme sorumluluğu doğurmaz.²⁷⁶

Hizmetteki gecikme normal idari uyanıklık ölçüleri içinde kalmış ise, bunun bir hizmet kusuru olarak nitelendirilmesine olanak yoktur. Bilindiği gibi kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında tedbirli ve uyanık olmak idare için bir zorunluluktur. İdare, pozitif hukuk kuralları kadar kamu yararı ve hizmet gereklerini de göz önünde tutmak ve bunları birlikte değerlendirmek durumundadır. Bu zorunluluk da, çoğu kez hizmetin işleminde bir gecikmeye, yavaşlığa yol açar.

Ancak, böyle bir gecikmeden ötürü idareyi sorumlu tutmanın kamu yararı ile bağdaşmayacağı açıktır. Sorumluluğu doğuran gecikmeyi, idari uyanıklığın olağan sonucu sayılmayacak bir düzeyde aramak gerekir. Danıştay'ın, özellikle, mevzuatın yorumu ve uygulanması yönünden gösterilen titizlik nedeniyle ortaya çıkan gecikmeleri hizmet kusuru niteliğinde görmediği gözlemlenmektedir²⁷⁷.

Hizmetin geç işleyip işlemediğini tespit işi, güçlük arz eder. Eğer mevzuat bir hizmetin görülmesi için belirli bir süre öngörmüşse bu takdirde hizmetin geç işlemiş olduğu saptamak oldukça kolay olacaktır. Çünkü, idare öngörülen süre içerisinde hizmeti yerine getirmemiş, hizmetin geç işlemiş olduğu sonucuna varılır. Ancak, mevzuatta hizmetin belirli bir sürede yerine getirilmesine ilişkin hükümlere pek rastlanmaz. Böyle durumlarda hizmetin geç işleyip işlemediğini tespit işi doğal olarak idare mahkemesinin takdirine bırakılmıştır. Yargı yeri hizmetin niteliğini, idarenin sahip olduğu imkan ve

²⁷⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 78-79.

²⁷⁷ Esin, a.g.e., s.45.

araçları; somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak idarenin gereken çabukluğu gösterip gösteremediğini ortaya koyar. Fakat her gecikme mutlaka idarenin sorumluluğunu ortaya koymaz. Arada geçen kısa ve zorunlu bir süre içinde ortaya çıkan zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutmak doğru olmaz²⁷⁸.

Kamu idarelerinin görmekle yükümlü bulundukları kamu hizmetlerini yürütürken kanunlara ve genel olarak hukuka uygun hareket etmeleri gerekir. İdarelerin bu kurala aykırı davranışları sebebiyle, kişilerin uğrayacakları zararları tazminle mükellef olmaları 2709 sayılı Anayasanın 125. maddesi hükmü icabıdır.

Yargı kararlarının uygulanmamasının veya eksik ve geç uygulanmasının ağır hizmet kusuru olduğu; bu nedenle uğranılan zararların ilgili idarece tazmini gerektiği açıktır.

Hizmetin Geç İşlemesi İle İlgili Örnek Kararlar

*Arazisi sulama kanalı projesine dahil olan davacının, yeni sulama kanalı yapımı nedeniyle eski kanaldan su alamaması ve gerekli su alma yapısının geç inşa edilmesinden dolayı uğradığı zararın yürütülen kamu hizmetinin kusurlu işlemesi sonucu ortaya çıktığının kabulünün gerektiği*²⁷⁹;

Davacıya ait bahçenin karayolu çalışmaları sonucunda susuz kalarak kurduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın tazmini

²⁷⁸ Duran, a.g.e., s.29.

²⁷⁹ Dan.10.D 9.12.1997, E: 1996 / 1291, K:1997/5565, (Yayımlanmamıştır.)

gerektiği²⁸⁰;

Davacılar murisine hastanede zamanında müdahale edilmediğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği²⁸¹;

Davacıların çocuğunun acilen yapılması gereken ameliyatının geç yapılması ve patolojinin ağırlaşması nedeniyle ölmesinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini gerektiği²⁸²;

Çiftçi ve üreticiler; ekim ve dikim alanlarında görülen hastalık ve zararlıları ihbarla kanunen yükümlü olduklarından, idareye süne zararlısı ile mücadele için herhangi bir ihbarda bulunmayan davacının, hizmetin geç işlemesi nedeniyle doğan zararının tazmininden kendi kusur oranının da dikkate alınması gerektiği²⁸³;

2.2.4. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesinde, idarenin faaliyette bulunması gerekirken yani bir kamu hizmetini icra etmesi gerekirken, herhangi bir sebeple bu hizmeti gerçekleştirmemesi söz konusudur. İdarenin gerçekleştirmesi gereken eylem ya da işlem idareye kanuni bir zorunlulukla verilmiş ya da bu konuda idareye hareket serbestisi tanınmış olabilir. İdareye tanınan hareket serbestisi, idarenin bu serbestliğe dayanarak hizmet yapmaktan kaçınmasını

²⁸⁰ Dan.10.D 11.2.1998, E:1996 / 6524, K:1998/616, (Yayımlanmamıştır.)

²⁸¹ Dan.10.D. 13.2.2001, E:1998 / 3789, K:2001/487, (Yayımlanmamıştır.)

²⁸² Dan.10.D. 24.2.1998, E:1996 / 2967, K:1998/808, (Yayımlanmamıştır.)

²⁸³ Dan.10.D. 15.11.2001, E: 2001 / 2282, K:2001/3947, (Yayımlanmamıştır.)

ortaya çıkarmaz.²⁸⁴

İdare kendi görev alanı ile bağlantılı, fakat kendisine bu konuda faaliyet yapmada serbesti tanınmış durumlarda, gereken hizmeti sağlamazsa sorumluluktan kurtulamaz. Bu konuda idarenin sorumluluğu değerlendirilirken, idarenin sahip olduğu olanaklar, hizmetin idarenin amaç ve faaliyet alanı ile ilişkisi göz önünde tutulmalıdır.

İdareye, hukuk kurallarınca bir takım hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmişse; bu durumda, idarenin “bağlı yetki” gereği, o hizmeti yerine getirmeme konusunda bir serbesti yoktur. İdarenin aksine davranışı, hem hukuka aykırılığı hem de hizmet kusurunu ortaya çıkarır²⁸⁵.

Bir hizmetin yerine getirilmesi konusunda idareye takdir yetkisinin tanınması, idarenin sorumlu olmamasını gerektirmeyip, idare; yargı organı tarafından hareketsizliğinin sonuçlarından sorumlu tutulabilir. Çünkü, idareye tanınan takdir yetkisi, keyfi hareket serbestisi olmayıp, hizmetin daha iyi sunulmasını sağlamak içindir. Bu itibarla takdir yetkisi yargısal denetimin dışında bırakılmamıştır. Takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığı mahkeme tarafından kabul edildiği takdirde; meydana gelen zararlardan idarenin tazmin yükümü doğar.

İdare doğrudan kendi görev alanına girmeyen, fakat ifası kamu yararı açısından zorunlu olan bir alanı kendi görev alanında imiş gibi değerlendirip, bu alanda faaliyetlere başlarsa, en azından başladığı faaliyetin bir başka

²⁸⁴ Sarıca, a.g.e., s.33.

²⁸⁵ Özay, a.g.e., s.737

kamu idaresi tarafından yerine getirilmeye başlanacağı ana kadar söz konusu alandaki faaliyetlerine devam etmelidir. Bir defa bu anlamda başladığı bir faaliyet, başka bir idare tarafından yerine getirilmeye başlamadan, idare kendi asli yükümlülüklerini ve mali kaynaklarının elverişliliği gerekçeleriyle söz konusu alandaki sorumluluklarından kurtulamaz. Çünkü iyi işleyen bir idarenin, gerçekleştireceği işlerin plan ve programlarını yaparak ifasını kararlaştırırken zorunlu olanlara öncelik verip, mevzuatın kendisine yüklediği alanlardaki faaliyetleri için halihazırdaki imkanları ile gelecekteki durumları hesaplayıp dikkate alması gerekir²⁸⁶.

İdare, Anayasanın 65. maddesinde öngörülen “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” hükmünden yararlanarak kamu hizmetlerini ifadan kaçınamaz. Danıştay, Anayasadaki mali kaynakların yeterliliği ile ilgili hükmün idarenin sorumluluğunu da sınırladığına ilişkin önceki görüşünü değiştirmiştir. Önceki görüşte Danıştay’ın aldığı bir karar şu şekildedir: “Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ile sınırlıdır.... Dere yataklarının sık temizlenerek bakımlı halde tutulması mali ve teknik imkanlara bağlı olduğundan, bu kabil hallerde doğan zararlardan Devleti sorumlu tutmaya hukuken imkan mevcut değildir.”(12.D, 24.4.1972 gün ve K:1972/1282 sayılı karar).Daha sonraki tarihli örnek bir karar ise şu şekildedir: “Heyelan mıntıkasında açılan karayolunda heyelana karşı gerekli tedbirleri almama ve yol kenarında ruhsatsız açılan kahvehanenin işletilmesini önlememe suretiyle

²⁸⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.76.

burada konaklayan araçtakilerin toprak kayması sonucu ölümü olayında Danıştay, hizmetin gereği gibi işlemediğini kabul etmiş ve “aynı güzergahta daha az riskli ancak heyelan bölgesi olması nedeniyle olağan teknik olanaklardan farklı bir özellikte yol yapmanın maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilmemiş olmasının olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak kabul edilemeyeceği”ne karar vermiştir.(10.D, 12.11.1996 gün ve 6939/7395 sayılı karar)²⁸⁷

İdarenin hareketsizliğini bir kusur saymak, hizmet kusuru kuramının uygulama alanını genişletmiştir.

Doktrinde ve yargı içtihatlarında genel olarak şu haller hizmetin işlememesine örnek olarak gösterilmektedir.

-Yapılması gerekli olan bayındırlık yapıtlarının veya işlerinin hiç yapılmaması ya da yetersiz yapılması.

-Bayındırlık yapıtlarının ve eklentilerinin olağan bakımının yapılmaması veya yetersiz bakımı.

-Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında fertlerin sağlık, güvenlik ve

²⁸⁷ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.78.

esenliği yönünden gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması veya alınan tedbirlerin yetersizliği.

-Askerler, öğrenciler, akıl hastaları ve hükümlüler gibi Devletçe gözetilip korunması gereken kişiler üzerindeki denetim ve gözetim görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi

-Bir kural tasarrufu belli kişilere veya belli olaylara uygulamaktan maksatlı olarak kaçınma.

Hizmetin Hiç İşlememesi İle İlgili Örnek Kararlar:

Kamu idareleri, yapmakla yükümlü oldukları hizmetleri yürütürken, hizmetin işleyişini düzenli olarak denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin kendisine yüklenilen görevleri ve yetkileri, ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde, bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekmektedir.

Davalı idarece su verilmemesi nedeniyle sulu ziraat yapılamadığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın tazmini edilemeyeceđi²⁸⁸;

Barajda su tutulmaya başlanması nedeniyle davacının kavaklarını suladığı dere yatağına su verilmemesi sonucunda kavakların kuruduğu ileri

²⁸⁸ Dan.10.D. 7.2.2001, E: 1998 / 4454, K: 2001/390, (Yayımlanmamıştır.)

sürülerek uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın, bilirkişi raporunda taban suyu bulunduğu belirtilen anılan yerde zararın susuzluktan meydana geldiğinin saptanamadığı ve zarar ile idarenin yürüttüğü hizmet arasında nedensellik bağı kurulamadığı gerekçesiyle reddine ilişkin mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmadığı²⁸⁹;

Hiçbir emniyet tedbiri alınmayan ve uyarı bulunmayan trafo binasına koyunlarını çıkarmak üzere giren davacının yüksek gerilim hattına kapılarak ellerini kaybetmesi olayında idarenin hizmet kusuru nedeniyle tazminle yükümlü bulunduğu²⁹⁰;

Hizmet kusuru, idarenin somut davranış ve tutumu sonucunda olabileceği gibi, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti için hareketsiz kalması, hiçbir şey yapmaması hallerinde de ortaya çıkar. Başka bir ifade ile, hizmetin hiç işlememiş sayılması için ilgili alanda idarenin etkinlikte bulunmasının mevzuatın amir hükmünün gereği olması gerekir. Bu ihtimalin dışında, idarenin etkinlikte bulunmasına mevzuatın onay vermiş ve fakat bu konuda karar verip harekete geçmekte idareyi serbest bırakmış olduğu durumlarda, söz konusu alan idarenin kuruluş ve varlık amacıyla doğrudan ilişkiliyse, yapmakla zorunlu olduğu hizmetlerin hemen akabinde bu tür hizmetleri ifa etmek için gerekli plan ve çalışmayı yaparak faaliyete geçmesi gerekir. İmkanın olmasına rağmen, bu tür faaliyette bulunmama ilgili idare açısından hizmet kusuru oluşturur²⁹¹.

²⁸⁹ Dan.10.D. 2.10.1995, E: 1994 / 1995, K :1995/3920, (Yayımlanmamıştır.)

²⁹⁰ Dan.10.D. 8.3.1995, E: 1994 / 4337, K:1995/1005, (Yayımlanmamıştır.)

²⁹¹ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 75.

Buna göre, idari faaliyetin yapılmadığından söz edilebilmesi için öncelikle idarenin bu hizmetin yürütülmesiyle ödevli ve yükümlü kılınmış olması gerekmektedir²⁹². Hukuki bir düzenleme uyarınca görevli bulunmadığı bir kamu hizmetini gerçekleştirmediğinden dolayı idarenin sorumlu tutulmasıyla özdeş tazmin yükümlülüğü kabul edilemez. Ayrıca idarenin, bir hizmeti yürütüp yürütmemekte takdir yetkisine sahip veya bunun görülmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlı ise olumsuz tutumundan dolayı sorumlu sayılmaması istisnai bir durum olarak kabul edildiğinde, takdir yetkisini yerinde kullanmadığı ve harekete geçmesi için öngörülen şartın gerçekleşmesinin mahkemece kabul edildiği durumlarda da idarenin meydana gelen zararları ödemekle sorumlu tutulabilmesi olasıdır^{293, 294}. Bu şekilde ortaya çıkan hizmet kusuru hali özellikle trafik ya da bayındırlık çalışmaları ile ilgili işaretlerin konmaması yahut kolluk kuvvetlerinin önleyici

²⁹² Duran, a.g.e., s. 30.

²⁹³ Armağan, a.g.e., s. 39; Duran, a.g.e., s. 30-31; Balta, a.g.m., s. 105.

