

T.C.
ABANT İZZET BAYSAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

İDARENİN KUSURLU SORUMLULUK HALLERİ

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan
Selahattin KAVUT

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ

BOLU-2013

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE;

Selahattin KAVUT'a ait, “**İdarenin Kusurlu Sorumluluk Halleri**” adlı çalışma, jürimiz tarafından, Kamu Yönetimi Anabilim Dalında **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir. 24/06/2013

Akademik Unvan, Ad ve Soyad

İmza

Üye (Tez Danışmanı): Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ

.....

Üye

: Doç. Dr. Mehmet DALAR

.....

Üye

: Yrd. Doç. Dr. Koray TÜTÜNCÜ

.....

Sosyal Bilimler Enstitüsünün Onayı

Prof. Dr. Yahya Mustafa KESKİN

Sosyal Bilimler Enstitü Müdürü

ETİK İLKELERE UYULDUĞUNA İLİŞKİN METİN

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, **İdarenin Kusurlu Sorumluluk Halleri** başlıklı çalışmanın yazılmasında, bilimsel ve etik kurallara uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin tamamının ya da bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitede bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.
24/06/2013

Selahattin KAVUT

ABSTRACT

CONDITIONS OF DEFECTIVE LIABILITY OF ADMINISTRATION

Selahattin KAVUT

Master of Art Thesis

The Department of Public Administration

Supervisor: Assistant Prof. Dr. Fethi KILIÇ

June, 2013, xiii + 115 Pages

Compensation of damages arising from the actions and policy of the administration is determined as a constitutional principle. Issues such as the responsibility for the administration circumstances, the context and the implementation of the principle of responsibility are not regulated by legislation. Therefore, these gaps that are the subject of responsibility of administration are filled with the jurisprudence of judiciary.

In this study that is searched for imperfect states of the liability of the administration, the historical development of the responsibility of the administration and in general sense the states are whether liable or not for the activities of legislature, judiciary and executive bodies of itself are discussed. Gross defects theory is discussed that the areas searched for gross defect are emphasized. The difference of service and personal defect are mentioned that it is focused on aspects of functional defects separated from service defects. The concepts of service failure, characteristics of service defect, and situations that are accepted as service failure are covered. Terms of the responsibility for the administration, factors lessening or eliminating responsibility are considered.

In this study, situations of defected responsibility arising from the administrative action and activity that is related to the field of public law are tried to

objectify the defective liability of administration in the view of application by using presence of service failure as an essence, taking advantage of the doctrine, and giving examples in judicial decisions.

Key Words: Liability, Defective Liability, Personal Failure, Service Failure, Conditions of Service Failure, Damage

ÖZET

İDARENİN KUSURLU SORUMLULUK HALLERİ

Selahattin KAVUT

Yüksek Lisans Tezi

Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ

Haziran, 2013, xiii + 115 Sayfa

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların karşılanacağı Anayasal bir ilke olarak belirlenmiştir. İdarenin sorumluluğunun şartları, içeriği ve sorumluluk ilkesinin uygulanması gibi konular mevzuatla düzenlenmemiştir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu konusundaki bu boşluklar yargının içtihatları ile doldurulmaktadır.

İdarenin kusurlu sorumluluk hallerinin incelendiği bu çalışmada, idarenin sorumluluğunun tarihsel gelişim sürecine bakılmış, devletin yasama, yargı ve yürütme organlarının faaliyetlerinden dolayı genel olarak sorumlu tutulup tutulmayacağına değinilmiştir. Ağır kusur teorisi irdelenmiş, ağır kusurun arandığı alanlar üzerinde durulmuştur. Hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımına değinilmiş, görevsel kusurun hizmet kusurundan ayrılan yönleri üzerinde durulmuştur. Hizmet kusuru kavramı, hizmet kusurunun özellikleri, hizmet kusuru sayılan haller ele alınmıştır. İdarenin sorumluluğunun şartları, sorumluluğu azaltan veya ortadan kaldıran sebepler üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmada, idarenin kamu hukuku alanına giren idari eylem ve işlemlerinden doğan kusurlu sorumluluk halleri, hizmet kusurunun mevcudiyeti esas alınarak doktrinden yararlanılarak, yargı kararlarından örnekler verilerek idarenin kusurlu sorumluluğun uygulamadaki görünümü somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Kusurlu Sorumluluk, Kişisel Kusur, Hizmet Kusuru, Hizmet Kusuru Halleri, Zarar

TEŞEKKÜR

Tez yazım sürecinde göstermiş olduğu yardımlarından ve yönlendirmelerinden dolayı danışmanım Sayın Yrd. Doç. Dr. Fethi KILIÇ'a, Kamu Yönetimi Bölümü ve jüri üyeleri hocalarına teşekkürü borç bilirim.

Selahattin KAVUT

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	vi
ÖZET	vii
TEŞEKKÜR	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xii
 BÖLÜM I	 1
1. GİRİŞ	1
1.1. Tezin Konusu ve Amacı.....	1
1.2. Tezin Sorunsalı ve Kapsamı.....	2
1.3. Tezin Malzemesi, Yöntemi ve Metin Yapısı	3
 BÖLÜM II	 5
2. İDARENİN SORUMLULUĞU İLKESİ	5
2.1. Sorumluluk Kavramı	5
2.2. Sorumluluk Çeşitleri	6
2.2.1. Siyasi sorumluluk	7
2.2.2. Cezai sorumluluk	7
2.3.3. Mali (hukuki) sorumluluk.....	8
<i>Medeni sorumluluk:</i>	9
<i>İdari Sorumluluk:</i>	10
2.3. Tarihsel Açıdan İdarenin Sorumluluk İlkesinin Gelişimi	11
2.3.1. İdarenin sorumsuz olarak kabul edildiği dönem.....	12
2.3.2. Medeni hukuk kurallarına göre idarenin sorumlu tutulduğu dönem	14
2.3.3. Kamu hukuku kurallarına göre idarenin sorumlu tutulduğu dönem.....	16
2.4. Türk Hukukunda İdarenin Sorumluluk İlkesine Tarihsel Açıdan Bakış.....	19
2.4.1. Tanzimat dönemi ve idarenin sorumluluğuna doğru ilk adımlar.....	20
2.4.2. Meşrutiyet dönemi	21
2.4.3. Cumhuriyet dönemi	22

1924 Anayasası:.....	22
1961 Anayasası ve sorumluluğun anayasal bir kural haline gelmesi:	23
1982 Anayasası ve günümüzdeki durum:	25
2.5. İdarenin Sorumluluğu İlkesinin Kapsamı	26
2.5.1. İdarenin özel hukuktan doğan sorumluluğu	27
2.5.2. İdarenin kamu hukukundan doğan sorumluluğu	28
2.6. Genel Olarak Devlet Organlarının Faaliyetlerinden Dolayı Sorumluluğu	29
2.6.1. Devletin yasama faaliyeti sorumluluğu	30
2.6.2. Devletin yargı faaliyeti sorumluluğu	33
2.6.3. Devletin yürütme faaliyeti sorumluluğu	35
BÖLÜM III.....	36
3. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK HALLERİ	36
3.1. Kusurlu Sorumluluk	37
3.2. Kusursuz Sorumluluk	39
3.2.1. Risk ilkesi	42
3.2.2. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi	43
3.3. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu.....	43
3.3.1. Kusur kavramı	44
<i>Hukuka aykırılık ile kusur ilişkisi:</i>	<i>45</i>
3.3.2. Ağır kusur teorisi	47
3.3.3. Ağır kusurun arandığı alanlar	49
3.4. Hizmet Kusuru Kavramı	53
3.4.1. Hizmet kusurunun başlıca özellikleri	56
<i>Hizmet kusurunun asliliği:</i>	<i>56</i>
<i>Hizmet kusurunun bağımsızlığı:</i>	<i>57</i>
<i>Hizmet kusurunun genelliği:</i>	<i>58</i>
<i>Hizmet kusurunun anonimliği:</i>	<i>59</i>
<i>Hizmet kusurunun değişebilirliği:</i>	<i>60</i>
3.5. Hizmet Kusurunun Kamu Görevlisinin Kusurundan Ayrılması.....	60
3.5.1. Hizmet kusuru ile görev kusuru ayrımı	61
3.5.2. Hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımı	64

3.5.3. Kamu görevlilerinin kişisel kusur halleri	67
<i>Kamu görevlilerinin suç niteliği kapsamında olan davranışları</i>	68
<i>Kamu görevlilerinin kötü niyetli davranışları</i>	68
<i>Kamu görevlilerinin yargı kararlarını uygulamaması</i>	68
<i>Kamu görevlilerinin ağır kusuru</i>	70
3.5.4. Hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusurunun iç içe olması	70
3.7. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu Açısından Hizmet Kusuru Halleri	71
3.7.1. Hizmetin kötü işlemesi	72
3.7.2. Hizmetin geç işlemesi	75
3.7.3. Hizmetin hiç işlememesi	78
3.8. Uluslararası Hukukta İdarenin Kusurlu Sorumluluğu	81
3.8.1. Genel olarak	81
<i>Fransız Hukukunda</i>	82
<i>Alman Hukukunda</i>	83
<i>İsviçre Hukukunda</i>	84
BÖLÜM IV	85
4. İDARENİN SORUMLULUK ŞARTLARI İLE SORUMLULUĞU	
AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER	85
4.1. İdarenin Sorumluluk Şartları	85
4.1.1. İdari tutum ve davranış	86
4.1.2. Zarar	88
4.1.3. Zarar ile eylem arasında nedensellik bağının bulunması	92
4.2. İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Haller	94
4.2.1. Mücbir sebep	95
4.2.3. Beklenmeyen hal	97
4.2.3. Zarara uğrayanın kusuru	98
4.2.4. Üçüncü kişinin kusuru	100
SONUÇ VE BULGULAR	103
KAYNAKÇA	109

KISALTMALAR

AM	: Anayasa Mahkemesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
B.K.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
DD	: Danıştay Dergisi
DDGK	: Dava Daireleri Genel Kurulu
DDK	: Dava Daireleri Kurulu
DK	: Danıştay Kanunu
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
DKM	: Danıştay Kararlar Mecmuası
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
Dnş	: Danıştay
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayıları
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi

vd.	: Ve Devamı
vs.	: Vesaire
Y	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

BÖLÜM I

1. GİRİŞ

Bu tez, Türkiye’de idarenin kusurlu sorumluluk hallerini, kamu hukukunun kendine özgü objektif hizmet kusuru teorisi çerçevesinde, doktrindeki düşüncelerden ve yargı kararlarından yararlanılarak, ayrıca idarenin sorumluluğunun kabul edilmesiyle birlikte idarenin sorumluluk anlayışında gözlemlenen gelişmeleri de dikkate alarak idarenin kusurlu sorumluluğunu konu almasından doğmuş ve idarenin kusurlu sorumluluk nedenlerinin irdelenmek istenmesinden şekillenmiştir.

İdarenin kamu hukukundan doğan sorumluluğu genel olarak 19’uncu yüzyılın ikinci yarısından sonra kabul edilmeye başlanmıştır. Daha önceki dönemlerde ise devletin dolayısıyla idarenin sorumluluğu kabul edilmemiştir. İlk önceleri medeni hukuk kurallarına göre idarenin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Ancak, gerek medeni hukuk kurallarının yetersizliği olsun gerekse idarenin faaliyet alanının genişlemesiyle birlikte olsun, idare artık kamu hukukunun kendine özgü kurallarına göre sorumlu tutulmuştur.

1.1. Tezin Konusu ve Amacı

Genel ilgi alanı idarenin kusurlu sorumluluğu olan bu tezin konusu, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararın hizmet kusuru teorisine göre giderilme yükümlülüğünün irdelenmesidir. İdarenin kusurlu sorumluluğu, kamu hukukunun ilkeleri çerçevesinde sorumluluk anlayışı, sorumluluk anlayışındaki gelişmeler ve değişimler, idarenin sorumluluğu için aranılan kusur ve kusurun yoğunluğu, ağır kusur şartının aranıldığı kamu hizmetleri, hizmet kusuru karakterleri, hizmet kusuru halleri,

kişisel kusur, görevsel kusur, sorumluluğun şartları olarak idari tutum ve davranış, zarar, illiyet bağı, sorumluluğu azaltan sebepler olarak mücbir sebep, beklenmeyen durumlar, zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru gibi kavramlar tetebbu edilerek idarenin kusurlu sorumluluk konusu incelenmiştir.

Bu tezin belirtilen konuyu el almasında temel amaç, idare hukukunda idarenin kusurlu sorumluluk hallerini inceleyerek, idarenin kusurlu sorumluluğunun analiz edilmesi, sorumluluğun gelişimine katkıda bulunulması ve idare hukuku açısından öneriler geliştirilmesidir.

1.2. Tezin Sorunsalı ve Kapsamı

Amaç doğrultusunda tezin sorunsalı, Anayasanın 125. maddesinde; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükmünden hareket edilerek idarenin eylem, işlemleri ve faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunun kabul edilmesidir. Ancak, idare kamu hizmetini ifa ederken, ne şekilde sorumlu tutulacağı, sorumluluk türleri, sorumlulukta hangi kıstasların kullanılacağı belirtilmemiştir. Sorumluluğun neye dayandırılacağından söz edilmemiştir. Bu hükümde, idarenin kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın sorumluluk kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Burada idarenin sorumluluğu kusura dayandırılmamıştır. İdarenin kusuru bulunmadan da sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

İdarenin sorumluluğu problemi, sorumluluğun kabul edilmesi ve gelişiminde elde edilen ilke ve esaslardan faydalanılarak sorumluluk sürekli ön planda tutulmuş ve yasalara, mahkeme kararlarına, doktrine konu olmuştur. İdare hukukunun ilkeleri, mahkeme kararları ve doktrindeki görüşler doğrultusunda idarenin sorumluluğu geliştirilmekte ve değişik çevrelerde sürekli tartışılmaktadır. Bununla birlikte idarenin sorumluluğu, farklı uygulamalara ve içtihatlara yol açan bir konu teşkil etmekte ve sorun olma özelliğini korumaktadır.

İdarenin sorumluluğu konusu aslında geniş bir konudur. İdarenin mali (hukuki) sorumluluğu, idarenin özel hukuktan doğan sorumluluğu ve idarenin kamu hukukundan doğan sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdarenin özel hukuka tabi eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğu tamamen özel hukuka bağlı kılınmıştır. Bu tez çalışmasında idarenin kamu hukukundan doğan mali sorumluluğu esas alınmıştır.

Bu sebeple, tezin sorunsalının daha rahat irdelenebilmesi için idarenin kamu hukukundan doğan mali sorumluluğu, kusurlu sorumluluk olarak sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada, idarenin kusurlu sorumluluk halleri, hizmet kusuru teorisinin mevcudiyeti çerçevesinde incelenmiştir.

Ayrıca, bu çalışmada Kara Avrupa'sı - Roma hukuku mehzaz alınmış ve Fransız İdare Hukuku uygulamasına yer verilerek, idarenin kusurlu sorumluluk halleri; Fransız hukuku örnek alınarak hizmet kusuru teorisine dayandırılmıştır.

1.3. Tezin Malzemesi, Yöntemi ve Metin Yapısı

Tezin malzemesi, ilgili konudaki yazın, yasal düzenlemeler, mevzuat, İdare hukuku ilkeleri, doktrindeki görüşler ve mahkeme kararlarından oluşmaktadır. İlgili konudaki yazın, kitap, makale, bildiri, yüksek lisans ve doktora tez çalışmaları gibi dokümanlardan oluşmaktadır.

Bu çalışma, araştırma yöntemlerinden kaynak tarama modeline göre hazırlanmıştır. İdare hukukunda idarenin kusurlu sorumluluk halleri var olduğu şekliyle; pozitif hukuktan, doktrinden yararlanılarak ve yargı kararları incelenmek suretiyle dermeyer edilmiştir.

Bu tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde Giriş'e yer verilmiştir. Giriş'e tezin konusu ve amacı, sorunsalı ve kapsamı, tezde kullanılan malzeme, yöntem ve metin yapısı yerleştirilmiştir.

İkinci Bölümde, sorumluluk kavramı ve çeşitleri, tarihsel açıdan idarenin sorumluluğunun gelişimi, Türk hukukunda idarenin sorumluluğunun tarihselliği, idarenin sorumluluğu ilkesinin kapsamı, yasama, yargı ve yürütmeden oluşan devlet organlarının genel anlamda sorumluluğu veya sorumsuzluğu üzerinde durulmuştur.

Üçüncü Bölümde, idare hukukunda sorumluluk hallerine yer verilmiştir. İlk önce, kusurlu ve kusursuz sorumluluk genel olarak irdelenmiştir. İdarenin kusurlu sorumluluğu, farklı kavramlar tetebbu edilerek irdelenmiştir. Kusur kavramı açıklanmış, hukuka aykırılık ile kusur ilişkisine değinilmiş, ağır kusur teorisine bakılmış ve ağır kusurun arandığı alanlar sıralanmıştır. Hizmet kusuru kavramı ve özellikleri irdelenmiş, hizmet kusuru hallerine bakılmıştır. Mukayeseli hukukta kusurlu sorumluluk üzerinde durulmuştur.

Dördüncü Bölümde, idarenin sorumluluk şartları olarak; idari tutum ve davranış, zarar ve illiyet bağına değinilmiştir. İdarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hallerden; mücbir sebep, beklenmeyen durumlar, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru irdelenmiştir.

Son olarak ise, bu çalışmayla ilgili genel bir değerlendirme yapılarak, sonuç ve bulgulara yer verilmiştir.

BÖLÜM II

2. İDARENİN SORUMLULUĞU İLKESİ

Bu bölümde öncelikle sorumluluk kavramı üzerinde durulacak, sorumluluk türlerine değinilecek, devletin bir unsuru olan idarenin sorumluluğunun tarihselliğine bakılacak, daha sonra Ülkemizde idarenin sorumluluğunun tarihi gelişimindeki seyrine bakılacak, idarenin sorumluluğu ilkesinin kapsamı ile devlet organlarının genel çerçevede sorumluluğu ya da sorumsuzluğu anlatılmaya çalışılacaktır.

2.1. Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk kavramı, Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde; "Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, sorum, mesuliyet" olarak tanımlanmıştır.

Hukuk sözlüğünde ise sorumluluk; "Mesuliyet; uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme." şeklinde ifade edilmiştir (Yılmaz, 1996: 734).

Sorumluluk kavramının özü aslında dine dayanmaktadır. Hristiyanlık anlayışında bu kavram, işlenen hataların tazmin edilme yükümlülüğü anlamına gelmektedir. Bununla birlikte kavram esas itibariyle ahlaki bir boyuta da sahiptir. Ahlaki yönden bakıldığında, toplumsal örgütlenmenin herhangi bir kademesinde yer alan herkesin yaptığı işlemlerin gereğini yüklenmek zorunluluğu vardır (Atay ve Odabaşı, 2010: 33).

Bununla birlikte, sorumluluk kavramı başka anlamlarda da kullanılmaktadır. Örneğin; hukuki sorumluluk, cezai sorumluluk ve siyasi sorumluluk gibi. Genel anlamda sorumluluk, uyulması gereken kurallara aykırı hareketin hesabını verme durumudur (Eroğlu, 1985: 479).

Sorumluluk kavramının farklı tanımları yapılmıştır. Armağan (1997: 11)’a göre sorumluluk; “kasıt, ihmal ve kusur veya tedbirsizlikle ya da yasanın belirlediği durum ve eylemlerden doğan bir tehlike ile yaratılan ya da doğumuna sebebiyet verilen zararı tazmin borcudur. Geniş açıdan bakıldığında sorumluluk kavramından bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılmalıdır.”

Başka bir tanımda sorumluluk, bir kimsenin belli olaylardan dolayı hesap verme ve açıklama yapma yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir. Hukuk kurallarına aykırı olan tutum ve davranışlar doğal olarak kişiye sorumluluk yükletir (Anayurt, 2007: 335).

Diğer bir tanımda ise sorumluluk, iki malvarlığı arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulma amacının gütmesi anlamında kullanılmıştır (Özdemir, 1963: 5).

2.2. Sorumluluk Çeşitleri

Hukukta sorumluluk kavramı; siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve mali (hukuki) sorumluluk olmak üzere üç değişik anlamda kullanılmaktadır. Mali sorumluluk da kendi içinde medeni sorumluluk ve idari sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Gözler, 2009: 1009-1011). İdari sorumluluktan İdare Hukuku literatüründe ifade edildiği gibi idarenin sözleşme dışı sorumluluğu anlaşılmaktadır. Bu tezin konusu da idarenin kusurlu sorumluluk halleri olduğundan, idarenin kusurlu sorumluluğu üzerinde durulacağından idarenin sözleşme dışı sorumluluğu incelenecektir.

2.2.1. Siyasi sorumluluk

Anayasa Hukukunda sorumluluk kavramı devlet organlarından biri olan yürütmenin siyasal kanadını oluşturan Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulunun sorumluluğunu kapsamaktadır. Bu sorumluluk türü siyasal sorumluluk olarak adlandırılır (Anayurt, 2007: 351).

Siyasi sorumluluk, parlamentonun güvenini kaybeden bir bakanın veya Bakanlar Kurulunun iktidar mevkiini bırakmak zorunda kalmalarıdır (Eroğlu, 1985: 479).

Siyasi sorumluluk, idare edenlerin idare edilenlere karşı olan sorumluluğudur. Demokrasilerde egemenlik halka ait olup, siyasi sorumluluk da halka veya onun temsilcisi olanlara karşıdır. Parlamenter hükümet sistemlerinde idarenin başında bulunan başbakan ile bakanlar halkın temsilcisi olan parlamentoya karşı siyasal anlamda sorumludurlar. Siyasi sorumluluğun yaptırımı görevden almadır. Görevden alma güvensizlik oyu ile gerçekleşmektedir. Parlamento, güvensizlik oyu vererek bakanlar kurulunun tümünü görevden alabildiği gibi bir bakanı da görevden alabilir. Bakanlar Kurulunun tümü görevden alınırsa kolektif sorumluluk, bir bakanın görevden alınması halinde ise bireysel sorumluluk söz konusu olur (Gözler, 2009: 1010).

2.2.2. Cezai sorumluluk

Cezai sorumluluk, kanun veya diğer düzenleyici işlemlerin belirli bir davranışı ya da hareketsizliği bir yaptırım ile cezalandırmasıdır. Bu tanım çerçevesinden bakıldığında, idarenin sorumluluğu ile cezai sorumluluğun birbirinden farklı olduğu görülür. İdarenin sorumluluğunda amaç bir cezanın verilmesi veya bir yaptırımın uygulanması değildir, verilen zararın tazmin edilmesidir (Atay ve Odabaşı, 2010: 34).

Hukuk düzeninde cezai yaptırıma bağlanan ve toplum düzenini bozan ceza kanunlarında veya özel yasalarda tarifi bulunan eylemlere suç denilmektedir. Ceza kanunlarında veya özel yasalarda suç olarak düzenlenen bir eylemin işlenmesi cezai sorumluluğu doğurmaktadır (Anayurt, 2007: 342). Bu bakımdan, ceza hukukunun temel

amacı, kişinin haklarını ve özgürlüklerini, kamunun düzenini ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını, çevreyi ve toplum barışını koruyarak cezai sorumluluğun yaptırımları ile suç işlenmesini önlemektir (Kayıhan, 2011: 129-130).

Cezai sorumlulukta, suç işleyen kişi, toplum düzenini kendi fiili ile bozduğundan işlediği suçun gerektirdiği cezai bir yaptırıma maruz kalır (Eroğlu, 1985: 479).

Cezai sorumluluk kişiseldir. Bu anlamda sadece gerçek kişilerin cezai sorumluluğu olabilir. İdare kamu tüzel kişilerinden oluştuğu için idarenin cezai sorumluluğu yoktur.

2.3.3. Mali (hukuki) sorumluluk

Mali sorumluluk, hukuki sorumluluk ve malvarlığı sorumluluğu gibi kavramlarla da ifade edilmekte olup, bu sorumluluk, en geniş anlamı ile bir kişinin diğer kişiye zarar vermesi halinde zarar veren bu kişinin malvarlığına devlet tarafından cebren el konularak, zarara uğrayanın zararının giderilmeye çalışılmasıdır. Zarar veren kişi, vermiş olduğu zararı kendi malvarlığındaki bazı değerleri zarar verilen kişinin malvarlığına aktarabilir. Zarar veren kişi verilen zararı kendi rızasıyla tazmin etmezse, zarar verenin vermiş olduğu zarar devlet tarafından cebren tazmin edilir. Zararın devlet tarafından cebren tazmini sorumluluk olarak ifade edilir. Mali sorumluluğun yaptırımı, siyasi sorumlulukta görev kaybı veya cezai sorumlulukta verilen hapis cezası gibi bir ceza olmayıp, bir kişinin malvarlığındaki değerlerin vermiş olduğu zarar oranında diğer kişinin malvarlığına aktarılmasıdır (Gözler, 2009: 1011).

Hukuki sorumluluk, diğer sorumluluk türlerinden farklıdır. Hukuki sorumlulukta bir kimse diğer bir kişinin zararını tazmin etme yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Tazmin yükümlülüğü, hukuki sorumluluğun hem yaptırımı hem de sonucudur (Eroğlu, 1985: 479-480).

Hukuki sorumluluk genel olarak, tazminat yükümlülüğü ve zararların dağıtımı meselesi olarak mütalaa edilebilir (Özdemir, 1963: 6).

Mali sorumluluk, medeni sorumluluk ve idari sorumluluk olmak üzere iki alt başlık altında incelenecektir.

Medeni sorumluluk: Medeni hukukta, kişilerin birbirine haksız olarak vermiş oldukları zarardan dolayı sorumlu tutulmaları ilke olarak kabul edilmiştir. Bu sorumluluk geneldir. Medeni hukuktaki sorumluluk kural olarak kusura dayanır. Bunun yanında bazı konularda ve sınırlı bir şekilde kusursuz sorumluluk ilkesi de uygulanabilmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 721).

Medeni sorumluluk, hukuka aykırı olarak bir kişinin başkasına vermiş olduğu zararın tazmin edilmesi esasına dayanır. Bu sorumluluğa bu nedenle, tazminat sorumluluğu veya hukuksal sorumluluk da denilmektedir. Tazminat, uğranılan zararın giderilmesine yönelik bir yaptırımdır. Tazminata yönelik sorumluluk, taraflar arasındaki hukuksal işleminden veya eylemden ya da doğrudan yasanın bağlamış olduğu sonuçtan doğar (Anayurt, 2007: 336).

Medeni hukukta sorumluluk, yargı önünde zararın giderilmesi ve zarar sebebiyle mağdur konumuna düşen kişinin mağduriyetinin zarara neden olan kişi tarafından karşılanması esasına dayanmaktadır. Bu sorumluluktaki temel gaye zarar veren kişi ile zarara uğrayan kişi arasındaki dengenin hukuki yol ve yöntemlerle tesis edilmesidir. Medeni sorumluluk, zarar veren kişinin kendi malvarlığını mağdur ettiği kişinin malvarlığına zarar oranında aktarmasıdır. Bu yönüyle sorumluluk önleyici bir nitelik taşır. Böylece, sorumluluk vasıtasıyla bireyler daha ihtiyatlı, temkinli, dikkatli olmaya ve kurallara riayet etmeye çalışırlar. Ayrıca, medeni sorumluluk ile zarar yükümlülüğü azaltılır, zararın yol açtığı dengesizlik ve sosyal güvenlik tazmin edilmeye çalışılır (Atay ve Odabaşı, 2010: 35).

Medeni hukuktaki sorumluluk, hukuksal işlemlerden ve haksız eylemlerden doğar. Hukuksal anlamda taraflar arasındaki ilişkiler evlilik, boşanma, miras, nafaka

gibi yasal işlemlerden doğabildikleri gibi ayrıca bu işlemler; alım-satım, kira, kefalet gibi sözleşmelerden de doğabilirler. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler öğretide, sözleşmeden doğan sorumluluk (akdi sorumluluk) olarak adlandırılmaktadır. Haksız eylemden doğan sorumluluk ise aralarında yasal ilişki veya sözleşme ilişkisi olmaksızın hukuka aykırı olarak bir kişinin diğer bir kişiye vermiş olduğu zarardan kaynaklanmaktadır. Bu sorumluluğa öğretide, haksız eylem sorumluluğu (sözleşme dışı sorumluluk) denilmektedir. Haksız eylem sorumluluğu kusurlu veya kusursuz bir davranış sonucu ortaya çıkabilmektedir (Anayurt, 2007: 336-337).

İdari Sorumluluk: İdare hukukunda sorumluluk, medeni hukuktaki sorumluluktan ilham alınarak ve kamu hukukunun özellikleri de göz önünde bulundurularak, medeni hukuktaki sorumluluktan farklı ve kendine özgü kuralları olan bir sorumluluk türü geliştirilmiştir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 721).

İdarenin kamu hizmetlerini yürütürken; işlem, eylem ve faaliyetleri ile ya da araç ve gereçleri ile kişilere ve topluluklara zarar vermesi mümkündür. Bu zararların giderilmesi yükümlülüğü idarenin sorumluluğu kavramını ortaya çıkarmaktadır. Gerçek veya tüzel kişilerin hukuk normlarına aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle vermiş oldukları zarara katlanma yükümlülüğüne sorumluluk denilir. Sorumluluk gerçek veya tüzel kişilerin vermiş oldukları zararı telafi etmeleri, bir şey yapmaları ya da bir şey iade etmeleri ile sonuçlanır (Şahin, 2001).

Bu anlamda, kamu hukukunda sorumluluk, medeni hukuktan farklı olarak kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak hizmet ifa edilirken idare edilenlerin uğradıkları zararın tazminine yönelik olarak düzenlenmiştir (Gülşan, 1981: 6).

İdare, yürütme organının günlük işlerini ve faaliyetlerini gerçekleştiren yönetsel ve teknik bir birimdir. İdare, işlemler yaparak ve eylemlerde bulunarak hizmetleri yürütür. İdarenin yürütmüş olduğu bu hizmetlerin önemli bir kısmı idare hukuku, daha az bir kısmı ise medeni hukuk alanına girer. İdare hizmetleri yürütürken, kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak tek taraflı, bireyin rızası dışında onu ilgilendiren konularda değişiklikler yapabilmekte ve bu kararları tek taraflı olarak uygulamaktadır.

İdarenin yapmış olduğu bu faaliyetler kamu hukukuna tabi olduğu için bireylere verilmiş olan zararların kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkeleri çerçevesinde karşılanma zorunluluğu vardır (Anayurt, 2007: 346-347).