²⁹⁴ Günday, a.g.e., s. 323 "... Eğer idarenin yetkisi bağlı ise, yani belli koşulların varlığı halinde hizmetin yürütülmesi zorunlu ise, bu takdirde idarenin hareketsiz kalmasının hizmet kusuru teşkil edeceğinde kuşku bulunmamak gerekir. Buna karşılık, belli bir hizmetin yürütülüp yürütülmemesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise, idarenin hareketsiz kalmasının onun sorumsuzluğuna yol açacağı her zaman söylenemez. Zira idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak olmayıp belli sınırlar içerisinde kullanılması gerektiğinden takdir yetkisi bu sınırlar aşarak kullanılıp da hizmet yürütülmez ise idarenin gene hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olması gerekir." ; Oytan, a.g.e., s. 26-27 "Devletin, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği ödevleri bizzat Anayasa ile belirlenmiş olan potansiyel görevlerdir. Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde (md. 41-64) teker teker sayılmış olan, ailenin korunması, eğitim ve öğretim hakkının kullanılması için gerekli tedbirlerin alınması, tarım ve hayvancılığın korunması; çalışma barışının, ücrette adaletin, sosyal güvenliğin sağlanması; sağlığın, çevrenin, sanatın ve sanatçının korunması, sporun geliştirilmesi ödevleridir. Bu maddenin anlamının genişletilerek Anayasa ile verilmiş, sayılı potansiyel görevlerin dışına taşarak, kamu kurum ve kuruluşlarına yasalarla verilmiş olan aktif görevleri de kapsatmak, bunların yasa ile yüklendikleri görevleri yerlerine getirmemeleri için peşin bir gerekçe, her zaman geçerli bir mazeret verilmiş olur."

tedbirleri almaması biçiminde kendini göstermektedir²⁹⁵.

Kamu hizmetini ifa etmek yoluyla bireylerin ihtiyacını karşılama amacıyla meydana gelen teşkilat olan idare, şüphesiz elindeki mali kaynaklar oranında bu görevini yerine getirecektir. Nitekim Anayasanın 65. maddesinde, Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerinin amaçlarını ve önceliklerini gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmektedir. Bir hizmet verici olan idarenin hukuki düzenlemelerle kendisine verilen kamu hizmetini mali kaynakların yetersizliği nedeniyle yerine getirememesi durumunda her zaman hizmet kusur işleyip işlemeyeceği açık değildir. Ancak genel kabul eden görüşe göre, mali boyutu belli bir büyüklük arz eder. olan kamu hizmetlerinin salt kaynağın yetersizliği nedeniyle yerine getirilememesi halinde hizmet kusuru işlenmeyeceğidir. Buna göre, mali kaynak gerektirmeyen veya asli olan kamu hizmetlerinin ifasından imtina etmenin, her zaman ve şartta hizmetin işlememesi olarak değerlendirileceğidir. Savunma, adalet, dış temsil gibi kimsenin üzerinde ihtilaf etmediği asli hizmetlerin idarenin birincil ve en önemli vazifesi olması nedeniyle işlememesi tereddütsüz hizmet kusuru olarak kabul edilmekte iken bu derece asli olmamakla birlikte yapılmasında kamu yararı bulunan hizmetlerin işlememesi mali yetersizliklerden kaynaklanıyorsa hizmet kusuru oluşturmaz²⁹⁶.

²⁹⁵ Gözübüyük, a.g.e., 332.

²⁹⁶ Bu konuyla ilgili olarak daha fazla bilgi için bkz. Özgüldür, a.g.e, s. 78; Özay, a.g.e., s. 749; Günday, a.g.e., s. 323-324; Armağan, a.g.e., s. 40; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 78

Öte yandan, idarenin mali olanakları ancak iş programlarının düzenlenmesi konusunda takdir kullanma yönünde etkili olabilir. Fakat bu yetki kullanıldıktan sonra artık faaliyet konusunda ve yerde sorumluluğunu etkileyemez. Demek ki, idare kanunla görevli olduğu ya da kendi iradesi ile yüklendiği faaliyet ve hizmetleri, mali ve teknik imkanları veya özel teşkilatı bulunmadığı gerekçesiyle ifadan kaçınamaz ve bu çekinmeye bağlı sorumluluktan kurtulamaz²⁹⁷. Her somut olayda mali yetersizlik durumunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir, aksi tutum idarenin sorumluluğunu bireyler aleyhine daraltmak gibi sakıncalı bir sonucu doğurabilir. Doktrin ve Danıştayın mali imkanlarla bağlılık argümanını olabildiğine sınırlı yorumlama eğiliminde oldukları gözlemlenmektedir.

İdarenin hizmet kusuru tanımlanıp, bu kusura ait özellikler ve hizmet kusuru sayılan haller açıklandıktan sonra idarenin sorumluluğunun şartlarını ve bu sorumluluğu ortadan kaldıran ya da hafifleten durumu ele almak isabetli olacaktır. Çalışmamızın sıradaki bölümünde bu hususlar irdelenecektir.

²⁹⁷ Duran, a.g.e., s. 32.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI VE SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER

3.1. Zarar

Hukuki sorumluluğu saptanan idareye yargı yerlerince yüklenen ödev²⁹⁸ olarak tanımlanan tazmin borcunun oluşabilmesi için, idarece yürütülen kamu hizmetleri neticesinde bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir²⁹⁹. Hiç kimsenin ödemek zorunda olmadığı bir miktar için ödemedede bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi³⁰⁰ gereği tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması gerekmektedir³⁰¹.

²⁹⁸ Esin, a.g.e., s. 441; Armağan, a.g.e., s. 187; Özgüldür, a.g.e, s. 333.

²⁹⁹ Özgüldür, a.g.e, s. 333; Gözübüyük, a.g.e., 346;;Günday, a.g.e., s. 335; Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 149; Gürsel Kaplan, “Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 1993, s. 184; KARAEĞE, a.g.t., s. 62; HIZAL, a.g.t., s. 80; HANCI, a.g.e., s. 117; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 323; Oytan, a.g.e., s. 2; Hamit Yumuk, “İdari Yargıda Tazminat Davası”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2005, s. 93.

³⁰⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 149 "...Söz konusu ilkenin kapsamına özel hukuk kişileri gibi kamu hukuku kişileri de girer ve ilkenin kamu düzenine ilişkin olma özelliği bulunmaktadır. Bu ilkeden zararın ve illiyet bağının bulunmadığı durumlarda kişinin zararı tazmin yükümlüsü olmaya mahkum edilemeyeceği sonucunun yanında; zarar doğurucu eylemi tazmin etmesi için kendisine başvurulmuş kişinin borçlu niteliğindeki kişi olması gerekmediği sonucu da çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, sorumluluk için sorumlu tutulan kişinin fiil ve davranışı dışındaki sebepler dolayısıyla da sorumlu tutulması mümkündür. Hiç kuşkusuz dava sırasında yargıç ilkeye ilişkin şartların bulunup bulunmadığını davacı öne sürmemiş olsa bile resen araştırmak zorundadır...".

³⁰¹ Gözübüyük, a.g.e., 346.

3.1.1. Zarar Kavramının Tanımı, Şartları ve Özellikleri

3.1.1.1. Zarar Kavramı

Pozitif hukukta, idarenin faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna ilişkin maddi ve şekli anayasal ve yasal hükümler olmasına rağmen, anılan düzenlemelerde zarar kavramı tanımlanmamış olduğundan, kavramın içeriğini doldurmak öğretisi ve yargı mercilerine bırakılmış bulunmaktadır³⁰².

Türk hukukunda zarar kavramı; bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilme olarak ifade edilen maddi zararı ifade etmek için dar anlamda³⁰³ ve malvarlığında meydana gelen eksilmenin yanında şahıs varlığında da meydana gelen eksilme olarak manevi zararı da ifade etmek için geniş anlamda³⁰⁴ kullanılmaktadır. İdare hukukunda geniş olarak tanımlanan zarar, kişinin maddi ve manevi varlığında istemsiz olarak ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade etmek için kullanılmaktadır³⁰⁵.

³⁰² Kaplan, a.g.t., s. 3-4; Yumuk, a.g.t., s. 93.

³⁰³ İnan, a.g.m., s. 29; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 269.

³⁰⁴ Tandoğan, a.g.e., s. 163 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, C.2, Beta Yayınları, 2001, s. 488.

³⁰⁵ Esin, a.g.e., s. 441; Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 386.

3.1.1.2. Zararın Şartları

Zarar kişinin mal ve şahıs varlıklarında irade dışı meydana gelen kayıp ya da eksilme olarak ifade edildiğinden, zararın şartlarını maddi ve manevi zarar açısından ayrı ayrı irdelenmek gerekmektedir.

3.1.1.2.1. Maddi Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme maddi zarar olarak ifade edildiğinden bu zararın meydana gelebilmesi için mal varlığı, bu varlıkta eksilme ve eksilmenin irade dışı olması gibi üç temel unsurun bir arada oluşması gerekmektedir³⁰⁶.

Maddi zarar da esas olan mal varlığı; değerlerden oluşan aktif; borç ve mükellefiyetlerden oluşan pasif yönlerden oluşan, ekonomik bir değer arz eden ve para ile ölçülebilen değerlerden oluşan bir bütünü ifade etmektedir³⁰⁷. Sorumluluk hukukunda mal varlığı kavramı geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Taşınır ve taşınmaz üzerindeki aynı haklar yani mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar yani fikri ve sınai haklar malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği yani çalışma faaliyetleri ile gelecekte elde edeceği gelir ve kazanç ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler

³⁰⁶ Kaplan, a.g.t., s. 9; Yumuk, a.g.t., s. 96.

³⁰⁷ Tandoğan, a.g.e., s. 63; Eren, a.g.e., s. 200; Sait Güran, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 153; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 269; Dan. 10.D., 23.10.1996, 5056/6395, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 205.

arasında yer alır. Kişilik hakkı ve hakkı oluşturan hukuki değerler ilke olarak mal varlığının kapsamına girmemektedirler. Bununla birlikte kişiliği oluşturan vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar gibi hukuki değerler bazen mal varlığını etkileyebilir. Başka bir ifade ile bu değerlerin ihlali, zarar görenin mal varlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilirler. Mesela vücut bütünlüğü niteliği itibariyle kişilik hakları içinde yer alan bir şahıs varlığı değeri olmakla beraber, vücut bütünlüğünün ihlali zarar görenin belirli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa malvarlığını ekonomik yönden olumsuz etkilemiş olur. Bu anlamda şahıs varlığı değerleri mal varlığı kavramı içinde yer alır. Buna karşılık, kişilik haklarını ihlal, aynı zamanda malvarlığını ihlal etmiyorsa, teknik anlamda bir zarara neden olmayacağından malvarlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde ancak zarar görenin şahıs varlığında bir azalma söz konusu olur ki bu da manevi zararı oluşturur³⁰⁸.

Malvarlığındaki eksilme olarak ifade edilen zarar³⁰⁹, aktif değerlerden birisinin yok olması veya ekonomik değerinde azalma meydana gelmesi, kazançtan yoksun kalınması ya da borç ve sorumluluk olarak ifade edilen pasif değerlerde artış olması şeklinde kendini ortaya koymaktadır. Buna göre maddi zarar denilince ilk olarak, parasal olarak bir değeri olan malın zarar görmesi, tahrip olması ya da değerindeki düşüş veya onun üzerindeki kullanma veya tasarruf yetkisinde meydana gelen kısıntı anlaşılır. İkinci

³⁰⁸ Eren, a.g.e., C.2, s. 488.

³⁰⁹ Yumuk, a.g.t., s. 97.

olarak mesleki olsun veya olmasın bir etkinlikten kaynaklanan gelirden mahrumiyet ve nihayet harcamalarda meydana gelen artışlar da maddi zarar niteliğindedir³¹⁰.

Maddi zararın son unsuru ise, mal varlığının malikin rızası dışında eksilmesidir. Zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilme onun iradesi dışında meydana gelmelidir. İrade dışındaki eksilme ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelmelidir³¹¹. Zarar görenin rızası ile meydana gelen azalma devir, tüketme veya masraf sayılacağından zarar olarak kabul edilemez.

3.1.1.2.2. Manevi Zarar

Bir kimsenin duygularını, şahsiyetini ve itibarını etkileyen zararlara manevi zarar denmektedir. Manevi zarar, para ile ölçülüp değerlendirildikten sonra tam bir karşılığı tespit edilememekle birlikte tazmini para ile gerçekleştirilen zarardır³¹². Manevi zarar için yapılan ödemede amaç maruz kalınan olay ve durum, dolayısıyla hayat şartlarında kişilerin karşılaştıkları karmaşanın belirli bir ölçüde de olsa giderilmesi ve normale dönmesine yardımcı olunmasıdır. Ödenen tazminat tabiri caiz ise zarara uğrayan kimsenin belleğinde yaşanan olayların etki ve izlerini silmek veya

³¹⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 156.

³¹¹ Eren, a.g.e., C.2, s. 489; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 270.

³¹² Tekinay, a.g.e., s. 438.

yoğunluğunun azaltılmasını sağlamaktadır. Kısaca ifade edecek olursak manevi tazminat, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye bir miktar para verilerek onun bu yoldan tatmin edilmesi sağlanmaktadır³¹³.

Manevi tazminata esas olan manevi zarar ancak şahıs varlığında irade dışı meydana gelen eksilme halinde mümkün olabilecektir. Şahıs varlığı kişinin hukuk sujesi olmasını sağlayan hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, özel hayatındaki sırları, onuru, itibarı gibi değerlerden oluşur³¹⁴.

Şahsiyet haklarına yapılan haksız bir saldırı dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel veya ruhsal acı, ıstırap, elem ve yaşam zevkinde bir azalma olarak ifade edilen manevi zararın³¹⁵ oluşabilmesi için aranan ikinci şart, şahsiyet haklarının yapılan saldırı sonrasında eksilmesidir. Kişilik değerlerine yapılan saldırı objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Hukuka aykırı bir saldırı sonucunda şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen eksilmeyi manevi zarar olarak nitelendiren bu teoriye objektif teori denilmektedir. Buna karşılık, doktrinde savunulan hakim görüşe göre, manevi zararın tazmin edilebilmesi için kişilik hakkının ve değerlerinin haksız bir saldırıya uğraması yeterli değildir. Objektif unsurun yanında bir de zarar görenin ihlal sonucunda kişiliğinde veya manevi varlığında eksilme

³¹³ Esin, a.g.e.,s. 450.

³¹⁴ Güran, a.g.m., s. 153.

³¹⁵ Tandoğan, a.g.e., s. 330; Onar, a.g.e., C.III, s. 1716.

yaşanması veya acı, elem ve ıstırap duyması gerekliliğini arayan sübjektif unsurun varlığı aranır. Bu teoriye göre, zarar gören şahıs varlığına yapılan saldırı sonucu yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hissetmesi, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularında azalma olması ile iç denge ve sarsılması bir gerekliliktir³¹⁶. Sübjektif unsurun oluşup oluşmadığının tespiti somut olayda zor olması ve şahıs varlığına yapılan saldırının yeterli olması nedeniyle objektif unsurunun tek başına manevi zararın varlığı için yeterli görülmesi isabetli olacaktır.

Manevi zararın doğabilmesi için aranan son şart şahıs varlığındaki azalmanın irade dışı oluşmasıdır. İrade dışı zarar hakkında maddi zarar konusunda anlatılanlar burada da geçerli olduğundan tekrar edilmeyecektir.

3.1.1.3. Zararın Özellikleri

3.1.1.3.1. Zararın Gerçek ve Kesin Olması

Tazmin borcunun doğması için zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi yeterli değildir. Muhtemel ve tesadüfi bir zarar tazmin borcu doğurmaz³¹⁷. Zararın mevcut, gerçek, kesin ve mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması gerekmektedir³¹⁸. Bununla birlikte, zararın fiilen mevcut

³¹⁶ Eren, a.g.e., C.2, s. 499.

³¹⁷ Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, S. 94, Ankara, 1998, s. 6.

³¹⁸ Dan. 10.D., 16.6.1997, E:1996/3003, K:1997/2398, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 348.

olması şart olmadığından ileride meydana gelecek fakat meydana gelmesi kesin ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan bir zararın da muhakkak ve malum bir zarar sayılarak tazmin borcunu doğurabileceği kabul edilmektedir³¹⁹. Örneğin tıbbi bir hata sonucunda sakat doğan çocuğun daha sonraki sosyal ve iş hayatındaki performans düşüklüğü nedeniyle gelecekte meydana gelecek zararı kesindir³²⁰.

Örnek Kararlar

*Meydana gelmeyen, zan ve tahmine dayalı, doğmamış ve meydana gelmesi beklenen zararın tazmine konu olması mümkün bulunmamaktadır*³²¹.

*Davacının hastalığına yanlış teşhis konulduğundan bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın; isteminin gerçekleşmesi olası zarar niteliğinde olduğundan tazmin edilemeyeceği*³²²;

*Çocuğun bünyesinde doğuştan var olan genetiksel bir rahatsızlık nedeniyle elinin kesilmesiyle sonuçlanan müdahaleden uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmin edilemeyeceği*³²³

Talep edilen maddi tazminat miktarının gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi kesin bir zarar niteliğinde olması gerektiği, olasılığa dayalı

³¹⁹ Onar, a.g.e., C.III, s. 1716; Gözübüyük, a.g.e., 348.

³²⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 151.

³²¹ Gözübüyük, a.g.e., 348; Yumuk, a.g.t., s. 136; Dan. 10.D., 24.10.1995, E:1994/1089, K:1996/4850, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 363.

³²² Dan.10.D 15.1.2001, E: 1998 / 2222, K: 2001/37, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s.

³²³ Dan.10.D 20.6.2001, E: 1999 / 4072, K: 2001/2527, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s.

zararın tazminin hukuken mümkün olmadığı³²⁴;

İdari eylemlerin neden olduğu bedensel zararların kesin sağlık raporunun alınmasıyla belirlenebileceği, kesin zararın davacının halen sürmekte olan tedavisinin sonucuna ve geçirdiği operasyonlardan dolayı sakat kalıp kalmayacağına bağlı olması nedeniyle bu aşamada davacının tazminat isteminin incelenemeyeceği³²⁵

İdare yönünden tazmin borcunun doğabilmesi için, sadece zararın varlığının yeterli olmadığı, bu zararın kesin olarak ortaya çıkmış, miktar olarak belirgin, yani gerçek zarar olması gerektiği; maddi zararın kişilerin mal varlığında iradeleri dışında ortaya çıkan kayıp ve eksiltmeyi ifade ettiği dikkate alındığında, olayda gerçek zararın faaliyeti durdurulan banka hakkında iflas davası açılmasına rağmen henüz tasfiye sonuçlanmadığı ve davacının gerçek zararı miktar olarak ortaya çıkmadığı için maddi tazminata hükmetmeye imkan bulunmadığı³²⁶;

Manevi tazminatta gerçek zarar halen gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararı içermekle birlikte hem zararın miktarı hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi bakımından kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılamayan, zararın tümünü kapsayacak olan bir nitelik taşımaktadır. Zaten bu nedenle manevi tazminat miktarı takdiren hesaplar³²⁷.

³²⁴ Dan.10.D 16.6.1997, E: 1996 / 3003, K: 1997/2398, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s.

³²⁵ Dan.10.D 24.10.1995, E: 1994 / 1089; K: 1995/4850, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s.

³²⁶ Dan.10.D 4.12.1997, E: 1994 / 3450, K: 1997/5300, (Yayımlanmamıştır.)

³²⁷ Güran, a.g.e., s. 157.

3.1.1.3.2. Zararın Özel Olması

İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararın tazmin borcunun doğumunda bir diğer şart da zararın özel niteliği haiz olmasıdır. Çünkü idari işlem ve eylemlerin kapsamı ve tesir alanı çok geniş olabilir. Bunlar genelde geniş bir fert kitlesi, cemiyet üzerinde tesirlerini gösterirler, bunlara külfetler yüklerler, tehditler husule getirirler ve bu itibarla meydana getirdikleri zararın sahası geniştir³²⁸.

Zararın gerçekleşmiş ve kesin olması yalnız başına tanzim borcunu doğurmaya yetmez. İdare hukuku yönünden zarar özel bir nitelik taşımadığı müddetçe sorumluluktan söz etme olanağı bulunmamaktadır. Herkesi içine alan bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan dolayı idare tüzel kişiliği sorumlu tutulamaz³²⁹. Buna karşılık, idarenin düzenleyici bir işlemi belirli kişi topluluğuna özel bir zarar veriyorsa genel nitelikte olmasına karşın idarenin zarar verici bu işlemi sorumluluğu gerektirir³³⁰.

3.1.1.3.3. Zararın Meşru Bir Menfaate Yönelmesi

Hiç kimse başkasının mal varlığına veya mal varlığı dışındaki

³²⁸ Onar, a.g.e., C.III, s. 1718.

³²⁹ Gözübüyük, a.g.e., 350; Onar, a.g.e., C.III, s. 1718; Yumuk, a.g.t., s. 144.

³³⁰ Armağan, a.g.e., s. 219.

haklarına dokunan bir zarardan ötürü tazminat isteme hakkına sahip olmadığı gibi zarar, tazminat isteyen kişinin hukukça korunması gereken hak ve çıkarlarına ilişkin bulunmalıdır³³¹. Başka bir ifade ile zararın giderilmesini isteyen kişinin hukukça korunan meşru bir hak ve çıkara sahip bulunması gerekmektedir³³².

3.1.1.3.4. Zararın Para İle Takdir Edilebilmesi

Zararın para ile takdir edilebilecek ve ölçülebilecek türden olması gerekmektedir. İdare hukukunun niteliği gereği aynen tazmin söz konusu olmadığından eşdeğer olarak kabul edilen nakden tazmin ilkesi söz konusu olduğundan tazmin edilmesi istenen zararın para ile ölçülebilmesi gerekmektedir³³³.

Zararın para ile takdir edilmesi gerektiğine ilişkin şart manevi zararların tazmin borcu doğurup doğurmayacağı konusunda uzun süren tartışmalara neden olmuş³³⁴ ise de başka türlü tazmin yollarının bulunamayışı manevi tazminatın parasal olarak takdirini zorunlu kılmıştır³³⁵³³⁶.

³³¹ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 214.

³³² Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 154.

³³³ Gözler, a.g.e., C.II, s. 1189.

³³⁴ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 214.

³³⁵ Yumuk, a.g.t., s. 144.

³³⁶ Onar, a.g.e., C.III, s. 1718 "Manevi zarar patrimuan dışı haklara mesela şahsa bağlı haklara, isim hakkına, şeref ve haysiyete, bir müellifin manevi mahiyetteki haklarına, cismani ve ruhi varlığa karşı iras edilen zararlardır. Bunların tazmin borcuna esas olup olamayacağı böylece bir

3.1.2. Zararın Kapsamı

3.1.2.1.Maddi Zararın Kapsamı

Kişinin mal varlığında irade dışı meydana gelen azalma ve çoğalma olanağından yoksunluk olarak ifade edilen³³⁷ maddi zararın neler olduğu konusunda yasalarda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel hukuk hükümlerinden yararlanarak maddi zararın içeriği tespit edilmeye çalışılmaktadır³³⁸.

Maddi zarar; ölüm nedeniyle oluşan zarar, cismani zarar ve mala

borç doğurup doğurmayacağı doktrin ve içtihat sahasında tereddüde mucip olmuştur. İdare hukuku sahasında bir zamanlar bu nevi zararların para ile takdir ve tahmilini kabil olamayacağı ve bu itibarla tazmin borcunu meydana getiremeyeceği kabul edilmişti. Bu gün idare hukuku doktrin ve içtihatlarında bu görüş değişmiş bulunmaktadır. Bir defa bu nevi zararlar iki şekilde görülür; bunların bir kısmı maddi ve para ile takdir ve tahmini kabil bir zararla birlikte meydana gelir; yani maddi bir zararın manevi sahada in'ikası şeklinde görünür: güzelliğe, estetik hususiyetlere tesir eden cismani zararlar; itibar üzerine in'ikas eden şeref ve haysiyete karşı işlenen fiiller bu birinci kapsama girerler. Bunlar bir çok defalar patrimuan üzerine de doğrudan doğruya tesir ederler: bir aile reisinin ölümü veya sakatlanmasını intaç eden bir fiil bir taraftan menfaate ve geçim üzerine tesir edeceği ve mağdurun patrimuanında bir azalma husule getireceği gibi bu aile reisine karşı duyulan sevgi üzerine de tesir eder.... Bu gibi fiillerden doğan zararların tazmin borcuna esas olacağı bugün doktrin ve içtihatça tamamen kabul edilmiş bulunmaktadır. Şeref ve haysiyet dolayısıyla itibara, cismani ve estetik ıstıraplara ve kayıplar dolayısıyla çalışmaya ve kazanca tesir eden zararlar hem maddi ve hem de manevi bakımdan tazminata esas teşkil etmektedir. Yani bu nevi manevi zararlar tazmin borcuna da esas olacaktır.... Buna mukabil patrimuan üzerinde doğrudan doğruya ve dolayısıyla hiçbir tesiri olmayan, sadece manevi bir elem ve ıstırapı, acı doğuran zararların tazmin borcuna esas olamayacağı Fransız Devlet Şurası tarafından kabul edilmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi ise bu gibi hallerde manevi zararı kabul etmektedir. Bununla beraber Fransız Devlet Şurası da bazı kararlarında manevi tazminatı sembolik bir mahiyette yani ufak bir meblağ olarak kabul etmektedir. bu suretle Devlet Şurası fiilin bir elem ve manevi zarar husule getirdiğini kabul etmekte ve fakat aynı zamanda manevi bir ıstırapın para ile ölçülemeyeceğini ancak idarenin fiilinin haksız bulunduğunu göstermektedir."

³³⁷ Yenice, Esin, a.g.e., s. 107.

³³⁸ Esin, a.g.e., s. 441.

ilişkin zarar olmak üzere üç temel unsurdan oluşmaktadır.

3.1.2.1.1.Ölüm Nedeniyle Oluşan Maddi Zarar

Ölüm nedeniyle oluşan maddi zararlar; ölümden önceki tedavi giderleri, cenaze ve defin giderleri ile ölenin yardımından yoksunluk olmak üzere üç başlık altında değerlendirilmektedir.

3.1.2.1.1.1. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekmektedir. Gerçekten durum ne denli olumsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez. Bu gider kişinin kendisi tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır. Dolayısıyla ölümden sonra bu mal varlığına sahip olanların yani mirasçılarının, anılan giderleri tazminat olarak ölüme kusurlu eylemi nedeniyle sebep olan idareden tazminat isteme hakları vardır³³⁹. Sağlık hizmetleri sunumu nedeniyle meydana gelen haksız ölümden önce ölenin yaptığı tedavi giderlerinin bir sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmış olması halinde mirasçılar tarafından talep edilebilecek bir zararın bulunmadığı açıktır³⁴⁰. Kamu sosyal güvenlik kurumları için böyle olsa da özel hukuk tüzel kişisi

³³⁹ Esin, a.g.e., s. 442; Özgüldür, a.g.e, s. 338; Kaplan, a.g.t., s. 36; KARAEGE, a.g.t., s. 83.

³⁴⁰ Dan. 10.D., 14.11.1996, E:1995/3626, K:1996/7545, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 765.

olarak faaliyette bulunan sigorta şirketleri tarafından karşılanan tedavi giderlerinde ise zararın oluştuğu ve meydana gelen zararın halef olarak gideri karşılayan şirket tarafından idareden talep edilebileceğinin kabulü gerekir.

3.1.2.1.1.2. Cenaze ve Defin Giderleri

Cenaze ve defin giderleri cenazenin taşınması, yıkatılması, defnedilmesi, mezar satın alınması, dinsel tören yapılması gibi işler için yapılan giderlerden oluşmaktadır. Ayrıca yerel törelere göre yapılması gereken bazı giderler de bu kapsamda sayılmaktadır³⁴¹. Cenaze ve defin giderleri terekeden karşılanması gerekmektedir. Bu nedenle anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir³⁴². Ancak belirtmek gerekir ki, kamu sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanan cenaze ve defin masraflarının zarar olarak kabul edilip mirasçılar tarafından ölüme kusurlu eylemiyle neden olan idareden istenmesine olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel sigorta şirketlerince karşılanan bu giderlerin anılan zararı karşılayan şirket tarafından ilgili idarede talep hakkı bulunmaktadır.

³⁴¹ KARAEGE, a.g.t., s. 83.

³⁴² Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 442.

3.1.2.1.1.3. Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)

Ölüm nedeniyle ortaya çıkan zararların önemli bir bölümü ölenin desteği ile hayatlarını sürdüren kişilerin uğradığı zararlar oluşturmaktadır. İdare hukuku açısından ölenin desteğinden yoksun kalınması halinde destekten yoksun kalınma nedeniyle uğranılan zararların unsurlarının neler olacağı ve nasıl hesaplanacağı konularında herhangi bir düzenleme bulunmadığından³⁴³ Borçlar Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını tanzim etmenin lazım geldiği hükmü uyarınca bu zararın kapsamının belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

İsviçre Borçlar Hukukunun bir kavramı olan destekten yoksunluk zararı³⁴⁴ sonrasında ölen şahsın düzenli ve sürekli olarak desteklediği ve ileride desteklemesi kuvvetle muhtemel kimselere verilen desteğin kesilmesi nedeniyle açılan tazminat davasında hükmedilen miktar, desteği yitiren kişinin ölüm olayı nedeniyle sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinde meydana gelebilecek gerilemeye engel olmak hedeflenmektedir.