İdarenin sorumluluğundan söz edilince idari teşkilat içerisindeki birimler tarafından yerine getirilme zorunluluğu bulunan işlem ve eylemler sonucu ortaya çıkan zararın tazmin yükümlülüğü denilince, aslında medeni sorumluluk anlaşılır (Atay ve Odabaşı, 2010: 41). Bu bağlamda medeni hukuktan esinlenerek idarenin hukuki sorumluluğu, kamu hizmetlerinden doğan zararların giderilmesinin amaçlandığı hukuki bir kurum (Esin, 1973: 14) tanımlanması yapılabilir.

İdarenin mali sorumluluğunun siyasi ve cezai sorumlulukla bir ilgisinin olmadığı söylenebilir. Bu anlamda, idarenin sadece mali sorumluluğundan söz edilebilir.

Burada idari sorumluluğa ilişkin kavram ve ilkeler ana hatlarıyla ifade edilmiştir. İdarenin sorumluluk türleri genel olarak ve kusurlu sorumluluk halleri ise daha ayrıntılı bir şekilde 3. Bölümde inceleneceğinden burada ayrıntılı açıklama yapılmamıştır.

2.3. Tarihsel Açıdan İdarenin Sorumluluk İlkesinin Gelişimi

İdarenin sorumluluk ilkesinin tarihsel açıdan gelişimi genel olarak üç döneme ayrılarak incelenmektedir. Bu bağlamda, idarenin bireylere vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılmıştır. Konuya yönelik olarak 19'uncu yüzyılın başlarına kadar devletin dolayısıyla idarenin sorumluluğu genelde kabul edilmemiştir. Bu dönemde idarenin sorumsuz olduğuna hükmedilmiştir. 19'uncu yüzyılın birinci yarısından itibaren idarenin sorumluluğu kabul edilmiş ve idare ilk önce medeni hukuk kurallarına göre sorumlu tutulmuştur. Daha sonraları ise gerek medeni hukuk kurallarının yetersizliği olsun gerekse idarenin faaliyetlerinin artmasından dolayı

olsun artık idare kamu hukukunun kendine özgü kurallarına göre sorumlu tutulmaya başlamıştır.

2.3.1. İdarenin sorumsuz olarak kabul edildiği dönem

Egemenliğin tek kişi tarafından kullanıldığı bu dönemde, hükümdarın (=devletin) herhangi bir alanda sorumluluğu kabul edilmediğinden, bu nedenle malvarlığı sorumluluğu diğer bir ifadeyle tazmin yükümlülüğü de kabul edilmemiştir. Genel anlamda devletin sorumsuzluğu kuralı uygulanmaktaydı. Hükümdar yanlış yapmaz anlayışından hareketle onun sorumsuzluğu hüküm sürmekteydi. Ancak, hükümdar adına hareket eden görevlilerin hukuka uygun eylem ve işlemleri devlet adına, hukuka aykırı eylem ve işlemleri ise kendi adlarına yaptıkları kabul ediliyordu. Böylece, görevlilerin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel hukuki sorumlulukları kabul edilmiştir (Bilgen, 1996: 314).

Bu dönemde devletin ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunun kabul edilmemesi bir kuraldır. Dönemin siyasal yapısı egemen devlet düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşünce, günümüzdeki anlamı ile yasama, yürütme ve yargı görev ve yetkileri ülkenin yönetimini elinde bulunduran hükümdarda toplanmaktadır. Hükümdar farklı alanlardaki yetkilerini memurlar aracılığıyla kullanmaktadır. Memurlar hükümdarın emirlerine uygun hareket etmeleri halinde, hükümdarın eylem ve işlemleri nedeniyle devletin hukuki sorumsuzluğu geçerliliğini korumaktadır. Ancak, memurların aksi yönde hareket etmeleri sebebiyle bir zararın zuhur etmesi durumunda ise bu zarardan memurlar kişisel olarak sorumlu tutulmuşlardır. Memurun emir dışı eylem ve hareketinden dolayı zarar görenler genel mahkemelerde dava açma hakkına sahiptirler. Bu durum devletin sorumsuzluğu kuralını değiştirmemekte olup, devletin sorumsuzluğu ilkesi geçerliliğini korumaktadır (Esin, 1973: 16).

Devletin sorumsuzluğu ilkesinin benimsenmesinde, Polis devleti anlayışının etkili olduğu söylenebilir. Polis devleti anlayışında yönetim toplum için her türlü önlemi almakta ancak, toplum düzenine yönelik faaliyetleri gerçekleştiren yönetimin hukuka bağlılığından söz etmek imkansızdır. Polis devletinde yönetimin kendi koyduğu

kurullardan başka kural tanımadığı, kullandığı yetkilerin takdire dayandığı ve yargısal denetiminin olmadığı bir anlayış hükümandır. Polis devleti, hiçbir kurala uymayan devlet anlamını taşımamaktadır. Yöneticilerin uyması gereken kurallar vardır. Ancak, bu kurallar yöneticilere sınırsız yetki verdiği için bu durum ister istemez devlet gücünün keyfiliğe kaymasına yol açmaktadır (Gözübüyük, 2010: 23-24). Devletin sorumsuzluğu da buna eklenince idare edilenler yönetenlere karşı korumasız hale gelmekte ve zarara uğramaktadırlar.

Polis devleti anlayışı 17'nci ve 18'inci yüzyıllarda Kara Avrupa'sı ülkelerinde mutlakiyetçi rejimleri ifade etmek için kullanılmıştır. Bu düşünce, ilk önce Almanya'da ortaya çıkmıştır. Polis devleti ifadesinde geçen "polis" kavramı, günümüzdeki anlamıyla "kolluk" anlamında değil, kamunun refahını ve سلامتini sağlamak için devletin tüm faaliyetleri anlamında kullanılmıştır. Devletin bu faaliyetleri yürütebilmesi için sahip olduğu sınırsız ve denetimsiz güce de "polis kudreti" deniliyordu (Gözler, 2011: 30). Bu anlayış kısaca Almanya'da ortaya çıkan ve yönetimin hukuka bağlı olmadığı, her türlü önlemin devlet tarafından takdirle alındığı bir yönetim biçimidir. Bu anlayışta, yönetim tanrısal kökenli kurallar dışında herhangi bir kurala bağlı değildir. Yöneticilerin belli bazı kurallar dışında herhangi bir kurala bağlı olmamaları ve idare edilenlere karşı herhangi bir sorumluluk taşımamaları nedeniyle, idarenin faaliyetlerinden zarar görenlerin hak arama girişimleri ve dolayısıyla tazmin yükümlülükleri bulunmamaktadır (Dikici, 2005: 39-40).

Bu bağlamda, Polis devleti kendini hukuk kurallarına bağlayarak sınırlandırma eğiliminde değildir. Bu nedenle toplum düzenini sağlamak için hukuk dışı uygulamalara başvuru yapar. Bu anlayış, devletin toplumsal karışıklığı önleyen yapay bir varlık olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. Polis devleti anlayışında, hükümdar yetkileri şahsından değil, doğrudan temsil ettiği devlet gücünden alır. Faaliyetler hükümdar adına yapılmaz, devlet adına yapılır. Böylece, büyük bir güç olarak karşımıza çıkan hükümdarın ve onun temsil ettiği devletin üstünde bir güç olmadığından, dolayısıyla hükümdarın ve devletin sorumluluğu da yoktur (Akyılmaz, Kaya ve Sezginer, 2011: 98).

Bu dönemde devletin dolayısıyla idarenin sorumsuzluğunun perde arkasında kamu gücünün etkisinin de olduğu söylenebilir. Kamu gücü egemenliğin ayırt edici bir niteliği olarak kabul edilmiştir. Devletin egemenlik unsurunun idare hukukunda yer alması ancak kamu gücü ile mümkün olmuştur. Egemen gücün işlemlerinin geçerliliği, haklı olma ihtiyacı, hesap vermesi ve denetime tabi olması gibi bir derdi yoktur. Geleneksel anlamda kamu gücü özü itibarıyla hatasız ve kusursuz olduğundan sorumsuz kabul edilmiştir. Egemenliğin özelliklerinden biri de herhangi bir tazmin yükümlülüğünü kabul etmeyerek iradesini herkese dayatabilmesidir (Atay ve Odabaşı, 2010: 42).

19'uncu yüzyılın ikinci yarısına kadar devletin sorumsuzluğu genel kural olarak kabul edilmiştir. Bu görüş, devletin mutlak egemen olduğu ve otoritesini gösterme dışında kötülük yapmayacağı ilkesine dayanmaktaydı. Kaynağını devletin mutlak egemenliğine dayandıran bu görüş, egemenlik ile sorumluluğu zıt iki kavram olarak görmektedir. Devletin ferde karşı sorumluluğu, hükümdarın sorumluluğunu doğuracağından, bu durum kulun efendisini inkar etmek anlamına gelmektedir. Sonuçta bu dönemde idarenin sorumlu tutulmaması, Kralın hata yapmayacağı kuralına dayanmaktadır. İdari fiil ve muamelelerden dolayı sadece memurların kişisel sorumlulukları kabul edilmiştir (Eroğlu, 1985: 481-482).

2.3.2. Medeni hukuk kurallarına göre idarenin sorumlu tutulduğu dönem

Devletin sorumsuzluğu ilkesi, 19'uncu yüzyılın ikinci yarısına kadar ülkelerin çoğunda egemen olmuştur. Devletin görevlerinin artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi, liberal devlet anlayışının terk edilerek sosyal devlet anlayışının yerleşmesi gibi sebeplerden dolayı sorumsuzluk ilkesinden uzaklaşma gerekliliği ortaya çıkmıştır (Gözübüyük ve Tan, 2011: 723).

Bu dönemde devletin sorumluluğu özel hukuk kurallarına göre belirlenmiştir. Devletin özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulacağına dair bazı teoriler geliştirilmiştir. Bu dönemde; vekalet teorisi, hazine teorisi, hakimiyet ve temsil yeti tasarrufları teorileri kullanılmıştır.

Vekalet teorisinde devlet ile memuru arasındaki ilişki bir tür vekalet dayanmaktadır. Devlet müvekkil konumundadır. Bu durumda hukuka uygun yapılan işler devlet adına yapılmaktadır. Memurlar hukuka aykırı bir eylemde bulunmuş veya işlem yapmışsa medeni hukuk kurallarına göre bu hukuka aykırılıktan kendileri doğrudan sorumlu olurlar. Hukuka aykırı davranan memurlar devleti değil kendilerini temsil etmektedirler. Bu dönemde hukuka aykırı bir fiilin devlete mal edilebileceği düşüncesi kabul edilmemektedir (Esin, 1973: 16).

Kamunun menfaati için her türlü tedbiri alan, bu yönde bireylere çeşitli sorumluluklar yükleyen ve bu faaliyetlerden dolayı hiçbir hukuk kuralına bağlı olmayan polis devleti anlayışı, toplumda büyük rahatsızlıklar oluşturmuştur. Toplumdaki bireylere çeşitli sorumlulukların yüklenmesi ve yönetenlerin keyfi davranışları, bu anlayışın yumuşatılmasına ve Hazine teorisinin doğmasına ortam hazırlamıştır. Polis devleti teorisinde yönetilenler hiçbir güvenceye sahip değildir. Hazine teorisinde ise idarenin faaliyetlerinden dolayı zarara uğrayan kişilere, uğranılan bu zararın tazmin yükümlülüğü güvencesi vardır. Bu bağlamda, hazine devleti teorisinde medeni hukuk hükümlerine bağlı ve davalı sıfatına haiz olan, imparatorun yanında fakat ayrı bir tüzel kişiliği bulunan ve bireylerin şikayetlerinin dikkate alındığı bir hazine kurumunun varlığı söz konusudur (Dikici, 2005: 40).

İnsan haklarının gelişimi ve modern kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edilmeye başlanmasıyla birlikte hukuk devletine geçiş sürecinde 18'inci yüzyılda Almanya'da kısmen de olsa idarenin faaliyetlerinden zarar görenlerin adli yargıda dava açmaları neticesinde hazine teorisi anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu anlayış mahkeme kararlarıyla olgunlaşmıştır. Hazine teorisinde hükümdarın şahsi hazinesinin dışında kalan devlet hazinesi, medeni hukuk hükümlerine bağlı olup, özel hukuk tüzel kişisi sayılmıştır. Zarar görenlere devlet hazinesini dava etme hakkı tanınmıştır. Bu hakkın tanınması ile hükümdarın yürütme yetkileri dışında kalan ve idarenin faaliyetlerinden dolayı zarar görenlere karşı devlet hazinesinin mali sorumluluğu kabul edilmiştir. Sonuçta başka bir görünümle de olsa devletin medeni hukuk sorumluluğu söz konusu olmuştur (Akyılmaz, Kaya ve Sezginer, 2011: 98).

Devletin özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulduğu bu dönemde siyasal ve ekonomik yönden düşünce akımlarının önemli etkisi vardır. İlk önce devletin ekonomiye ve sosyal yaşama müdahale etmesini gerekli gören düşünce akımı egemen olmuştur. Bunun yanında hızla gelişen demokrasi ve özgürlük düşünceleri, egemen devletin sorumsuz devlet anlayışını sarsmıştır. Bu dönemde, kamu hizmetleri hem sayı bakımından hem de kalite açısından çoğalmaya ve gelişmeye başladığından, bu hizmetlerden dolayı bireysel zararlar da artış göstermeye başlamıştır. Demokrasi, hak ve özgürlük gibi düşünce akımlarının da gelişmesi ile devletin vermiş oldukları zarardan sorumlu tutulması siyasal ve hukuki alanda geçerli olmaya başlamıştır. Devrin modasına uyularak önce “hakimiyet tasarrufları” ve daha sonra “teşmiyet tasarrufları” şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Temşiyet tasarrufları özel kişilerin günlük işlem ve eylemlerine benzemektedir. Bu nedenle, devlet teşmiyet tasarruflarından dolayı özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulmuştur. Hakimiyet tasarruflarından dolayı ise devletin sorumsuzluğu ilkesi geçerliliğini korumuştur. Devletin medeni hukuk kurallarına göre sorumlu tutulması yarım yüzyıl kadar sürmüştür. Medeni hukuk kurallarının devlet fonksiyonlarına ve kamu hizmetlerine uygulanmasında güçlüklerle karşılaşmıştır. Dolayısıyla devletin sorumluluğunu düzenleyen başka kural ve ilkelere ihtiyaç duyulmuştur. Bundan sonra artık devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumlu tutulduğu bir döneme geçilmiştir (Esin, 1973: 16-17).

2.3.3. Kamu hukuku kurallarına göre idarenin sorumlu tutulduğu dönem

Bu dönemde devletin kamu tüzel kişisi sıfatıyla yürüttüğü hizmetlerden dolayı sorumluluğu, doğrudan doğruya kamu hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmeğe başlamıştır. Devletin hukuki ve mali sorumluluğu, medeni hukuk kanunlarının dar çerçevesinden alınmış, kamu hukukunun kendine özgü alanında gelişmeğe başlamıştır (Özdemir, 1963: 14).

19’uncu yüzyılın ikinci yarısında Fransa’da idarenin sorumluluğu konusunda büyük gelişmeler kaydedilmiş, idarenin faaliyetlerinden doğan sorumluluğu kabul edilerek, bu sorumluluğa medeni hukuk kurallarından farklı olarak kamu hukuku kuralları uygulanmıştır (Eroğlu, 1985: 482).

İdarenin kamu hukuku kurallarına göre sorumlu tutulacağı dönemin, Fransız Danıştay'ının 06.12.1855 tarihli ünlü Rothschild kararı ile başladığı kabul edilmektedir. Anılan kararın bazı kısımları şöyledir:

“İdarenin yürütmekle mükellef olduğu amme hizmetlerinin şartlarını kanunun hakimiyeti altında düzenlemek yetkisi ancak idareye aittir; devlet ve onun namına hareket eden bir çok ajanlar ve hizmetlerden faydalanan fertler arasında amme hizmetleri vesilesiyle hasıl olan münasebetleri tayin etmek ve bu münasebetlerden doğan karşılıklı hak ve vecibelerin şümülünü ve mahiyetini bilmek ve takdir etmek de idareye terettüp eder. Bu münasebetlerle, hak ve vecibeler iki fert arasında olduğu gibi yalnız medeni hukuk kaideleri ve hükümleri ile düzenlenemez; bilhassa idare ajanlarından birisinin kusuru, ihmal veya hatası halinde devletin mesuliyeti ne umumi ne de mutlak olup her hizmetin mahiyetine ve icaplarına göre değişir.”¹

Bu karardan sonra, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, idare hukukundaki sorumluluğun medeni hukuktaki sorumluluktan farklı olduğunu Blanco kararı ile ortaya koymuştur (Eroğlu, 1985: 482).

Blanco kararına konu teşkil eden olay özetle şöyledir; Devlet tarafından emanet usulüyle işletilen tütün işletmesinin işçileri tarafından kullanılan bir vagonet küçük bir çocuğa çarparak onun yararlanmasına sebep olmuştur. Çocuğun babası, Fransız Medeni Kanununun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adliye mahkemesinde dava açmıştır. Gironde valisi, tazminat istemiyle Devlete karşı adli yargıda dava açılmayacağını öne sürmüş ve davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı almıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde Devlet tarafından istihdam edilen kişilerin üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı Devletin sorumlu olacağına karar vermiştir (Gözler, 2009: 1020).

¹ Fransız Danıştay'ının 06.12.1855 tarihli Kararı (Aktaran: Duez, 1950: 15-16).

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“Kamu hizmetinde istihdam edilenlerin davranışları sonucunda devlete yüklenilebilecek nitelikteki kişilerin uğradıkları zararlar Borçlar Kanunu tarafından öngörülmüş ve kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkelerle yönlendirilemez. Bu sorumluluk ne genel ne de mutlak anlamdadır. Hizmetin ihtiyaçlarına göre değişkenlik gösteren özel nitelikli kurallardır...”²

Blanco kararı ile haksız fiil nedeniyle idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Blanco kararında, ayrıca idari sorumluluğun medeni hukuktaki haksız fiillerden dolayı özel kişilerle ilgili sorumluluktan ayrı ve kendine özgü kurallara bağlı bir sorumluluk olduğu belirtilmekteydi. Böylece haksız fiilden dolayı Devletin sorumluluğuna karar verilirken aynı zamanda bu sorumluluğun özerkliği de ortaya çıkmış bulunmaktaydı (Dutheillet de Lemothe, 1960: 113).

Blanco kararı, devletin sorumluluğu konusunda iki önemli kural getirmiştir. Birinci, devletin kişilerle olan münasebetlerinde artık medeni hukuk kuralları yeterli gelmemektedir. İkincisi, bu sorumluluk hizmetin ihtiyaçlarına ve devletin hakları ile kişilerin hakları telif zaruretine göre özel kurallara tabidir. Artık devlet ile memuru arasındaki ilişki kaynaşmış durumdadır. Herhangi bir zarar meydana geldiğinde memurun şahsi kusuru söz konusu değilse, devlet irade sahibi bir organ sıfatıyla sorumluluğu üzerine alacaktır. Medeni hukukun dar ve katı kalıpları bu sorumluluğu karşılayabilecek bir yeterliliğe haiz olmadığı için, doğrudan doğruya kamu hukuku alanına giren hizmete ilişkin bir kusur teorisine ihtiyaç duyulmuştur. Bu teori hizmetin teşkilatı, personelin kuruluşu ve işleyişinden doğan idare hukukuna özgü nitelikleri bulunan bağımsız nitelikte olan hizmet kusuru teorisidir (Özdemir, 1963: 14-15).

Fransa’da devletin mali sorumluluğu, Fransız Danıştay’ının 06.12.1985 tarihli Rothschild kararı ile başlamış ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 08.02.1873 tarihli Blanco

² Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 08.02.1873 tarihli Kararı (Aktaran: Atay ve Odabaşı, 2010: 49).

kararı ile de daha açık biçimde ortaya konulan bir anlayışın neticesinde kabul edilmiştir. Bu kararlar ile Fransa'da devletin sorumsuzluğu ilkesi terk edilmiş ve devletin sorumluluğu ilkesine geçilmiştir.

1873'den itibaren Fransız Danıştay'ı borçlu devlet teorisini uygulamayı bırakmıştır. Ayrıca, Fransız Yargıtay'ı devletin sözleşme dışı sorumluluğundan ötürü adli yargının yetkili olması yönündeki içtihadından vazgeçmiştir. Blanco karar ile kamu hizmetinin kendine özgülüğü sebebiyle bu hizmetin ayrı bir hukuki rejime tabi olmasının gerektiği belirtilmiştir. Neticede bu kararın Fransız İdare Hukukuna olumlu katkısı olmuştur. Bu karar ile devletin borçlu olması ancak idari yargı tarafından kararlaştırılabileceği kesinleşmiştir. Böylece, adli yargının kamu hizmetleri nedeniyle uğranılan zarar dolayısıyla idarenin mali sorumluluğuna hükmetme yetkisinin olmadığı ortaya çıkmıştır. İdarenin medeni hukuka tabi olması özel mülkiyetin yönetiminde malik sıfatı söz konusu olduğunda geçerli olmaktadır. Davaya konu teşkil eden olaydan da anlaşılacağı üzere kamu hizmetlerinin ifası sırasında zararın ortaya çıkması halinde, medeni hukuk hükümleri uygulanmaz. Aynı şekilde idarenin medeni hukuka tabi olması idarenin medeni hukuk tüzelkişileri ile aynı konumda bulunarak sözleşme yapması durumunda geçerli olmaktadır. Blanco kararının önemi, Fransız İdare Hukukunda idarenin sorumluluğu açısından bir ilk teşkil eder ve sembol niteliği taşır. Bu tür uyuşmazlıklarda kural olarak idare hukuku ilkeleri uygulanarak ihtilaflar idari yargıda çözümlenir (Atay ve Odabaşı, 2010: 49-50).

2.4. Türk Hukukunda İdarenin Sorumluluk İlkesine Tarihsel Açıdan Bakış

Osmanlı İmparatorluğunda devlet ile hükümdarın mali sorumluluğu kabul edilmemekteydi. Hükümdarın sorumsuzluğu mutlakı, ancak devletin (=beytülmal) özel hukuk işlemlerinden dolayı şahıslar gibi dava edilmesi mümkündü. Bununla birlikte hükümdar adına faaliyetleri yürüten görevlilerin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı cezai ve mali sorumluluklarının kabul edildiği söylenebilir (Bilgen, 1996: 314).

Osmanlı Devletinde mali sorumluluktan söze edilemez. Ancak, Osmanlı Devletinde 19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren siyasi, sosyal ticari ve hukuki alanda birçok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu yapılan değişiklikler içerisinde en önemlisi ve kalıcı olanı ise hukuk alanında yapılmıştır (Aydın, 2010: 419-420). Hukuk alanında yapılan düzenlemelerde sorumluluğa yönelik hükümler de bulunmaktadır.

Türk hukukunda devletin sorumluluğu meselesi fikri cepheden çok tarihsel bir gelişime sahiptir. Devletin sorumluluğu ancak Tanzimat hareketinden sonra üzerinde durulan hukuki bir mesele olarak belirlemektedir. Bunun için sorumluluk fikrinin gelişimi tarihi yönden incelemek istenildiğinde bunu birkaç devreye ayırmak gerekir (Özdemir, 1963: 15).

2.4.1. Tanzimat dönemi ve idarenin sorumluluğuna doğru ilk adımlar

Bu dönemde ıslahatlar yapılarak idareyi hukuka bağlama yolunda ilk adımlar atılmıştır. Temel hakların sınırlı bir kısmı güvenceye kavuşturulmuş ve idareyi de kapsayan bir kanunlaştırma hareketi başlamıştır. İdari ve adli yargının temelleri bu dönemde atılmıştır. Danıştay kurularak idarenin yargısal denetimi konusunda ilk adım bu şekilde atılmıştır. Ancak, bu dönemde devlet tüzel kişiliğinin sorumluluğu kuralının gerçekleştiğinden söz edilemez (Giritli ve Bilgen, 1979: 30).

Türk hukukunda devletin sorumluluğu fikri, Tanzimat Fermanı ile başlayan batılılaşma hareketi sonucunda, idare rejiminin kabul edilmesiyle sağlanabilmiştir. (Özdemir, 1963: 17). Bu anlamda, idari yargı alanında müstakil olarak görevlendirilen ilk mahkeme Şurayı Devlet'tir. Şurayı Devlet, Fransız Danıştay'ından (Conseil d'Etat) esinlenerek kurulmuştur (Aydın, 2010: 427).

Osmanlı İmparatorluğunda devletin sorumsuzluğu ilkesi 1839 yılına kadar geçerliliğini korumuştur. Tanzimat Fermanı'nın getirdiği yenilikler arasında devletin sorumluluğuna yönelik olumlu gelişmelerin olduğunu söylemek güçtür. Ancak, bu dönemde bazı nizamnamelerde idarenin sorumluluğuna yönelik çeşitli hükümleri görmek mümkündür. 1868 yılında Şurayı Devlet (Danıştay) bir nizamname ile

kurulmuş ve bu nizamnamenin 2. maddesindeki; “Eşhas ile hükümet beynindeki davaların” çözümü Şurayı Devlet’in görevleri arasında sayılmıştır. Ayrıca, 1870 yılında çıkarılan Şurayı Devlet Nizamname-i Dahilisi’nin 3. maddesinde; “Devairi İdare ile eşhas beyninde tehadüs eden davalardan” bazılarının önemi nedeniyle istinaf yoluyla diğer bir kısmının ise ilk derece mahkemesi olarak Şurayı Devlet tarafından çözüme kavuşturulacağı belirtilmiştir (Atay ve Odabaşı, 2010: 54).

Bu düzenlemelerdeki hükümlerden de anlaşıldığı üzere, devletin özel hukuk ile kamu hukuku faaliyetleri arasında ayırım yapılmaksızın, devletle özel şahıslar arasındaki bütün davalar Şurayı Devlet’in görevleri arasında sayılmış ve daha kuruluş aşamasında koyu bir idari rejime doğru adımlar atılmıştır. Şurayı Devletin kurulmasıyla devletin sorumluluğunu belirleyen ve tespit eden bir kaza mercii olması hesabıyla bu kuruluş büyük ümitler bağlanmış ise de bu ümitler gerçekleşmemiştir (Özdemir, 1963: 17).

2.4.2. Meşrutiyet dönemi

1876 Kanun-u Esasisi ile devletle şahıslar arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yerinin Şurayı Devlet’e ait olmadığı ve bu tür davaların genel mahkemelerde çözüme kavuşturulacağı hükmü getirilmiştir. Bu konu Kanun-u Esasinin 85. maddesinde; “Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiye aittir” hükmü ile açıkça belirtilmiştir. İdarenin kişilere zarar vermesi durumunda, zarar görenler medeni hukuk kurallarına dayanarak genel mahkemelerde (adliye mahkemelerinde) dava açabileceklerdir. Bu dönemde idarenin kamu hukuku sorumluluğu yoktur. Sadece medeni hukuk sorumluluğu vardır. Bu nedenle bu dönemde idari sorumluluğun gelişmesinden söz etmek mümkün görülmemektedir (Gözler, 2009: 1021).

1876 Kanun-u Esasisi ile idarenin şahıslara vermiş olduğu zararlardan dolayı bu tür zararların medeni hukuk kurallarına göre adliye mahkemelerinde çözüme kavuşturulması ve memurların sadece yargılama işlerine Şurayı Devletin bakması, devletin sorumluluğu konusunda başta yeşeren umutların yok olmasına neden olmuştur. İdarenin vermiş olduğu zararlardan dolayı sadece adliye mahkemelerinin görevli olması ve idarenin sorumluluğu için medeni hukuk kurallarından başka kuralların geçerli

olmadığı bir ortamda, idarenin sorumluluğuna yönelik kuralların ve uygulamaların gelişmesi beklenemez. Bu dönemde ayrıca, Fransa’da liberal devlet anlayışından vazgeçilmiş ve müdahaleci devlet anlayışı benimsenmiştir. Bunun sonucunda kamu hizmetlerinde sayı bakımından ve kalite açısından büyük bir değişimin yaşanmaması, idarenin sorumluluğunun oluşmamasında önemli bir etkiye sahiptir (Atay ve Odabaşı, 2010: 54).

Özdemir (1963: 18)’e göre, doktrin tartışmaları ne olursa olsun, bizde devletin hukuki ve mali sorumluluğu, kamu hukuku esaslarına göre tesise medar olacak idari rejim 1868’de Şurayı Devlet’in kurulması ile başlamış ve 1876 Anayasası ile de ortadan kalkmıştır.

Bu dönem hakkında özetle şunlar söylenebilir; pozitif hukuk açısından gerçekleştirilmeye çalışılan hukuk devleti sınırlı bir şekilde gerçekleşmiş ve uygulamada Polis Devleti anlayışı devam ettiği (Giritli ve Bilgen, 1979: 30) için idarenin sorumluluğu gelişmemiştir.

2.4.3. Cumhuriyet dönemi

Ülkemizde devletin sorumsuzluğu ilkesi cumhuriyet dönemine kadar geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Danıştay’ın yeniden çalışmaya başlaması ve idareye karşı açılan tazminat davalarına bakması ile sorumsuzluk ilkesinden uzaklaşmıştır (Gözübüyük, 1996: 266). Bu dönemde idari yargı sistemi kurularak idarenin yargısal denetimi sağlanmıştır (Balta, 1970-72: 143).

1924 Anayasası: Teşkilat-ı Esasiye Kanunun 51. maddesi ile idari davalara bakma ve idari uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisi Şurayı Devlete verilmiştir. 1925 yılında 669 sayılı Şurayı Devlet (Danıştay) Kanunu çıkarılmıştır. 1927 yılından itibaren de Danıştay çalışmaya başlamış ve idare aleyhine açılan davalara bakmıştır. 1938 yılında 669 sayılı Kanun ilga edilmiş ve 3546 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Her iki kanunda da tam yargı davalarının kabul edilmiş olması idarenin sorumluluğu için yasal dayanak olmuştur. Ancak, burada idarenin sorumluluğuna yönelik maddi bir kural öngörülmemiştir. Başka bir ifadeyle idarenin sorumluluğunun temeli herhangi bir ilkeye

bina edilmemiştir. Bu durum idare hukukunun ayırt edici özelliklerinden biri olan içtihadi bir hukuk dalı olmasından kaynaklanmaktadır. İçtihadi hukukun özelliği idare hukukunda somutlaşmıştır. İdari yargı yerleri genelde mukayeseli hukuktaki ve özelde Fransız hukukundaki gelişmeler doğrultusunda idarenin sorumluluğu alanında hüküm tesis etmeye başlamışlardır. Yargı kararlarında Fransız hukukunda kullanılan kavramların benzerini görmek mümkündür (Atay ve Odabaşı, 2010: 54-55).

Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin sorumluluğuna ilişkin ilkelerin getirdiği sınır hakkında bir kararında şöyle demiştir:

“... amme idaresinin amme hukuku hükümleri dairesinde işlemesinden doğan mes’uliyete... Borçlar Kanununun mes’uliyete müteallik ve fertler arasında cari münasebetlere tatbiki kabil olan hususi hukuk hükümlerinin tatbikine imkan olmadığından, bu neviden mes’uliyetin amme hukukunun vaz’eylediği esaslara göre vücudu, vasfı, derecesi ve miktarı tayin edilmek icap eder.”³

Duran (1974: 9)’a göre, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu kararı, Fransız İhtilaf Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararına benzemektedir.

Ülkemizde uzun bir süre, Devletin sorumsuzluğu ilkesi geçerliliğini korumuştur. Yeni Türk Devletinin kurulmasından sonra, 1927 yılı ve müteakip yıllarda Danıştay’ın idare aleyhine açılan davalara bakması ile Devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Danıştay uzun bir süre, idare aleyhine açılan tazminat davalarında, idarenin sorumluluğunu daraltmak için ağır kusuru esas almıştır (Eroğlu, 1985: 483).

1961 Anayasası ve sorumluluğun anayasal bir kural haline gelmesi: 1961 Anayasasının 114. maddesinin son fıkrasındaki; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.”⁴ hükmü ile idarenin sorumluluğuna esas teşkil eden husus açıkça belirtmiştir. Ayrıca, DK’nın 30. maddesindeki; “İdari eylem ve

³ UM’nin 18.11.1948 gün ve E. 1948/11 K. 1948/16 sayılı Kararı (RG; 28.01.1949/7117).

⁴ 334 sayılı T.C. Anayasası (RG; 20.07.1961/10859).

işlemlerden hakları muhtel olanların”⁵ hükmü ile de Danıştay’da dava açılabilceği öngörölmüştür.

Anayasanın anılan hükmü, devletin sorumluluğu ilkesini bir Anayasa kuralı olarak tespit etmek suretiyle bu alandaki gelişmenin en yüksek noktasına ulaştığımızı gösterir. Bu açık ve kesin hüküm karşısında, devletin kişilere vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu tutulacağı, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde pozitif bir hukuk kuralı olarak Anayasa ilkesine bağlanmıştır (Özdemir, 1963: 19).

İdarenin sorumluluğu ile ilgili esaslar 1961 Anayasası ile gelişme göstermiştir. Danıştay kararlarında, sadece kusura değil, kusur dışında da sorumluluk hallerine yer vermesiyle sorumluluğun sınırlarını genişletmiştir (Eroğlu, 1985: 483).

Bu anlamda, idarenin hukuki (mali) sorumluluğu, Fransa’da olduğu gibi ölkemizde de pozitif hukuk kurallarından çok yargısal içtihatlarla şekillendirildiğinden, zaman içerisinde koşullara göre farklı nitelikler kazanması ve değişik biçimlere bürünmesi kaçınılmaz olmuştur (Kaplan, 2006: 120).

İdarenin sorumluluğu Anayasa kuralı haline gelmeden önce genelde hizmet kusuru sorumluluğu üzerinde durulmuştur. 1961 Anayasasının 114. maddesinin son fıkrasındaki hüküm ile de hizmet kusuru odaklı sorumluluk daha ileri noktalara taşınmıştır. Böylece, Danıştay başlangıçtaki çekingen tavrını bırakmış ve idarenin kusursuz sorumluluğu alanında Fransız hukukundaki uygulamaya paralel yönde bir tavır sergilemiştir. 1961 Anayasasının 114. maddesinin 1. fıkrasındaki; “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.”⁶ hükmü⁷ ile de idarenin eylem ve işlemlerinin en geniş anlamı ile yargının denetimine tabi olacağı açıkça belirtilmiştir (Atay ve Odabaşı, 2010: 55).

⁵ 521 sayılı DK (RG; 31.12.1964/11896).

⁶ 334 sayılı T.C. Anayasası (RG; 20.07.1961/10859).

⁷ Bu hüküm daha sonra, 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Yasa ile “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.” şeklinde değiştirilmiştir.

1982 Anayasası ve günümüzdeki durum: 1982 Anayasası idarenin sorumluluğu konusunda, 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin son fıkrasındaki hükmü aynen benimsemiştir. İdarenin sorumluluğuna yönelik olarak 1982 Anayasası'nın çeşitli maddelerinde düzenlemeler yapılmıştır. Bu cümleden olarak 40. maddenin son fıkrası; “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.” hükmü ile 125. maddesinin son fıkrası; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükmü ve 129. maddesinin 5. fıkrasında; “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükmü idarenin sorumluluğunu düzenleyen kurallar olarak sıralanabilir.⁸

İdarenin sorumluluğuna yönelik sadece Anayasada hüküm bulunmamaktadır. Değişik kanunlarda da konuya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. DMK'nın 13. maddesinde; “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”⁹ denilmiştir.

İYUK'un 2. maddesi; “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”¹⁰ hükmünü içermektedir. Bu hükümden idarenin eylem ve işlemleri sebebiyle zarar görenlerin dava açma haklarının genel bir hak olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

AYİMK'nın 24. maddesindeki; “Kişiler askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmü, aynı kanunun 42. maddesindeki; “İlgililer, haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Askeri Yüksek

⁸ 2709 sayılı T.C. Anayasası (RG; 09.11.1982/17863).

⁹ 657 sayılı DMK (RG; 23.07.1965/12056).

¹⁰ 2577 sayılı İYUK (RG; 20.01.1982/17580).

İdare Mahkemesinde doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davaları ile birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı, icra tarihinden itibaren altmış gün içinde tam yargı davası açabilirler....” hükmü, yine aynı kanunun 43. maddesindeki; “İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların....” gibi hükümlerden de anlaşıldığı üzere, anılan bu hükümlerde idarenin sorumluluğuna yer verilmiştir.¹¹

1982 Anayasasında mali sorumluluğun esası kabul edilmiştir. Anayasanın 125. maddesinde; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”¹² denilmiştir. Anayasaya göre bu sorumluluk genel bir sorumluluktur. İdarenin mali sorumluluğunun genel bir sorumluluk olduğu hem içtihatla hem de doktrinde kabul edilmiştir. Bu hususta görüş birliği söz konusudur (Bilgen, 1996: 339).

İdarenin hukuki sorumluluğuna dayanak teşkil eden esasların; Anayasanın başlangıç kısmındaki hükümler ile sosyal devletle ilgili düzenlemeler ve doğrudan Anayasanın 125. maddesindeki hükme dayandığı söylenilebilir (Bereket Baş ve Demirkol, 2001: 157).

2.5. İdarenin Sorumluluğu İlkesinin Kapsamı

İdarenin sorumluluğu ilkesi, idarenin medeni hukuk ve kamu hukuku sorumluluğunu kapsamaktadır. İdarenin medeni hukuk sorumluluğuna, medeni hukuk kuralları uygulanır. İdarenin kamu hukuku sorumluluğuna da kamu hukuku kuralları uygulanır. İdarenin bu iki tür sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklar farklı yargı yerlerinde çözülür.

¹¹ 1602 sayılı AYİMK (RG; 20.09.1972/14251).

¹² 2709 sayılı T.C. Anayasası (RG; 09.11.1982/17863).

2.5.1. İdarenin özel hukuktan doğan sorumluluğu

İdarenin özel hukuktan doğan sorumluluğu, idarenin özel hukuk kapsamına giren ve bu alandaki uyuşmazlıkların adli yargıda karara bağlandığı malvarlığı sorumluluğu olarak ifade edilebilir. Özel hukuk kapsamına giren idari eylem ve işlemlerden ötürü kişiler zarara uğrarsa, bu zarar özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilir. Bu alandaki uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözümlenir. İdare medeni hukukta da tüzel kişiliğe haiz olduğundan hak, fiil ve ehliyetle sahiptir. Bu nedenle idarenin bu alanda sorumluluğu vardır. İdare belli alanlarda özel hukuka tabi olduğu için adliye mahkemeleri tarafından yargılanabilmesi mümkündür. İdarenin özel hukuk sorumluluğunun doğabilmesi için idare tarafından verilen zararın özel hukuka tabi bir idari faaliyet sonucu ortaya çıkması gerekmektedir. İdarenin özel hukuka tabi eylem ve işlemleri varsa, idarenin özel hukuk sorumluluğundan söz edilebilir. İdarenin özel hukuka tabi faaliyetleri genel hatlarıyla; idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan zararlar, sınai ve ticari kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararlar, idarenin özel mallarının işletilmesinden kaynaklanan zararlar, fiili yol veya usulsüz el koymadan doğan zararlar, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlar, kanunla özel hukuka tabi kılınmış zararlar şeklinde sıralanabilir (Gözler, 2009: 1023).

Kamu tüzel kişilerinin özel kanuna tabi tutulmuş eylem ve işlemlerinden doğan zararları adli yargıda çözümlenir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait aracın karayolunda bir çocuğa çarpması sonucu meydana gelen zararın adli yargıda görülmesi gerektiği hakkında bir kararında şunları demiştir:

“Dava, Köy Hizmetleri Müdürlüğüne ait bir aracın davacının çocuğuna çarpması sonucu meydana gelen maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesi istemi ile açılmıştır.

13/10/1983 günlü 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 25/6/1988 günlü, 330 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 106. maddesinde; "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisâdi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukuki

sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır." denilmektedir. Kanunun Sekizinci Kısım "İşletenin Hukuki Sorumluluğu" başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 85. ve 90. maddelerinde de motorlu araçların trafik kurallarına ve gereklerine aykırı davranışları sonunda meydana gelen zararlar nedeniyle gerçek ve özel tüzelkişilerle kamu tüzelkişilerin ayırım yapılmadan, aynı sorumluluk kurallarına bağlı olmaları öngörülmüştür. Bu suretle Kanun, kamu idare ve kurumlarına ait ve bu arada kamu hizmetine tahsis edilen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı, trafik olaylarından doğan zararların özelliğini gözönünde tutarak, kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit şartlarda aynı esaslara göre sorumlu tutulması gereğini ifade etmiş olmaktadır. Kanunun sözü edilen hükümleri karşısında, kamu araçlarının verdikleri zararlardan dolayı idare kamu hukuku kurallarına göre değil "işleten" sıfatıyla özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulabilecektir. Zira Olayda hizmet kusuruna dayanan bir istek bulunmayıp, Trafik Kanununda öngörülen bir tazminat sözkonusu olmaktadır. Bu durumda Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait bir aracın çarpması sonucu meydana gelen zararın tazmini isteği ile açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.”¹³

İdarenin özel hukuk kapsamına giren sorumluluğu inceleme konumuz dışında kalacağından bu konuda fazla detaya gerek görülmemiştir.

2.5.2. İdarenin kamu hukukundan doğan sorumluluğu

İdarenin kamu hukukundan doğan sorumluluğu, idarenin kamu hukuku kurallarına tabi olduğu ve uyuşmazlıkların idari yargıda çözüldüğü malvarlığı sorumluluğu olarak ifade edilebilir. İdarenin kişilere zarar vermesi durumunda zararın tazmini kamu hukuku kurallarına göre idari yargıda karara bağlanır. İdarenin kamu

¹³ UM'nin 25.12.1989 gün E. 1989/38, K. 1989/39 sayılı Kararı (RG; 22.01.1990/20410).

hukuku sorumluluğuna karar verilebilmesi için idari faaliyet sonucunda ortaya çıkan zararın kamu hukuku esaslarına tabi olması gerekir. Kamu hukuku alanına kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış faaliyetler girmektedir. Kısaca idarenin kamu hukukundan doğan sorumluluğunun kapsamına, kamu hukuku alanına giren faaliyetleri neden olmakta ve burada ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanmaktadır (Gözler, 2009: 1033).

İdarenin kamu hukuku sorumluluğu, medeni (özel) hukuk sorumluluğundan farklıdır. Bu farklılığı vurgulayan yargı kararlarını da görmek mümkündür. Yargıtay söz konusu konu hakkında bir kararında şöyle demiştir:

“Özel hukuktaki (haksız eylem) kavramından ve kusur teorisinden farklı olarak, idare hukukunda cari olan hizmet kusuru teorisinde kusurdan söz edebilmek ve bundan dolayı idareyi sorumlu tutabilmek için, bu kusurun her hizmetin niteliğine, bünyesine, cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlere göre belirlenmesi ve takdiri gereklidir. İster hizmet kusuru, ister bireysel (şahsi) kusur bulunsun, kamu hukuku alanına giren faaliyet ve tasarruflardan dolayı idare aleyhine B.K. nun 55. maddesine dayanarak istihdam eden sıfatıyla dava açılamaz. Zira, memurların devlet veya kamu idareleriyle olan ilişkileri özel hukuk kurallarına göre değil, idare hukuku kurallarına göre düzenlenir.”¹⁴

İdarenin sözleşme dışı tutum ve davranışlarından doğan ve kamu hukuku tarafından düzenlenen mali sorumluluğu ele alınacağı için konuya yönelik ileriki bölümlerde etraflıca inceleme yapılacağından burada ayrıntıya gidilmemiştir.

2.6. Genel Olarak Devlet Organlarının Faaliyetlerinden Dolayı Sorumluluğu

Devletin üç temel organlarından biri olan yürütme, aynı zamanda idare teşkilatı

¹⁴ Y 4. HD.’nin 15.1.1979 gün ve E. 978//12904, K. 979/146 sayılı Kararı (YKD, C. 5, S. 4, s. 498).

içinde yer aldığı için yürütmenin sorumluluğu Anayasada düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak yasama ve yargının eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zarar konusunda sorun vardır. Diğer bir ifadeyle Anayasada, yasama ve yargının sorumluluğu düzenlenmemiştir. İlgililere verilen zararın tazmin edilebilmesi için bu hususun kanunlarda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönde bir düzenlenme bulunmazsa, ortaya çıkan zararın nasıl ve kim tarafından karşılanacağı konusunda bir açıklıktan söz edilemez (Yıldırım, 2010: 309).

Bu bağlamda, yasama, yargı ve yürütmenin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusu aşağıda sıralanan başlıklar altında incelenecektir.

2.6.1. Devletin yasama faaliyeti sorumluluğu

Devletin hakimiyete, kamu gücüne dayanarak icra ettiği ve bu gücün en kuvvetli karakterlerini taşıyan fonksiyonu yasama fonksiyonudur. Yasama fonksiyonunun bu özelliklerini göz önünde bulunduran doktrin ve içtihat esas itibarıyla bu fonksiyondan dolayı devletin mali sorumluluğunun olmadığı düşüncesindedir. Bu sorumluluğu, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu esaslarıyla izah etmek ve bu esaslara dayandırma imkanı yoktur. Yasama organını teşkil eden milletvekilleri istihdam edilen durumunda değildirler. Bunlar doğrudan milletin iradesini temsil ederler. Bunlar üzerinde Borçlar Kanunu 55. maddesindeki esaslar dahilinde bir murakabe de yoktur. Ayrıca, bir kusur karinesi de söz konusu değildir, kanun koymak haksız fiil olarak da nitelendirilemez (Onar, 1960: 1726). Bu sebeple Devletin yasama fonksiyonundan dolayı sorumlu tutulamayacağı düşüncesi kabul görmektedir.

Devletin yasama organının birçok işlemi olmakla beraber, burada genel olarak iki kısım işlemleri üzerinde durulacaktır. Birincisi kısım işlemler; kanundur. İkinci kısım işlemler ise; yasama organının idari faaliyetleridir. Yasama organı bu tür işlemleri faaliyetleri yürütürken sorumluluğunun olup olmayacağı hakkında farklı yaklaşımlar vardır.

Yasama organının birinci kısım işlemleri nedeniyle mali sorumluluğunun olup olmayacağı meselesi asıl sorunlardan birini teşkil etmektedir. Devletin yasama

organının kanunlardan dolayı mali sorumluluğu genelde kabul edilmemektedir. Bu sorumluluğun kabul edilmemesi, millete ait olan egemenliğin yasama organı tarafından kanun yoluyla kullanıldığı şeklindeki eski düşünceye dayanmaktadır. Yasama organının sorumlu tutulmaması, hükümdarın sorumsuz olarak kabul edildiği en eski düşüncenin bir kalıntısı olan egemenliğin sorumsuzluğu anlayışına da dayanır. Bu düşünceye sahip çıkanlara göre, millete ait olan egemenliği yasama organı, milletin iradesinin ifadesi olan kanun şeklinde kullanır. Egemenliğin bir özelliği de sorumsuz olmasıdır. Yasama organı da egemenliği temsil ettiği için sorumsuz kabul edilir (Bilgen, 1996: 318).

Kanun nedeniyle mali sorumluluğun aranılmamasının farklı sebepleri vardır. Bir sebebi de yasal düzenlemelerin uygulamaya konulmasının ancak idari işlemlerle mümkün olmasıdır. Dolayısıyla kanun genel ve nesnel olduğu için bireylerin hakları ve borçları üzerinde doğrudan bir etkisi olmadığı için kendiliğinden zarara neden olmaz. Kanunların idare tarafından uygulanmasından dolayı zarara uğrayan bireyler, idareye karşı tam yargı davası açabilmektedirler. Kanunlar genel, nesnel ve gayri şahsi kurallar koyan veya kuralları değiştiren düzenlemeler olduğundan bireysel etkileri söz konusu olmamakla birlikte bazı istisnai durumlar da söz konusudur. İstisnai nitelikli yasal düzenlemelerin bireysel idari işlemler gibi aynı hukuki sonucu doğurduğu da görülmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 787). Yasama organının kanun nedeniyle sorumlu tutulmamasının diğer bir sebebi de objektif mali sorumluluk ilkesi kabul edilmediğinden, başka bir ifadeyle mali sorumluluk için kusur aranıldığından ve kanunlar da yargı denetimine tabi olmadığı için kanun koyucunun suç işleyebileceğinin düşünülmemesinden kaynaklanmaktadır (Bilgen, 1996: 318).

Türkiye’de yasama faaliyetlerinden dolayı idarenin sorumluluğunun yargı organları tarafından kabul edildiğini söylemek olanaksızdır (Gözübüyük ve Tan, 2011: 785). Bu sebeple, yasama faaliyetlerinden dolayı idarenin sorumlu tutulmayacağı hem Danıştay hem de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından benimsenmiştir. Yüksek Mahkemelerin konuya yönelik, örnek teşkil etmesi açısından birer kararına değinilecektir.

Danıştay, kanuna uygun idari işlem sebebiyle verilen zarardan idarenin sorumlu tutulmayacağı hakkında bir kararında şöyle söylemiştir:

“İdare hukuku esaslarına göre kamu idarelerinin ifası ile mükellef oldukları hizmetleri noksan, kifayetsiz, kusurlu bir şekilde yürütmeleri veya hiç ifa etmemeleri halinde sorumlulukları bahis konusu olabilir. Teşrii organca kanunlarda yapılan değişikliklerin dikkate alınması idarece de bir zaruret olmakla beraber bunların emredilen şekilde uygulamalarından doğan zarardan dolayı idareler sorumlu tutulamazlar.”¹⁵

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, özlük haklarının ödenmemesi işleminin iptali istemiyle açılan davada, mevzuatımızda yasama tasarruflarından doğan zararların tazminine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını söylemiş ve şöyle demiştir:

“Davacının özlük haklarının ödenmemesi işleminin iptali istemiyle açtığı davanın özü aslında 30.8.1992 tarihinde bir üst rütbeye yükseltilmemesi işleminden doğan özlük haklarının tazminini içermektedir. Bu yönüyle yöntem olarak değilse bile uyuşmazlık tazminat hukuku esaslarına göre çözümlenmelidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde davacının 30.8.1992 tarihinde terfi ettirilmemesi idarenin hukuka aykırı bir işleminin değil, uygulanması idare için zorunlu olan yasadaki kaynaklanmaktadır. Yasama tasarruflarının Anayasa’ya aykırılığının sorumluluğu idareye yüklenemez. Öte yandan mevzuatımızda yasama tasarruflarından doğan zararların tazminine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla 3475 sayılı Kanunun terfide baraj uygulamasına ilişkin hükümlerinin iptaline dair Anayasa Mahkemesi Kararının Anayasa’nın 153/3 maddesi gereğince yürürlüğe girdiği 24 Nisan 1993 tarihinden önceki evreye ilişkin olarak idarenin aylık ve özlük haklarıyla ilgili ödeme yükümlülüğünden söz edilemez. Ancak alınan tarihte iptal kararının yürürlüğe girmesi ile makul en kısa sürede idarenin tüm terfi şartlarını

¹⁵ Dnş 12. D.’nin 23.02.1966 gün ve E. 1965/3669, K. 1966/547 sayılı Kararı (DKD, S. 100-102, s. 401).

taşıyan ve emsali terfi etmiş olan davacının terfi işlemini resen yapmak zorundadır. Bunun sonucu olarak fiilen terfiinin yapıldığı tarihe kadar aylık ve özlük haklarının tazmini gerekmektedir.”¹⁶

Yasama organının idari faaliyetler kapsamına giren işlemlerinden dolayı sorumluluğu vardır. Yasama organında görev yapan parlamento üyesi olmayan idari personele yönelik işlemlere karşı bu organının sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluğa ilişkin davalar idari yargıda görülür. Aynı şekilde yasama organında görev yapan ve idari personel niteliği taşıyanların üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlar nedeniyle bu organın mali sorumluluğu söz konusu olup, bu tür davalar idari yargıda görülür (Gözler, 2009: 1039).

2.6.2. Devletin yargı faaliyeti sorumluluğu

Yargı faaliyetinden dolayı devletin sorumluluğunu düzenleyen anayasal bir hüküm yoktur. Doktrinde ise yargı işlevinin özelliğinin devletin sorumluluğunu engellediği belirtilmektedir (Yıldırım, 2010: 310).

Bu anlamda, yargılama faaliyeti kimseden direktif almadan hakim güvencesine sahip kişiler vasıtasıyla mahkeme tarafından yürütüldüğü gerekçesiyle bu faaliyetten dolayı devletin mali sorumluluğu büyük ölçüde engellenmiştir. Bu görüşü savunanlar tarafından, yargılama faaliyetinin aleni olduğu, davacı ve davalı tarafların davalarını savunma olanaklarının bulunduğu ve yargılama faaliyeti sonunda ortaya çıkan işlemin avukatlar, savcılar ve yargıçlar tarafından oluşturulan kolektif bir faaliyet olduğu söylenilir. Mahkeme kararlarının hukuka aykırı olması durumunda itiraz, istinaf, temyiz ve karar düzeltilmesi ve yargılamanın yenilenmesi gibi bazı özel usullerin geliştirildiği belirtilir (Bilgen, 1996: 327). Yargılama faaliyetinin belirtilen özellikleri nedeniyle, yargı organı tarafından yapılan işlemlerden dolayı devletin, aksine hüküm bulunmadıkça sorumlu tutulması genel anlamda engellenmiştir. Ancak, bazı konularda

¹⁶ AYİM 1. D.’nin 20.12.1994 gün ve E. 994/149, K. 994/1490 sayılı Kararı (AYİMD, S. 10, s. 969).

kanunun öngörmesi durumunda tazminat yükümlülüğü söz konusu olmaktadır (Yayla, 1985: 132).

Yargılama faaliyetinden dolayı devletin sorumlu tutulmamasının diğer bir sebebi de yargı fonksiyonunun idari fonksiyon niteliği taşınamamasıdır. Bu nedenle yargı fonksiyonu tarafından bireylere zarar verilmesi ihtimali düşüktür. Yargı organı hukuka aykırılıkları ve uyuşmazlıkları karara bağlar. Yargı organı tarafından verilen karar kesin hüküm taşır. Kesin hükmün geçerliliği ve bağlayıcılığı hakkında tartışma söz konusu olamaz. Yargı kararları kesin hüküm gücüne sahip oldukları için bu kararların kusurlu olması ve bireylere zarar vermesi kabul edilmediği için yargılama faaliyetinden dolayı devletin sorumluluğu kabul edilmemiştir (Gözler, 2009: 1041).

Yargılama faaliyetinden dolayı devletin sorumlu tutulmamasının başka bir nedeni ise borçlar hukukunun haksız fiil ve istihdam edenin mali sorumluluğu teorisinin böyle bir sorumluluğun kabulü için elverişli olmadığı düşüncesidir. Devletle yargıçlar arasındaki hukuki ilişki ne hizmet sözleşmesine dayanır ne de istihdam edenin kusur karinesine, dolayısıyla sorumluluk için bu kurallar elverişli görülmemektedir. Başka bir açıdan bakıldığında, devletle yargıçlar arasında herhangi bir hiyerarşi bağı da yoktur. Devlet organlarının yargı organlarına emir vermesi veya onu denetlemesi de mümkün değildir. Devletle yargıç arasında denetim ve gözetim ilişkisi olmadığından, kusur karinesi de ortadan kalkar. Bu nedenle yargı faaliyeti sebebiyle devletin mali sorumluluğu yoktur. Yargıçlar devletten bağımsız çalıştıkları için hizmet kusurundan da söz edilemez. Risk ve hukuki eşitlik teorileri de uygulanmaz. Belirtilen nedenlerden dolayı yargılama faaliyetinden dolayı devletin mali sorumluluğu kabul edilmemektedir (Bilgen, 1996: 327-328).

Bu bakımdan, ister adli mahkemeler ister idari mahkemeler veya diğer kaza salahiyetine haiz merciler tarafından icra olunan yargı fonksiyonundan ve kazai tasarruflardan dolayı devlete sorumluluk yükletilemez. Ne medeni hukukun ne de idare hukukunun sorumluluk teorileri buna imkan verir (Onar, 1960: 1732). Bu nedenle, yargı işlevinin gereği olarak faaliyeti sebebiyle aksine bir hüküm yoksa sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 788).

Bu hususta Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında şöyle demiştir: “Bilindiği üzere, Türk Hukuk sisteminde yargısal kararlarla, bu kararların uygulanmasından doğan, yani yargı fonksiyonunun verdiği zararların tazmini mümkün olmayıp, bu zararlar kamunun zararı olarak değerlendirilir. Yargı yeri ve yargıç, bu faaliyetten dolayı kural olarak sorumlu tutulamaz.”¹⁷

2.6.3. Devletin yürütme faaliyeti sorumluluğu

İdari rejimin uygulandığı ülkelerde genelde devletin yürütme faaliyetinden dolayı sorumluluğu ve özellikle yürütmenin alt birimi olan idarenin her türlü eylem ve işlemleri nedeniyle devletin hem medeni hukuk hem de idare hukukundan doğan sorumluluğu kabul edilmektedir (Anayurt, 1989: 10). Ancak, yürütme organının siyasal kanadının sorumluluğu farklıdır. Bakanlar kurulunun sadece siyasal sorumlulukları vardır. Yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının ise tek başına yaptığı işlemlerden dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır.

Yürütme, parlamenter sistemin temel özellikleri arasında yer alan iki başlı bir yapıya sahiptir. Parlamenter sistemde yürütme gücü, genelde bir kişi ile bir kurul arasında paylaşılmaktadır. Devlet başkanı yürütme organının siyasal bakımdan sorumsuz kanadını oluşturur. Hükümet ve bakanlar kurulunun ise yasama organına karşı kolektif sorumlulukları vardır. Her bakanın ayrıca yasama organına karşı bireysel sorumlulukları vardır (Ercan, Kaymak, Odyakmaz, 2012: 127).

Bu bağlamda yürütme organı siyasal bir yapıya da sahiptir. Dolayısıyla yürütme organının bütün faaliyetleri idari nitelikte değildir. Bu organının bir kısım eylem ve işlemleri idari nitelikte olmadığından bu tür eylem ve işlemlere hükümet tasarrufu denilmektedir. Hükümet tasarruflarına karşı adli ve idari yargıda dava açılmadığı gibi bu tür işlemlere yönelik iptal ve tazminat davası da söz konusu olamaz. Bu bakımdan hükümet tasarrufları için devletin mali sorumluluğu yoktur (Gözler, 2009: 1050).

¹⁷ AYİM 1. D.’nin 13.01.1998 gün ve E. 997/150, K. 998/31 sayılı Kararı (AYİMD, S. 13, s. 928).

BÖLÜM III

3. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK HALLERİ

Bu bölümde öncelikle kusurlu ve kusursuz sorumluluk üzerinde durulacak ve genel çerçevede bu sorumluluk türlerine değinilecektir. Daha sonra genel çerçevede kusursuz sorumlulukta risk ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması ilkelerine değinilecektir.

İdarenin kusurlu sorumluluğunun somutlaşabilmesi için öncelikle kusur kavramına bakılacaktır. Bu çerçevede hukuka aykırılık ile kusur ilişkisi, ağır kusur teorisi ve ağır kusurun arandığı alanlar üzerinde durulacaktır. Hizmet kusuru kavramı ve hizmet kusurunun özelliklerine bakılacak, ayrıca hizmet kusuru ile kamu görevlilerinin kusurunun birbirinden ayrılması incelenecektir.

İdarenin kusurlu sorumluluk halleri hizmet kusuruna dayandığı için doktrindeki görüşler ışığında hizmet kusuru sayılan haller teorik olarak irdelenecektir. Ayrıca hizmet kusuru hallerine yönelik olarak Danıştay'ın farklı olaylara ilişkin kararlarından örnekler verilerek, kusurlu sorumluluk uygulamada var olduğu şekliyle aktarılmaya çalışılacaktır.

İdarenin sorumsuzluk ilkesinden sorumluluk esasına geçilirken, idari sorumluluğun tek ve asli nedeni kusur iken, yirminci yüzyılda ve özellikle günümüzde kusursuz sorumluluk halleri gittikçe artarak ortaya çıkmıştır. Kusursuz sorumluluk halinde idarenin kusuru bulunmadığında, ancak imkan ve fırsat eşitliği açık ve ağır bir biçimde bozulduğunda kabul edilmesi gerekir. Bunun üzerine idarenin sorumluluğunda genel sebep, bireylerin bir arada yaşamaları nedeniyle karşılaşmaları muhtemel zarar

doğurucu kusurlu tutum ve davranışlardır. Böylece idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu imkan ve fırsat eşitliği ilkesinden kaynaklanmakla birlikte, idarenin sorumluluğunun genel ve doğal sebebi ise objektif nitelikteki kusurluluktur. Kusurlu sorumluluk birlik ve bütünlük taşımaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri ise değişik sebeplere bağlanabilmektedir. Bu bakımdan, idari sorumluluğu; kusurlu ve kusursuz haller olmak üzere ayrı ayrı incelemekte yarar vardır (Duran, 1974: 24-26).

İdarenin sorumluluk hallerinde, genel ve salt bir sorumluluk söz konusu değildir. Kamu hukukuna özgü ilkeler çerçevesinde mahkeme içtihatları ile belirlenip saptanacak bir sorumluluk (Eroğlu, 1985: 480) türünden söz edilebilir. Bu çerçevede idarenin sorumluluğu, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki ana başlık altında toplanabilir (Yıldırım, 2010: 320).