Destekten yoksun kalan kimsenin olağan hallerde destekten yoksun kaldığını kanıtlamasına gerek bulunmamaktadır. Buna göre, reşit olmayan küçüğün geçimini sağlayan babasının ölmesi üzerine destekten yoksunluk tazminatı talep ederken “destekten yoksun kaldığını” kanıtlama yükümlülüğü

³⁴³ Yumuk, a.g.t., s. 105.

³⁴⁴ Kaplan, a.g.t., s. 38.

bulunmamaktadır. Zira olağan durumların kanıtlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen destekleyen ile desteklenen arasında olağan bir birlikteliğin olmadığı hallerde ölüm sonrasında destekten yoksun kaldığını açılacak davada kanıtlaması gerektiği açıktır. Öğretmeni tarafından eğitim masrafları karşılanan öğrencinin öğretmenin ölmesi üzerine destekten yoksunluk tazminatı talep etmesi halinde bu zarara uğradığını iddia edenin iddiasını kanıtlaması gerektiği ilkesi gereği kanıtlaması gerekmektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması uzmanlık isteyen bir iş olduğundan uygulamada bu hesabın bilirkişilerce yapıldığı görülmektedir. Destekten yoksun kalma zararı hesaplanırken; ölenin maddi durumu ve yaşı, tazminat isteyen maddi durumu ve yaşı, ölen ile tazminat isteyen arasındaki yakınlık derecesi ve yapılan yardımın niteliği, süresi, hayata kalan eşin evlenme şansı ile ölüm olayında müterafık kusura dikkat edilmesi gerekmektedir³⁴⁵.

3.1.2.1.2. Bedensel Zarar

Maddi tazminatı gerektiren nedenlerden biri de, kişinin beden bütünlüğünün bozulmasıdır. Beden bütünlüğü yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavramdır. Dolayısıyla beden bütünlüğünün bozulması denince bir organın kırılması, kopması, yaralanması veya herhangi bir şekilde işlevini yapamaz hale gelmesi kadar, korku nedeniyle

³⁴⁵ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 446-447.

erken veya eksik doğum, korkuya dayalı kalp hastalığı, sinir bozukluğu, çirkinleşme gibi bozuklukları da anlamak gerekir³⁴⁶.

Borçlar Kanunun 46. maddesinin 1. fıkrasında cismani zarar halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, cismani bir zarara duçar olan bir kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten doğan zarar ve ziyan ile bütün masrafları isteyebilecektir. İdare hukukunda da geçerli olan bu hükme göre meydana gelebilecek zararların tazmini istenebilecektir³⁴⁷. Ancak davalı idarece veya sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanan zararların zarar görene tazmini zenginleşme yasağı gereği olanaksızdır³⁴⁸.

3.1.2.1.2.1. Tedavi Giderleri

Tedavi sonrasında iyileşme meydana gelmese bile iyi niyetli ve kişinin ekonomik ve sosyal durumuna uygun biçimde yapılan tedavi giderlerinin tazminînen ödenmesi gerekir. Tedavi giderleri zarar görenin mal varlığından yapılacağına göre tazminat isteme hakkı da kural olarak ona aittir. Tazminat isteyeninin yaptığı giderleri belgelendirmesi gerekmektedir³⁴⁹. Tedavi giderlerinin kapsamına; muayyene, ilaç, ulaşım, ameliyat ve hasta bakıcı tutma, ilaç, röntgen benzeri hizmet ve alımlar karşılığı yapılan harcamalar

³⁴⁶ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 447.

³⁴⁷ Yumuk, a.g.t., s. 114.

³⁴⁸ Dan. 10.D., 11.11.1996, E:1995/2210, K:1996/7302, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 766.

³⁴⁹ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 448.

gibi harcamalar girmektedir³⁵⁰.

Üzerinde durulması gereken son nokta tedavi amacıyla yapılan tüm harcamaların maddi zarar kapsamına alınıp alınamayacağı ile ilgili husustur. İdarenin kusurlu eylemiyle meydana gelen cismani zarar nedeniyle yapılan tüm tedavi giderlerinin değil de tıbbın makul ve olağan olarak uygulanan tedavilere ilişkin kısımların ödenmesidir.

3.1.2.1.2.2. Çalışma Gücünün Azalması veya Yok Olması

Bedensel bütünlüğün bozulması yani cismani zarar en başta kişinin çalışma gücünü etkiler. Bedensel zarara uğrayan ya da uygulamadaki adı ile sakatlanan kişi çalışma gücünden kısmen ya da büsbütün yoksun kalabilir³⁵¹. Bu yoksunluk sürekli bir nitelik taşıyabileceği gibi geçici de olabilir. Böylece çalışma gücü azalan veya yok olan kişi olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütme olanağı bulamayacağından malvarlığında bir azalmaya daha doğru bir ifade ile kazanç kaybına uğramış olur. Bedensel zararın etkisi belirli bir devreye ilişkin ise yani sakatlık geçici bir nitelik taşıyorsa zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışamamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal olarak elde edebileceği kazanç, uğradığı kaybı teşkil eder ve bu oranda tazminata hükmedilmesi gerekir³⁵².

³⁵⁰ Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 283.

³⁵¹ Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 283.

³⁵² Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 448; Tandoğan, a.g.e., s. 285; Dan. 10.D., 31.1.1996,

3.1.2.1.2.3. Ekonomik Gelişmenin Zorlaşması

Vücut bütünlüğünün ihlali bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamakla birlikte zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddi kayıplar doğurabilir. Vücut bütünlüğü ihlal edilen bir kişi çalışma gücünü tam olarak ihlal etmese bile iş piyasasında, mevcut ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir yada aynı işte çalışsa bile eskisine oranla daha çok emek sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda kalabilir, hatta işten çıkarılarak işsiz bile kalabilir³⁵³.

3.1.2.1.3. Mala İlişkin Zarar

Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, fikri ve sınai haklarda oluşan mal varlığına verilen zararlarda maddi zararlar kapsamında değerlendirilerek tazminat davasına konu edilerek zarara neden olan idareden talep edilebilir.

3.1.2.2. Manevi Zararın Kapsamı

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde ve şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Kişilik yani şahıs varlığını

E:1994/5314, K:1996/294, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351; Dan. 10.D., 24.1.2001, 1476/211, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 221.

³⁵³ Eren, a.g.e., C.2, s. 333.

oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğranılan objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir³⁵⁴.

Manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil tatmin aracıdır. Manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, elem, ıstırap, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı altında bir miktar para verilerek onun bu yoldan tatmin edilmesi sağlanır³⁵⁵. Manevi tazminat, zarara uğrayanın zenginleşmesini sağlayacak oranda yüksek tutulamayacağı gibi tazminat kurumunun amacına uygun olmayacak kadar düşük de tutulamaz³⁵⁶.

Manevi tazminata ilişkin olarak idare hukukuna ile ilgili yasalarda bir düzenleme bulunmadığından özel hukukta yer alan bu hukuksal kurum çok bir değişikliğe uğramadan tam yargı davalarında da varlığını devam ettirmektedir. Medeni Kanununun 24. ve 25. maddelerinde, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimsenin manevi tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Borçlar Kanununun 47. ve 49. maddelerinde de, bedensel zarara uğrayan veya kişilik haklarına hukuka aykırı bir şekilde saldıran kişi ile ölenin ailesinin manevi zarar uğradığı hüküm altına alınmıştır³⁵⁷. Manevi zararlar; ölüm, bedensel bütünlüğün ihlali ve kişilik haklarının ihlali nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

³⁵⁴ Eren, a.g.e., C.2, s. 492.

³⁵⁵ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 450; Dan. 10.D., 13.2.2001, E:1998/3789, K:2001/487, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 322.

³⁵⁶ Dan. 10.D., 2.5.1995, E:1994/985, K:1995/2355 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 1012.

³⁵⁷ K. Eren GÖNEN, *İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi*, **Danıştay Dergisi**, S. 108, Ankara, 2004, s. 26.

3.1.2.2.1. Ölüm Nedeniyle Manevi Zarar

Bir kimsenin ölümü pek çok kişinin acı ve üzüntü duymasına ve ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir. Borçlar Kanununun 47. maddesi, ölenin ailesine daha doğrusu ölenin aile fertlerinin manevi zarara uğradığını hükme bağlamıştır. Ölüm nedeniyle zarara uğradığından bahisle tazminat talep etmek için ölenle kendi arasında bir hısımlık, yakınlık veya ilişki bulunduğunu kanaat verici bilgi ve belgelerle ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, ölenin ana ve babası, kardeşi³⁵⁸, eşi³⁵⁹, çocuğu, büyükbabası ve anası, üvey anası, nikahsız eşi gibi yakınlarının manevi zarara uğradığından bahisle lehlerinde manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir³⁶⁰. Ölenin yakınlarının yaşı ve hukuki statüsü önemli olmamakla birlikte³⁶¹ ölene yakınlıkları, ekonomik ve sosyal durumları, müterafik kusur durumu ile birlikte bu hususlar da manevi zararın miktar olarak takdirinde dikkate alınabilecektir. Manevi zarar somut olarak hesaplanacak bir olgu olmadığından kural olarak mahkemece resen takdir edilir.

3.1.2.2.2. Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Manevi Zarar

Bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü

³⁵⁸ Dan. 10.D., 9.11.1999, E:1997/4839, K:1999/5475, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 341.

³⁵⁹ Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/4088, K:2001/2336, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 331.

³⁶⁰ Aslan, a.g.t., s. 81.

³⁶¹ Yumuk, a.g.t., s. 128.

bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal komplekslere uğrayacağına kuşku bulunmamaktadır. Bir organı kırılan, kopan, yaralanan veya önemli bir korku geçiren yada yüzü ve bedeni çirkinleşen kişi güçsüzlük ve zillet duygularına kapılıp ruhsal dengesini yitirebilir. Onun manevi varlığındaki bu eksikliği karşılamak hiç değilse bir ölçüde gidermek için manevi tazminat verilmesi gerekir³⁶². İdarenin kusurlu eylemi nedeniyle cismani zarara uğrayana manevi tazminat verilmesi Borçlar Kanununun 47. maddesinde yer alan, cismani zarara duçar olan kimseye manevi zarar namıyla tazminat verilmesini öngören hükmünün idare hukukuna yansması sonucudur.

3.1.2.2.3. Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Zarar

Kişilik hakları pek çok manevi değeri içine alır. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı, gibi değerlerle kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık ve tüm sosyal ve siyasal haklar bu alanda sayılır. Bunlardan birine yapılan saldırı nedeniyle önemli ölçüde üzüntü ve acı duyan ruhsal sarsıntı geçiren kişiye bir tatmin aracı olarak manevi tazminat verilmek gerekmektedir³⁶³.

Bir kimsenin kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle sadece saldırıya uğrayan zarar görmüş olmaktadır. Buna bağlı olarak sadece kişilik

³⁶² Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 452; Dan. 10.D., 14.3.2001, E:2000/5558, K:2001/791, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 327.

³⁶³ Esin, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 453; Dan. 10.D., 18.11.1999, E:1997/6413, K:1999/6174, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 342.

hakkına tecavüz edilen tazminat talep edebilecektir. Nitekim Borçlar Kanununun 49. maddesi de ancak şahsi menfaatleri haleldar olan kimsenin tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır³⁶⁴.

³⁶⁴ Aslan, a.g.t., s. 84.

3.2. İdari Faaliyet ve İlliyet Bağı

3.2.1. İdari Faaliyet

3.2.1.1. Genel Olarak

İdari faaliyetlerinden kaynaklanan maddi ve manevi zararın idareye yüklenebilmesi her şeyden önce bu zarara idarenin eylem veya işleminin neden olması gerekmektedir³⁶⁵. Bu bölümde genel olarak zarara neden olan faaliyetin idari olup olmaması irdelendikten sonra meydana gelen zararın, idari faaliyete bağlanmasını ifade eden nedensellik bağı üzerinde durulacaktır.

3.2.1.2. Zararın İdari Faaliyetten Kaynaklanması

Türk hukukunda idarenin sorumluluğu idare adına faaliyette bulunan şahsın eylem ve işlemine değil; idarenin anonim eylem ve işlemine bağlandığından,³⁶⁶ idarenin sorumlu olabilmesi için, her şeyden önce ortada bir idari faaliyet bulunmalıdır³⁶⁷. Zarar doğurucu faaliyetin idareye bağlanması, başka bir ifade ile tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zararı doğuran tutum ve davranışın idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Zarar doğurucu faaliyetin idareye bağlanması olası değilse tazmin borcu oluşmaz. İdare dışındaki ve idare ile ilişkisi

³⁶⁵ Candan, a.g.e., s. 160 .

³⁶⁶ Balta, a.g.m., s. 105.

³⁶⁷ Günday, a.g.e., s. 334; İnan, a.g.m., s. 30.

olmayan kişilerin verdikleri zararlar idareye bağlanamaz. Böyle olmakla birlikte kamu hizmetine gönüllü olarak da olsa katılanların verdikleri zararlar, idareye bağlanabilir³⁶⁸.

İdarenin, faaliyetleri sırasında gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar gerekse de bilerek yapmış olduğu maddi ve hatta hareketsiz kalması sonucu meydana gelen bir takım fiili durumlar olarak tanımlan³⁶⁹ idari eylemler, idarenin, hizmetinden kaynaklanan sorumluluğunun temel kaynağıdır. İdare tarafından gerçekleştirilen tüm eylemler yapısal olarak maddi alemde değişiklikler meydana getirirler.

Genel olarak tüm idari faaliyetlerde hizmet kusurunun temel unsurunu idari eylemler oluşturmaktadır. Zira idari eylemler hizmet sunma sırasında idarenin başvurduğu temel argümanlardır. Buna karşılık idari işlemler de hizmet kusurunun bir sebebi olabilmektedir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zararın, belirli bir kamu tüzel kişinin etkinliğine bağlanabilmesi ve söz konusu tüzel kişiliğin tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtulabileceği bir durumu ileri sürüp ispatlayamadığı hallerde zarar tazmin edilebilir

³⁶⁸ Armağan, a.g.e., s. 195.

³⁶⁹ Erkut, a.g.e., s. 33.

3.2.1.2.1. Zararın Belirli Bir Kamu Tüzel Kişisinin Etkinliğine Bağlanması Gerekliliği

İdare, ancak kendisine doğrudan bağlanabilir nitelikteki işlemlerinden sorumludur. İdare adına veya idare tarafından tesis edilen işlem veya gerçekleştirilen tutum ve davranış sebebiyle meydana gelen zararlardan idare sorumludur. Dolaylı zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte doğrudan zarar kavramı, idari yargıç tarafından değişik şekillerde yorumlanmaktadır.

İdari eylem askeri hizmete ilişkin ise de, asker kişiye yönelik bulunmadığından, bu eylem nedeniyle uğranılan zararların idarece giderilmesi istemiyle açılan davanın, genel idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷⁰

Dahilde işleme izin belgesi kapsamında Toprak Mahsulleri Ofisinden alınan buğday bedelinin 04.09.2001 günlü 2728 sayılı “Dahilde İşleme İzin Belgesi Kapsamında Yapılacak Satışlara Ait Uygulama Esasları” kapsamına girmemesi nedeniyle oluşan zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷¹

Kısmen kamulaştırma nedeniyle uğranılan ve yönetimin görevinde

370 UM 4.10.2004, E: 2004/63, K:2004/62 (Yayımlanmamıştır.)

371 UM 6.12.2004, E: 2004/73, K:2004/85(Yayımlanmamıştır.)

olan kamu hizmetini yürüttüğü sıradaki eyleminden doğan zararın giderilmesine yönelik olarak açılan davanın, 2942 sayılı Yasa'nın 12. Maddesi kapsamında olmayıp 2577 sayılı İ.Y.U.K.'nun 2/1-b. Maddesinde yer alan tam yargı davası kapsamında, idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷²

Göreve giderken geçirdiği kaza nedeniyle yaralanarak sakat kalan Posta Dağıtıcısının uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargının görevine girdiği³⁷³

Sigortalı aracın uğradığı hasarı ödeyen Sigorta Şirketince, hizmet kusuru esasına dayanılarak ve trafik zabıtasınca saptanan kusur oranına göre zararın giderilmesi istemiyle sorumlulardan idare aleyhine açılan tam yargı davasının idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷⁴

Asker eşinin askeri hastanede yapılan ameliyat sonucu ölümü nedeniyle yakınları tarafından Milli Savunma Bakanlığı aleyhine açılan tazminat davasının, zarar görenin asker kişi olmaması nedeniyle genel idari yargıda çözümlenmesinin gerektiği³⁷⁵

372 UM 7.2.2005E: 2004/96, K:2005/1(Yayımlanmamıştır.)

373 UM 7.3.2005 E: 2004/97, K: 2005/10(Yayımlanmamıştır.)

374 UM 4.4.2005, E: 2004/136, K: 2005/22(Yayımlanmamıştır.)

375 UM 4.4.2005, E:2005/11, K:2005/27(Yayımlanmamıştır.)

Belediyenin görevi olan kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davanın, hizmet kusuru esasına göre idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷⁶

Sağlık hizmetinin yürütüldüğü sırada doğduğu öne sürülen zararın giderilmesi istemiyle açılan davanın; idare aleyhine açılan kısmının, öncelikle hizmet kusuru esasına göre idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği³⁷⁷

Görevli olarak bulunduğu kamu taşıtının karıştığı trafik kazası sonucu yaralanan polis memurunun uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davanın, idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷⁸

Kişisel kusuruna dayanılarak kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁷⁹

2565 sayılı Yasa ve bu Yasaya göre çıkarılan Yönetmelik hükümleri uyarınca kurulan özel güvenlik bölgesi içinde kalan ve kamulaştırılmayan taşınmazların tapu kaydına bu hususun idarece şerh edilmesinin kamu

³⁷⁶ UM 10.10.2005 E: 2005/49, K:2005/71(Yayımlanmamıştır.)

³⁷⁷ UM 26.12.2005 E: 2005/65, K:2005/114(Yayımlanmamıştır.)

³⁷⁸ UM 14.11.2005 E: 2005/68, K:2005/86(Yayımlanmamıştır.)

³⁷⁹ UM 5.6.2006 E: 2006/26, K:2006/75(Yayımlanmamıştır.)

gücüne dayanması ve tek yanlı olması nedeniyle idari nitelik taşıyan işlemten doğan zararın giderilmesi isteminin, idari dava türlerinden olan bir tam yargı davası kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁸⁰

Asker kişinin oğlunun askeri hastanede yapılan ameliyat sonucu sakat kaldığı ileri sürülerek açılan tazminat davasının, zarar görenin asker kişi olmaması nedeniyle GENEL idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁸¹

Davacılar tarafından, murislerinin yolcu treninde bilet kondüktörü olarak görev yapmakta iken trenin devrilmesi sonucu hayatını kaybetmesi nedeniyle açılan tazminat davasının, idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁸²

İcra dairesi görevlilerinin kusurlarından ve Adli yargı yerlerinin yargısal işlemlerinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği³⁸³

Zararın idareye yüklenilmesine ilişkin bir AYİM kararında "...bedelli askerlik hizmetini ifa etmekte iken hafta sonu izninde asker arkadaşının özel

³⁸⁰ UM 5.6.2006 E:2006/28, K:2006/77(Yayımlanmamıştır.)

³⁸¹ UM 5.6.2006 E:2006/32, K:2006/79(Yayımlanmamıştır.)

³⁸² UM 25.12.2006 E:2006/213, K:2006/268(Yayımlanmamıştır.)

³⁸³ UM 10.7.2006 E:2006/101, K:2006/114(Yayımlanmamıştır.)

arabasıyla kışlaya dönerken geçirilen trafik kazası sonucu sakatlanan davacının zararı doğrudan idareye bağlanamayacağı gibi, idarenin zararın faili ve sorumlu olması da mümkün görülmemiştir.⁷³ Benzer şekilde, ölen nişanlısını unutmadığı için intihar eden erin ölümü⁷⁴, Hepatit-B virüsünün başka yollarla bulaşması imkan ve ihtimalin yüksekliği dikkate alınarak aksine belge bulunmaması durumlarında da idare tazminata mahkum edilmemiştir⁷⁵.

İdarenin sorumluluğunu doğuran tutum ve davranış icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Hiç kuşkusuz idare dışındaki ve idareyle ilgisi olmayan kişilerin verdikleri zararlar idareye yüklenemez.

3.2.1.2.2. Sorumlu Kamu Tüzel Kişisinin Belirlenmesi

Uygulamada zararın kendisine atfedileceği kamu tüzel kişinin belirlenmesi zor olabilmektedir. Bu durumun belirgin örneği, bir idari ajanın birden fazla kamu tüzel kişisi hesabına farklı yetkileri elinde bulundurup, kullanıyor olması halidir. Zararın yerinden yönetim kuruluşları adına gerçekleştirilen zarar doğurucu bir davranış neticesinde doğması mümkündür. Bu husus özellikle belediye başkanlarının bazen Devletin ajanı bazen de mahalli idarenin ajanı sıfatıyla işlem yapıyor olması halinde önem kazanır. Farklı kamu tüzel kişilerine bağlı idari ajanların zarar verici davranışa katılmış olmaları halinde, örneğin, bir mahalli idare tarafından tertip edilen bir havai fişek gösterisinde, havai fişeklerin askerler tarafından atılmış olması halinde meydana çıkan zarar da olduğu gibi, sorun daha da karmaşık bir hal alır. Hatta yerine getirilmesi sırasında zararın olduğu bir hizmetin örgütlenmesinin iki kamu tüzel kişiliğinin müdahalesiyle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bunlardan biri hizmetin mahalli ölçekte ifasını yüklenmekte, diğeri ise hizmetin yürütülmesini sağlamaktadır. Zarara sebebiyet veren kazanın, binanın kötü durumda bulunmasından veya hizmeti ifada istihdam edilen idari ajanın davranışından kaynaklanması halinde, sorumluluk söz konusu kamu tüzel kişilerinden birine yüklenilebilecektir. Her bir durumda yargıç olayın niteliğine göre ya sorumlu kamu tüzel kişisini belirleme ya da

ilgili tüzel kişilikler arasında sorumluluğun paylaşılmasının nasıl yapılacağını kararlaştırma yönünde çaba sarf etmek durumundadır. Yargıç aynı zamanda mağdura ilgili kamu tüzel kişilerinden hangisinden tazminat talep edebileceğine de izin vermektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Uyarınca tam yargı davalarında davalının dava dilekçesinde gösterilmesi gerekir (İ-YUK md.3/2-a). "Dilekçe üzerine ilk inceleme başlığını taşıyan İYUK/un 14. maddesine göre dava dilekçesi "husumet", yani davalı açısından incelenir. Davalı yanlış gösterilmişse İYUK md. 15/1-c fıkrası hükmü uygulanır. Buna göre: "davalının hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine" davayı gören idari yargı yeri karar verir. Ancak özellikle tam yargı davalarında gerçek hasım ilk inceleme aşamasında tespit edilememekte olup, uyuşmazlığın her aşamasında gerçek hasıma tebliğ kararı verilebilmektedir.

Eğer dilekçede davalı olarak bir kamu görevlisi gösterilmişse, tam yargı davalarının ancak idare aleyhine açılabilmesi ilkesi uyarınca dava görev yönünden (2577sY m.15/1-a) reddedilir. Şayet dava dilekçesinde, davanın idareye karşı açılma iradesine ilişkin ifadeler varsa öncelikle 2577 sayılı Yasa'nın 3. maddesine göre dilekçenin reddine karar verilip, istem aydınlatılmalıdır. Çünkü idari yargı yerlerinin kişileri yargılayıp, tazminata mahkum edebilme yetkisi yoktur. Bu tür bir dava salt kişisel kusur sebebiyle açılmış bir dava olabilir. Bu tür davalara ise adli yargı yerleri bakmaktadır. Davalının tespiti kamu düzenine ilişkin olduğundan davalının gerçek davalı idare olmadığına ilişkin olarak talep üzerine veya resen yapacağı incelemeye göre gerçek davalı belirlenir. Davalı idarenin belirlenmesinde karar ve yürütme organları birbirinden farklı kamu tüzel kişilerinin karar organlarına karşı değil, yürütme organına karşı davanın açılması gerekir. Tam yargı davasının açıldığı anda doğru gösterilmiş olan davalı idare daha sonra yapılan yasal bir değişiklikle tüzel kişiliği sona ererse veya dava konusu işlem

veya eylemin yapma yetkisi bir başka kamu tüzel kişiliğine geçirilmişse, söz konusu yeni tüzel kişilik davalı sıfatını alır. Mahkeme bu doğrultuda karar vermesi gerekir. (Örnek olarak SSK hastanelerinin Sağlık Bakanlığı'na devri ile devredilen kurum yerine devralan kurumun davalı konumuna alınması verilebilir.)

Tam yargı davalarında davalının yanlış gösterilmesi veya gösterilmemesi halinde bu eksikliğin mahkemece giderilmesi davalının yanlış gösterilmesi halinde davanın uzamasına sebebiyet vereceği gibi, bu yanlışlığın mahkemece düzeltilmesi halinde verilen kararın gereklerinin yerine getirilmesi sırasında sorunların çıkmasına da yol açılabilir.

Zararın bir Türk kamu tüzel kişinin etkinliklerine bağlanabiliyor olması gerekir. Dolayısıyla yabancı bir devletin kamu tüzel kişilerinin davranışlarına ve işlemlerine atfedilecek bir zarardan dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Sorun, özellikle TC toprakları üzerinde dost veya düşman niteliğinde olsun, yabancı askeri güçlerin bulundurulması sebebine bağlı olarak ortaya çıkan zararlar açısından önemlidir. Ortaya çıkan zararların bir kamu tüzel kişisince tazmini, ancak bu anlamda Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşmada bu anlamda bir sorumluluğun öngörülmüş olması halinde mümkündür.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, faaliyetin idareye atfı ve isnat edilebilmesi sorumluluğun bir şartını teşkil eder³⁸⁴, yani yönlendirme yeteneği sorumluluğun kendisi değildir. Buna paralel olarak faaliyet idareye

³⁸⁴ AYİM. 2.D., 17.12.2003, 2002/675, K:2003/916, AD., S. 19, K.2, 2003, s. 1092.

yüklenmekle birlikte sorumluluğun diğer şartları oluşmamışsa tazmin borcunun doğmayacağı açıktır³⁸⁵.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, idarenin gözetim ve denetim kusurları nedeniyle zararın meydana gelmesinden dolayı sorumluluğudur. Ancak bu sorumluluk, meydana gelen zararın tamamının idareye yüklenmesi anlamına gelmemekte; oluşan zarara sebep olan eylem, idarenin eylemi denetim ve gözetim yükümlülüğün boyutu, zarara yol açan eylemi gerçekleştiren (zarar veren) gerçek ve tüzel kişilerin kusur oranı vs. idarenin sorumluluğunu etkilemektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, idarenin gözetim ve denetim görevlerindeki aksama nedeniyle meydana gelen zararın tamamından idarenin sorumlu tutulmayarak müterafik kusur durumunun tartışılması gerektiğinin vurgulanmasıdır.

³⁸⁵ Armağan, a.g.e., s. 195.

3.2.2. İlliyet (Nedensellik) Bağı

3.2.2.1. Kavram

İlliyet bağı sorumluluğun temel şartı ve tazminat hukukunun önemli bir ilkesi olarak görülmesi nedeniyle bu şart olmaksızın sorumluluğun varlığı kabul edilemez. İnsan düşüncesinin bir kuramı olan illiyet kavramı, zararlar söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep sonuç bağıının bulunmasını gerektirir. Hukukta zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denmektedir³⁸⁶. Tazmin borcunun doğması için zararlar eylem ve işlem arasında bir illiyet rabıtasının bulunması yani zararın o eylem ve işlem sebebiyle oluşması lazımdır³⁸⁷.

3.2.2.2. Uygun İlliyet Bağı

İlliyet bağıının varlığını somut olayda ortaya koymak tanımlamaktan daha zordur. Maddi olayda eylem ve işlem ile zarar arasındaki ilişkinin hangi aşamadan sonra illiyet bağı olarak kabul edileceği tartışması sonrasında özel hukuk uygulaması olarak Alman ve İsviçre mahkeme kararlarında kabul edilen kavram karşımıza uygun illiyet bağı olarak çıkmaktadır³⁸⁸.

Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucun, olayların normal akışı ve hayat tecrübesine göre, niteliği ve yönelişi itibarıyla meydana getirmeye

³⁸⁶ Eren, a.g.e., C.2, s. 533.