Şimdi genel çerçevede idare hukukunda kusurlu sorumluluk ile kusursuz sorumluluk esaslarına bakılacaktır.

3.1. Kusurlu Sorumluluk

Kusurlu sorumluluk; bir kimsenin hukuka aykırı olarak kusurlu eylem ve davranışı ile başkasına vermiş olduğu zararı, kusura dayanan sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin etmesidir (Anayurt, 2007: 337). İdare açısından kusurlu sorumluluk ise, idarenin kusurlu olarak ika ettiği eylem ve işleminden doğan zararın tazmin edilme yükümlülüğüdür (Çağlayan, 2012: 496).

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu hizmet kusurunun varlığı halinde söz konusu olabilmektedir. Hizmet kusuru genel olarak, kamu hizmetinin örgütünde, düzenlemesinde ve işleminde ortaya çıkan aksaklıklardır (Esin ve Dünder, 1971: 119).

İdari sorumlulukta kusurlu sorumluluk genel nitelik taşımaktadır. İdarenin kusurlu sorumluluğunun kabul edilmesi kuraldır. Fakat kusursuz sorumluluğun kabul

edilmesi ise istisnadır. Bu sebeple, bazı istisnalar dışında idarenin kusurluluğu söz konusu ise sorumluluğu kabul edilmektedir. (Gözler, 2009: 1057).

İdarenin ifa ettiği hizmetin gereği gibi işlememesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumlarında idarenin kusurlu sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda, kusurlu sorumluluğun hukuki açıdan dayanağı hizmet kusuru kavramı ile ifade edilmektedir (Yıldırım, 2010: 320).

İdarenin sorumluluk sebebi sayılan kusur, esas itibarıyla idarenin kuruluşunda, düzenleyişinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir bozukluk, aksaklık ve boşluk olarak ifade edilir. İdarenin örgüt ve faaliyetleri baştan beri iyi düşünüp planlamadığında, teşkil ve tanzim edilmediğinde veya gereği gibi yürütülmediğinde objektif olarak bazı standart ve ölçülere uyulmadığından kusur görülür. Bu sebeple idari kusur, idarenin yapısı ve işleyişinden doğan organ ve ajanlarının dışında kalan, kendine özgü bir niteliğe sahiptir (Duran, 1974: 26-27). Bu anlamda, idarenin kusurlu sorumluluğun sebebi olarak idari kusurun kendine özgülüğü gösterilmektedir.

İdare bir kişi olmayıp, bir örgütlenmedir. Bundan dolayı idare hukukundaki kusur ile medeni hukuktaki kişilerin kusurunun değerlendirilmesi aynı şekilde yapılamaz. İdari işlemlerin kötü işlemesi sebebiyle zarara uğrayanlar zarara sebebiyet vereni belirleme çabasında olurlar. Ancak, zararın kaynağında idari bir işlem vardır. İdari işlem ise bir sürecin sonunda ortaya çıkar. Dolayısıyla kamu yönetiminde görev yapan kişinin belirlenmesi ve ona kusur isnat edilmesinde aşağıdan yukarıya doğru uzun bir süreç söz konusu olduğundan güçlüklerle karşılaşılabilir (Atay ve Odabaşı, 2010: 60). Bu nedenle, idari eylem ve işlem sonucu ortaya çıkan kusurun idareye atfedilmesi daha kolaydır. İdarenin kusurlu sorumluluğu bu yönüyle kişisel sorumluluktan ayrılmaktadır. Bunun için idarenin kusurdan doğan sorumluluğu hizmet kusuru kavramı ile ifade edilmekte ve bu kusur kamu ajanının kişisel kusuru dışında kalmaktadır.

İdarenin mali sorumluluğu hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmektedir. Bu sorumluluk önceleri özel hukuktan esinlenerek kusura dayandırılmaktaydı. Ancak, Fransız Danıştay'ının içtihatları ile belirlenen bu kusurun

özel hukuktan tamamen farklı olduğu, idarenin sorumluluğunun sebebi sayılan kusurun nesnel nitelikli olduğu kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, hizmetin kurulmasında ve işleyişinde ortaya çıkan bozukluk ve aksaklıklar hizmet kusuru olarak adlandırılmıştır (Günday, 2011: 368). Böylece, idarenin kusurlu sorumluluk esasları hizmet kusuruna dayandırılmıştır.

3.2. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden dolayı ortaya çıkan zararı bazı durumlarda tazmin etme yükümlülüğüdür (Gözler, 2009: 1164).

Fransız yazarlar genelde idarenin mali sorumluluğunun temelini vatandaşların kamu külfetleri karşısında eşitliği ilkesine dayandırıyorlar. Bu düşünceye göre, idarenin yürütmüş olduğu kamu hizmetlerinden herkes faydalandığı halde bazı kişiler kamu hizmeti faaliyetlerinden dolayı özel zarara uğruyorsa bu zarar tazmin edilmelidir. Böylece, bazı kişilerin uğradığı zarar kamu hizmetinden faydalananlara yayılmalı ve bozulmuş olan eşitlik tekrar tesis edilmelidir (Bilgen, 1996: 340).

İdare hukukunda idarenin sorumluluğu ilk önceleri hizmet kusuruna dayandığı için idare kusurluysa sorumluluğuna hükmedilmekteydi. Ancak, idarenin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerinin artması ve bu hizmetlerin yürütülmesinin karmaşık bir hal almasından dolayı kusurlu sorumluluk yetersiz kalmıştır. Sosyal devlet anlayışı ile birlikte idarenin faaliyetlerinin artması nedeniyle idarenin yürütmüş olduğu hizmetlerden dolayı kişilere zarar verme olasılığı artmıştır. Böylece, idari davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurularak zararın oluşması durumunda kusur şartı aranmadan idarenin sorumluluğu yoluna gidilmiştir (Günday, 2011: 378).

Hukuk düzeninde, insanlığın gelişmesiyle aynı doğrultuda olmak üzere kusur şartı aranmadan da sorumluluk halleri kabul edilmektedir. Nitekim bu hususta 1982 Anayasasının 125. maddesinde idarenin sorumlu tutulması kusur şartına bağlanamamıştır (Yıldırım, 2010: 330). Ayrıca, 1961 Anayasasında da idarenin sorumluluğu için kusur

şartı aranmamıştır. Dolayısıyla idarenin kusuru olmadan da sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

Bu hususta Danıştay bir kararında şöyle demiştir:

“Amme hizmetlerinin ifası sırasında husule gelen zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi ne eşitlik esası ve ne de hakkaniyet ve nesafet kuralları mesağ vermemesine binaen olayda idareye atfı mümkün bir hizmet kusuru bulunmasa dahi objektif sorumluluk esasına zararın hizmetin sahibi idarelerce tazmini gerekir.”¹⁸

Bu bağlamda, idarenin faaliyetleri sonucunda kişilerin zarar görmesi mümkündür. Ancak, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle kişilerin gördükleri zararı her zaman idarenin kusurlu davranışına dayandırma olanağı bulunmamaktadır. İdarenin bazı davranışları nedeniyle kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir. Bu sorumluluk türü idarenin kusursuz sorumluluğu olarak ifade edilir. Kusursuz sorumluluk hem özel hukukta hem de idare hukukunda ayrı bir sorumluluk türüdür. Kusursuz sorumluluk özel hukukta belli konularda ve sınırlı bir biçimde düzenlenmiştir. İdare hukukunda ise geniş bir alanda ve çeşitli konularda kusursuz sorumluluk uygulanmaktadır (Gözübüyük ve Tan, 2011: 752).

Kusursuz sorumluluk ayrı olduğundan bir olayda hem hizmet kusuruna hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmayacağı için bu hususta Danıştay şöyle demiştir:

“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp, uygulanmayacağının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk

¹⁸ Dnş 12. D.’nin 25.09.1968 gün ve E. 67/1268, K. 68/1667 sayılı Kararı (Aktaran: Atay ve Odabaşı, 2010: 131).

sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.”¹⁹

İdarenin kusursuz sorumluluk halinde tazminata mahkum edilebilmesi için neden olduğu zararın belirli bir veya birkaç kişiye ait olması, bu zararın ağır ve olağandışı olması gerekmektedir. Hizmet kusurunda sorumluluk genel nitelik taşımayan özel zararlar için kabul edilmektedir. Kusursuz sorumlulukta ise zararın özelliği biraz daha daraltılarak, ayırık ve özgül olma şartı aranır. İdarenin kusursuz sorumluluğunda mutlaka zararın geniş, büyük ölçüde ve olağanüstü olması gerekmemektedir. Zarar görene oranla ağır ve olağandışı olması yeterli sayılmaktadır (Duran, 1974: 49-50).

Ülkemizde idarenin kusursuz sorumluluğu 1961 Anayasasından sonra gelişmeye başlamıştır. 1961 yılından önce genellikle ağır hizmet kusuru şartı aranılmıştır. 1961 Anayasasının 114. maddesindeki; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.”²⁰ hükmü ile kusur şartı aranmadan idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir.

Nitekim Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında şöyle demiştir:

“Dava, Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki Ordu Caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi üzerine davacıya ait apartman kapısının yol seviyesine nazaran aşağıya düşmüş ve zemin katının kısmen bodrum katına inkılap etmiş olması sebebiyle maruz kaldığı 75000 liralık zararın risk esasına göre tazmin edilmesi dileğinden ibarettir.

Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği idare hukukunun genel esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar, topluluğun nef’ine katlanılmış bir fedakarlık niteliği taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istinai

¹⁹ Dnş 10. D.’nin 18.03.1998 gün ve E. 1996/10292, K. 1998/1190 sayılı Kararı (DD, S. 97, s. 678).

²⁰ 334 sayılı T.C. Anayasası (RG; 20.07.1961/10859).

karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır.”²¹

Bu karardan da anlaşıldığına göre, idarenin gerçekleştirmiş olduğu faaliyetler sonucunda idarenin herhangi bir kusuru olmadan da kişiler zarara uğrayabilmektedirler. Dolayısıyla kararda da belirtildiği gibi, özel nitelikli bu zararların kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince, idare tarafından tazmin edilmesi gerekir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu günümüzde iki ilkeye dayanmaktadır. Bu ilkeler; risk ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkeleridir (Bal, 2005: 86-87). Danıştay kararlarında ise, kamu yükümleri karşısında eşitlik, adalet, hakkaniyet ve nesafet gibi kavramlar kullanılmakta veya doğrudan objektif sorumluluktan söz edilmektedir (Deliveli, 2001: 322).

3.2.1. Risk ilkesi

Kusursuz sorumlulukta kullanılan bu ilke özel hukuktan idare hukukuna geçmiştir. Risk ilkesi özel hukukta geçerli olan “her nimetin bir külfeti vardır” düşüncesine dayanmakta ve tehlikeli faaliyetlerle uğraşanların herhangi bir kusurları olmasa bile ortaya çıkabilecek zarardan sorumlu tutulmalarını öngörmektedir. Mecelledeki; “mazarrat menfaat mukabelesindendir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur” kuralı da aslında risk sorumluluğunu ifade etmektedir (Günday, 2011: 379).

Risk ilkesinde idarenin tehlikeli faaliyetleri ve kuruluşu nedeniyle sorumluluğu söz konusudur. Bu bakımdan, idarenin sahip olduğu nükleer santraller, barajlar, mayınlı alanlar, silahlar gibi araç ve gereçler her zaman tehlike taşımakta ve riske sahiptirler. Bu tür durumlarda ortaya çıkabilecek olumsuzlukları ne idare önleyebilmekte ne de kişiler bu tür tehlikelerden korunabilmektedirler. Sonuçta bu faaliyetlerden yarar sağlayan kamunun sorumluluğu kabul edilmiştir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 753-754).

²¹ Dnş DDGK’nun 16.02.1962 gün ve E. 60/177, K. 62/108 sayılı Kararı (DKD, S. 87-88, s. 77).

3.2.2. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, idarenin herhangi bir kusuru olmadan veya tehlikeli bir faaliyeti ya da araç kullanma durumu da söz konusu değilken, bazı kişilerin diğerlerine göre özel ve olağandışı bir zarara uğramaları halinde, bu zararın tazmin edilme yükümlülüğünü ifade eder. İdare kamu yararını ve toplumsal ihtiyaçları gerçekleştirmek için faaliyette bulunur. İdarenin bu hizmetlerinden toplumun tümü yararlanmaktadır. Ancak, toplumun tümünün yararlandığı bu hizmetler belli kişileri külfet altında bırakabilir (Atay, 2006: 157-158). Bu şekildeki bir uygulama hakkaniyete ve adalete uygun düşmeyeceğinden, idare kusursuz olmasına rağmen sorumlu tutulmuştur. Böylece, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile hem adaletsizlik giderilmeye çalışılır hem de hakkaniyette uygun bir çözüm yolunun bulunabilmesi için bir iyileştirme aracı olarak bu ilke kullanılır (Yıldırım, 2010: 332).

İdarenin kamu yararını gerçekleştirmek ve kamu düzenini sağlamak için yaptığı hizmetlerden dolayı, idarenin bir kusuru olmadan da zarar doğabilmektedir (Fındıklı, 2001: 300). Bu gibi durumlarda idarenin faaliyetleri bazı kişileri zarara uğratmaktadır. Bu zarar, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği devlet tarafından karşılanmalıdır (Türk ve Sürer, 2001: 43).

3.3. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu

İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin kusurlu eylem ve işlemleri sonucu ortaya çıkan sorumluluk hallerini ifade eder. Kusurlu sorumluluk da hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır. Burada öncelikle idarenin kusurlu sorumluluğunun anlaşılabilmesi için bu sorumluluk ifade edilirken kullanılan kavramlar üzerinde durulacak ve bu kavramlar açıklanacaktır. Daha sonra ise hizmet kusuru halleri incelenecektir. İdare hukuku içtihadî bir hukuk dalı olduğundan, konuya yönelik olarak yargı kararlarından da ayrıca istifade edilecektir.

3.3.1. Kusur kavramı

İdare hukukunda kusurlu sorumluluk, “hizmet kusuru” kavramı ile ifade edilmektedir. Bu sorumluluğun temelinde “kusur” vardır. Dolayısıyla öncelikle kusur kavramına bakmak gerekir (Çağlayan, 2012: 496). Bilindiği gibi özel hukuk alanında sorumluluğun temelinde genellikle kusur aranmaktadır. Roma hukukundan günümüze kadar gelişen ve yerleşen şekliyle sorumluluğun temelini de zaten kusur oluşturmaktadır. Özel hukukta kusurun hem hukuka aykırılık gibi nesnel hem de dikkatsizlik, ihmal, kasıt gibi öznel tarafları vardır. Bu bakımdan, özel hukuktaki öznel yönleri olan kusur kavramının tüzelkişiliği bulunan idare için sorumluluğun kaynağı olarak kullanılması söz konusu değildir. Kamu hukukunun özellikleri de dikkate alınarak kusurun nesnel niteliklerinin alınması gerekir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 724).

Klasik öğretilerde kusurlu sorumluluğun sebebi olarak gösterilen kusur her zaman “hizmet kusuru” olarak algılanmış ve bu şekilde tanımlanmıştır. Bu öğretilerde “kusur” kavramı yerine hep “hizmet kusuru” kavramı kullanılmıştır. Klasik Fransız ve Türk öğretisinde hizmet kusuru, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan bozukluk olarak ifade edilmiştir (Gözler, 2009: 1058). Bu anlamda hizmet kusurunun kamu görevlilerinin kusurundan farklı olduğu düşünülmüştür. Başka bir ifade ile idarenin çalıştırmış olduğu kamu görevlisinin kusuru olsa da olmasa da, eğer hizmetin kuruluş ve işleyişinde bozukluk ya da aksaklık varsa, hizmet kusuru söz konusu olmaktadır. Burada ayrıca, kusuru işleyen kamu görevlisini aramaya gerek yoktur (Günday, 2011: 369).

İdarenin sorumluluğunda aranılan kusur, medeni hukukta kişilerde aranan öznel nitelikli kusur olmayıp, kişilerden bağımsız olarak kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili objektif şekil ve içeriği olan bir kusurdur. Hizmet kusuru kamu hizmetlerinin hukuki bünyesini oluşturduğundan devletin borcu olarak açıklanabilir. Devlet, kamu hizmetlerini şartlara uygun ve ihtiyaçları karşılamada en üst seviyede, devamlı ve istikrarlı bir şekilde yönetilenlere sunmak zorundadır. Bu bakımdan, devletin kamu hizmetlerini hukuka uygun olarak verimli ve etkili bir şekilde yerine

getirme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük yerine getirilmezse devlet borcunu yerine getirmediğinden hizmet kusuru söz konusu olur (Eroğlu, 1985: 489).

Kusur kavramını klasik “hizmet kusuru” anlayışını bir kenara bırakarak tanımlamak mümkündür. Modern anlamda kusur “mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik” olarak tanımlanmaktadır (Gözler, 2009: 1061).

Hukuka aykırılık ile kusur ilişkisi: Hukuka aykırı olarak bir işlemin idare tarafından yapılması aslında yürütülen bu hizmetin iyi yapılmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla idarenin hukuka aykırı işlem yapması hizmet kusurunu teşkil etmede bir kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte Danıştay bazı kararlarında hukuka aykırılık konusunu “içtihadı elverişli” olmasından, “içtihat yanlışlığı”ndan, “içtihat hatası”ndan ya da “takdir hatası”ndan kaynaklandığını kabul etmiş ve bu tür hukuka aykırılıkları hizmet kusuru saymamıştır (Günday, 2011: 373).

Bu bağlamda, olağan nitelikte ve her idarenin işleyebileceği kusur ve hukuka aykırılıklar hizmet kusurunu teşkil etmeyebilir. Dolayısıyla hizmet kusurunun söz konusu olabilmesi için kamu hizmetinin düzenli işlemediğini gösterecek derecede belirgin bir kusurun olması gerekmektedir (Sancakdar, 2011: 603).

Danıştay hukuka aykırılık ile hizmet kusuru ilişkisine yönelik olarak bir kararında şöyle demiştir:

“Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı, kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de, her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukuku ilkelerindendir. İdare işleminin yapılmasında ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için, saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yansımaz. Hizmet kusurunun oluşabilmesi için saptanan yanlışlık ve

aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması gerekir.”²²

Genel olarak hukuka aykırı olan bir işlem idari kusur sayılır. Ancak, hukuka aykırılık nedeniyle ortaya çıkan kusur her zaman idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Danıştay hukuka aykırılıkları bazen “içtihadı mütehammil” sayarak tazmin yükümlülüğüne yol açacak bir kusur olarak görmez. Günümüzde “içtihat hatası” veya “takdirde hata” gibi kavramlarla idarenin sorumsuzluğuna karar vermek, idarenin ve idari hizmetlerin karmaşıklığı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, yasalardaki veya görev ve yetkilerdeki karmaşıklığın idarenin sorumsuzluğu için bir özür teşkil etmemesi gerekir. İdarenin hukuka aykırı işlemleri nedeniyle sorumsuzluğu, içtihat hatasına bağlamaktansa daha nesnel kurallara bağlanmalıdır. Burada, işlem yapılmadan önce ile işlem iptal edildikten sonraki durum arasında farkın olup olmadığına dikkat edilmelidir. Eğer arada bir fark yoksa dolayısıyla hukuka aykırılık kişinin durumunu etkilemediğinden, idarenin sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu nedenle, hukuka uygun işlemlerden ötürü kusursuz sorumluluk hariç olmak üzere idarenin sorumluluğuna hükmedilemez (Gözübüyük ve Tan, 2011: 745).

Danıştay, yeni sayılabilecek bir kararında hukuka aykırı olan bir işlemde dolayı tazmin yükümlülüğünün doğmayacağını söylemiş ve söz konusu kararında şunlara yer vermiştir: “... tesis edilen işlem hukuka aykırı ise de bu durumun idarenin doğrudan tazminat ödeme yükümlülüğünü oluşturmayaacağı, idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için hizmet kusurunun belli nitelikte ve ağırlıkta olması”²³ gerekir demiştir.

Sonuçta Danıştay, idari işlemin hukuka aykırılığından dolayı tazmin yükümlülüğünün doğmayacağını, tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için hizmet

²² Dnş 8. D.’nin 28.06.1990 gün ve E. 1990/981, K. 1990/812 sayılı Kararı (DD, S. 81, s. 281).

²³ Dnş 6. D.’nin 23.07.2007 gün ve E. 2004/5793, K. 2007/1524 sayılı Kararı (Aktaran: Atay ve Odabaşı, 2010: 72).

kusurun belli nitelikte ve ağırlıkta olması gerekir şeklindeki içtihadını günümüzde de devam ettirmektedir.

3.3.2. Ağır kusur teorisi

Özel hukukta ağır ve basit kusur ayrımı yapılmaksızın bütün kusurlar kusurlu kişinin sorumluluğuna neden olmaktadır. İdare hukukunda ise uzun zamandan beri ağır kusur şartı aranmıştır. İdarenin, akıl hastaneleri, tıbbi müdahaleler, can kurtarma, itfaiye ve kolluk gibi alanlarda yürüttüğü faaliyetlerin zorluğundan dolayı bu alanda ağır kusur şartının oluşmasıyla birlikte idarenin sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. İdarenin yürüttüğü zor faaliyet alanlarında basit kusur yeterli görülmemiştir. Bu gibi alanlarda idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için ağır kusur şartının gerekli olduğu düşünülmüştür. Ağır kusur teorisi günümüzde önemini yitirmiş olmasına rağmen, bu teorinin kesin olarak terk edilmiş olduğunu söylemek güçtür (Gözler, 2009: 1085).

Kusur kavramının hafif ve ağır olması gibi nitelikleri dikkate alınarak yapılan ayırım, uzun bir geçmişe sahiptir ve Roma hukukuna kadar uzar. Bu ayırım aslında özel hukuktan alınarak idare hukukuna aktarılmıştır. İdarenin sorumluluğuna karar vermek için bazen hafif kusur olarak adlandırılan basit kusurun varlığı yeterli bulunmuştur. Ancak bazı durumlarda ise hatanın belli bir yoğunlukta olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle ağır kusur şartı aranılır. Bu gibi kavramlar ve farklılıklar bugün Fransız hukuku için ortadan kalmış ve sadece iki dereceli bir kusur ayrımı vardır. Özel zorluğu bulunan kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile her türlü sorumluluğun yasayla saf dışı bırakılmasında ağır kusur aranmaktadır. Danıştay kararlarında ise, kamu hizmeti etkinliğini gerçekleştirmenin zor olduğu alanlarda veya hassas bir kamu hizmetinin yürütülmesinde ya da ivedi karar alınmasının gerekli olduğu durumlarda ağır kusur şartı aranılır (Atay ve Odabaşı, 2010: 119-120).

Danıştay bazı kararlarında idarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunun belli bir yoğunlukta olması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay daha eski kararlarında ağır hizmet kusuru şartını aramıştır. Ancak, hangi hallerde ağır hizmet kusuru, hangi hallerde ise basit hizmet kusurunun aranılacağı hususunda belli bir kıstas

ortaya koyamamıştır. Buna karşılık Danıştay, yargı organlarının kararlarının uygulanmamasını ağır hizmet kusuru saymıştır. Fakat “İçtihat hatası” veya “takdir hatası” gibi hukuka aykırılıkları ise idarenin sorumluluğuna yol açacak şekilde ağır hizmet kusuru saymamıştır. Günümüzde ise idarenin kusuru olmadan da sorumluluğu kabul edildiği için ağır hizmet kusuru koşulunu öne sürmek doğru değildir (Günday, 2011: 373-374).

Yargı kararlarının yerine getirilmemesini ağır hizmet kusuru sayan Danıştay bir kararında şunlara yer vermiştir:

“Anayasanın 2. maddesinde yer alan ‘Hukuk Devleti’ ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararlarını ‘aynen’ ve ‘gecikmeksizin’ uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Bu kural, idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar süren bir uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm değildir. Aksine bir maddede kararların derhal uygulanması ilkesi benimsenmiş olup her durumda bu sürenin otuz günü aşamayacağı, kararların uygulanması için idarelerin gereksinim duydukları sürenin nihayet otuz günle sınırlı bulunduğu hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan Anayasanın 11. maddesinde; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilerek Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü vurgulanmış; bu bağlamda olmak üzere 129. maddenin 1. fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasaya ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları hükme bağlanarak Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğü kamu görevlileri yönünden tekrar teyit edilmiştir. Bu nedenle bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarına uyulmaması hizmeti yürüten idarenin ağır

hizmet kusuru işlendiğini gösterir ve tazmin sorumluluğunu doğurur.”²⁴

Danıştay, hizmet kusurunun ağırlık derecesini saptarken iki teorik kuralı göz önünde bulundurmaktadır. Başka bir anlatımla Danıştay, herhangi bir kusurun idarenin sorumluluğunu gerektirecek derecede ağır olup olmadığını tayin ederken iki kuralı dikkate almaktadır. Birinci kural; kamu hizmetlerin yürütülmesinde idarenin karşılaştığı güçlüklerdir. İdare kamu hizmetlerini yürütürken karşılaşacağı güçlüklerin derecesi zaman, mekan ve materyal gibi faktörlerin durumuna bağlı olarak değişmektedir. Bazı kamu hizmetleri kolay yürütülürken, diğer bazıları ise büyük güçlüklerle yürütülmektedir. Bu kurala göre idarenin sorumluluğu için kusur, kamu hizmetinin yürütülmesindeki kolaylık ve güçlük derecesine göre değişmektedir. İkinci kural; kamu hizmetinin sosyal önemidir. Bir kamu hizmetinin önemi ne kadar fazla ise idarenin tazminat tehdidi ile zarara yol açması korkusu altında bırakılmaması gerekir. Bu kurala göre, sosyal önemi yüksek olan bir kamu hizmetinde idarenin sorumluluğu için ağır kusurun olması gerekir, tersi durumda ise idarenin sorumluluğu için hafif kusur yeterli sayılmaktadır (Özdemir, 1963: 99-100).

İdarenin sorumluluk hallerinde sorumluluk sebebi esnek bir kavram olduğu için mahkemenin tespit ve takdirine bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle idare her kusurdan dolayı sorumlu tutulmamaktadır. İdarenin tazminata mahkum olabilmesi için faaliyet ve hizmetlerinin türüne, hal ve şartlara göre farklı ölçüde kusurlu bulunması ile sorumluluğu kabul edilmektedir (Duran, 1974: 34).

3.3.3. Ağır kusurun arandığı alanlar

Günümüzde idarenin kusurlu sorumluluğunun yanında kusursuz sorumluluğu da kabul edilmektedir. İdarenin yürütmüş olduğu faaliyetlerin hepsinin zorluk dereceleri aynı değildir. Genelde ağır sayılmayan idari faaliyetlerden dolayı sorumluluk için hafif

²⁴ Dnş 5. D.'nin 30.12.1997 gün ve E. 966/1914, K. 997/3377 sayılı Kararı (Aktaran: Gözübüyük ve Tan, 2011: 750).

kusur yeterli bulunmaktadır. Ancak kimi alanlardaki hizmetlerin zorlukları söz konusudur. Bu gibi alanlarda ise ağır kusur şartı aranmaktadır. İctihatlarda yapılan önemli değişikliklerden sonra ağır kusur şartının arandığı faaliyet alanları da azalmıştır. Bununla birlikte kusur teorilerinde de önemli değişiklikler yaşanmıştır. 1960’larda istisnai ağırlıklı kusurdan ağır kusur teorisine geçilmiştir. Günümüzde ise ağır kusur teorisinden basit kusura doğru adımlar atılmaktadır. Ancak ağır kusurdan tamamen vazgeçilmemiştir (Gözler, 2009: 1086-1087).

Bu sebeple, idare tarafından yürütülmesi zor olan bazı faaliyetlerden dolayı bu faaliyete muhatap olanların zarara uğramaları durumunda, idarenin sorumluluğu için ağır kusur şartı aranmaktadır (Yayla, 1985: 142).

Ağır kusurun arandığı önemli alanlardan biri de şüphesiz kolluk hizmetleridir. İdari kolluğun yürütmüş olduğu faaliyetlerden dolayı sorumluluğuna karar verebilmek için bazen basit kusur bazen de ağır kusur şartı aranmaktadır. Bu ayrım, idari kolluğun hukuki etkinlikleri ile maddi etkinlikleri arasında yapılmaktadır. Hukuki ve bürokratik etkinliklerde, karar verecek görevlilerin iyice düşünerek hareket etmeleri hususunda zamanları vardır. Bu görevlilerin ivedi karar verme durumları söz konusu olmadığı için bunların diğer kamu görevlilerinden herhangi bir farkları yoktur. Ancak, maddi etkinliklerde ise olay dışarıda cereyan etmektedir. Örneğin; polisin trafiği yönetmesi, ahlak zabıtasının fuhşu önlemeye çalışması gibi olaylar hep dışarıda cereyan eder. Dolayısıyla bu gibi durumlarda acele hareket etmek ve hızlı karar vermek gerekir. Bu işlemleri yapanlara hareket serbestisinin verilmesi lazımdır. Belirtilen sebeplerden dolayı Danıştay bu gibi durumlarda ağır kusur şartını aramaktadır (Atay ve Odabaşı, 2010: 123).

Kolluğun maddi etkinliklerinde diğer bir tabirle uygulamalı etkinliklerde, kolluk eylemlerinde ve tehlikeli operasyonlarda idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusur yeterli görülmemiştir. Bu gibi faaliyetlerde ağır kusur şartı aranılmaktadır.

Bununla birlikte, kolluk faaliyetlerin tümünde ağır kusur şartı aranmamaktadır. Nitekim Danıştay bir kararında; “Davacılar murisinin daha önce aralarında husumet

bulunan kişiye ait silahla adliye binasında öldürülmesi olayında, adliye binası girişinde gerekli önlemleri almayan idarenin, hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.”²⁵ demiştir. Dolayısıyla kolluk faaliyetinde idare basit kusur sebebiyle de sorumlu tutulabilmektedir.