³⁸⁷ Onar, a.g.e., C.III, s. 1723; Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 270.

³⁸⁸ Tunçomağ, a.g.e., C. I, s. 270.

genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartlarla söz konusu kusur arasındaki ilişkiye uygun illiyet bağı denilir³⁸⁹. Bu tanıma göre, uygun illiyet bağından bahsedebilmek için hayatın olağan akışına göre eylemin zararı meydana getirebilecek nitelikte olması gerekir.

Olaylar doğal akımına göre beklenilmeyen veya olağanüstü bir sonuç doğmuş ise, idarenin bu sonuçtan bütünü ile sorumlu tutulması doğru olmayacaktır³⁹⁰. Danıştay bir kararında, gerekli tüm tıbbi müdahale yapılmış olsa dahi görme yeteneğini yitirecek olan kişinin zararından idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.³⁹¹

Hizmet kusuru ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığını arayan Danıştay'a göre illiyet bağının varlığının ispatı zarar görene aittir³⁹². Ancak ispat yükümlülüğü özel hukuktaki kadar ağır ve zor değildir. Gerçekten idari sorumluluğun doğumu için sadece zararın idareden geldiğinin kanıtlanması gerekli olup çoğu kez davacının kanıt başlangıcı sayılacak ipuçlarını mahkemeye vermesi yeterli görülmektedir.³⁹³

İdari faaliyet ile zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının saptanması teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilecek nitelikte olabilir.

³⁸⁹ Eren, a.g.e., C.2, s. 509; Tekinay, a.g.e., s. 393; Candan, a.g.e., s. 163.

³⁹⁰ Armağan, a.g.e., s. 197; Dan. 10.D., 25.1.2001, E:1998/3624, K:2001/246, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 321; AYİM. 2.D., 9.4.2003, 2001/678, K:2003/412, AD., S. 19, K.2, 2003, s. 1097.

³⁹¹ Dan. 18.1.2001, E:1998/3370, K:2001/109, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 319

³⁹² Yenice, Esin, a.g.e., s. 103.

³⁹³ İnan, a.g.m., s. 31.

İşte bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle nedensellik bağının varlığı saptanmalıdır³⁹⁴.

³⁹⁴ Günday, a.g.e., s. 335.

3.3. İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Veya Azaltan Sebepler

3.3.1. Genel Olarak

Sorumluluk şartları birbirine bağlı olduğundan, birbirini etkiler. Mesela, zarar görenin kusuru sorumluluğu etkiler, bu durum aynı zamanda illiyet bağının kesilmesine de sebep olur.

İdarenin tazmin borcunun meydana gelebilmesi için, zararlı faaliyetin idareye atıf ve isnat edilebilmesi yani idarenin, zararın faili ve sorumlusu durumunda bulunması gerekmektedir. Ancak fiilin idareye atıf ve isnat edilebilmesi sorumluluğun bir şartını teşkil eder. Atıf ve isnat kabiliyeti sorumluluğun kendisi olmadığından illiyet bağı ile birlikte sorumluluğun diğer şartlarının da bulunması gerekmektedir³⁹⁵.

İdare hukukunda illiyet bağını kesen sebepler olarak da adlandırılan ve idarenin sorumluluğunun sona ermesine ya da sorumluluğunun azalmasına yol açan haller; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olmak üzere dört tanedir.

*Zarar gören kişinin eylemi, 3. kişilerin eylemi ve mücbir sebeplerin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olduğu*³⁹⁶;

Sorumluluğun şartlarından birini oluşturan zarara sebebiyet veren davranış ile zarar arasındaki ilişki, yabancı sebeplerin müdahalesi sonucu bozuluyor ise, bu durum sorumlu tutulmaya çalışılan idarenin sorumluluğunu

³⁹⁵ Onar, a.g.e., C.III, s. 1718.

³⁹⁶ Dan.10.D 28.5.1998, E: 1996 / 9113,K:1998/2308, (Yayımlanmamıştır.)

ya tamamen kaldırabilir veya niteliğini hafifletebilir³⁹⁷.

*Evinin penceresine televizyon anteni monte ederken pencereye 130 cm uzaklıkta bulunan yüksek gerilim hattına temas etmesi sonucunda, davacıların murisinin ölümü nedeniyle uğranılan zararın idarece hizmet kusuru ilkesi uyarınca; ölenin gerekli dikkati göstermeyerek 2/8 oranındaki müterafik kusuru da dikkate alınmak suretiyle tazmini gerektiği*³⁹⁸;

*Karayolu sathının gevşek ve kaygan olması nedeniyle aracın kontrolden çıkıp devrilmesi sonucu uğranılan zararın, bu olumsuzlukları giderici tedbirleri tam ve zamanında almayarak olayda 6/8 oranında kusurlu olduğu saptanan idarece kusuru oranında tazmini gerektiği*³⁹⁹;

İdarenin sorumluluğunu kaldıran sebeplerin benzerlerine özel hukukta da rastlanılmaktadır. Ancak iki hukuk sistemi arasında bir farklılık mevcuttur: Kamu hukuku mücbir sebebi ve beklenilmeyen durumu kendisine mal edememiştir. Ancak bu kavramları söz konusu edilecek sorumluluk sistemlerine göre farklı bağışık tutma alanları tanıyarak zararın kaynağının bilinen veya bilinmeyen niteliği gereğince birbirinden ayırt etmektedir.

Genel bir tarzda ifade etmek gerekirse, sorumluluğu kaldırıcı sebeplerin bir kısmı, idarenin sorumluluğunu sebebi ne olursa olsun ortadan kaldırmaya yönelik bir rol üstlenmiş iken; diğer bir kısım sebepler ise, sadece hizmet kusurunun varlığı halinde sorumluluğu ortadan kaldırabilmektedir.

³⁹⁷ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 176-177

³⁹⁸ Dan.10.D. 27.12.1997, E: 1995 / 287, K:1995/6734, (Yayımlanmamıştır.)

³⁹⁹ Dan.10.D. 16.11.1995, E: 1994 / 2069, K:1995/5665, (Yayımlanmamıştır.)

Mücbir sebep ve zarara uğrayanın kusuru halinde, idarenin her türlü sorumluluğu ortadan kalkmakta iken; üçüncü kişinin kusurlu davranışı ve beklenilmeyen hallerde sadece idarenin hizmet kusuru sebebiyle olan sorumluluğu kalkar. Kısacası söz konusu durumların varlığı halinde idare, sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtarabilmektedir.

3.3.2. Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal

Roma hukukundan geçerek hem özel hukukta hem de kamu hukukunda önemli rol oynayan mücbir sebep kavramı, idare hukuku açısından sorumluluğu ortadan kaldırıcı bir işleve sahiptir. Zorlayıcı neden terimi ile de ifade edilen mücbir sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararlar idari etkinlik arasında illiyet bağıını kesen nedenlerin en önemlilerindendir⁴⁰⁰.

Mücbir sebep zarar ile idari faaliyet arasındaki bağlantıyı ortadan kaldırır⁴⁰¹. Mücbir sebep idareye tamamen yabancı, öngörülebilmesine rağmen önlenemeyen olgulardır. Mücbir sebep, yer sarsıntısı, heyelan, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan kökeni tabii⁴⁰², sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylardır. Bunların yanında yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi, aşırı fırtına, kavga, deprem gibi doğal olaylar ile insana bağlı olaylar da bu

⁴⁰⁰ Zuhale Bereket Baş, “Tam Yargı Davaları”, **İdari Yargı Paneli**, 11-12.Nisan 2003, Mersin, Şen Matbaası, Ankara, 2003.

⁴⁰¹ Gözübüyük, a.g.e., 353-354; Oytan, a.g.e., s. 10.

⁴⁰² Yenice, Esin, a.g.e., s. 102.

kapsamda değerlendirilebilir⁴⁰³.

Mücbir sebep özel hukukta olduğu gibi bütün sorumluluk hallerini ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir. Mücbir sebepte idareye tamamen yabancı önlenemeyen ve öngörülebilmesine rağmen karşı koyulamayan olguların varlığı söz konusudur. Dolayısıyla "vuku bulmanın öngörülememesi" ve "sonuçlarına karşı konulamaz, bunlardan kaçınılamaz" olma; mücbir sebebin asli unsurunu, "bunların idarenin dışında, idareye yabancı bir şekilde cereyan etmesi" de yan unsurunu oluşturur⁴⁰⁴.

Yargı yerleri tarafından mücbir sebep; yer sarsıntısı, hezeyan, ihtilâl gibi önceden kestirilmesi, sezilmesi mümkün olmayan, kökeni doğal, sosyal veya hukuki olan ve failin dışında kalan durumlar olarak nitelendirilmiştir⁴⁰⁵.

Zararı doğuran olayın mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için olayın idarenin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir⁴⁰⁶. Buna göre, zararı doğuran olayın idarenin eyleminden kaynaklanmaması, kaynağının idarenin dışında gelişen bir olay olması gerekmektedir. İdarenin kaynağında bulunduğu bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Aynı şekilde, idarenin kusuru olmaksızın mücbir sebebin zarar doğurucu sonucunun doğmasının olanaksız bulunduğu durumlarda idarenin tazmin sorumluluğu devam eder⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 177; Oytan, a.g.e., s. 10; Yayla, a.g.e., s. 47.

⁴⁰⁴ Oytan, a.g.e., s.10-11.

⁴⁰⁵ Bereket Baş, a.g.e., s..367; Esin, a.g.e., s..237-238.

⁴⁰⁶ Gözler, a.g.e., C.II, s. 1222; Yayla, a.g.m., s. 57.

⁴⁰⁷ Candan, a.g.e., s. 183-184

AYİM kararlarında doğa olaylarından kaynaklanan zararların genel olarak mücbir sebep olsa bile idarenin kusursuz sorumluluğunu kaldırmayacağı yönünde olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin hudut karakolu civarındaki bir çeşmeden su getirmekte olan erin yolda çığ altında kalarak ölümü; tatbikat bölgesinde nöbet tutan erin düşen yıldırımın çarpmasıyla ölümü; konakladıkları karakol binasına çığ düşmesi sonucu askerlerin ölmesi ve yaralanıp sakatlanması mücbir sebep hallerinin kabul edildiği ve idarenin sorumluluğunun kararlaştırıldığı olaylardır⁴⁰⁸.

Mücbir sebep kavramının sorumluluk alanında doğuracağı sonuçlar açısından özel hukuk ile idare hukuku arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İdare ister hizmet kusurundan, isterse kusursuz sorumluluğundan dolayı sorumlu olsun; eğer mücbir sebep var ise, sorumluluğu ortadan kalkar. Bununla birlikte, bu bağışık kılma, idarenin davranışlarının zararın etkilerini ağırlaştırdığı durumlarda mutlak anlamda olmayıp, kısmi bir niteliktedir. Mücbir sebebin varlığı halinde idare, zararın sadece görünüşteki müsebbibidir. Çünkü zarar idarenin dışındaki ve idareye yabancı olgulardan kaynaklanmaktadır ve bu durumu idarenin önlemesi de mümkün değildir. Deprem, sulara normal dışı bir yükselme; aşırı derecede şiddetli bir fırtına; tamamen istisnai nitelikte ve uzunca bir süre yağan yağmur vakıaları mücbir sebep olarak değerlendirilebilir⁴⁰⁹. Buna karşılık karayel, yangın veya aynı bölgedeki alışlagelmiş olandan daha sonraki bir tarihte vuku bulan tekrar

⁴⁰⁸ Sırasıyla 3.D., 03.07.1976, E.1974/61, K.1976/407; 3.D., 11.01.1977, E.1975/24, K.1977/301; 3.D., 14.12.1976, E.1974/512, K.1976/8150; 2.D., 14.04.1993, E.1993/6, K.1993/147; 2.D., 23.06.1993, E.1993/297, K.1993/291, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.8, sh.951-662.

⁴⁰⁹ Naklen: Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 179

edile gelen olaylardaki doğal unsurlara ilişkin doğa kuralı halleri, bu sınıflandırmanın dışında bırakılmıştır⁴¹⁰.

Zararı doğuran olayın bir diğer özelliği de öngörülemez olmasıdır. Öngörülmezlik, mücbir sebep olup olmadığı tartışılan olayın meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi, bir olay akla gelse bile sonuçlarının baştan kestirilemez olmasıdır⁴¹¹. Buna paralel olarak mücbir sebep olarak kabul edilen olayın sık sık tekrarlanmaması, olayın meydana geleceğine ilişkin ayrıntıların bilinmemesi ve nihai olarak olayın meydana geliş yoğunluk ve süresinden periyodik olmaması gerekmektedir⁴¹².

"Öngörülmezlik; o güne kadar hiç bilinmeyen, görülmemiş, rastlanmamış, bu sebeple de öngörülemeyen olayları niteleyen bir kriterdir. Öngörülemez olaylar, öyle olaylardır ki, ortaya çıkış zamanları, yerleri ve yoğunlukları yüzünden yol açtıkları sonuçlar, dolayısıyla olağandışı, olağanüstü kabul edilirler. Şu halde, aynı tür ve şiddetteki olayın daha önce de aynı yerde görülmüş olması, olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesini önler. Keza çok uzun yıllar önce meydana gelmiş bir sel baskınının aynı şiddette tekrarı olan bir selin, mücbir sebep niteliğini taşımadığını düşünmek gerekir⁴¹³.

Karşı konulmazlık; bir yükümlülüğün borçlusunun engelleyemeyeceği bir eksikliği, aşılmayan bir gücün, kendisine empoze etmesidir.

⁴¹⁰ Naklen: Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 175.

⁴¹¹ Armağan, a.g.e., s. 249; Oytan, a.g.e., s. 11.

⁴¹² Yayla, a.g.m., s. 50 vd.

⁴¹³ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 178.

Öngörülemezlik, önlenemezlik kavramı ile birleşmiş gibidir. Çünkü öngörülebilir, normalde önlenemezlik kavramının içinde telakki edilmez. Öngörülemezlik, bazı doğa olaylarını açıklamaya yardımcı olmaktadır. Bu olayların normal şiddet veya yoğunluğun dışında olması bile; bunların mücbir sebep olarak değerlendirmesine yeterli olmayabilir. Çünkü söz konusu olaylar daha önceden de vuku bulmuştur. Bununla birlikte, burada idari yargıcın değerlendirmesi tamamen görecelidir⁴¹⁴.

Geçmişteki meteorolojik olayların istatistiklerinin dikkate alınmasında hiçte mekanik bir şey yoktur. Savaş sonucu ortaya çıkan olaylar bazen öngörülebilir, bazen de öngörülemez olarak değerlendirilmektedir. Öyle ki, öngörülmezlik kuşkuya yer vermeyen veya her halükârda kesin, mutlak, otonom bir rolü olmaksızın önlenilemezliği tamamlayan, aşağı yukarı yeterli önlemlerin bir aracı niteliğindedir⁴¹⁵.

Mücbir sebebin bir başka özelliği ise karşı konulamaz, önlenemez olmasıdır. Bu kavramdan kasıt, idare ne kadar etkin araç, gereç ve tesis kullanırsa kullansın, ne kadar ciddi ve yerinde tedbir almış olursa olsun, ileri bir öngörüyle ne kadar tedbirli uyarılar ve düzenlemeler yapmış olursa olsun, olayın sonuçlarını engellemesinin olanaksız olmasının ve sonuçlardan kaçınılmasının imkansızlığıdır⁴¹⁶.

Mücbir sebebin unsuru olan dışarıdan kaynaklanıyor olma özelliğine gelince; bu özellik davalının ileri sürebileceği hususun dışında kalan, yabancı

⁴¹⁴ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 178

⁴¹⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 178

⁴¹⁶ Oytan, a.g.e., s. 12; Yayla, a.g.m., s. 55 .

nitelikli ve mücbir sebebin kurucu bir olgusu olarak değerlendirilir. Burada; doğal olaylar, üçüncü kişinin veya bizzat zarar görenin davranışları olabilir⁴¹⁷

Önlenemezlik ve dışarıdan kaynaklanıyor olmaya ilişkin şart, bir iç sebebe bağlı olarak bir barajdaki kırılmada, idarenin bu kırılmadan kaynaklanan sonuçları hafifletebilmek için gereken süreye sahip olması durumunda mücbir sebebin oluşamayacağını açıklamaktadır⁴¹⁸.

Mücbir sebep sayılan olay, failin dışında cereyan eden bir olaydır. Sorumlu tutulabilecek olan kişi ile zarar arasına giren ve illiyet bağını koparan tamamen dışsal bir olaydır. Bu sebeple mücbir sebep sayılan olayın doğurduğu zarar nedeniyle, şayet tutum ve davranışıyla zararın artmasına da neden olmamış ise, idare hem kusurlu sayılarak sorumlu tutulamaz, hem de objektif sorumluluk söz konusu olmaz⁴¹⁹.

Beklenilmeyen Hal

İdare hukukunda mücbir sebep, beklenilmeyen durumdan ayırt edilmektedir. Beklenilmeyen durumlar, mekanik bir kaza veya sebebin belirsizliğini koruduğu hallerde söz konusudur. İdarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu ise beklenilmeyen hal bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz⁴²⁰.

Mücbir sebep zararın kaynaklandığı kamu hizmeti ya da bir kamu

⁴¹⁷ Naklen:Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 180

⁴¹⁸ Naklen: Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 180

⁴¹⁹ Oytan Muammer: **a.g.e.**, sh.13-14.

⁴²⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 180

eserinin dışındaki bir sebebin varlığına bağlıdır. Beklenilmeyen halde öngörülmez ve önlenilmez ve fakat bunların bir kamu hizmetinin işleyişine bağlı olması hali söz konusudur. Dolayısıyla burada bilinmeyen ve önlenemeyen bir kamu hizmetindeki eksiklikten söz edilebilir. Bu eksiklik bilimsel olarak seçicilik arz eden bir kudretsizliktir. Örneğin; zırhlı bir savaş gemisinin veya bir makinenin patlamasında, patlama anındaki bilgi seviyesi ve birikimi mantıksal bir açıklamada bulunamaması gibi. Ancak bu durumlarda vuku bulan zarar verici olay bilinmeyen bir eksikliğin sonucu gibi değerlendirilir. Beklenilmeyen hal kusursuz sorumluluğa etki etmez. Çünkü zararın doğrudan sebebi, idareye yüklenen bir kusur olmasa bile, idarenin sahibi olduğu bir şey veya bir etkinliktir. Zararın bilinmeyen sebebi yani beklenilmeyen halde, aleyhine karinenin olduğu idare, kusurunun olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilme imkanına sahip değildir⁴²¹.

Beklenmeyen hal de mücbir sebep gibi idarenin iradesi dışında oluşan ve öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır. Ancak zorlayıcı nedenlerin idari davranışın dışında olmasına karşılık beklenmeyen durumlar idari davranışın içinde oluşur⁴²². Buna göre, beklenmeyen hali mücbir sebepten ayıran en önemli özellik zarar doğuran olayın idarenin faaliyetleri içerisinde meydana gelmesidir⁴²³.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğu takdirde beklenmeyen halin meydana gelmiş olması, kusur unsurunu ortadan

⁴²¹ Naklen: Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 181

⁴²² Günday, a.g.e., s. 336; Oytan, a.g.e., s. 14.

⁴²³ DELCROS-DELCROS , a.g.e., s. 62.

kaldıracağı için idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ortadan kaldırır⁴²⁴.

3.3.3. Zarar Görenin Kusuru

Uygun illiyet bağı ve bu bağı kesilmesi iki aşamalı bir düşünce ve değerlendirme süreci içinde cereyan eder. Birinci aşamada, sorumlu olacak kişinin davranışı veya sorumluluğunun bağlandığı objektif olayın niteliği itibarıyla gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli olup olmadığıdır. Buna olumlu cevap verilirse ortaya çıkan yeni sebepler dikkate alınarak bunların illiyet bağı kesmeye elverişli olup olmadıkları incelenir. Eğer bu aşamadaki sebeplerin illiyet bağı kesmeye elverişli oldukları kabul edilirse birinci aşamada doğan zarar ortadan kalkacaktır⁴²⁵.

Zarara uğrayan kişi bizzat zararın önlenabilir olmasını engellemiş veya zararı ağırlaştırmış ise idare açısından illiyet bağı kesilmesi nedeniyle durumun niteliğine göre idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar⁴²⁶. İdari yargı yeri tazminat miktarını hesaplarken bu durumu dikkate alır⁴²⁷.

⁴²⁴ Armağan, a.g.e., s. 263; farklı düşünce için bkz. Candan, a.g.e., s. 184.

⁴²⁵ Eren, a.g.e., C.2, s. 547; Dan. 10.D., 14.6.2001, 4083/2337, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 267.

⁴²⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 181; Gözler, a.g.e., C.II, s. 1231; Yenice, Esin, a.g.e., s. 99; Dan. 10.D., 20.6.2001, E:1999/4072, K:2001/2527; 25.10.2001, E:1999/4708, K:2001/3683 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 776 vd.

⁴²⁷ Candan, a.g.e., s. 185.

Aşağıdaki örneklerde zarara uğrayan kişinin hatasının varlığından söz edilir: Kuralları çiğnemedeki hata, kusurlu davranış; yangın çıkması halinde itfaiyenin geç haberdar edilmesi; ilgilinin idarenin verdiği sözlere ve bilgilere çabucak kanması, saflıkla itibar etmesi; ihtiyatlı, temkinli olmama; savsaklama, gerekli önemi vermeme, bölgeyi iyi tanıyor olma; aşırı hızlı gitme idareyi hataya düşürecek davranışta bulunmak; sarhoş durumda olmak: kullanım hatası yapmak⁴²⁸.

Örnek Kararlar

Davacıların yakını olan 14 – 15 yaşlarındaki iki çocuğun askeri tatbikat sırasında arazide patlamamış olarak kalan top mermisini eve getirerek oynamaları sonucunda patlaması olayında ve meydana gelen zararda davalı idareyle birlikte davacıların da kusuru bulunduğu, maddi ve manevi tazminata hükmedilirken müterafik kusurun dikkate alınması gerektiği⁴²⁹;

Davacıların çocuklarının askeri eğitim alanı bitişiğinde bulunduğu cisimle oynaması üzerine meydana gelen patlama üzerine sakat kalması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği⁴³⁰;

Askeri tatbikat sırasında arazide patlamamış olarak kalan top mermisinin çocuklar tarafından evlerine götürülüp oynanması sonucunda

⁴²⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 181

⁴²⁹ Dan.10.D 8.12.1997, E: 1996 / 4000, K:1997/5475, (Yayımlanmamıştır.)

⁴³⁰ Dan.10.D 21.11.1996, E: 1995 / 4443, K:1996/7707, (Yayımlanmamıştır.)

patlaması nedeniyle uğranılan zararın yüklendiği kamu hizmetini yürüttüğü sırada denetim görevini yeterince yapmaması ve gerekli önlemleri almaması nedeniyle hizmet kusuru bulunan idarece davacıların müterafik kusuru da dikkate alınarak tazmini gerektiği⁴³¹;

Davacının murisinin elektrik çarpması nedeniyle ölümü sonucu uğradığı zararın; idarenin ve murisin kusur oranları dikkate alınarak tazmin edileceği⁴³²;

Davalı idareye ait elektrik trafosunun çatısına çıkan davacının elektrik akımına kapılarak yaralanması sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın kusur oranında tazmin edilmesi gerektiği⁴³³;

Evinin penceresine televizyon anteni monte ederken pencereye 130 cm uzaklıkta bulunan yüksek gerilim hattına temas etmesi sonucunda, davacıların murisinin ölümü nedeniyle uğranılan zararın idarece hizmet kusuru ilkesi uyarınca; ölenin gerekli dikkati göstermeyerek 2/8 oranındaki müterafik kusuru da dikkate alınmak suretiyle tazmini gerektiği⁴³⁴;

AYİM, zarar görenin müterafik kusuru konusunda "... zarar görenin eylemi, sadece zararın oluşumuna yardım eden veya onun genişlemesi sonucunu doğuran bir nitelik taşıyorsa, bu durumda zarar görenin müterafik kusurundan söz edilebilir... şayet meydana gelen zarar, tamamen zarar

⁴³¹ Dan.10.D 19.12.1995, E: 1994 / 5458, K:1995/6585, (Yayımlanmamıştır.)

⁴³² Dan.10.D 12.6.2000, E: 1998 / 4813, K:2000/3150, (Yayımlanmamıştır.)

⁴³³ Dan.10.D 27.5.1998, E: 1996 / 9858, K:1998/2277, (Yayımlanmamıştır.)

⁴³⁴ Dan.10.D. 27.12.1997, E: 1995 / 287, K:1995/6734, (Yayımlanmamıştır.)

görenin kendi eylemi sonucu doğmuşsa bu durumda idarenin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkmaktadır."⁴³⁵ şeklinde bir ölçüt getirmiştir.

Fransa'da idari yargıç belirtildiği gibi hatanın değerlendirilmesinde çok katı davranmaktadır. Bir bisiklet yarışçısının yoldaki önemli bir derecede büyüklüğü olan bir kazılmış çukura düşmesinde, yarış güzergahında gerekli dikkati göstermediği için tazminat talebi reddedilmiştir. Yargıç aynı şekilde bir motosiklet sürücüsünün şose yoldaki büyük bir çökme sebebiyle ölümcül bir kazaya uğraması olayında, zarara uğrayan kişinin tek yönlü yolda sağdan gitmediği ve kask takmadığı gerekçeleriyle kamu idarelerinin sorumluluklarını hafifletmektedir. Bir kamu kuruluşunun çatısından düşen karlardan zarar gören kişinin zararın yarısına kendisinin katlanması gerektiğine mahkeme karar vermiştir. Buzlaşmış bir nitelik alan karla kaplı bir çatının altına park edilirken, karın düşmesi görülebilecek nitelikte bir olgu olduğu karara gerekçe olarak gösterilmiştir. Zarar görenin kusuru kavramına idari yargıç sadece zarar görenin davranışlarını değil, aynı zamanda sıkı ilişkide bulunduğu kişilerin davranışlarında işledikleri hataları da dahil etmektedir. Buna göre görevlendirilen kişinin hatası işvereni de yükümlü kılar. Çocukların hataları ebeveynlerini bağlar. Eşlerden birinin kusurlu davranışı diğerini etkiler. Otomobil şoförünün hatası, yolculara karşı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Buna karşılık Fransız içtihatlarında gelinin kayın validesi karşısındaki durumunu üçüncü kişi olarak nitelendirmiş ve bir arkadaşın zarar görenle bir tutulması talebini reddetmiştir⁴³⁶.

⁴³⁵ Naklen: Atay, Odabaşı, Gökcan (AYİM 2. D., 21.1.1987, E:987/19, K:1987/16)

⁴³⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 182

3.3.4. Üçüncü Kişinin Kusuru

İdarenin zarar verici davranışına üçüncü kişilerin katılmaları esas itibariyle idarenin sorumluluğu etkileyen durumlardan biridir. Meydana gelen zarar üçüncü kişinin davranışından kaynaklandığı gibi zararın nitelik ve niceliğinin üçüncü kişinin müdahalesi nedeniyle artmışta olabilir.

Zarar aynı zamanda bir kamu tüzel kişinin ve üçüncü bir kişinin kusurlu davranışına bağlanabilmesi mümkün ise olayın özellikleri dikkate alınarak idare ya tamamen ya da kısmen sorumluluktan kurtulur. İdarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu hallerinde üçüncü kişinin davranışı zararın oluşumuna katıldığı ölçüyle orantılı olarak idareyi sorumluluktan kurtarır⁴³⁷. Zarara uğrayan böyle bir durumda idareden ancak idarenin kusuru oranında talepte bulunabilir⁴³⁸. Yalnız bu halde idare tazminat ödemek zorunda kaldığı oranda üçüncü kişiye rücu etme olanağına sahiptir⁴³⁹.

İdarenin sorumluluğunu kaldıran üçüncü kişiler idare ile hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlardır⁴⁴⁰. Ancak zarara yol açan üçüncü kişiler ile idare arasında hukuki bir ilişki söz konusu ise idarenin sorumluluğu devam eder⁴⁴¹.

AYİM, başlangıçta üçüncü kişilerin karıştığı eylemlerde çekimser

⁴³⁷ Dan. 10.D., 9.5.2001, 1655/1696, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 270.

⁴³⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 182; Dan. 10.D., 28.5.1998, E:1996/9113, K:1998/2308 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 778.

⁴³⁹ Gözler, a.g.e., C.II, s. 1241; Candan, a.g.e., s. 185.

⁴⁴⁰ Armağan, a.g.e., s. 278.

⁴⁴¹ Yenice, Esin, a.g.e., s. 101.

davranarak idarenin sorumlu olmadığı yönünde kararlar vermiştir. Örneğin görevi sırasında sivil bir aracın çarpması sonucu inzibat erinin ölmesi, nöbetçinin nöbet mahalli dışında öldürülmesi. Yüksek Mahkeme daha sonra içtihadını değiştirerek zararın üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan olaylarda idarenin kusursuz sorumluluğu ilkelerine göre idarenin tazmin yükümlülüğünün bulunduğu hükmetmiştir. Bu değişikliğe eğitimden dönen birliğe sivil bir aracın çarpması sonucu bir erin ölümü, nöbetçinin kışla dışından kimin attığı bilinmeyen bir mermi ile vurularak ölmesi, yol devriye görevini ifa eden jandarma erinin sivil aracın çarpması sonucu sakatlanması olayları ile ilgili içtihatları örnek verilebilir⁴⁴².