Ağır hizmet kusurunun arandığı diğer bir alan ise itfaiye faaliyetleridir. Hizmetin yürütülmesinde belli zorluklarla karşılaşılın bu alanda basit kusurdan dolayı idare sorumlu tutulmamaktadır. Nitekim bu hususta Danıştay, yangın söndürme faaliyetinde hizmetin içinde mevcut zarardan dolayı idarenin sorumlu tutulmayacağını söylemiş ve bir kararında şöyle demiştir:

“Davacının da oturduğu apartmanda yangın başlangıcı görülmesi üzerine, itfaiyeye haber verilmiş ve yangını söndürmek için yangın çıkan bacaya su sıkılırken diğer bacadan giren sularla davacıya ait eşya zarar görmüştür. İtfaiyeye düşen görev en kısa zamanda ve en az zararlar yangın söndürmek, cüz’i zararlar karşılığı büyük zararların doğmasını önlemektir. Su sıkmak hatta yangının sirayetini önlemek için zorunlu görülen bir takım yıkımlara tevessül etmek hizmetin gereği olup, bu hal kaçınılması mümkün olmayan bir ameliyedir. Olayda da yangının önlenmesi için su sıkılması zaruri olup, bazı şahısların zarar görmesi ihtimali idarenin bundan kaçınmasını gerektirmez; hatta böyle bir hareket itfaiye teşkilatını sorumluluğu götürecek bir sonuç tevhit edebilir. Ayrıca davacı aynı apartmanda oturduğuna göre, yangının zamanında söndürülmesi; sonuç itibariyle kendisinin de büyük menfaatlerini koruyan bir hareket olarak tecelli etmektedir. Bizzat hizmetin bünyesinde mevcut zararlar için idareye bir hizmet kusuru atfı mümkün olmadığı gibi, bu gibi hallerde genel hukuk esaslarından bahisle idareyi sorumlu saymakta ve tazminat ödemekle yükümlü tutmakta da hukuki isabet düşünülemez. Bu

²⁵ Dnş 10. D.’nin 14.11.2007 tarih ve E. 2005/7183, K. 2007/5170 sayılı Kararı (Aktaran: Atay ve Odabaşı, 2010: 128).

nedenle davacının varit olmayan tazminat talebinin reddine... karar verildi.”²⁶

Tıbbi hizmet alanlarında idarenin sorumluluğu için ağır kusur şartı aranılmaktadır. Danıştay, tıbbi faaliyetlerden dolayı idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusur şartını aramaktadır. Bu alanda ağır hizmet kusuru, Danıştay kararlarında içtihat haline gelmiştir. Ancak, sağlık hizmetlerinde basit kusurdan dolayı idarenin sorumlu tutulduğu Danıştay kararlarına da rastlamak mümkündür.

Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin kusurlu sorumluluk halinin kabul edilebilmesi için ağır hizmet kusurunun gerekli olduğunu belirten Danıştay, bir kararında şöyle demiştir:

“İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”²⁷

Tıbbi müdahalelerde istisnai durumlar hariç olmak üzere genelde idarenin sorumluluğu için ağır hizmet kusurunun bulunması Danıştay’ın birçok kararında aranan ortak bir ölçüttür (Ersöz, 2012: 56).

Ancak, sağlık hizmetlerinde ağır kusur şartının aranılması eleştirilmektedir. Akyılmaz (2008: 1152)’a göre, idarenin sorumluluğu açısından sağlık alanındaki kamu hizmetlerinin diğer kamu hizmetlerinden ayrı değerlendirilmesi ve bu alanda ağır kusur

²⁶ Dnş 12. D.’nin 16.02.1972 gün ve E. 1970/1846, K. 1972/494 sayılı Kararı (Aktaran: Bilgen, 1996: 345-346).

²⁷ Dnş 10. D.’nin 10.04.2006 tarih ve E. 2005/1870, K. 2006/2294 sayılı Kararı (Aktaran: Gözler, 2009: 1109).

şartının aranması doğru değildir. Danıştay, sağlık alanındaki kamu hizmetlerini, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe haiz personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmamasını, hastayla ilgili yeterli gözlem yapılmamasını ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmektedir. Danıştay aslında burada klasik hizmet kusuru tanımını kullanmaktadır. Oysa sorumluluğun belirlenmesinde ve hizmetler arasında ayırım yapılması, kusurun derecelendirilmesi Anayasanın 125. maddesindeki sorumluluk kuralı ile bağdaşmamaktadır.

3.4. Hizmet Kusuru Kavramı

İdare hukukunda, doktrinde ve uygulamada idarenin hizmet kusuru kabul edilmektedir. Ancak, hizmet kusurunun kapsamı, sınırları ve şartları konusunda düşünce birliği yoktur (Bozdağ, 2010: 34).

Bununla birlikte, idarenin sorumluluğu için modern idare hukuku sistemlerinde temel olarak hizmet kusuru teorisi esas alınmaktadır. Bu teori, Fransız Danıştay'ının içtihatları ile gelişmiştir. Bu sebeple hizmet kusuru teorisi yasama metinlerinden çok mahkeme kararlarına dayanmaktadır (Özdemir, 1963: 21).

Bu kavram Fransız hukukundan hukukumuza geçmiştir. Bu kavramın hem Fransa'da hem de ülkemizde mevzuatta herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Yargı kararları ile bu kavram olaylarla ilişkilendirilip tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu husus idare hukukunun içtihadi özelliğinden kaynaklanmaktadır. İçtihatla yer alan ifadeler ile içtihadı konu olan olaylar dikkate alınarak bu alana yönelik olarak doktrin tarafından tanımlar yapılır. Tarihsel süreçte ise hizmet kusuru, idarenin kuruluş ve işleyişinden doğan kusuru olarak anlaşılmış ve idarenin sorumluluğu için bir şart olarak öne sürülmüştür (Atay, 2006: 145).

İdarenin sorumluluğu için hizmet kusuru kavramı Danıştay'ın kararlarında 1940'lı yıllardan sonra kullanılmıştır. İlk önceleri hizmet kusurundan açıkça söz edilmemiştir. Hizmet hatası, idarenin kusuru gibi deyimler kullanılmıştır. Danıştay'ın

1947 tarihli bir kararında; “... idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır”²⁸ denilmiştir. Böylece, hizmet kusuru kavramı tam olarak kullanılmaya başlanmıştır (Çağlayan, 2011: 493).

Danıştay başka bir kararında ise hizmet kusuru konusunda şunları söylemiştir:

“İdare Hukuku ilkelerine göre bir olayda hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç veya zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekmektedir.”²⁹

Hizmet kusuru kavramıyla ilgili değişik tanımları görmek mümkündür. Hizmet kusuruna ilişkin Sarıca (1949: 858)’nın yaptığı tanım şu şekildedir:

“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 talimat verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, ilh... şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir.”

Hizmet kusuru, hizmetin kurulmasında ve işleminde mevcut olan kusurun tespit edilmesidir. Hizmet kusurundan söz edilebilmesi için bir veya birden çok kişi tarafından işlenen kusurun hizmetle iç içe olması gerekir (Bilgen, 1996: 344).

²⁸ Dnş DDGK’nun K. 1947/164 sayılı Kararı (DKM, S. 38-39, s. 41).

²⁹ Dnş 10. D.’nin 17.10.1983 gün ve E. 82/185, K. 83/1984 sayılı Kararı (DD, S. 54-55, s.388).

Başka bir değişle, hizmet kusuru belli bir veya birkaç kamu ajanının tutum ve davranışına mal edilemeyen, onlara atfedilemeyen tamamen idare hukuku ilkelerine göre bazı nitelikleri taşıyan objektif bir kusur tipidir (Armağan, 1997: 17).

İdarenin kusurlu sorumluluğu “kusur”a dayanır. Kusur idarenin kuruluşunda veya işleyişinde ortaya çıkan nesnel nitelikli bir aksaklık ve bozukluktur. İdari kuruluşlar tüzelkişiliğe sahiptirler. Bu tüzel kişilik adına işler gerçek kişilerden oluşan kamu görevlileri tarafından yapılır. Kusurlu davranışlar kamu görevlilerinin tutumlarından kaynaklanır. Dolayısıyla kamu görevlileri idare adına işleri yürüttükleri için hizmete ilişkin bunların kusurlu davranışları idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. İdarenin sorumluluğuna “hizmet kusuru” denilir. Hizmet kusurundan dolayı kamu görevlileri idareye ve yönetilenlere karşı sorumlu değillerdir. Hizmet kusuru özel hukukta istihdam edenin sorumluluğu dışında kalan ve kamu hukukuna özgü bir sorumluluktur. Hizmet kusuru doğrudan bir sorumluluk olduğu için özel hukukta istihdam edenin dolaylı sorumluluğundan bu yönüyle farklıdır (Tan, 2011: 456).

Hizmet kusuru, soyut bir varlık olan idarenin değil, kamu görevlilerinin işlemiş oldukları kusurlardır. Kamu görevlilerinin üstlenmiş olduklar görevler ile kusur arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu nedenle Fransa hukukunda olduğu gibi Türkiye’de de hizmet kusurunu “kamu görevlilerinin görevlerinden ayırlamaz nitelikte olan kusurları” şeklinde tanımlamak daha doğru olacaktır. Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de kamu görevlilerinin hizmet kusuru kapsamına giren eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel sorumlulukları bulunmamaktadır. Kamu görevlilerinin hizmet kusuru kapsamında bulunan eylem ve işlemlerinden ötürü adliye mahkemelerinde tazminat davası açılmaz. Ancak, idareye karşı idari yargıda dava açılabilir (Gözler, 2009: 1132).

Hizmet kusuru, idarenin yürütmüş olduğu hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde bozukluk ve aksaklık şeklinde ortaya çıkar. Hizmet kusuru kavramındaki hizmet deyimi sadece idari faaliyetin bir çeşidi olan kamu hizmetini değil, genel anlamda herhangi bir idari görevi ve faaliyeti belirtmektedir. Bu anlamda, kamu hizmetlerinden biri olan kolluk faaliyetinin veya başka bir idari

faaliyetin kuruluş, işleyiş ve düzenlenişindeki aksaklıklar ve bozukluklar da hizmet kusuru olarak kabul edilir (Günday, 2011: 369).

İdare tarafından yürütülen kamu hizmet ve faaliyetleri, bazı durumlarda içtihatların belirlemiş olduğu kıstaslara uymadığı için yetersiz bulunmakta ve idarenin kusurlu sayılmasını gerekli kılmaktadır. Bu gibi durumlarda hizmet kusuru söz konusu olur. Hizmet kusuru bir iradenin subjektif noksanlıklarından ziyade yürütülen idari faaliyetin yetersizliğinden kaynaklanır. Bu bağlamda, yeterlilik ve yetersizliğin tespitinde çağın ortalama standardı aranılır. Bunu tespit etmek her zaman kolay olmadığı gibi kesin bir ölçüte bağlamak da zordur (Yayla, 1985: 140).

İdarenin sorumluluğunda esas alınan hizmet kusuru, idarenin yürütmek zorunda olduğu kamu hizmetinin, bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde ortaya çıkan ve bu hizmeti yürüten kişilere atfedilmesi mümkün olmayan tamamen idare hukuku esaslarına göre belli özellikleri bulunan objektif bir kusur tipidir (Özdemir, 1963: 23).

Duran (1974: 33)’a göre; “İdare, kanunla görevli olduğu ya da kendi iradesiyle yüklendiği faaliyet ve hizmetleri, mali ve teknik imkanları veya özel teşkilatı bulunmadığı gerekçesiyle ifadan kaçınamaz ve bu çekinmeye bağlı sorumluluktan kurtulamaz.” İdarenin kanunla görevli olduğu kamu hizmetlerini yapmaması, hizmet kusurunu doğurur. Dolayısıyla bu durum idarenin sorumluluğuna yol açar.

3.4.1. Hizmet kusurunun başlıca özellikleri

Hizmet kusurunun asliliği: Hizmet kusuru asli olup, birinci derecede bir sorumluluktur. Hizmet kusurunun asli olması, idarenin hizmet kusuruna dayanılarak sorumlu tutulmasıdır. Hizmet kusurunun mevcudiyeti idarenin sorumluluğu için yeterlidir. Ayrıca, başka bir neden aramaya gerek yoktur. Hizmet kusuru, medeni hukuktaki istihdam edenlerin sorumluluklarından farklı olup, kamu hukukuna özgü bir sorumluluk türüdür (Ercan, Kaymak, Odyakmaz, 2012: 412).

Nasıl kamu hukuku veya özel hukuk denildiğinde birbirinden farklı iki hukuk

sistemi söz konusu ise hizmet kusuru denildiğinde de tamamen kamu hukukuna has özellikleri taşıyan ve özel hukukun kusur ve haksız fiil kavramlarından farklı bir sorumluluk teorisi ifade edilir. İdarenin kamu hukuku alanına giren hizmet ve tasarruflarında, kamu görevlilerine atfı mümkün olmayan bir zarar ve kusur görüldüğünde, sorumluluk özel hukuk kuralları dışında, hizmet kusuru teorisinin özelliklerine göre tesis edilir. İdarenin bu şekilde sorumlu tutulması, hizmet kusurunun birinci derecede ve asli bir sorumluluk olmasındandır (Özdemir, 1963: 35). Hizmet kusurunun bu özelliği, kişiler açısından Borçlar Kanununun istihdam edenin sorumluluğu hükümlerinden daha büyük bir teminatı teşkil edeceğini göstermektedir (Onar, 1960: 1697).

İdare doğrudan doğruya sorumlu olduğu için önce kamu görevlisine daha sonra ise idareye dönmek söz konusu değildir. Bu tür sorumlulukta kamu görevlisinin kişiliği ortada görünmez (Eroğlu, 1985: 490).

Hizmet kusurunun bağımsızlığı: Hizmet kusuru bağımsız bir özelliğe sahiptir. Hizmet kusurunda sorumluluğun dayanağı kusurdur. Burada ifade edilen kusur; anlam ve içerik bakımından medeni hukuktakinden farklı olup, kamu hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenmektedir (Ercan, Kaymak, Odyakmaz, 2012: 412). Bu farklılığın sebebi de idare hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olmasından kaynaklanmaktadır (Atay, 2006: 146).

Kusur mahiyeti itibariyle subjektif ve psikolojik bir mefhumdur. Bu açıdan psikolojik bir varlığı bulunmayan ancak hükmi bir şahıs olan devlet ve diğer kamu tüzel kişileri için sorumluluğun esasını subjektif ve psikolojik bir mefhum olan kusur teşkil edemez. Burada kusur, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından zararın tazmin edilmesinin bir şartını oluşturmaktadır (Onar, 1960: 1696).

İdare hukukunda ve özel hukukta sorumluluğun esası kusura dayanır. Ancak idare hukukunda kusur, Roma hukukundan alınan ve özel hukukta kullanılan kusurdan farklı özelliktedir. Öncelikle kusurun kapsamı ve içeriği idare hukuku esaslarına göre çizilmektedir. Bunun üzerine idare hukukunda şahıslarda aranan subjektif bir kusur söz

konusu değildir, şahısların dışında kalan ve kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişi gibi dış aleme taalluk eden objektif ve bağımsız bir kusur söz konusudur (Özdemir, 1963: 44). Hizmet kusurunun bu özelliği, idare hukukuna has, müstakil ve orijinal bir mefhumdur (Eroğlu, 1985: 489).

Hizmet kusurunun genelliği: Hizmet kusuru bir veya birden fazla idare makamının sorumluluğu anlamına gelmemektedir. Tüm kamu tüzelkişiliğine sahip idare makamlarının sorumluluğunu kapsamaktadır (Ercan, Kaymak, Odyakmaz, 2012: 413).

Hizmet kusurunun genellik kuralı; tüm idare tüzel kişilerine uygulanan, bütün kamu hizmetleri için geçerli olan ve idarenin sorumluluğu için ana kural olarak uygulanmaktadır (Sancakdar, 2011: 604).

Hizmet kusurunun genelliği tüm kamu tüzelkişilerin sorumluluğuna uygulandığından, hem merkezi idare hem de yerinden yönetim kuruluşları tarafından yürütülen kamu hizmetleri için geçerli olmaktadır. İdarenin sorumluluğu konusunda ilk önce kural olarak hizmet kusurunun olup olmadığına bakıldığı için her olay öncelikle bu kural açısından incelenmektedir. İdarenin sorumluluğuna karar vermede temel ilke zaten hizmet kusurunun varlığıdır (Atay, 2006: 148).

Hizmet kusuru idarenin sorumluluğu hakkında temel hüküm olduğu için her olay öncelikle bu zaviyeden incelenmekte, ancak bu temel hüküm kapsamında olmayan fakat adalet ve hakkaniyet gereği mutlaka tazmin edilmesi gereken zararların giderilmesi de söz konusudur (Onar, 1960: 1698).

İdari sorumlulukta, hizmet kusuru öncelikli bir yere sahiptir. Hizmet kusuru genel sorumluluk esası olduğu için bir faaliyette hizmet kusuru tespit edilebiliyorsa idareyi sorumlu tutmak için başka bir şey aramaya lüzum kalmamaktadır (Yayla, 1985: 141).

Türk İdare Hukuku sisteminde idarenin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu genel olarak hizmet kusuruna dayanır. Hizmet kusurunun genellik özelliği

hem maddi bakımdan hem de uygulama alanı açısından geçerlidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri kendi fiil ve kararlarından doğan zarardan, hiçbir fark ve ayırım gösterilmeksizin aynı kurala göre sorumlu tutulurlar (Özdemir, 1963: 28).

Hizmet kusurunun anonimliği: Hizmet kusurunda kusurun kamu görevlisine isnat edilmesi gerekmez. Hizmet kusuru kamu görevlisinin kişisel kusuru değildir. Kamu hizmetini yürütmekle yükümlü olan kamu kurum ve kuruluşları bu yükümlülük nedeniyle sorumlu olurlar ve onlara kusur isnat edilir. Bu bakımdan kusurun kamu görevlisiyle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Hizmet kusuru ilkesine göre kusurluluğuna karar verilen kamu görevlisi değildir, zarara neden olan şey yürütülen hizmetten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kusur hizmetin bünyesi ile kaynaşmış durumdadır. Bu özellik hizmet kusuruna objektif bir nitelik kazandırır. Böylece, kusurun faili bilinse bile, zarar kamu görevlisinin ehliyetsizliği, yetersizliği veya tecrübesizliğinden kaynaklanan bir kusura bağlansa da durum değişmemektedir. İdare, kamu görevlisinin kusurunu öne sürerek sorumluluktan imtina edemez. Ancak, idarenin kamu görevlisine rücu hakkı vardır (Atay, 2006: 147).

Hizmet kusuru idarenin yürüttüğü faaliyetlerde aksaklık ve bozukluk nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle hizmet kusuru kamu görevlisinin kusuru sayılmamaktadır. Hizmet kusurunda kusur belirli bir kişiye de yüklenemez (Ercan, Kaymak, Odyakmaz, 2012: 413). Bu anlayışa göre, kusurluluğuna hükmedilen kamu görevlisi değildir. Kusur doğrudan hizmetten kaynaklanmaktadır ve anonim bir niteliğe sahiptir (Eroğlu, 1985: 490).

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sorumluluğunda hizmet kusuru, ajana atfı mümkün bir fiil şeklinde ortaya çıkabilir. Kamu görevlisinin şahsi kusuruyla hizmet kusurunun birleşmesinde bu durum daha açık görülmektedir. Ancak, zarar şahsi olmasa bile, kamu görevlisinin kusurundan ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda ise hizmet kusurunda objektif ve anonim kusur etkenleri daha kuvvetlidir. Bu sebeple hizmet kusuru esas itibarıyla anonim bir özelliğe sahiptir (Onar, 1960: 1697). Bu özellik aynı zamanda hizmet kusuruna objektif bir karakter de kazandırır. Dolayısıyla zarar

kamu görevlisinin tecrübesizliği veya yeteneksizliğinden kaynaklansa bile idare bu durumu öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz (Sancakdar, 2011: 604).

Hizmet kusurunun değişebilirliği: Somut her bir olayda hizmet kusuru, hal ve vaziyetin gerekleri, özellikleri çerçevesinde yargı yeri tarafından belirlenmektedir. Hizmet kusuru olaylara göre değişebilmektedir. Örneğin normal zamanda ve normal şartlarda hizmet kusuru sayılan bir eksiklik ve yanlışlık, olağanüstü durumlarda ise söz konusu olmayabilir. Bu nedenle hizmet kusurunun varlığı her olayda değişebilmekte ve mahkemenin tespit ve takdirine bağlı olmaktadır (Atay, 2006: 148).

Hizmet kusuru olaylara göre esneklik gösteren bir özelliğe sahiptir. Kamu hizmetlerinde bazen hafif, basit ve sıradan bir kusur aranılır. Bazı durumlarda ise ağır kusur aranılır. Bazı kamu hizmetlerinde ise olağanüstü ağırlıkta bir kusurun varlığı söz konusu olabilmektedir (Sancakdar, 2011: 604).

Hizmet kusurunun varlığından söz etmek ve idarenin sorumluluğuna gidebilmek için kamu hizmetlerinde görülen her noksanlık, bozukluk ve kusur otomatik olarak idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Söz konusu bozukluk, aksaklık ve kusur kamu hizmetinin cinsine, durumuna, olayın cereyan biçimine, zaman ve mekan şartına göre değişebilmektedir (Özdemir, 1963: 48).

3.5. Hizmet Kusurunun Kamu Görevlisinin Kusurundan Ayrılması

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için idarenin faaliyetlerinden dolayı bir aksaklık ve bozukluk sebebiyle kişilerin zarar görmesi koşulu aranmaktadır. Bu durum hizmet kusuru kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Hizmet kusuru Fransız hukukunda gelişim göstermiş ve Türk hukukuna taşınmıştır. Hizmet kusuru kavramının gelişimiyle birlikte, kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen ve hizmetten ayrılamayan kusurlu davranışlarının olabileceği, böylece hizmet dışında kalan kusurlu davranışlarından dolayı kamu görevlilerinin bizzat sorumlu tutulabileceği anlayışı ortaya çıkmıştır (Söyler, 2010: 556).

Hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kusuru arasında çeşitli bağlantılar bulunabilmektedir. İdare tarafından yürütülen faaliyetler ile gerçekleştirilen eylem ve işlemler hep kamu görevlileri tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmeti idarenin ajanları tarafından gerçekleştirildiği için hizmet kusuru ile kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun birbirinden ayrılması gerekmektedir. Hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kusuru arasındaki bağlantılar aşağıdaki başlıklar altında incelenecektir.

3.5.1. Hizmet kusuru ile görev kusuru ayrımı

Görev kusuru geniş anlamda hizmet kusuruna dahil edilebilen ancak, idarenin personelinin görev niteliğine ve gereklerine bağlanabilen personelin şahsında somutlaşan kusur olarak tanımlanabilir. Görev kusuru personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurudur. Görev kusuru, hizmet kusuru kavramına göre dar kapsamlı bir kusur türüdür (Sancakdar, 2011: 609).

Görev kusuru, kamu görevlilerinin kişisel davranışından kaynaklansa bile aslında idarenin kendi davranışı sayılması gereken ve bu sebeple idarenin sorumluluğunu doğuran, dolayısıyla hukuka ve göreve aykırılığın idareyle ilişkisi engellenemeyen kusurun personelde kişiselleşen görünüm biçimidir (Bereket Baş, 2002: 107).

Hizmet kusuru yargı kararları ile ortaya çıkan bir kusur türü olmasına karşın, görevsel kusur ise DMK'nın 13. maddesinin ürünüdür. Görevsel kusurun unsurlarını 13. maddeye göre belirlemek gerekir. Görevsel kusurdan söz edebilmek için öncelikle personele bir kamu görevinin, devlet yetkisinin verildiği bir araç - gerecin bulunması lazımdır. Görevsel kusurun ikinci unsuru ise kamu personelinin zarar doğurucu eylem ve işlemleri kamu hukukuna tabi görevini ifa ederken yapmasıdır. Başka bir anlatımla, zarar doğurucu eylem ve işlemlerin görev sırasında veya görev gereği yapılmış olması gerekir. Burada kamu personelinin zarar doğurucu davranışı ile görevi yürütürken gaye ilişkisi ölçüsünün olması gerekir. Zarar doğurucu davranış, kamu personelinin görevini yerine getirdiği sırada değil, görev vesilesiyle yapılmışsa, burada görevsel kusur söz konusu olamaz, kişisel kusurdan söz edilebilir (Düren, 1979: 295).

İdarenin temel sorumluluk nedeni olarak görülen hizmet kusuru, hizmetin kuruluş ve işleyişinde var olan bozukluklardır. Anayasa'nın 129. maddesi ile DMK'nın 13. maddesindeki düzenlemeler gereği idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğu ile kamu görevlisine yöneltilen kusur kaynaşmış durumdadır. İdarenin sorumluluğundan kaynaklanan hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kusurunun kaynaşmasına görev kusuru denilmektedir (Tan, 2011: 443).

Anayasanın 129. maddesi ile DMK'nın 13. maddesindeki düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere görev kusuru nedeniyle uğranılan zararlara karşı idare aleyhine idari yargıda dava açılması gerekmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 733). Bu anlamda, DMK'nın 13. maddesindeki hüküm, kamu personelinin eylem ve işleminden ayrılmayan ve görev kusuru nedeniyle verdikleri zarara yönelik olarak açılacak tazminat davalarını kapsadığı biçiminde yorumlanmış ve bu şekilde uygulanmıştır (Duran, 1984: 4).

Kuzu (1996: 73)'ya göre, DMK'nın 13. maddesi memurun keyfi hareket etmesi için değil, zarara uğrayan kişinin davayı kazanması durumunda, Devlet gibi mali yönü kuvvetli olan bir muhatap bulabilmesini sağlamak için konulmuştur. Aynı amaç doğrultusunda bu hüküm 1982 Anayasasında da yer almıştır.

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında da belirtildiği gibi kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanan sorumluluğu ile kamu hukukuna bağlı kusuru nedeniyle sorumluluğu birbirinden farklıdır. Kamu görevlisinin şahsi kusurundan dolayı zarara uğrayan kişiler, zararın tazmini için adli yargıda dava açmaları gerekir. Kamu görevlisinin kusuru kamu hizmetiyle bağlantılıysa, söz konusu kusur kamu hizmetinden ayrılamıyorsa, zarara uğrayan kişi kamu görevlisinin çalıştığı kurumun veya kuruluşun bağlı olduğu idari yargı yerinde dava açması gerekir. Bu konuda ihtilaf olması durumunda, sorunlar Uyuşmazlıklar Mahkemesinde çözülür (Atay ve Odabaşı, 2010: xx57).

Kamu personelinin görevsel kusurunu haksız fiile dayandıran görüşler de vardır. Bu anlamda, öğreti ve içtihat tarafından “memurun devlete kanalize edilen sorumluluğu” düşüncesi haksız fiile dayandırılmış ve dolayısıyla bu düşüncenin

kaynağının Borçlar Kanunu olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu görüş savunulamaz. Personelin zarar doğurucu davranışı görevle bağlantılı ve ilgiliyse artık haksız fiili aşan ve onun çözemeyeceği bir öznel davranış biçimi vardır. Bunun için gerek DMK'nın 13. maddesi gerekse Anayasanın ilgili hükümleri, kamu personelinin devlete kanalize edildiği ileri sürülen zarar doğurucu davranışının idarilik niteliğini yitirmediği yaklaşımıyla yorumlanması gerekmektedir. Devletin bu sorumluluğu üstlenmesi personelle ilgili olduğu kadar kendisiyle de ilgisi bulunmaktadır (Ozansoy, 1991: 80).

Hizmet kusuru ile görev kusurunu birbirinden ayırmak mümkündür. Hizmet kusuru hizmetin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan bozukluklar ve aksaklıklardır. Hizmet kusuru anonim olduğu için kişisel kusurdan ayrılmaktadır. Görev kusuru ise kamu görevlisinin kamu hukukuna bağlı olarak yaptığı bir görevden dolayı zarara sebep olacak şekilde tutum ve davranış sergilemesidir. Görev kusuru bu yönüyle hizmet kusurundan ayrılmaktadır. Görev kusuru bir kişiye bağlanabilir. Oysa hizmet kusurunun bir kişiye bağlanması söz konusu değildir. Görev kusuru kişiselleştirilebildiği için hizmetin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklıktan kaynaklandığı söylenemez (Ercan, Kaymak, Odyakmaz, 2012: 413).

Görev kusuru geniş anlamda personelin kişisel kusuru sayılsa da aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel bir kusurdur. Bu nedenle görev kusuru personelin kamu hizmetinden ayrılamayan kişisel kusurları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Görev kusuru, personelin yaptığı hizmetin ve ödevin kurallarına uymaması durumunda ortaya çıkar. Personelin bu aykırı tutum ve davranışları hizmet kusuru olmadığı gibi, hizmet kusuru kabul edilen tutum ve davranışların da görev kusuru sayılması gerekmemektedir. Bunun üzerine kamu faaliyet ve hizmetleri yürütülürken personelin kişisel gibi görünen ancak, hizmet ve ödevden ayrılmayan eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlendikleri için görev kusuru niteliğindeki bu tutum ve davranışlar hizmet kusuru addedilmektedir (Duran, 1974a: 56-57).

İdare kamu tüzel kişilerinden oluşur. Kamu tüzel kişilerinin organları ve personeli vardır. Kamu personelinin kişisel kusuru dışında görevsel kusurundan dolayı zarar doğabilir. Bu zarar, görevsel kusur nedeniyle personelin davranışı sonucu doğmaktadır. Dolayısıyla görevsel kusurdan doğan zararlar, “idarenin kuruluşunda,

düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir bozukluk, aksaklık veya boşluk”tan kaynaklanmamaktadır. Bu zararlar personele bağlanabilmektedir. Kısaca, hizmet kusuru anonim bir niteliğe sahiptir. Görevsel kusurun ise kişiselleştirilebilme gibi bir özelliği vardır. Öğretide hizmet kusuru, görevsel kusur ayrımı yapılmaktadır. Yargı kararlarında da bu ayrıma rastlamak mümkündür. Nitekim Danıştay; “hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi, bu ajana izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusuru işlenmiş olabilir”³⁰ demek suretiyle hizmet kusuru ile görevsel kusur ayrımını üstü kapalı olarak ifade etmiştir (Düren, 1979: 297-298).

3.5.2. Hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımı

Hizmet kusuru, hizmetin kurulması, düzenlenmesi ve işleyişindeki bozukluklardan kaynaklandığı için kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olan kusurlu tutum ve davranışlarını ifade etmektedir. Kamu görevlilerinin hizmetle bağlantılı olmayan salt kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu teşkil eder. Kişisel kusur idarenin değil kamu görevlilerinin kusuru olduğu için haksız fiil esasına dayanmaktadır. Bu nedenle hizmet kusuru ile kamu görevlilerinin kişisel kusurunun birbirinden ayrılması gerekmektedir. Kamu görevlilerinin hizmetin dışındaki kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusuru sayılır. Bu kusurlu tutum ve davranışlar haksız fiil esasına dayandığı için resmi görevin dışında kalmaktadır. Kişisel kusur hukuk düzeninin herkese yüklediği bir şeyi yapma ya da yapmama ödevine aykırı hareketlerdir (Günday, 2011: 374).

İdarenin kusurlu sorumluluğunda genel ve nesnel nitelikli anonim bir kusur söz konusudur. Oysa kamu görevlilerinin kişisel kusurundan doğan işlem ve eylemler ne uzaktan ne yakından ne de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu hizmetiyle ilgilidir. Burada kişisel hareket ve eylemlerden oluşan kusur söz konusudur. Kamu görevlilerinin her vatandaş gibi kendi eylem ve tasarruflarından sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda kişisel kusurdan söz edilir. Kişisel kusur özetle kamu görevlilerinin görevleri dışında kalan kusurlu tutum ve davranışları şeklinde

³⁰ Dnş 12. D.’nin 04.05.1970 gün ve E. 1969/586, K. 1970/954 sayılı Kararı (Aktaran: Düren, 1979: 298).

tanımlanabilir (Atay, 2006: 153).

DMK'nın 13. maddesine göre, kamu personelinin kişisel kusura dayanan davranışları iki kümede toplanabilir. Birinci kümede yer alan davranışlar, kamu personelinin görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından kesin olarak ayrılmaktadır. Bu kümedeki davranışlar, kamu personelinin herhangi bir kimse olarak yapmış olduğu kusurlu davranışlarıdır. Hukukun herkese yüklediği genel ödevlere aykırı tutum ve davranışlar kişisel kusur oluşturur. Kişisel kusurda kamu görevi sıfatının bir rolü bulunmadığı için tek sorumlu kamu personelinin kendisi olmaktadır. İkinci kümede yer alan ve kişisel kusur teşkil eden davranışlar ise, kamu görevinin yapılması vesilesiyle kusurlu ve hukuka aykırı davranışlardır. Burada ölçü gaye ilişkisi ile saptanmaktadır. Kamu görevinin ifası sırasında meydana gelmeyen dolayısıyla davranış ile görev arasında gaye ilişkisi bulunmayan davranışlar kişisel kusur oluştur. Diğer bir tabirle, idareye atfı mümkün olmayan fiiller nedeniyle üçüncü şahıslara zarar verilmişse kamu personelinin kişisel kusuru söz konusu olur (Düren, 1979: 296-297)

Kamu görevlilerinin kusurları, yürüttükleri hizmetle ilgili değilse, başka bir ifade ile kusur hizmetin dışında kalıyorsa, burada kişisel kusur vardır. Böyle durumlarda meydana gelecek zarardan kamu görevlileri kişisel olarak sorumlu tutulmaktadır (Çağlayan, 2012: 507).

Yargı organları tarafından verilen değişik kararlarda kişisel kusura yer verilmiştir. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle demiştir:

“Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre, kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş

bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlenmiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”³¹

Bu kararda belirtildiği gibi görev ve yetkinin sınırları aşılmak suretiyle idari işlevin dışına çıkıldığında kamu görevlisinin kişisel kusuru doğmaktadır. Böyle durumlarda kamu görevlisinin kendi sorumluluğu devreye girmektedir.

Yargıtay’a göre, Anayasa’nın 125. maddesindeki hükmün mutlak olmadığı, bu hüküm “idari yetkilerin kullanma alanı ile, başka bir deyişle idari işlem ve eylem niteliğini kaybetmemiş davranışlarla sınırlıdır. Özellikle haksız eylemlerde (fiili yol), kamu görevlisinin Anayasa’nın bu güvencesinden yaralanma olanağı bulunmamaktadır.”³² Dolayısıyla, “görev ve yetki ile bağdaşmayan, örneğin adam dövme, yargı kararlarını yerine getirmeme gibi özel durumlar”³³ bu kapsamda değerlendirilebilir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 735). Bu gibi durumlarda kamu görevlisinin kişisel kusurundan söz edilebilir.

Yargıtay başka bir kararında kamu görevlisinin kişisel kusuruyla ilgili olarak şunları söylemiştir:

“Anayasanın 129/5. maddesinin nitelikçe kapsamı; memur ve kamu görevlilerinin ‘yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarla’ sınırlıdır. Bu nedenle memur güvencesi için öncelikle idareye izafe edilecek bir idari işlem veya eylemin bulunması zorunludur... Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminatın ‘idari işlem ve eylem’ olarak nitelendirilebilecek davranışlarla söz konusu olduğu maddenin açık sözünde olduğu gibi özünde de vardır; ancak bu gibi eylem ve davranışlardan doğan şahsi kusurdan dolayı memurlar ve diğer kamu görevlileri aleyhine doğrudan doğruya dava açılmaz. Memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari işleme

³¹ AM’nin 25.03.1975 gün ve E. 974/42, K. 975/62 sayılı Kararı (AMKD, S. 13, s. 380).

³² Y 4. HD’nin 17.11.1986 gün ve E. 986/4898, K. 986/7786 sayılı Kararı (YKD, C. 13, S. 2, s. 200).

³³ Y 4. HD’nin 14.11.1985 gün ve E. 985/7369, K. 985/9399 sayılı Kararı (YKD, C. 12, S. 4, s. 509).

yabancı ise, çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurdan dolayı sorumlu olacaktır.”³⁴

Uyuşmazlık Mahkemesi ise kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu hakkında şöyle söylemiştir: “kamu personelinin görev ve yetkilerinden, kullandığı araç ve gereçlerden, resmi sıfatından ayrılabilen, başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemleri, Anayasal korumanın dışında ve dolayısıyla personelin doğrudan kişisel sorumluluğunu gerektiren hukuk alanı içindedir.”³⁵

Yargı kararları ve öğretideki görüşlerden hareketle kişisel kusurla ilgili özetle şunlar söylenebilir. Kötü niyetle başkasına zarar vermek, kamu yararı dışında özel yarar sağlamaya çalışmak üzere kasten eylemde ve işlemde bulunmak veya “suç niteliği taşıyan kusur”, “ağır kusur” ve “kasıtlı kusur” halleri, hizmet kusuru ile kaynaşmış ve görevsel kusur olmaktan çıkarak kamu görevlisinin kişisel kusuru haline gelmiştir. Son yıllarda, yargı kararlarında kişisel kusurun görevsel kusur kapsamına alınmaya çalışıldığı ve görevsel kusurun genişletme eğilimine doğru gidildiği söylenebilir (Gözübüyük ve Tan, 2011: 736).

3.5.3. Kamu görevlilerinin kişisel kusur halleri

Kamu görevlilerinin suç niteliği kapsamında olan davranışları, kötü niyetli davranışları, yargı kararlarını kasten uygulamamaları ve ağır kusur kapsamındaki tutum ve davranışları kişisel kusur hallerinden sayılmaktadır (Sancakdar, 2011: 607).

Kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışları hizmet dışında olduğu gibi, hizmet ile bağlantılı da olabilmektedir. Hizmetle ilgili bazı kusurlu tutum ve davranışlar hem öğretilerde hem de içtihatlarda kişisel kusur olarak nitelendirilmiştir (Günday, 2011: 374).

³⁴ Y 4. HD’nin 13.05.1986 gün ve E. 1986/1995, K. 1986/4064 sayılı Kararı (YKD, C. 12, S. 9, s. 1290).

³⁵ UM’nin 18.05.1992 gün ve E. 992/15, K. 992/18 sayılı Kararı (RG; 18.07.1992/21288).

Kamu görevlilerinin suç niteliği kapsamında olan davranışları: Kamu görevlilerinin fiili, suç mahiyetinde ise bu durumda kusur ve fiil tamamen şahsileşmiş kabul edilmektedir. Çünkü suç ve hizmet birbiriyle bağdaşmayan iki mefhumdur. Bu bakımdan fiil suç niteliğini aldığı zaman idari eylem mahiyetinden çıkmış kabul edilir (Onar, 1960: 1699).

Kamu görevlilerinin taksirli veya kasıtlı olsun hizmet içindeki davranışları suç niteliğinde ise kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bir davranış suç niteliğini taşıyorsa bu davranışın hizmetle bağlantısı kesilmiştir. Bu gibi durumlarda kişisel kusur devreye girmektedir (Günday, 2011: 374-375).

Kamu görevlilerinin kötü niyetli davranışları: Kamu görevlilerinin görev ifa ederken düşmanlık, siyasal kin ve rekabet, kişisel ihtiras ve menfaat temini gibi sebeplerle zarar doğurucu işlem ve eylemde bulunmaları kişisel kusur kabul edilmektedir (Günday, 2011: 374-375).

Kamu görevlisinin kasti davranışları ile idare edilenlerin zarara uğraması durumunda, kişisel sorumluluk söz konusu olur. Kasıtlı kusur kamu görevlisinin kamu yararı dışında, kin, hırs, nefret, garez, husumet, siyasi kin, rekabet, kötü niyetli olma gibi nedenlerle hareket etmesidir. Kamu görevlisine tanınan üstünlük ve ayrıcalıklar kamu yararı için verilmiştir. Bu ayrıcalıkların görev ve yetkinin dışında kullanılması halinde kişisel kusur söz konusu olur (Atay ve Odabaşı, 2010: 65).

Kamu görevlilerinin yargı kararlarını uygulamaması: Kamu görevlilerinin yargı kararlarını uygulaması gerekmektedir. Bu hususta İYUK'un 28. maddesinin 4. fıkrası; "Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir."³⁶ hükmünü içermektedir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere mahkeme kararlarının yerine getirilmesi zorunludur. Mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine

³⁶ 2577 sayılı İYUK (RG; 20.01.1982/17580).

dava açılabilmesine göre, bu durum onların kişisel kusuruna yol açmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu; Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının uygulanmaması ve bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması konulu kararında şöyle demiştir:

“...Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Mahkeme kararlarının geciktirilmeden yerine getirilmesi zorunludur, insan hak ve özgürlüklerini; sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, açıklanan Anayasa ve yasa kurallarına rağmen bir mahkeme kararının yerine getirilmemesi düşünülemez. Aksi halde bu yasa kuralları kâğıt üzerinde kalmaya zorunlu, değersiz sözcükler olmaktan öteye gidemez.

Bir Bakan ya da Danıştay kararlarını uygulama durumunda bulunan diğer kamu görevlilerinin yukarıda açıklanan yasal kuralları bilmedikleri ileri sürülemez, öyle ise; açık, kesin ve emredici yasa kurallarına bilerek aykırı davranış da kişisel kusur kabul edilmek gerekir.

Öte yandan, kişisel kusurun saptanması için sayılan duyguların etkisi altında davranıldığının belirlenip ortaya çıkarılmasında ispat yönünden büyük güçlükler vardır. Böyle bir görüşün kabulü halinde karar gereğini yerine getirmeyen görevlinin hukuki sorumluluğu ancak pek sınırlı durumlarda mümkün olabilecek ve böylece Danıştay kararlarının uygulanması olanağı hemen hemen ortadan kalkacaktır.

Bu nedenlerle Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz,

husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir.”³⁷

Kamu görevlilerinin ağır kusuru: Kamu görevlisinin kusuru, açık bir şekilde yasa hükmünü yanlış uygulamak veya açık bir biçimde yetkisini aşmak gibi çok ağır ise böyle durumlarda kişisel kusurunun olduğu kabul edilir (Turgut, 2011: 187). Ancak, bu kişisel kusur idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayabilir. Örneğin yargı kararlarını kasti olarak yerine getirmeyen yöneticinin bu davranışı kişisel ağır kusur sayılır (Gözübüyük, 2010: 354).

3.5.4. Hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusurunun iç içe olması

Hizmet içerisinde bulunan kişisel kusur durumları, idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Kişisel kusura sebep olan kamu görevlisi idare tarafından seçilmiştir. Bununla birlikte idarenin kamu görevlisi üzerinde denetim ve gözetim görevi de bulunmaktadır. İdare personelini eğitmek zorundadır. Hizmet içerisinde kamu görevlisinden kaynaklanan kişisel kusur kapsamındaki tutum ve davranışlar idarenin görevini iyi yapmadığını göstermektedir. (Günday, 2011: 376). Bu sebeple hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olması halinde idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz (Sancakdar, 2011: 608).

Hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusurunun iç içe bulunması durumunda, olayda bir tek fiil ve zarar söz konusudur. Bu zarar hem hizmet kusuru hem de kamu görevlisinin kişisel kusuru sonucunda meydana gelmektedir (Eroğlu, 1985: 492).

Hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusurunun iç içe girmesi durumunda, zarara sebep olan eylem bir yandan hizmet kusuru teşkil eder, diğer taraftan ise kişisel kusurun varlığını gösterir. Konuyla ilgili Türk İdare Hukukundaki uygulamalardan bir örnek şu şekildedir (Karataş, 2006: 77):

³⁷ Y İBBGK’nun 24.09.1974 gün ve E. 1978/7, K. 1979/2 sayılı Kararı (RG; 29.11.1979/16824).

“Bir belediye zabıta memuru kaldırım üzerine park etmiş bir özel otunun plakasını söküp götürmüştür. Oysa, yasalara göre zabıta memurunun plaka sökme yetkisi yoktur. Oto sahibi, olay nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, bir yandan Borçlar Kanunu’nun 41 ve sonraki maddelerine göre memura ve üstlerine karşı adli yargı yerinde tazminat davası açarken, diğer yandan da hizmet kusuruna dayanarak Danıştay’a gelmiştir. Yüksek Mahkeme, ilkin memurun hizmet sırasındaki kusurlu eyleminden ötürü, aynı anda kişisel kusur iddiası ile adli yargı yerine ve hizmet kusuru iddiasıyla Danıştay’a dava açılmasına bir engel bulunmadığını açıkladıktan sonra; olayda, zabıta memurunun yetkisi dışına çıktığını belirterek, memurun bu kusurlu eylemini başka bir çözümleme yapmaksızın, doğrudan doğruya hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir.”

3.7. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu Açısından Hizmet Kusuru Halleri

Fransız Profesör Duez’den gelen ve yerleşen bir sınıflandırmaya göre; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde idari kusur ortaya çıkmış sayılmaktadır (Duran, 1974: 28).

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu “hizmet kusuru” kavramı ile ifade edilir. Hizmet kusuru; objektif bir nitelik taşıyan ve hizmetin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan kusurlu hallerdir. Diğer bir ifadeyle, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi hallerinde idare kusurlu sayılır (Tan, 2011: 456). Bu bakımdan, gerek öğretide gerekse içtihatlarda hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi halleri olmak üzere (Günday, 2011: 370), bu üç durumda söz konusu olabilmektedir (Eroğlu, 1985: 493).

Danıştay’ın uzun bir süre devam etmekte olan içtihadi çalışması, hizmet kusuru teorisinin kapsamını, sınırlarını ve meydana geliş şekillerini objektif bir biçimde belirtmiş bulunmaktadır (Özdemir, 1963: 51). Bu anlamda, Danıştay hizmetin hiç

işlememesini, geç işlemesini ya da kötü işlemesini hizmet kusuru saymakta ve idareyi tazminata mahkum etmektedir (Düren, 1979: 288).

Bu meyanda Danıştay bir kararında; “...Hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi sonucu bir zarara sebebiyet verilmiş olması halinin hizmet kusuru nedeniyle idareye meydana gelen maddi veya manevi zararları tazmin sorumluluğu yükleyeceği idare hukukunun yerleşmiş ilkelerinden...”³⁸ olduğunu belirtmiştir.

3.7.1. Hizmetin kötü işlemesi

Hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı hizmetin kötü işlemesi halidir. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamasıdır (Anayurt, 1989: 57).

Danıştay, hizmetin kötü işlemesini veya gereği gibi işlememesini hizmet kusuru kabul ederek idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir. Hizmetin kötü işlemesi idari işlem ile ortaya çıkmaktadır (Tan, 2011: 457). Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gerektiği şekilde yürütülmediği anlamına gelmektedir. Hizmetin hangi durumlarda kötü işlediğini saptamak zordur. Hizmetin kötü veya iyi işlemesi, hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu olanaklar gibi kıstaslara bağlı olup, her olay için somut bir şekilde belirlenmesi gerekir (Günday, 2011: 370).

Bir kamu hizmetinin kusursuz işleyip işlemediğini belirlemek için hizmetin mahiyetini, zaman ve mekan gibi diğer özel şartları da incelemek suretiyle objektif bir yargıya varmakla mümkün olabilir (Özdemir, 1963: 51).

Bununla birlikte, hizmetin kötü işlemesiyle ilgili olarak mutlak bir kural koyma olanağı da bulunmamaktadır. Bu olanak daha çok sağlık alanındaki kamu hizmetlerinin

³⁸ Dnş 2. D.’nin 13.07.2007 gün ve E. 2007/1297, K. 2007/3247 sayılı Kararı (Aktaran: Çağlayan, 2012: 497).

belli bir risk yoğunluğuna sahip olması, ihtisası gerektirmesi ve bu alandaki hizmetlerin her olaya göre farklı bir davranış biçimini sergileme zorunluluğunu gerektirmesi gibi nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda, diğer kamu hizmetlerine göre bu alandaki kamu hizmetlerinin kötü işleminin tespiti ancak özel bilgi ve uzmanlık ile mümkün olabilmektedir (Sancakdar, 2011: 598).

Kamu hizmetleri çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu bakımdan her hizmetin kendine özgü özellikleri ve koşulları vardır. Hizmetin kötü işlenip işlenmediği, yapılan hizmetin niteliği, olayın özelliği ve hizmetin bağlı bulunduğu mevzuat ile diğer özel koşullara göre saptanmaktadır (Karavelioğlu, 2001: 229).

Hizmetin kötü işlemesi, hizmete gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi nedeniyle hizmetin beklenen kalitede yapılmamasıdır. Hizmetin kötü işlediğine dair kesin ve her zaman için geçerli olan ölçütler bulmak zordur. Hizmetin kötü işlenip işlenmediği idari yargı yerleri tarafından belirlenmektedir. Öte yandan bazı kamu hizmetleri için ülkelerin gelişmişlik düzeyleri ve sahip oldukları olanaklar, kalite açısından kamu hizmetlerinde büyük farklılıklar ortaya çıkarmaktadır. Bu gibi nedenlerden dolayı Danıştay'ımız hizmetin kötü işlemesi konusunda sadece örnekler üzerinde belirtmeler yapmakla yetinmiş, bu hususta genel bir modeli benimsemekten kaçınmıştır (Zabunoğlu, 1982: 245-246).

İyi idare, hizmetin gereklerini en iyi şekilde ifa eden idare anlamına gelir. Kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılmaması, kötü işlemesi durumunda ortaya çıkan zarardan dolayı idare, hizmet kusuru teorisine göre sorumlu tutulur (Eroğlu, 1985: 493-494). Hizmetin kötü işlemesi, idari eylem şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, idari işlem biçiminde de ortaya çıkabilmektedir (Düren, 1979: 290).

Hizmetin kötü işlemesi konusunun uygulamadaki görünümü ve somutlaştırılabilmesi açısından Danıştay'ın değişik olaylarla ilgili kararlarından bazı örnekler aktarılacaktır.

Hizmetin kötü işlemesi konusunda Danıştay bir kararında şöyle demiştir:

“Okul önünde kız öğrencilere sarkıntılık yapılmasını önlemek için nöbet bekleyen bekçinin, mütecavizler tarafından dövülüp olay halk tarafından yatıştırıldıktan sonra, tabancasına mermi sürüp kendisine yumruk atan şahsı kovalarken onun attığı taşla başından yararlanıp yere düşmesi üzerine yardımına koşan davacının murisinin, bekçiyi kaldırmak isterken tabancasının patlaması sonucu vefat etmiş olduğu dosyadan anlaşılmakta olup, emniyet ve asayiş hizmetinin kötü işlemesi, hizmet aracı tabancanın hizmet personeli tarafından kusurlu surette kullanılması sebebiyle davacıya verilen zararın... tazmini gerekir.”³⁹

Hizmetin kötü işleyişi konusunda Danıştay başka bir kararında şöyle demiştir:

“Dava, davacıların, ilkokulun üçüncü sınıfında bulunan oğulları ...ye teneffüs esnasında aynı sınıf öğrencilerinden bir arkadaşının fırlattığı çivinin adı geçenin gözüne isabet ederek sakatlanması sonucunda uğranılan zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

İlkokul çağındaki çocukları ana ve babalarının gözetim ve denetiminden alıp kendi ajanlarının ellerine, onların gözetim ve denetimine bırakan idare, okul saatleri içinde bu denetim ve gözetimi aksatmadan sürdürmek zorundadır. Nitekim, ilkokullar yönetmeliğinin 83 üncü maddesi (öğle paydosunda öğretmenler, yemek ve dinlenme için okuldan ayrılacak olan müdür ve diğer öğretmenlerin yerine nöbetle okulda kalarak öğrencileri gözetirler) hükmünü ihtiva etmek suretiyle bu zorunluluğu, dinlenme süresine de teşmil ederek mevzuat yönünden açık bir şekilde belirtmektedir. Böylece ilkokullardaki Milli Eğitim Kamu hizmeti, öğretim ve eğitim yanında öğrencilerin gözetimi hususunu da kapsamaktadır.

Olayda bu hizmetin kötü işlediği, tazminat konusu zarara müncer olan olayın cereyan tarzından anlaşılmaktadır... küçük yaşta bulunan bir

³⁹ Dnş 12. D.’nin 16.10.1967 gün ve E. 1965/4111, K. 1967/1591 sayılı Kararı (Aktaran: Karavelioğlu, 2001: 237).

çocuğun attığı çivi topuğuna isabet ettiği halde, bu hareketin muhtemel tehlikeleri hususunda öğrencilerin dikkatini çekmeyen, onlara gerekli tenbih, tavsiye ve uyarmayı yapmayan öğretmenin bu olumsuz tutumu, idarenin ajanı olarak hizmetin kötü işlemesine sebep olmakla, idarenin hizmet kusurunu ortaya koymaktadır.”⁴⁰

Hizmetin kötü işlemesine yönelik Danıştay’ın diğer bir kararı şu şekildedir:

“...Davalı idarelerin yapım ve onarımını yaptıkları alt yapı çalışmaları sırasında Karayolları Genel Müdürlüğü denetiminde bulunan yolun parke ve tretuvarlarına zarar verdiği gerekçesiyle doğan uyuşmazlıkta, davalıların kamu hizmetini yerine getirmek için yaptıkları alt yapı çalışmaları sırasında hizmetin kötü işleyişi nedeniyle davacının denetiminde bulunan karayoluna zarar verildiği anlaşıldığından...”⁴¹

Birbirinden farklı tarihlerde ve ayrı olaylara yönelik olarak verilen Danıştay’ın bu kararlarında, hizmetin kötü işlemesi sebebiyle kusurlu sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Hizmetin kötü işleyişinden dolayı idarenin kusurlu sorumluluğunun kabul edilmesine yönelik Danıştay’ın konu hakkındaki içtihadı günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

3.7.2. Hizmetin geç işlemesi

Hizmetin geç ve yavaş işlemesi hizmet kusuru sayılır. Fransız Danıştay’ı ve Danıştay’ımızın uygulamaları bu yöndedir. Hizmetin geç ya da yavaş işlemesi konusunda bir kural koyma olanağı bulunmamaktadır. Danıştay, hizmetin geç işlemesi veya zamanında yürütülmemesi hususunda olayın niteliklerine bakarak idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağına karar vermektedir (Gözübüyük, 2010: 351).

⁴⁰ Dnş 12. D.’nin 18.05.1972 gün ve E. 71/851, K. 72/1484 sayılı Kararı (Aktaran: Esin, 1976: 78).

⁴¹ Dnş 8. D.’nin 29.06.2004 gün ve E. 2004/596, K. 2004/3110 sayılı Kararı (Aktaran: Çağlayan, 2012: 498).

Hizmetin olağan sayılmayacak bir gecikme ile yürütülmesi veya zamanında yapılmaması gibi durumlarda, beklenen hız ve çabukluğa özen gösterilmediğinden ve yavaş hareket edildiğinden hizmet geç işlenmiş sayılır. Hizmetin görüleceği süre mevzuatta belirlenmişse idarenin belirtilen süre içerisinde hizmeti yapması gerekmektedir. İdarenin yürütmekle yükümlü bulunmadığı hizmetler için sorumluluğu söz konusu olamaz. Hizmetin geç yürütülmesine yönelik olarak; ameliyat edilmesi gereken bir hastanın ameliyatının gecikmesi sonucunda hastanın vefat etmesi, bir memurun terfisinin gereksiz yere geciktirilmesi, ambulansın yaralıyı hastaneye geç götürmesi, itfaiyenin yangını söndürmeye geç gitmesi gibi örnekler gösterilebilir (Sancakdar, 2011: 600).

Mevzuatta bazı durumlarda hizmetin yürütüleceği süre belirtilmiş olabilir. Bu sürenin aşılması durumunda hizmetin geç işlendiği kabul edilir. Ancak, Danıştay mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına yönelik olarak gösterilen titizlik ve çabaların neden olduğu gecikmeleri, hizmetin geç işlemesi olarak kabul etmemektedir (Günday, 2011: 371).

Hizmetin geç işlemesi sebebiyle doğacak hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için idarenin yürütmek zorunda olduğu bir kamu hizmetinin bulunması gerekmektedir. Danıştay, idareye ait ödevler arasında yer almayan hizmete yönelik gecikmeleri tazmin yükümlülüğünü doğuran nitelikte bulmamaktadır (Düren, 1979: 291).

Hizmetin geç işlemesi konusunun uygulamadaki görünümü ve somutlaştırılabilmesi açısından Danıştay'ın değişik olaylarla ilgili kararlarından bazı örnekler aktarılacaktır.

Danıştay idari hizmetin çok yavaş işlemesine dair tesis edilen bir işlem hakkında;

“İdare adı geçen yönetmelikte yazılı müddetlere bağlı kalarak davacının bu yolda yaptığı müracaatı neticelendirmesi gerekirken, bu müddetlere bağlı kalmaksızın yedi aydan fazla bir müddet geçtikten

sonra neticelendirilmiş olması... ithal lisans müddetinin sona ermesi sebebiyle... %40 vergi alınmasına sebep olmuştur.

İdari hizmetin çok yavaş işlemesi yüzünden mükellefin zarara sokulması düşünülemeyeceğine... Davanın bu sebeple kabulü ile vergi farkı olan ...liranın davacıya tazminen iadesine”⁴² karar vermiştir.

Danıştay hizmetin geç işlemesine yönelik olarak başka bir kararında şöyle demiştir:

“Kamu idarelerinin, görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, yasalara, hukuka uygun hareket ederek ve yürütülen hizmetin özelliğine göre makul sayılabilecek bir süre içinde yapmaları gerekir. Yürütmekle yükümlü olduğu hizmeti makul sayılabilecek bir süre içinde yapmayarak geciktiren idarenin hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü zorunlu olup; hizmetin geç yürütülmesi sonucu kişilerin uğradığı zararın hizmet kusuru olan idarece tazmini gerektiği açık bulunmaktadır.”⁴³

Danıştay hizmetin geç ve kötü işlemesine dair başka bir kararında şunları demiştir:

“Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, devletin asli görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. Dosyanın incelenmesinden, davalı idarenin 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliklerinin ikinci gününde protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini almadığı, kalabalığı dağıtmaya

⁴² Dnş DDK’nun 10.03.1967 gün ve E. 67/2, K. 67/373 sayılı Kararı (DKD, S. 111-114, s. 49).

⁴³ Dnş 10. D.’nin 01.05.1984 gün ve E. 84/1041, K. 84/910 sayılı Kararı (DD, S. 56-57, s. 397).

yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmadağı, özetle hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiğı anlaşılmaktadır...”⁴⁴

Birbirinden farklı tarihlerde ve ayrı olaylara yönelik olarak verilen Danıştay’ın anılan kararlarında, hizmetin çok yavaş ve geç işlemesi sebebiyle kusurlu sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Hizmetin çok yavaş, geç ve kötü işleyişinden dolayı idarenin kusurlu sorumluluğunun kabul edilmesine yönelik Danıştay’ın konu hakkındaki içtihadı geçerliliğini korumaktadır.

3.7.3. Hizmetin hiç işlememesi

İdarenin kendisine tevdi edilen hizmetleri yapmaması veya yetkilerini kullanmaması hizmet kusurunu doğurmaktadır (Eroğlu, 1985: 495). Hizmetin hiç işlememesi, hizmet kusuru sayılmakta ve idarenin tazmin yükümlülüğüne yol açmaktadır (Gözübüyük, 2010: 351). Kamu hizmetinin idare tarafından yapılmaması, hizmetin hiç işlememesi anlamına gelmektedir. Örneğin; trafik ve bayındırlık çalışmalarıyla ilgili işaret levhalarının hiç konulmaması ya da korunmaması, gece yapılan yol onarım çalışmalarında gerekli ışıkların konmaması, kolluk kuvvetinin olaya müdahale etmemesi, itfaiyenin yangını söndürmeye gelmemesi gibi (Sancakdar, 2011: 600).

Hizmetin hiç işlememesinden söz edebilmek için öncelikle idarenin bu hizmeti yürütmekle yükümlü tutulması gerekmektedir. Hukuk kuralları ile birtakım hizmetler idarenin yükümlülüğü arasında sayılmışsa, idare bu hizmetleri yerine getirmeme serbestisine sahip değildir (Atay, 2006: 151). Bu gibi durumlarda idarenin hizmeti yürütmedeki yetkisinin bağlı yetki mi yoksa takdir yetkisine mi bağlı olduğuna bakmak gerekir. İdarenin yetkisi bağlı yetki ise belli koşulların gerçekleşmesi durumunda hizmetin yürütülmesi zorunlu ise idare hareketsiz kalmışsa hizmet kusuru söz konusu olur. İdarenin hizmeti yürütmesi takdir yetkisine bağlanmışsa idarenin sorumsuz olduğu

⁴⁴ Dnş 10. D.’nin 12.07.1995 gün ve E. 1994/7359, K. 1995/3559 sayılı Kararı (DD, S. 91, s. 1106 vd.).

her zaman söylenemez. İdareye tanınan takdir yetkisi mutlak olmayıp, belli konularla sınırlı tutulduğundan bu sınırlar aşılarak takdir yetkisi kullanılarak hizmetin yürütülmemesi durumunda idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu söz konusu olur (Günday, 2011: 372).

Hizmet kusuru, idarenin kusurlu davranışı ve tutumu sonucunda doğmaktadır. Bununla birlikte idarenin yerine getirmek zorunda olduğu hizmetler için somut bir şey yapmaması ya da hareketsiz kalması durumunda da hizmet kusuru ortaya çıkar. Hizmetin hiç işlememesinden söz edilebilmesi için idarenin yürütmek zorunda olduğu hizmetin mevzuatta açık bir şekilde öngörülmüş olması gerekir. Bunun dışında idarenin hizmeti yürütmesine mevzuatta cevaz verilmiş ancak, idare serbest bırakılmışsa söz konusu hizmet idarenin kuruluş ve varlık amacıyla bağlantılıysa idare bu tür hizmetler için gerekli planlamayı yaparak faaliyete geçmesi gerekir. İdarenin hizmeti yürütmesine imkan varsa hizmet ifa edilmezse idarenin sorumluluğu doğabilir (Atay ve Odabaşı, 2010: 80).