Hizmet kusurunun söz konusu olduğu hallerde Fransız içtihadı, idare ile üçüncü kişinin aynı zararın birlikte faili olarak değerlendirilmesini kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle, idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu hallerinde, üçüncü kişinin davranışı, zararın oluşumuna katıldığı ölçüyle orantılı olarak idareyi sorumluluktan kurtarır. Zarara uğrayan böyle bir durumda idareden ancak zararın idareden kaynaklanan bölümü için talepte bulunabilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişinin davranışının idarenin sorumluluğu üzerinde herhangi bir sonuç doğurmaz. Zarara uğrayan kişi, idareden uğramış olduğu zararın tamamının tazmini talep edebilir⁴⁴³.

⁴⁴²3.D., 21.9.1976, E:1975/3669, K:1976/4933; 3.D., 9.3.1976, E:1974/391, K:1976/374; 2.D., 21.3.1990, E:1988/289, K:1990/98

⁴⁴³ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 182

SONUÇ

Hizmet kusuru teorisi, Devletin sorumluluğunu sağlamada esas alınan, temel bir teoridir. İdarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu, yazılı hukuk kurallarından çok, mahkeme karar ve içtihatları ile gelişimini sürdürmektedir.

Özellikle Fransız Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu alandaki enerjik çabaları ve teorinin karakteristik niteliklerini belirtmek ve korumak hususundaki ısrarlı tutumları, teorinin gelişmesinde önemli bir faktör olmuş ve doktrinin de bu durumu desteklemesi, müessesenin hızla gelişmesine uygun bir ortam sağlamıştır. Böylece, idari faaliyetin kanuniliği ve bu faaliyetten doğacak sorumluluk prensipleri, yazılı hukuktan çok içtihatların ve doktrinin bu içtihatları desteklemesinin bir eseridir.

Başlangıçta sadece idarenin maddi fiil ve hareketlerinden doğan zararlardan dolayı uygulanabilen hizmet kusuru, uygulama alanını gittikçe genişleterek, idarenin hukuka aykırı tasarruflarından doğan sorumluluk meselelerine de uygulanmaya başlamıştır. Günümüzde demokrasi, insan hakları gibi kavramların gelişmesine paralel olarak hizmet kusurunun uygulama alanı da genişlemektedir. Örneğin idarenin yaptığı tıbbi faaliyetlerde, önceleri sadece çok ağır kusurun varlığı aranırken, zamanla idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için bazı hallerde basit bir kusurun varlığı da yeterli görülmüştür.

Sosyal Devlet anlayışı ile birlikte, devletin faaliyet alanları giderek genişlemiş, buna paralel olarak idarenin bireylere zarar verme olasılığı da artmıştır. Bu nedenlerden dolayı mahkemelerin önüne bu tür davalar daha sık gelmeye başlamıştır. Bu sayede idarenin sorumluluğu ve hizmet kusuru kavramı da gelişme göstermiştir.

İdari yargı, idarenin sorumluluğunun belirlenmesi konusunda çok önemli bir görev üstlenmiş bulunmaktadır. İdarenin sorumluluğunun belirlenmesindeki kurallar, yasa kuralları ile dondurulmayıp, idare hukukunun

ilkeleri bağlamında içtihatlarla geliştirilen bir özellik arz etmektedir. Bu ise idarenin sorumluluğu konusunda her somut olayın özelliğine göre idare hukuku kavram ve ilkelerinin tartışılmasını, değerlendirilmesini ve sonuca varılmasını gerektirmektedir.

Danıştay da tarihi gelişim içinde zaman zaman birbiriyle çelişen kararlar vermiş ise de, idarece yürütülen hizmetlerin kusurlu işletildiği hallerde tazminata hükmederek bir yönüyle idareye hukuk devleti olma yolunda yardımcı olmuş, bir yönüyle de bu faaliyetler nedeniyle uğranılan mağduriyetler giderilmiştir. Diğer taraftan mahkeme kararlarının niteliği, yol göstericiliği ve caydırıcılığı sayesinde yürütülen kamu hizmetleri de daha iyi niteliğe kavuşmuştur.

Anayasamız idarenin hizmet kusuru işletilmek suretiyle verdiği zararların tazmin edileceğine ilişkin hükümlere yer vermekle birlikte, bu konuda daha çok yargı yerlerine ve uygulamaya iş düşmektedir.

Sonuç olarak, hizmet kusuru teorisinin gelişmesinde içtihatların büyük önemi olduğuna göre; idari yargı yerlerinin, hukukun temel prensiplerini göz önünde tutarak, birey ve Devlet dengesini sağlayacak şekilde kararlar vermek durumunda olduğu; böylelikle, hem bireyin, hem de Devletin yararına katkı sağlayacağını vurgulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ABADAN, Yavuz; **Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri**, Ankara, 1952.
- AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, (Vural) Bihterin; **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul, 2000.
- AKIN, İlhan F; **Kamu Hukuku**, 6 Bası, İstanbul, 1990.
- AKKAYA, Rukiye; "Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar", **AÜEHFD**. C:VII. S.3-4, 2003, s.140-141.
- ALDIKAÇTI, Orhan; **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Genişletilmiş 3.Baskı, İstanbul, 1978.
- ANAYURT, Ömer; "Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 1989.
- ANSAY, Sabri Şakir; **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 3.Bası, Ankara, 1958.
- ARAL, Rüştü; **Yargı Organı Olarak Danıştay, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci baskı, Ankara, 1986.
- ARMAĞAN, Tuncay; **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- ARSEL, İlhan; **Anayasa Hukuku: Demokrasi**, Ankara, 1964.
- ARSEL, İlhan; **Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına (Şariat Devletinden Laik Cumhuriyet'e)**, Ankara, 1975.
- ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Ankara, 2006.
- ATAY, E. Ethem, ODABAŞI, Hasan, GÖKCAN, Hasan Tahsin; **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin, Ankara, 2003.
- AZRAK, Ali Ülkü; "Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku

- Sahasındaki Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti", **İHFM**. CXXVIII. S-1, s.367.
- BALTA, Tahsin Bekir; **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara, 1970-1972.
- BAŞGİL, Ali Fuat; **Esas Teşkilât Hukuku**, İstanbul, 1960.
- BEREKET BAŞ, Zuhâl; "Tam Yargı Davaları", **İdari Yargı Panel**, 11-12.Nisan 2003, Mersin, Şen Matbaası, Ankara, 2003.
- BONNARD, Roger; **İdarenin Kazai Murakabesi**, Çev:Ahmed Reşid Turnagil, İstanbul, 1939.
- BRANCOÜRT, Jean Pierre; Estat'lardan **Devlet'e Bir Sözcüğün Evrimi İçinde Devlet Kuramı**, Der. Cemal Bali Akal, Ankara, 2000.
- CANDAN, Turgut; **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005.
- CROZAT, Charles; "Fransız Âmme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet", Çev. Ferit H. Saymen, **İHFM**. Yıl-1. S.3, Ağustos 1935.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÇOLAK, Müzeyyen; "İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. ANKARA, 1996
- Dİ MARZİO, Salvatore; **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umur, İstanbul, 1954.
- DOĞAN, Özlem; "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", **Doğu Batı**, Yıl.4, S. 13, s. 11
- DUEZ, Paul; **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, Çev. İbrahim Senil, Ankara, 1950.
- DURAN, Lütfi; **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1974.
- DURAN, Lütfi; **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, C.2, Beta Yayınları, 2001.

- EROĞLU, Hazma; **İdare Hukuku**,
- ESEN, Bülent Nuri; **Anayasa Hukuku; Genel Esaslar**, Ankara, 1970.
- ESİN, Yüksel; **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 1973.
- GİRİTLİ, İsmet, AKGÜNER, Tayfun; **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1985.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun; **İdare Hukuku**, İstanbul 2001.
- GÖNEN, K. Eren; “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, **Danıştay Dergisi**, S. 108, Ankara, 2004.
- GÖRELİ, İsmail Hakkı; **Bizde Şurayı Devlet ve İdarenin Kazai Murakabesi**, Ankara, 1937.
- GÖZE, Ayferi; **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, 1989.
- GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ; **Anayasa Hukuku**, 6 Baskı, Ankara, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ; **Yönetmelik Yargı**, 13. Bası, Ankara, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, SEZGİN, Zekai; **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara, 1957.
- GUIDO, Zanomini; **İdare Hukuku**, Çev. Atıf Akgüç-Sahir Erman, İstanbul, 1945.
- GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 2002.
- GÜRAN, Sait; “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- HATEMİ, Hüseyin; **Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış**,
- İNALCIK, Halil; “Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları”, **SBFD**, CXIII, S.2, 1958.

KARADENİZ, Ocan; **Roma Hukuku**, Ankara, 1974.

KARAMAN, Hayrettin; **Mukayeseli İslam Hukuku**, C.I, İstanbul, 1982.

KAPLAN, Gürsel; "Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 1993.

KOZAK, İ. Erol; **Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf**, İstanbul, 1985.

KUZU, Burhan; **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 1995.

KÜBALI, H. Nail; **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1969.

LİPSON, Leslie; **Politika Biliminin Temel Sorunları**, Çev.Tuncer Karamustafaoğlu, İkinci Basılış, Ankara,1978.

MUMCU, Uğur; "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", **AHFD**, C.27, S. 1-2,1970, s.51.

OKANDAN, Recai Galip; **Roma Âmme Hukuku**, İstanbul, 1944.

OKANDAN, Recai Galip; **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul, 1951.

ONAR, Sıddık Sami; "İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdarî ve Hukukî Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu", **Tahir Taner'e Armağan**, İstanbul, 1956.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ORTAYLI, İlber; "Osmanlı İmparatorluğunda İdare Modernleşme ve Mahallî İdare Alanındaki Gelişmeler", **İHİD (Sarica'ya Armağan)**, 1982, Yıl.3, S.1-3, s.138.

ORTAYLI, İlber; "Osmanlı Kadısının Taşra idaresindeki Rolü", **AİD**, C.IX/1, 1976, s.55.

ORTAYLI, İlber; **Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler**, Ankara,1974.

OYTAN, Muammer; **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışında Gelişmeler**, Ankara 1999.

OZANSOY, Cüneyt; “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, (**Yayınlanmamış doktora Tezi**) Ankara, 1989.

ÖRÜCÜ, Esin; "İngiltere'de İdarenin -Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri", **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977.

ÖRÜCÜ, Esin; “Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi”, **II. Ulusal idare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri**. Ankara 1994.

ÖZAY, İl Han; "XVI. Yüzyıl ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar-Çağrışımlar,” **II. İHİD**, Yıl-2. C.II.1981, S.I-3.

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 1993.

ÖZDEMİR, Necdet; **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1963.

ÖZGÜLDÜR, Serdar; **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.

PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk Dersleri, II Kitap**, 6.Baskı, Ankara, 1999.

SARICA, Ragıp; **İdari Kaza**, İstanbul 1942.

SARICA, Ragıp; “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İHFM**, C.15, S. 4, İstanbul, 1949, s. 856.

SOYSAL, Mümtaz; **Anayasaya Giriş**, Ankara, 1969.

TANDOĞAN, Haluk; **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Ankara 1981.

TANÖR, Bülent; **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, 1996.

TEKELİ, İlhan, ORTAYLI, İlber; **Türkiye’de Belediyeciliğin Evrimi**, Şubat, 1978.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971.

TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1991.

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, C. I,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.

ULUER, Yıldırım; **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları,** Ankara, 1970.

UMUR, Ziya; **Roma Hukuku Dersleri,** İstanbul, 1954.

ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet; **Türk Hukuk Tarihi, 2.Baskı,** Ankara 1981.

ÜNLÜÇAY, Mehmet; “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi, S. 94,** Ankara, 1998.

VERSAN, Vakur; **Kamu Yönetimi, Siyasî ve İdari Teşkilat,** Dokuzuncu Basım, İstanbul, 1986.

YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku I,** İstanbul 1990.

YILDIRIM, Ramazan; **İdare Hukuku Dersleri I (idare),** Konya, 2005.

YUMUK, Hamit; “İdari Yargıda Tazminat Davası”, Yayınlanmamış **Yüksek Lisans Tezi,** Ankara, 2005.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; **Kamu Hukukuna Giriş: Devlet,** Ankara, 1973.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; **Devlet Kudretinin Sınırlanması,** Ankara, 1963.

ZABUNOĞLU, Y. Kazım; **İdari Yargı Hukuku Dersleri,** Teksir, Ankara 1981.

ÖZET

ŞİŞANECİ, Mustafa. 1982 Anayasası Çerçevesinde İdarenin Hizmet Kusuru, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009

Bu çalışmada idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu, mevcut hukuki durum göz önüne alınarak ve çeşitli yargı kararlarından örnekler verilerek incelenmiştir.

Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin yaptığı işlem ve eylemlerden doğan zararı karşılaması gerekmektedir. Nitekim 1982 Anayasasının 125. maddesinin son fıkrasına göre “İdare, kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

Hizmet kusuru ise idarenin yürüttüğü işlem ve eylemlerdeki her türlü bozukluk ve noksanlığı ifade etmektedir. İşte bu çalışmada hizmet kusuru kavramı çeşitli yönleriyle incelenmiş, hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğun daha iyi anlaşılması için sorumluluk kavramına değinilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER

- 1- Anayasa
- 2- İdare Hukuku
- 3- Hizmet Kusuru
- 4- Sorumluluk
- 5- Tazminat Davası

ABSTRACT

SİSANEÇİ, Mustafa. 1982 The defect of administrative service in the framework of the 1982 constitution, Master Thesis Tezi, Ankara, 2009

In this study, the responsibility of administration caused from its faults is being analysed from present legal situation and various law decisions perspective.

According to principles of rule of law, the damages which stem from fault of administrative bodies should be compensated. Turkish constitution 125. article rules that 'Administration is responsible for the damages which stem from its processes and acts.'

Lapse of service means all kind of faults and defeats of processes and acts which administrative bodies engender. In this study, the notion of service lapse of service is analysed deeply. The notion of responsibility is mentioned because of that lapse of service and administrative responsibility should be understood well.

Keywords

- 1- Constituion
- 2- Administrative Leaw
- 3- Service Fault
- 4- The Responsibility
- 5- Action For Damages