Kamu faaliyet ve hizmetleri ifa edilmediği zaman idarenin sorumluluğunu kaldıracak veya hafifletecek mazeretlerin öne sürülmesi doğru değildir. İdarenin hareketsiz kalması hiçbir şekilde caiz görülmez. Ancak, kamu hizmeti ifa edildiğinde zarar önlenmiş veya engellenmişse idarenin mazereti kabul edilebilir (Duran, 1974: 34).

Hizmetin hiç işlememesi konusunun uygulamadaki görünümü ve somutlaştırılabilmesi açısından Danıştay'ın değişik olaylarla ilgili kararlarından bazı örnekler aktarılacaktır.

Danıştay bir kararında;

“Davacı, daha önce eczanesi önündeki yol tamiratı nedeniyle meydana gelen beton ve taş parçalarının temizlenmesini belediyeden istemiş; ancak belediyece gerekli işler yapılmamıştır. Bu durumda yoldan

geçen vasitanın sıçrattığı taşla davacı vitrinin kırılması sonucu oluşan zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekir.”⁴⁵ demiştir.

Danıştay başka bir kararında; “Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliğiyle sınırlıdır. ... Dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı halde tutulması mali ve teknik imkanlara bağlı olduğundan, bu kabil hallerde doğan zarardan devleti sorumlu tutmaya hukuken imkan olmadığı”⁴⁶ nı söylemiştir. Ancak, bu karar doktrin tarafından şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir.

Günday (2011: 372-373)’a göre, mali kaynakların yetersizliği sebebiyle sorumsuzluk hallerini geniş tutmak doğru değildir. Aksi halde idare, mali kaynakların yetersizliğini öne sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Yazarın belirttiği gibi, Anayasanın 65. maddesinin hükmünden de anlaşıldığı üzere, mali kaynakların yeterliliği sadece sosyal ve ekonomik alanlardaki görevler için geçerlidir. Bu sebeple, kolluk görevini yerine getirmeyen idarenin kaynakların yetersizliğinden dolayı sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz.

Söz konusu kararı Duran da eleştirmektedir. Yazara göre, kararın gerekçesi sadece ilişkin olduğu uyumsuzluğu kapsamamaktadır. Bütün tam yargı davalarında tazminat taleplerinin reddini kapsayacak nitelik ve genişliğe sahiptir. Bu nedenle bu karar idari sorumluluğun temeli ile bağdaşmadığı gibi, idari kusurun özelliklerine ve şartlarına da ters düşmektedir (Duran, 1974: 31).

Ancak Danıştay, Anayasadaki mali kaynakların yeterliliği hükmünün devletin sorumluluğunu sınırlandırdığı şeklindeki önceki görüşünden vazgeçmiştir. Şimdiki görüşe örnek kararda ise; “yol yapımının maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş olması olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak kabul

⁴⁵ Dnş 8. D.’nin 20.02.1968 gün ve E. 1966/4440, K. 1968/550 sayılı Kararı (Aktaran: Karavelioğlu, 2001: 244).

⁴⁶ Dnş 12. D.’nin 29.04.1972 gün ve E. 1970/5736, K. 1972/1282 sayılı Kararı (Aktaran: Esin, 1976: 245).

edilemez”⁴⁷ denilmiştir.

Danıştay hizmetin hiç işlemesi hususunda başka bir kararında şöyle demiştir: “Karayolu üzerinde asfaltlama çalışması yapan idarenin, asfalt doldurulan çukurların çevresinde gerekli önlemleri almaması ve bu konuda yöre halkını uyarmaması bir hizmet kusurudur. Bu nedenle, hayvanların zift çukuruna düşerek ölmesi olayında idarenin tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.”⁴⁸

Birbirinden farklı tarihlerde ve ayrı olaylara yönelik olarak verilen Danıştay’ın anılan kararlarında, hizmetin hiç işlememesi sebebiyle kusurlu sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Hizmetin hiç işlememesi hususunda Danıştay’ın içtihadı geçerliliğini korumaktadır. Ancak Danıştay, idarenin sorumluluğunun mali kaynakların yeterliliği ile sınırlı olduğu şeklindeki görüşünden vazgeçmiştir.

3.8. Uluslararası Hukukta İdarenin Kusurlu Sorumluluğu

3.8.1. Genel olarak

19’uncu yüzyılın başlarından itibaren, bir takım fikri ve felsefi etkilerden dolayı mutlak ve sorumsuz devlet düşüncesi sarsılmıştır. Memurun şahsi kusuruna dayanan sorumluluğunun yanında devletin de sorumlu tutulacağı düşüncesi kabul edilmeye başlanmıştır (Özdemir, 1963: 9).

İdare tüzel kişilerden oluşmakla birlikte, idarenin zararlı sonuçları onun adına ve hesabına hareket eden organ ve personelinin işlem ve eylemlerinden doğmaktadır. Bu bakımdan, zarardan idare mi yoksa personelinin mi sorumlu tutulacağı meselesi ile karşılaşılmaktadır. Devletin sorumsuzluğu ilkesinin geçerli olduğu dönemlerde bu

⁴⁷ Dnş 10. D.’nin 13.09.1993 gün ve E. 93/724, K. 93/3146 sayılı Kararı (Aktaran: Evren, 2011: 84).

⁴⁸ Dnş 10. D.’nin 20.11.1995 gün ve E. 1995/1607, K. 1995/1607 sayılı Kararı (Aktaran: Atay ve Odabaşı, 2010: 82).

durum bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak, personelin sorumlu tutulup tutulmayacağı söz konusu olabilmektedir. Devletin salt sorumsuzluğunun geçerli olduğu dönemde sadece bazı demokrasilerde personelin kişisel sorumluluğu kabul edilmiştir. 19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren devlet ve hukuk sistemlerinde değişimlerle birlikte, kamu hak ve özgürlükleri gelişmiştir. Bunun sonucunda önce Fransa'da 1870'lerde, sonra Avrupa kıtasına yayılmak üzere, nihayet 1946'da Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1947'de İngiltere'de, 1988'de İsviçre'de devletin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiş ve sorumluluk ilkesi genelleştirilmiştir (Duran, 1974: 2).

Devletin faaliyet alanının artması, devletin pozitif ve teorik açıdan gelişmesi, devlet hayatında da değişimleri ve gelişmeleri zorunlu kılmıştır. 19'uncu yüzyıldan itibaren devlet vatandaşları için yeni yükümlülüklerle karşı karşıya kalmıştır. Bu gelişmeler neticesinde, vatandaşların haklarının teminat altına alınması hususunda devletin mutlak hakimiyeti sınırlandırılmıştır. Devletin mutlak hakimiyet anlayışı, otoritenin temsilciliğinden kaynaklanmaktaydı. Bu düşünceden yavaş yavaş vazgeçilmiştir. Hukuk bilincinin devlette yerleşmesiyle birlikte artık devlet sorumluluğu kabul etmeye başlamıştır (Eroğlu, 1985: 482).

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışları sonucunda bireylere ve topluluklara verilen zararın tazmin edilmesinin gerekliliği, bugün artık hiçbir ülkede tartışma konusu değildir. Ancak, kamu gücünün bu tazmin yükümlülüğünün hukuki dayanak ve kaynağının ne olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğu ilkesine Fransa gibi bazı ülkeler mahkeme içtihatlarının yüzyıllık evrimi yoluyla geçmişlerdir. Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve İsviçre gibi diğer ülkeler ise yasama yoluyla geçmişlerdir (Duran, 1974: 11).

Mukayeseli Hukukta birkaç ülke bazında idarenin kusurlu sorumluluğuna değinilecektir.

Fransız Hukukunda: Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararı ile Fransa'da idarenin kusurlu sorumluluğu kabul edilmiştir (Çağlayan, 2011:

492).

Fransa’da idarenin sorumluluğu başlangıçtan beri Fransız Danıştay’ının ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararlarıyla biçimlendirilerek yürütülmüştür (Duran, 1974: 10).

Bu bağlamda, Fransız içtihadı hizmet kusurunun sınırlarını çok genişletmiştir. İdari fiil ve işlemlerden doğan zararda, idarenin sorumluluğu kural, kamu personelinin sorumluluğu ise istisnadır. Bununla birlikte, Fransa’da idarenin sorumluluğu geniş ölçüde uygulanmıştır. Kamu personelinin hizmet içinde hatta hizmet dışındaki kişisel kusuru sebebiyle de idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir (Eroğlu, 1985: 483).

Fransız hukukunda hizmet kusuru, kamu personelinin görevlerinin ifasından ayrılmaz nitelikte bulunan kusurlardır. Hizmet kusuru genel, kişisel kusur ise istisna niteliğindedir. Bu bakımdan kişisel kusur sayılmayan bütün kusurlar hizmet kusurunu teşkil etmektedir. Fransa’da 1873 tarihli Pelletier kararından bu yana, memurların hizmet kusuru kapsamındaki eylem ve işlemlerinden dolayı memur aleyhine özel hukuk kurallarına dayanılarak adliye mahkemesinde tazminat davası açılmayacağı, idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılması gerektiği kabul edilmektedir (Gözler, 2009: 1112-1113).

Alman Hukukunda: 23 Mayıs 1949 tarihli Bonn Anayasasının 34. maddesi; “Bir şahıs kendisine tevdi edilmiş olan amme kudretini kullanırken üçüncü şahıslara karşı ifasıyla mükellef bulunduğu amme vazifesini ihlal ettiği takdirde, bundan doğan mes’uliyet esas itibariyle devlete veya o şahsın hizmetinde olduğu amme hükmi şahsına racidir. Kasıt ve ağır ihmal hallerinde bu şahsa rücu hakkı mahfuzdur. Gerek tazminat gerekse rücu davası için adli müracaat yolları kapanamaz.” hükmünü içermektedir. Bu hükümden anlaşıldığı gibi memur tabiri yerine şahıs tabiri kullanılmış, bu şekilde devletin sorumluluk sahası daha da genişlemiştir. Devletin rücu imkanı ise şahsın kasıt ve ağır ihmal halleriyle sınırlı tutulmuştur (Azrak, 1962: 7).

Görüldüğü gibi 1949 tarihli Federal Almanya Anayasasının 34. maddesinde, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, kamu görevlilerinin kusurları sebebiyle vermiş

oldukları zararlardan dolayı doğrudan doğruya sorumlulukları kabul edilmiştir. Ancak, bu sorumluluğun kaynağı belirtilmemiştir (Duran, 1974: 12).

Bununla birlikte, 1949 tarihli Bonn Anayasasında, Devletin kamu hukuku sahasındaki faaliyetleri nedeniyle fertlere verilen zarardan dolayı, Devlet tüzel kişiliğinin veya zarara neden olan Kamu tüzel kişiliğinin tazmin yükümlülüğü kabul edilmiştir. Almanya’da bu sorumluluk, vazife sorumluluğu veya kamu yükümlülüğünün ihlalinin doğan sorumluluk deyimleri ile ifade edilmektedir. Bu sorumluluk hizmet kusuru sorumluluğuna benzemektedir. Ancak, vazife sorumluluğu hizmet kusuru sorumluluğuna göre daha dar kapsamlı olmakla birlikte, Almanya’da bu mefhum genişletilmiştir. Bu bakımdan, hizmetin kusurlu ifası ya da hiç ifa edilmemesi de idarenin sorumluluğunu doğuracağı kabul edilmektedir (Onar, 1960: 1692).

İsviçre Hukukunda: 14 Mart 1958 “Federal Devlet Memurlarının veya Bir Resmi Makamı İşgal Edenlerin Sorumluluğu Hakkında Kanun” kabul edilmiştir. Bu kanunda, bir görevi veya resmi makamı işgal eden kişilerin üçüncü şahıslara vermiş olduğu zararlardan, kusurlarının olup olmadığına bakılmaksızın Federal Devletin sorumlu tutulacağını öngörmüştür. Bu bakımdan İsviçre sorumluluk hukukunda, kusurun hizmet kusurundan mı yoksa kişisel kusurdan mı kaynaklandığının bir önemi yoktur. Meydana gelen zararın memurun görevinin ifası sırasında veya ifası sebebiyle ika edilmiş olması yeterli bulunmaktadır (Karababa, 2008: 18-19).

BÖLÜM IV

4. İDARENİN SORUMLULUK ŞARTLARI İLE SORUMLULUĞU AZALTAN VEYA ORTADAN KALDIRAN HALLER

Bu bölümde idarenin sorumluluk şartları olarak; idarenin tutum ve davranışı, zarar ve zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının gerekliliğine değinilecektir. İdarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran haller olarak; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusuru üzerinde durulacaktır.

4.1. İdarenin Sorumluluk Şartları

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için idari davranış (fiil), zarar ve nedensellik bağı şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir (Çağlayan, 2012: 546). Özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da hukuki sorumluluk mezkur üç şartın gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır (Atay ve Odabaşı, 2010: 181).

İdare kamu hizmetlerini yürütürken idarenin işlem ve eylemlerinden kişilerin bireysel ve malvarlığı anlamında zarar görmeleri mümkündür. Bu gibi durumlarda idarenin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için özel hukuk sorumluluğunda olduğu gibi şu üç şartın bir arada bulunması ile mümkün olmaktadır. Bu şartlar; ortada bir zarar olmalı, zarara neden olan eylem ve işlem idareye ait olmalı ve zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu şartlardan birinin bulunmaması, kural olarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır (Atay, 2006: 141).

İdarenin sorumluluğu konusunda mezkur şartların aranılacağını yargı kararlarında da görmek mümkündür. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında idarenin sorumluluk şartlarına değinmiş ve şöyle söylemiştir:

“Tazmin teorisinin bütün esaslarının gerek kusursuz gerekse kusura dayanan sorumluluk kuramları için geçerli olduğu, idarenin hukuki sorumluluğunun, bir başka anlatımla idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için a) Bir zararın bulunması, b) Zararın faile isnadının kabil olması yani zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte (idari bir davranış) olması, c) Zararla fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.”⁴⁹

İdarenin sorumluluk şartları olarak burada idari tutum ve davranış, zarar ve zarar ile eylem arasında nedensellik bağı üzerinde durulacaktır.

4.1.1. İdari tutum ve davranış

Davranış (fiil), kişinin bir şey yapması veya yapmaması konusunda sergilemiş olduğu bilinçli irade ürünü hareket tarzıdır. İdarenin sorumluluğu için ilk şart, idarenin bir davranışının olmasıdır (Çağlayan, 2012: 547). Bu davranış idari işlem şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bir idari işlemin uygulanmasından doğan ya da idari işleme dayanmayan idari eylem şeklinde de ortaya çıkabilir (Günday, 2011: 383).

Bu bağlamda, idarenin tutum ve davranışı etkinlik şeklinde olabileceği gibi, hareketsiz kalma biçiminde de olabilmektedir. Burada zarar doğurucu tutum ve davranış idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerekir. Zarara neden olan tutum ve davranış idareyle bağlantılı değilse, idare zarardan dolayı sorumlu tutulamaz. İdarenin dışındaki kişilerin zararından dolayı idare sorumlu değildir (Tan, 2011: 471). Ancak, idare tarafından bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi halinde, meydana gelen zarardan idare sorumlu tutulmaktadır (Evren, 2011: 181).

⁴⁹ AYİM 2. D.’nin 21.09.1994 gün ve E. 994/1184, K. 994/1562 sayılı Kararı (AYİMD, S. 9, s. 636).

Nitekim bu hususta Danıştay bir kararında, belediyeye ait olan altyapı çalışmalarının özel hukuk kişilerine yaptırılması sırasında üçüncü kişiye verilen zarardan belediyenin sorumlu tutulacağını belirtmiş ve şu ifadelerle yer vermiştir: “...1580 sayılı Belediye Yasasının 15 inci maddesinin 31 ve 32 nci fıkraları gereğince yol ve kanalizasyon yapımı belediyelerin görevleri arasında sayılmış olup, bu görevin yükleniciye yaptırılmasının belediyeyi sorumluluktan kurtaramayacağı, ancak aralarında yapılan sözleşme uyarınca belediyenin hasar bedelini yükleniciden isteyebileceği doğal(dır)...”⁵⁰

İdare doğrudan kendisine bağlanabilen işlemlerden sorumludur. İdare adına veya idare tarafından yapılan işlem veya gerçekleştirilen tutum ve davranışlardan doğan zarardan idare sorumlu tutulmaktadır. Dolaylı zararlardan ise idare sorumlu değildir. Bununla birlikte doğrudan zarar kavramı idari yargıç tarafından liberal bir biçimde yorumlanmaktadır (Atay ve Odabaşı, 2010: 205).

Bu hususta, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında zararın idareye yüklenebilmesi için zarar doğuran davranışla ilgili şunları demiştir:

“Tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zarar doğuran davranışın (fiilin) idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerektiği, zarar doğurucu davranışın idareye bağlanması olanağı yoksa idarenin tazmin borcunun doğmayacağı, başka bir anlatımla zararın idareye bağlanabilmesi için idarenin zararın faili ve sorumlusu olması gerekmektedir.”⁵¹

İdare çok karmaşık bir yapıya sahiptir. Kamu tüzel kişileri çok fazladır. Bu tüzel kişiler arasında hiyerarşi ve idari vesayet gibi yöntemlerle çeşitli ilişki bağları kurulmaktadır. Değişik ilişki bağları içerisinde sorumluluğun hangi idareye isnat edileceği sorunu ile karşılaşılmalıdır (Çağlayan, 2012: 547). Böyle durumlarda

⁵⁰ Dnş 8. D.’nin 08.07.1987 gün ve E. 1985/211, K. 1987/313 sayılı Kararı (DD, S. 70-7, s. 426).

⁵¹ AYİM 2. D.’nin 02.12.1998 gün ve E. 1998/270, K. 1998/780 sayılı Kararı (AYİMD, S. 13, s. 799-800).

sorumluluğun şartı olan fiilin idareden çıkıp çıkmadığına bakmak gerekir. Eğer fiil idareye isnat edilebilir nitelikte ise idarenin sorumluluğu söz konusu olur. Ancak, zarara yol açan eylem idarenin görevlileri tarafından yapılmamışsa haliyle idare sorumlu tutulmaz (Gözler, 2009: 1277).

Burada, Ankara Üçüncü Bölge Mahkemesi'nin bir kararı örnek olarak verilebilir. Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından görevlendirilen bir görevli, kişisel ibadetini ifa etmek için gittiği yerde 02.07.1990 tarihinde meydana gelen izdihamda vefat etmiştir. Bu kişinin mirasçıların açtığı tazminat davası hakkında anılan mahkeme kararında şunlara yer vermiştir: “ölüm olayının görevliyken meydana gelmediği, ilgilinin görevi dışında ve ibadet için gittiği mahalde izdiham sonucu havasızlık nedeniyle hayatını yitirdiğini idarece yürütülen hac hizmetiyle ilgisi olmayan ölüm olayında idarenin tazmin sorumluluğu bulunmadığı”⁵² gerekçesiyle reddetmiş ve bu karar Danıştay Onuncu Dairesi tarafından onanmıştır.⁵³

4.1.2. Zarar

Zarar, bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında, kendi isteği dışında ortaya çıkan kayıp ve eksiklerin hukuki açıdan ifade ediliş biçimidir (Wadood, 2009: 94).

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için davranış ve tutumunun zarar doğurmuş olması gerekir. Zarar maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir. Maddi zarar bir kişinin iradesi dışında oluşan malvarlığındaki kayıplardır. Bu anlamda, bir kişinin malvarlığının artmasını engelleyen kazançtan mahrumiyetler de maddi zarar kapsamına girer. Manevi zarar ise, bir kişinin haysiyetine, vücut bütünlüğüne ve yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle kişinin duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve üzüntülerdir. Manevi zararların maddi etkileri de olabilir. Örneğin kişinin çalışma ve kazanma gücünün azalması veya

⁵² Ankara Üçüncü İdare Mahkemesi'nin 06.11.1992 gün ve E. 1991/1527, K. 1992/1183 sayılı Kararı (Aktaran: Gözler, 2009: 1277).

⁵³ Dnş 10. D.'nin 06.06.1994 gün ve E. 1993/1742, K. 1994/2553 sayılı Kararı (DD, S. 90, s. 1095-1096).

kaybolması gibi. Bununla birlikte manevi zararların maddi hiçbir etkisi olmayabilir. Örneğin acı, üzüntü, elem gibi (Günday, 2011: 383).

Zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan eksilmeler olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda, malvarlığının aktif değerleri azalışı, pasif değerleri ise artışı gösteriyorsa zarar söz konusudur. Bir kimsenin para ile ölçülebilen değerlerindeki azalışlar maddi zarar olarak ifade edilir. Maddi zarar, fiili zarar ve kardan yoksun kalma biçiminde ortaya çıkabilir. Haksız eylem sonucunda kişide oluşan acı, elem, keder, ıstırap, psikolojik sarsıntı gibi durumlar ise manevi zararı oluşturur (Anayurt, 2007: 338).

Manevi elem ve ıstırap parayla karşılanabilecek bir durum değildir. Kişinin sadece acısını hafifletmeye katkı sağlar (Çağlayan, 2012: 553). Nitekim Danıştay bir kararında bu hususa değinmiş ve şöyle demiştir:

“Manevi tazminat, gerçekte bir tazmin aracı değil, doyum (tatmin) aracıdır. İdarenin hukuka aykırı eylem veya işlemi nedeniyle manevi değerlerinde bir ekilme meydana gelen, duyduğu acı (elem, ıstırap), üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı ile bir miktar para verilerek, onun bu yoldan doyurulması (tatmin edilmesi) sağlanır.”⁵⁴

İdarenin sorumluluğu açısından tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için zararın bazı şartları taşınması gerekir. Bu şartlar; ortada belli ve gerçek bir zarar olmalı, zarar özel olmalı ve zarar maddi ya da manevi olabilir şeklinde sıralanmaktadır (Tan, 2011: 474-475).

Zararın tazmin edilebilmesi için özel hukukta olduğu gibi öncelikle ortada gerçek ve kesin bir zarar olmalıdır. Bu şartın yerine getirilmesi için zararın doğmuş ve güncel olması gerekir. Gelecekte oluşacak zararlar da bu şartın istisnasını teşkil eder.

⁵⁴ Dnş 5. D.’nin 08.05.1990 gün ve E. 1988/470, K. 1990/929 sayılı Kararı (Aktaran Gözler, 2009: 1289-1290).

Örneğin tıbbi bir hata sonucu doğan çocuğun daha sonraki sosyal ve iş hayatında performans düşüklüğü nedeniyle gelecekteki zararı kesindir. Aynı şekilde mahrum kalınan kar, kesin bir nitelik taşıyorsa tazmin edilmelidir. Bu gibi durumlar yargıç tarafından olayın özelliklerine göre tespit edilir (Atay ve Odabaşı, 2010: 183).

İdari işlem ve eylemden dolayı zarar meydana gelmemişse doğal olarak idarenin sorumluluğu söz konusu olamaz. Uygulamada ise zararın gerçekleşmesi ile gerçekleşme ihtimali sorunu tartışılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, gerçekleşmesi muhtemel zarar sorunu vardır (Yıldırım, 2010: 341).

Bu hususta Danıştay, gelecekte kesin olmayan ve muhtemel zarardan dolayı tazminata hükmedilmeyeceğini belirtmiş ve şunlara yer vermiştir:

“İdari işlemler nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması gerekir. Gerçekleşmesi olası bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır. Davacının atının 1984 yılında yarışlara katılması halinde elde edeceği derecelere kazanacağı belirtilen ...lira toplam ikramiyenin tazmini istemi, ihtimale dayalı olup, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarardır. Bu nedenle de yukarıda belirtilen idare hukuku kuralları uyarınca bu miktarın davalı idareden tazmini mümkün değildir.”⁵⁵

Tazmin borcunun doğması için sadece zararın varlığı yeterli değildir. Muhtemel ve tesadüfi bir zarardan dolayı tazmin söz konusu olamaz. Zararın malum ve muayyen olması ve mağdurun fiilen zarara uğramış olması gerekir. Fransız Danıştay’ı bir kimsenin yararlanabileceği fakat fiilen faydalanmadığı muhtemel bir menfaatin mahrumiyetinden dolayı tazmin talebini kabul etmemiştir. Bununla birlikte zararın fiilen varlığı şart değildir. Gelecekte meydana geleceği kesin olan ve para ile ölçülebilen bir zararın muhakkak ve malum sayılabileceği ve tazmin yükümlülüğünü doğuracağı kabul edilmektedir (Onar, 1966: 1716).

⁵⁵ Dnş 10. D.’nin 15.09.1990 gün ve E. 1987/1324, K. 1990/278 sayılı Kararı (DD, S. 80, s. 416).

Zararın ikinci özelliği, zararın özel niteliğe haiz olmasıdır. Bu özellik zarara belli bir veya birden fazla kişinin uğraması durumunu ifade eder. Zararın bu özelliği bir topluluğun tüm üyelerinin ortak zararı anlamında değildir (Atay ve Odabaşı, 2010: 186). İdarenin eylem ve işlemleri sebebiyle doğan zarardan belli kişilerin etkilenmesi durumunda özel zarar söz konusu olur. Zarar genel nitelikte ise, kamu külfeti şeklinde ortaya çıkacağından tazmini gerekmez (Tan, 2011: 474).

Zararın üçüncü özelliği; idarenin davranışı sonucunda meydana gelen ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olan zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilmektedir (Çağlayan, 2012: 552). Maddi zarar bir kimsenin malvarlığındaki kayıplardır. Malvarlığının çoğalmasını engelleyen ve mahrum bırakılan karlar da maddi zarar sayılır. Maddi zarar para ile ölçülebilen zarardır. Manevi zararlar ise kendi içinde maddi etkisi olan ve maddi etkileri olmayan zararlar şeklinde iki kısma ayrılmaktadır. Bir kimsenin fiziki yapısına verilen zararlar maddi etkisi olan manevi zararlardandır. Bir kimsenin inancına ters düşen bir şeyi yapmaya zorlanması ise maddi etkisi olmayan manevi zararlardandır (Gözübüyük, 2010: 359-360).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, manevi zararların değerlendirilmesine yönelik olarak bir kararında şöyle demiştir:

“Manevi tazminata gelince, üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevi tazminat isteme hakkına sahip değildir. Bu tür -ölümlü- olaylarda, özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukuki ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin tüm benliğini sarar şekilde kapsamış olmasıdır. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılmayacağı gibi, manevi tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaşta ve akli yeterlik içinde

bulunmaları da şattır.”⁵⁶

Bu bağlamda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi manevi zararların konusuna ve kapsamına içerik ve zaman açısından hem “duyulan ve duyulacak” hem de “ömür boyu sürececek” acıları, elemi, manevi üzüntüleri ve ruhsal çöküntüleri dahil etmektedir (Güran, 1983: 159).

4.1.3. Zarar ile eylem arasında nedensellik bağının bulunması

Nedensellik bağı; sebep sonuç ilişkisi, illiyet bağı gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Gerçekleşen zarar ile zarara neden olan idarenin eylemi arasındaki sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denilir. İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için zarar ile zarara neden olan olay arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir (Çağlayan, 2012: 554).

İdarenin sorumluluğu kural olarak zarar ile idari faaliyet arasında doğrudan doğruya veya toplumsal olaylarda görüldüğü gibi dolaylı biçimde nedensellik bağına dayanır. Nedensellik bağının bulunmaması, idarenin sorumluluğunu engeller veya sorumluluğun kalkmasına sebep olur (Yayla, 1985: 147).

İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için meydana gelen zararın idarenin fiilinden kaynaklanmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle zarar ile zararı doğuran olay arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı, zarar ile bu zararın sebebi sayılan olay arasındaki neden sonuç ilişkisidir. İdarenin bir fiilden sorumlu tutulabilmesi için fiil ile zarar arasından illiyet bağı dolaylı bir şekilde değil, doğrudan doğruya bir biçimde olmalıdır. İdarenin fiili ortaya çıkan zararın doğrudan nedeni olmalı, aynı zamanda meydana gelen zarar da idarenin fiilinin doğrudan sonucu olmalıdır. Sonuçta idare kendi eylem ve işlemlerinden doğrudan doğruya değil, ancak dolaylı bir biçimde kaynaklanan zararlardan sorumlu değildir (Gözler, 2009: 1319-1320).

⁵⁶ AYİM 2. D.’nin 30.06.1982 tarihli Kararı (Aktaran: Güran, 1983: 160)

Danıştay, idarenin sorumlu tutulabilmesi için yürütmüş olduğu kamu hizmeti ile sonucu arasında nedensellik bağının kurulması durumunda, oluşan zararlardan dolayı tazmin yükümlülüğünün söz konusu olacağını belirtir ve bir kararında şunlara yer verir:

“Anayasa’nın, 125. maddesine göre, idare, kural olarak yürüttüğü hizmetin sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür.

Dava konusu olayda, davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, üçüncü şahsın, davacının otomobilini çalmak biçimindeki suç teşkil eden eylemi, zarar ile idarenin eylemi arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırmakta; dolayısıyla zarar yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmamaktadır. Bu itibarla, olayda idarenin, gerek hizmet kusuru ilkesine, gerekse kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı olarak sorumluluğundan söz edilmeyeceği gibi; olayın önceden haberdar olunmasına olanak bulunmayan münferit bir olay olması nedeniyle sosyal risk kuralından hareketle idarenin tazmin sorumluluğunu kabule de olanak bulunmamaktadır.”⁵⁷

İdarenin sorumluluğunun kabulü için idari davranış ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar idari davranışın sonucunda gerçekleşmeyip, olayın akışı içerisinde beklenmeyen bir sonuç ise nedensellik bağından söz edilemez. İdari davranış ile zarar arasında nedensellik bağının olup olmadığı çoğu zaman teknik bir uzmanlık ve bilgi ile tespit edilir. Bu gibi durumlarda bilirkişi incelemesi yapılarak sebep sonuç ilişkisinin olup olmadığı saptanmalıdır (Günday, 2011: 384).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi askerlik döneminde ortaya çıkan hastalık sebebiyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için hastalık ile askerlik hizmeti arasında uygun illiyet bağını aramakta ve bir kararında şöyle demektedir:

“Hastalığın askerlik hizmeti esnasında meydana gelmesi her halükarda idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirmez. İdarenin hizmet kusuru

⁵⁷ Dnş 10. D.’nin 13.11.1995 gün ve E. 994/4934, K. 995/5487 sayılı Kararı (DD, S. 91, s. 1174).

veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için... zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte bulunması, zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir.

Davacının kalıcı görme kaybına neden olan rahatsızlığının etkeninin N. meningitidis adlı bakteri olup hava yolu ile bulaştığı, bu bakterinin askerlik ortamında alınabileceği gibi sivil ortamda da alınabileceği... hastalığın oluşumda askerlik görevinin sebep ve tesirinin bulunmadığı... zarar ile hizmet arasında uygun illiyet bağının kurulamadığı, bu nedenle davalı idarenin bu olayda tazminle yükümlü olmadığı”⁵⁸ sonucuna ulaşılmıştır.

İdarenin sorumluluğu, zarar ile idarenin davranışı arasında nedensellik bağının bulunması ile mümkün olmaktadır. Nedensellik bağının varlığından söz edebilmek için zararlar idarenin eylemi ve işlemi arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin bulunması zorunludur. Bu bağın bulunmaması durumunda idarenin zarar yükümlülüğü önlenir (Evren, 2010: 264).

4.2. İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Haller

Burada idarenin sorumluluğunun azalmasına veya tamamen ortadan kalmasına yol açan nedenler üzerinde durulacaktır.

İdari davranış ile zarar arasına bazı hallerde, idarenin davranışıyla ilgili olmayan olayların girmesi ile illiyet bağı ilişkisi azalır veya tamamen ortadan kalkar. Bu gibi durumlar idarenin sorumluluğunun azalmasına ya da ortadan kalkmasına neden olur (Çağlayan, 2012: 555).

⁵⁸ AYİM 2. D.’nin 12.09.2001 gün ve E. 2000/663, K. 2001/658 sayılı Kararı (AYİMD, S. 17, Kitap 2, s. 1193).

4.2.1. Mücbir sebep

Mücbir sebep, idarenin iradesi dışında meydana gelen, öngörülemeyen öngörülse bile gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi durumunda önlenemeyen, bir kamu hizmetinin yapılmasını imkansızlaştıran olaylardır. Deprem, sel, aşırı yağış, yıldırım düşmesi, toprak kayması vs. gibi durumlarda idari davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamayacağından idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna hükmedilemez (Sancakdar, 2011: 618).

Öngörülemeyen, öngörülse de önlenemeyecek olaylar mücbir sebep olarak adlandırılır. Teknolojik gelişmeler mücbir sebeplerin sayısını azaltmaktadır. Örneğin depremin gerçekleşmesi önlenemese bile zararlı sonuçlarının giderilmesi mümkündür (Yıldırım, 2010: 341).

Gelişen teknoloji ve idarenin standartlarının yükselmesi ile mücbir sebebin uygulama alanı daralmaktadır. İdarenin elindeki bilgiler, istatistikler, gelişmiş aletler gibi veriler ile uzman personel artık öngörülemezlik unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Öngörülebilir hale gelen tehlike artık bilineceğinden böylece önlenemezlik de idare tarafından savunma olarak ileri sürülemez (Kahraman, 1999: 612).

Konuya yönelik olarak Askeri Yüksek İdari Mahkemesinin mücbir sebeple ilgili aşağıdaki kararı hayli açıklayıcıdır. Söz konusu kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idare, güçlülüğü ölçüsünde sorumludur. İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkanları ve uzman personel, olaylardaki öngörülmezlik unsurunu giderek daraltmaktadır. Sözgelimi, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanını belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülmezliği sınırlayabilmektedir... Öngörülmezlik gibi, önlenemezlik bakımından da idarenin standardı özel kişilerin çok üstündedir. Mesela, idare bir

faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerini seçmekle genellikle takdir yetkisine sahiptir. Ama, idarenin elindeki bilgi ve bulgulara rağmen, sözgelimi bir heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirilmişse, yolun çökmesi halinde idare sorumlu tutulabilecektir. Çünkü zarar veren tesisi, kaçınılması gereken bir yere yapmıştır...”⁵⁹

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi ve idarenin sorumluluğuna yol açabilmesi için “dışsalılık”, “öngörülemmezlik” ve “önlenemezlik” şeklinde üç unsurun bir arada bulunmasına bağlıdır (Çağlayan, 2012: 556).

Dışsalılık unsuru, bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için idarenin iradesinin dışında olması ve idareye atfının mümkün olmaması şeklinde tanımlanır (Gözler, 2009: 1330). Mücbir sebep olarak ele alınan olayın kökeninin failin dışında gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin; kasırgada ağacın devrilmesi, nehrin taşmasına neden olan olağanüstü yağmurlar, depremde yıkılan bir bina, çığ düşmesi ve tsunami gibi olayların kökeni idarenin faaliyeti dışında kalmaktadır (Çağlayan, 2012: 556).

Mücbir sebep sayılan olay, failin dışında cereyan eder. Sorumlu tutulacak kişi ile zarar arasına giren ve nedensellik bağıını kesen tamamen dışsal olaydır. Bu nedenle mücbir sebep sayılan olaydan dolayı meydana gelen zarara, idare şayet tutum ve davranışı ile zararın artmasına yol açmamışsa, idarenin kusurlu ve objektif sorumluluğu söz konusu olamaz (Oytan, 1999: 13-14).

Mücbir sebebin ikinci unsuru öngörülemezliktir. Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için bu olayın öngörülemez olması gerekir. Örneğin deprem, toprak kayması, sel ve fırtına gibi olaylar öngörülemez nitelikte oldukları için mücbir sebep sayılırlar. Aynı şekilde suikast, sabotaj gibi olaylar da öngörülemez nitelikte oldukları için mücbir sebep sayılabilirler (Gözler, 2009: 1330). Mücbir sebep olarak nitelendirilen

⁵⁹ AYİM 2. D.’nin 14.04.1993 gün ve E. 93/6, K. 93/147 sayılı Kararı (AYİMD, S. 8, s. 657).

olay denilince hiç bilinmeyen ve daha önce rastlanılmamış, dolayısıyla öngörülemeyen olay akla gelebilir. Ancak, mücbir sebep olarak nitelendirilen olaylar daha önceleri benzerleri yaşanmış, rastlanılmış, az çok bilinen olaylardır. Burada önemli olan olayın ne zaman öngörülemez nitelikte olduğu ve yoğunluğu nedeniyle yol açtığı sonucun olağanüstü sayılmasıdır (Çağlayan, 2012: 557).

Mücbir sebebin üçüncü unsuru önlenemezliktir. Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için bu olayın “karşı konulamaz” bir olay olması gerekir. Bir olayın karşı konulamaz nitelikte olup olmaması olayın ağırlığı ve şiddetiyle değerlendirilir. Çok ağır sonuçları doğuran ve olağanüstü yoğunluktaki olaylar önlenemez nitelikte kabul edilir. Örneğin şiddetli bir deprem, büyük bir sel felaketi çok ağır olay oldukları için idarenin bunları önlemesi ve bunlardan kaçınması mümkün değildir (Gözler, 2009: 1331).

4.2.3. Beklenmeyen hal

İdare faaliyet yürütürken, birdenbire ortaya çıkan ve öngörülemeyen, ancak bilinmesi durumunda önlem alınabilen olaylar meydana gelebilir. Buna beklenmeyen hal denilmektedir. Beklenmeyen haller idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ortadan kaldırır. Ancak kusursuz sorumluluğun devamına engel olamazlar (Yayla, 1985: 148).

Beklenmeyen ve umulmayan hal idari faaliyetin içerisinde meydana gelmektedir. Beklenmeyen hal genelde kaza şeklinde ortaya çıkar. Örneğin idareye ait aracın lastiğinin patlaması, elektrik kontağının patlaması gibi durumlar idarenin kusurunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak, koşulların gerçekleşmesi durumunda idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilir (Sancakdar, 2011: 618).

Mücbir sebeple beklenmeyen durumlar birbirine benzemektedir. Her ikisi de kişinin iradesi dışında önceden kestirilemeyen ve önlenme olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadırlar. Mücbir sebepte olay idarenin eylemi dışında cereyan eder. Beklenmeyen hallerde ise olay idarenin eylemi içinde gerçekleşir. Beklenmeyen durumlar kişinin kusuruna bağlı olmadan meydana gelen teknik arızalardır.

Beklenmeyen durumlarda zarara neden olan davranış ile idare arasındaki bağlantı ortadan kalkmaz. Beklenmeyen durumlar idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemez. Ancak, idarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğunda, beklenmeyen hallerde kusur ögesi ortadan kalkacağından, idarenin kusura dayanan sorumluluğu da kalkar (Gözübüyük ve Tan, 2011: 781).

4.2.3. Zarara uğrayanın kusuru

Zarara uğrayan kişi, zararı önlememişse ve zararı ağırlaştırmışsa durumun nitelikleri göz önünde bulundurularak idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar (Atay ve Odabaşı, 2010: 212). Ayrıca, zarara uğrayan kişinin kusuru idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldırmışsa, idarenin sorumluluğu zarar gören kişinin kusuruna göre saptanır (Günday, 2011: 385).

Zarar, zarara maruz kalan kişinin tutumundan doğmuşsa ya da zarara uğrayan kişinin kusuru varsa, idarenin sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkar ya da idare kısmen sorumlu olur. Bu durum kusurlu ve kusursuz sorumluluk için geçerlidir. Zarar gören kişinin tutum ve davranışı, zarar ile idare arasındaki bağlantıyı ortadan kaldıracak nitelikte ise idare sorumluluktan kurtulur. Zarara maruz kalan kişinin tutum ve davranışı zarara neden olan tutum ve davranışlardan birisini teşkil ediyorsa, idarenin sorumluluğu azalır. Bu azalma, zarara neden olan kişinin kusurunun ağırlığı ile orantılı olmaktadır (Gözübüyük ve Tan, 2011: 782).

Zarara kişinin kendisinin neden olması durumunda idarenin sorumluluğuna gidilemez. Bu hususta, kamulaştırılan alan üzerinde ekili pamuğun idare tarafından tahrip edilmesi üzerine açılan davada Danıştay şu kararı vermiştir:

“... istimlak edilen kısım üzerindeki pamuk mahsulünün kanal inşası sebebiyle, idareye ait buldozer tarafından tahrip edildiği belirtilmekte ise de; davacının tarlasından... istimlak edilen... üzerinde henüz mahsul yok iken kıymet takdiri yapılan ve mülkiyeti de idareye geçen... kısma pamuk ekmek suretiyle zarara kendisinin sebebiyet verdiğinin anlaşıldığı ve bu halde idarenin tazminat ödemesini gerekli

kılacak hukuki bir sebep olmadığı cihetle, mesnedi olmayan davanın reddine”⁶⁰

Danıştay, gerek bu kararında olsun gerekse konuyla ilgili diğer kararlarında olsun zarara uğrayan kişinin gayrimeşru (hukuk dışı) durumuna yönelik olarak meydana gelen zarardan dolayı idarenin sorumlu tutulmayacağı yönündedir (Çağlayan, 2012: 566).

Meydana gelen zarar, idarenin yürüttüğü faaliyetlerle ilgili olmakla birlikte, zararın mağdur konumundaki kişinin davranışından kaynaklanmış olması durumunda ise bu durum idarenin sorumluluğuna etki yapar. Zarar gören kişinin davranışının kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın bu durum idarenin sorumluluğunu etkiler. Zarar gören kişinin kusuru yoksa bile, zararın meydana gelmesinde katkısı varsa, bu durum idarenin sorumluluğunun azalmasına ya da kalkmasına neden olur. Örneğin intihar kastı ile kendini trenin önüne atan kişinin kusurlu davranışı vardır. Ancak, bir kişi başının dönmesi ile dengesini yitirerek trenin önüne düşmüşse, zarar gören kişinin kusurlu davranışından söz edilemez. Her iki durumda da zarar görenin davranışı vardır ve bu durum idarenin sorumluluğunu etkilemektedir (Çağlayan, 2012: 565).

Danıştay, zararın meydana gelmesinde idarenin kusuru yanında zarara uğrayanın da kusuru söz konusu ise, idarenin sorumluluğuna karar vermekte ancak, “müterafik kusur” nedeniyle zarara uğrayanın kusuru oranında tazminattan indirim yapılması gerektiği yolunda karar vermektedir (Gözler, 2009: 1339).

Müterafik kusur konusunda Malatya İdare Mahkemesi’nin şu kararı örnek verilebilir. Anılan mahkemenin Güveçli Köyü kararına konu olan olayda Bingöl Tugay Komutanlığı’nın çöpleri askeri araçlarla 22 Temmuz 1986 tarihinde Bingöl İli Güveçli Köyüne ait tapulu taşınmazlara dökülmüştür. Bir çocuk bu çöpleri karıştırırken el bombası bulmuş ve bombayı karıştırırken bomba patlamış ve çocuğun iki parmağı kopmuştur. Uğranılan zararın tazmini istemiyle dava açılmış ve Malatya İdare

⁶⁰ Dnş12. D.’nin 15.01.1970 gün ve E. 968/149, K. 970/3 sayılı Kararı (Aktaran, Esin, 1976: 225).

Mahkemesi tazminat davasını kabul etmiştir.⁶¹ Ancak Danıştay Onuncu Dairesi dava konusu kararı, “dosyanın incelenmesinden, zararın doğumuna yol açan olayda zarar gören çocuğun babasının, çocuğunun yetiştirilmesi ve gözetiminde gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği, yani olayda müterafik kusurun bulunup bulunmadığı araştırılmadan idare mahkemesince karar verildiği anlaşılmaktadır”⁶² diyerek bozmuştur.

4.2.4. Üçüncü kişinin kusuru

İdarenin zarar doğurucu davranışına üçüncü kişilerin katılmaları, idarenin sorumluluğunu etkilemektedir. Bu durum hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk için geçerlidir. Kusurlu sorumluluk hallerinde üçüncü kişinin kusuru, idarenin sorumluluğunu ya tamamen ortadan kaldırır, ya da kusur oranında sorumluluğu azaltır. Kusursuz sorumlulukta ise durum farklıdır. Üçüncü kişinin işe karışması, idareyi sorumluluktan kurtarmaz. Ancak, idare tazminata mahkum edilmişse, kusuru oranında üçüncü kişiye rücu etme hakkına sahiptir (Tan, 2011: 481-482).

Zarardan dolayı sorumlu tutulan idarenin yanında aynı zaman bir kamu tüzel kişisinin ve üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı söz konusu ise, idare tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtulur. İdarenin hizmet kusurundan dolayı sorumlu tutulması hallerinde, üçüncü kişinin kusurlu davranışı, zararın oluşumuna olan etkisi oranında idareyi sorumluluktan kurtarır. Böyle bir durumda zarara uğrayan kişi ancak, zararın idareden kaynaklanan kısmını talepte bulunabilir (Atay, 2006: 162-163). Bununla birlikte, zarar tamamen üçüncü kişinin kusurundan dolayı meydana gelmiş ise idare de gerekli önlemleri almışsa artık idarenin kusura dayalı sorumluluğu söz konusu olamaz (Sancakdar, 2011: 618).

Danıştay, üçüncü kişinin kusuru ile idari eylem ve işlem arasında illiyet bağı

⁶¹ Malatya İdare Mahkemesi’nin 15.11.1991 gün ve E. 1988/345, K. 1991/394 sayılı Kararı (Aktaran: Gözler, 2009: 1346).

⁶² Dnş 10. D.’nin 11.10.1993 gün ve E. 1992/714, K. 1993/3724 sayılı Kararı (Aktaran: Gözler, 2009: 1346).

kurulamayacağını söylemekte ve idarenin sorumluluğunun söz konusu olamayacağını belirtmektedir.

Konuya yönelik olarak, hava ikmal merkezine ait dekovil katarı ile bir kamyon çarpışmış ve bir kamu görevlisi ölmüştür. Ölenin mirasçılarının açtığı tazminat davasını Danıştay, “hadisede kamyon şoförü %100 kusurlu olduğundan ortada idareye atfı kabil bir hizmet kusuru veya sorumluluğu gerektiren sair bir sebep bulunmamakta”⁶³ olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

Görüldüğü gibi zarar eğer üçüncü kişinin kusurundan dolayı meydana gelmişse, idarenin sorumluluğundan söz edilemez (Günday, 2011: 385).

Sonuçta zarara uğrayanın ve üçüncü kişinin kusuru varsa, bu durum idarenin tazmin yükümlülüğünü etkiler. Konu hakkında Danıştay bir kararında şunları söylemiştir:

“Öte yandan zararın zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusuru sonucu oluşması halinde de idarenin tazmin sorumluluğun ortadan kalkacağı ya da azalacağı da açıktır.

Dava dosyasının incelemesinden, olay tarihinde 15 yaşında olan davacının, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yasası uyarınca çevresi tel örgülerle sınırlandırılan, açıklayıcı tabelalar asılan, belli aralıklarla emniyet nöbetçileri bulunan Askeri Yasak Bölgeden, bölgeye girmeyi önleyecek önlemleri bertaraf edici özel gayret sarf ederek giren 14 yaşındaki arkadaşının hurda olarak satmak amacıyla aldığı patlamamış roket mermisinin dışarıda kurcalanması sonucu meydana gelen patlama sebebiyle zarara uğradığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, zararı doğuran olayda idareye bir kusur yükletilmesi ve tazminle sorumlu tutulması mümkün olmadığından, idareyi %50

⁶³ Dnş 12. D.’nin 04.05.1966 gün ve E. 1965/702, K. 1966/1697 sayılı Kararı (Aktaran, Gözler, 2009: 1354).

kusurlu görüp tazminata hükmeden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemektedir.”⁶⁴

Bu karardan da anlaşıldığı üzere, zarar görenin ve üçüncü kişinin idari faaliyet ile zarar arasında illiyet bağıını ortadan kaldıran davranışları idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır (Yıldırım, 2010: 345).

⁶⁴ Dnş 10. D.’nin 13.11.1995 gün ve E. 995/1804, K. 995/5501 sayılı Kararı (Aktaran, Gözübüyük ve Tan, 2011: 785).

SONUÇ VE BULGULAR

Günümüzde idarenin faaliyet alanı genişlemiştir. İdare birçok alanda kamu hizmetini ifa etmektedir. İdarenin faaliyetlerinin genişlemesiyle birlikte kişilerle ve topluluklarla karşı karşıya gelme olasılığı artmıştır. İdarenin faaliyetlerinden dolayı yönetilenler zarara uğrayabilmektedirler. Bu nedenle, idarenin kusurlu bir şekilde vermiş olduğu zarardan dolayı sorumluluğundan söz edilebilir.

Bugün demokratik hukuk sistemlerinin pek çoğunda olduğu gibi Ülkemizde de idarenin kusurlu tutum ve davranışları sonucu bireylere ve topluluklara verilen zarardan dolayı sorumluluğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Bu anlamda, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışlarının işleyişi sebebiyle bireylere ve topluluklara verilen zararların karşılanması gerekliliği konusunda, uygar ülkelerde herhangi bir tartışmadan söz edilmemektedir. Ancak, kamu gücünün bu tazmin yükümlülüğünün hukuki dayanak ve kaynağının neye isnat edileceği hususunda düşünce birliği bulunmamaktadır (Duran, 1974: 11).

Bu bağlamda, idarenin sorumluluğunun temelini açıklamaya yönelik farklı düşünceler vardır. Ezcümle; hukuk devleti, eşitlik, kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik, imkan ve fırsat eşitliği, sosyal devlet ve sosyal hukuk devleti gibi düşünceler ileri sürülmüştür (Eroğlu, 1985: 484).

Öncelikle hukuk devletinden söz edebilmek için devletin kendisi ile idare makamları ve kişileri bağlayan hukuk kurallarının olduğu bir düzenin olması gerekir. Hukuk devleti olmanın gereklerinden birisi de kamu faaliyetlerini yerine getiren idarenin üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan doğan sorumluluğunun kabul edilmiş olmasıdır.

Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, ülkemizde idarenin sorumluluğu Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” denilmek suretiyle sorumluluk pozitif bir hukuk kuralı olarak Anayasa ilkesi ile benimsenmiş bulunmaktadır. Burada idarenin zararı karşılaması için kusurlu ya da kusursuz olması gerektiği konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca, değişik kanunlarda da sorumluluğa değinen hükümler vardır. Ancak, sorumluluk ilkesinin hukuki dayanağı ve kriteri belirtilmemiştir.

İdarenin kusurlu sorumluluğu hizmet kusuruna dayandırılmış ve bu sorumluluk özel hukuk sorumluluğundan tamamen farklı tutulmuştur. İdarenin kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı malvarlığı sorumluluğu, özel hukuktan farklı olarak nesnel nitelikli kusur şartına bağlanmıştır.

Bununla birlikte, kamu hizmeti alanında yaşanan hızlı gelişmeler, idarenin faaliyetlerinden doğan zararın tazmini konusunda hizmet kusuru yetersiz kalmıştır. Bu sebeple idarenin kusuru bulunmadan da sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Bu sorumluluk objektif sorumluluk veya kusursuz sorumluluk olarak adlandırılmış ve günümüzde artan bir oranda bu sorumluluk alanında önemli aşamalar kaydedilmiştir.

İdarenin sorumluluğunda öncelikle kusurlu sorumluluk esas alınmaktadır. Kusursuz sorumluluk ise istisnai bir niteliğe sahiptir. İdarenin hizmet kusuru varsa kusursuz sorumluluğu söz konusu olamaz. İdarenin hizmet kusuru bulunmazsa, kusursuz sorumluluğunun olup olmadığına bakılır, ona göre tazmin yükümlülüğüne karar verilir.

Mevzuatımızda sadece idarenin sorumluluğundan söz edilmiştir. İdarenin mali sorumluluk ilkesi herhangi bir temele dayandırılmamıştır. Dolayısıyla bu çalışmada idarenin kusurlu sorumluluk halleri incelenirken, konu hakkında doktrinden, içtihattan ve idare hukuku ilkelerinden esinlenerek, idarenin kusurlu sorumluluk hallerinin, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan ve hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde, işleyişinde ortaya çıkan kamu görevlilerinin kişisel kusurları dışında kalan bozukluklar,

eksiklikler ve boşluklardan kaynaklanan ve idareye atfedilebilen kusurlardan doğduğu söylenilebilir.

Bu açıdan, idarenin kusurlu sorumluluk hallerinin hizmet kusuru teorisine dayandığı söylenilebilir. Hizmet kusuru teorisi, Fransız Danıştay'ının ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatları ile geliştirilmiştir. Fransız hukukundan hukukumuza iktibas edilmiştir. Bu kavramın mevzuatımızda herhangi bir tanımı yapılmamıştır. İdarenin kusurlu sorumluluğuna esas teşkil eden hizmet kusuru teorisi, mahkeme kararları ile tanımlanmaya çalışılmıştır.

Bu anlamda Danıştay yeni sayılabilecek bir kararında hizmet kusurunun tanımını yapmış ve hizmet kusuru sayılan halleri sıralayarak şöyle demiştir: “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”⁶⁵ Danıştay'ın idarenin kusurlu sorumluluğuna yönelik olarak hizmet kusuruna ilişkin kullanmış olduğu bu ölçüt birçok kararında yer almıştır.

Bu nedenle Ülkemizde, idarenin kusurlu sorumluluğu için bir şart olarak öne sürülen hizmet kusuru Danıştay kararlarında bir içtihat haline gelmiştir.

Hizmet kusuru idare hukukuna özgü bir kavramdır. Hizmet kusuru; aslilik, bağımsızlık, genellik, anonimlik ve değişebilirlik gibi karakterlere sahiptir. Bundan dolayı, hizmet kusuru devletin ve diğer kamu tüzel kişiliğine haiz tüm idare makamlarına şamildir. Hizmet kusuru hizmetin kuruluşu, düzenleyişi, işleyişi ve personelinin kaynaklanmaktadır. Hizmet kusuru bir kişiye atfedilmediğinden anonim bir niteliğe haizdir. Hizmet kusuru yargısal içtihatlarla şekillendirildiğinden, zaman içerisinde şartlara bağlı olarak farklı nitelikler kazanması ve değişik biçimlere bürünmesi mümkündür.

⁶⁵ Dnş 10. D.'nin 19.06.2007 gün ve 13815/3442 sayılı Kararı (Aktaran: Atay ve Odabaşı; 2010: 251).

İdarenin kusurlu sorumluluğuna hükmedilirken hizmet kusuruna bakılmaktadır. Hizmet kusurunun yoğunluğu kusurlu sorumluluk için önem arz etmektedir. Bazı kamu hizmetlerinde sorumluluktan söz edebilmek için kusurun belli bir yoğunlukta olması gerekir. Bu gibi kamu hizmetlerinde idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilebilmesi için hizmet kusurunun ağır olması gerekir.

İdarenin eylemleri, işlemleri ve faaliyetleri ajanları tarafından gerçekleştirilmektedir. İdarenin kusurlu sorumluluk hallerinde sadece hizmet kusurunun bulunması yeterli değildir. Hizmet kusuru ile kamu personelinin görevsel ve kişisel kusurunun birbirinden ayrılması gerekmektedir. Bu açıdan, hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde ortaya çıkan ve idareye atfı mümkün olan bir kusurdan dolayı ancak idarenin kusurlu sorumluluk hallerinden söz edilebilir.

İdare kamu tüzel kişilerinden oluşmaktadır. İdarenin yürütmek zorunda olduğu kamu hizmetleri idare tüzel kişiliği adına kamu görevlileri tarafından yapılmaktadır. Kamu görevlileri görevlerini ifa ederken idare adına hareket ettikleri için bunların eylem ve işlemlerinden doğan kusur kendileri tarafından işlenmekle birlikte bu kusurdan dolayı doğrudan idare sorumlu tutulmaktadır.

Kamu görevlilerinin görevsel kusuru ile kişisel kusuru birbirinden ayrı tutulmuştur. Kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetle bağlantılı olan kusurlu eylem ve işlemleri görev kusuru kapsamında sayılmış ve idarenin sorumluluğu yoluna gidilmiştir. Kamu görevlilerinin görevsel kusuru Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrası ile 657 sayılı DMK'nın 13. maddesindeki hükümler ile düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin görev ve yetkisi idare ile kaynaşmış durumdadır. Bu sebeple kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışları sonucunda ortaya çıkan ve görevsel kusurdan doğan zarardan idare sorumlu tutulmaktadır.

Ancak, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından dolayı idare sorumlu tutulmamaktadır. İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutulmuştur. Kamu görevlilerinin kişisel kusuru idareye atfedilebilen bir nitelikte bulunmadığı için idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmedilemez.

İdarenin kusurlu sorumluluğunda temel kıstas hizmet kusurudur. Hizmet kusurunun varlığı idarenin sorumluluğu için yeterlidir. Ancak, idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. İdarenin öncelikle bir tutum ve davranışı bulunmalıdır. Zarar idarenin bu tutum ve davranışından doğmalıdır. Zarar ile idarenin davranışı arasında nedensellik bağı kurulmalıdır. Bu üç şart bir arada bulunmazsa idarenin sorumluluğundan söz edilemez.

İdarenin kusurlu sorumluluk hallerinde, zarara uğrayan kişi ile üçüncü kişinin kusuru idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmekte veya sorumluluğun azalmasına yol açabilmektedir.

Kamu görevlilerinin salt kişisel kusurlarından dolayı sorumlu tutulacakları hem doktrinde hem de içtihatlarda benimsenmiş olmakla birlikte, salt kişisel kusur hallerini tespiti yarayacak ölçütler konusunda görüş birliği sağlandığı söylenemez. Bu sebeple yargı kararlarında kişisel kusur bazen görevsel kusur olarak değerlendirilmektedir. Böylece hizmet kusurunun alanı genişlemektedir. Dolayısıyla kamu görevlisinin kişisel kusuru da idarenin kusurlu sorumluluğu içerisine serpiştirilmektedir.

İdarenin kusurlu sorumluluğunda hizmet kusurunun yoğunluğu sorunu ile karşılaşilmektedir. Özellikle kolluk alanında ve sağlık hizmetlerinde idarenin kusurlu sorumluluğunun kabul edilebilmesi için genelde ağır hizmet kusuru şartı aranılmaktadır. Kamu hizmetlerini yürüten idarenin kusuru varsa sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. İdarenin farklı alanlarda yürütmüş olduğu kamu hizmetleri arasında kusur derecelendirmesi yapılması ve idarenin kusurlu sorumluluğunun belli yoğunlukta bir kusur şartına bağlanması doğru değildir.

Ayrıca, bazı içtihatlarda idare tarafından hukuka aykırı olarak tesis edilen bir işlemin hizmet kusurunu oluşturduğu kabul edilmekte, ancak her hukuka aykırılığın tazmin sorumluluğuna yol açmayacağı belirtilmektedir. Bu gibi durumlarda içtihat hatasından söz edilmekte ve günümüzde de Danıştay'ın bu yöndeki içtihatları geçerliliğini korumaktadır. İctihada elverişli olan bu gibi alanlarda idarenin hizmet kusuru bulunmasına rağmen, tazmin yükümlülüğünün ağır ve belirgin hizmet kusuruna

bağlanması hem hukuk devleti ilkesine ters düşer hem de bu durum idarenin sorumluluğu kuralı ile de bağdaşmaz.

İdarenin sorumluluğunun şartlarına ve içeriğine yönelik olarak mevzuatta herhangi bir düzenleme yapılmadığından bu konudaki boşluklar yargının içtihatları ve doktrinin görüşleri ile giderilmeye çalışılmaktadır. Burada hem olumlu hem de olumsuz sonuçlardan söz edilebilir.

Sosyal devlet anlayışıyla birlikte kamu hizmetlerinde artışlar gözlenmektedir. Devlet bireylerle ve topluluklarla sık sık karşı karşıya gelmekte ve idarenin sorumluluk alanı genişlemektedir. Kamu hizmetleri alanında şartlar sürekli değişmekte ve yeni gelişmelerden kamu hizmetleri etkilenmektedir. Koşulların sürekli değiştiği bir ortamda idarenin sorumluluk anlayışı sabit kurallara bağlı kalmamalıdır. Dolayısıyla İdarenin sorumluluk anlayışının değişen koşullara uyum sağlayabilmesi için bu alanda yargının içtihatları ile esnek bir uygulamanın olması olumlu karşılanmaktadır.

Bununla birlikte idarenin kusurlu sorumluluğu yargının içtihatları ile hizmet kusuruna dayandırılmıştır. Hizmet kusuru da; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi durumlarında bahis konusu olmaktadır. Oysa idarenin faaliyetleri sürekli artmaktadır. İdarenin yürütmüş olduğu kamu hizmetleri, durağan değildir. Kamu hizmetleri değişimlerden, gelişmelerden ve teknolojiyen hem kalite açısından hem de nitelik açısından etkilenebilmektedir. Devlet anlayışındaki değişimler de kamu hizmetlerini etkilemektedir. Dolayısıyla, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi halleri idarenin kusurlu sorumluluğu için yeterli bulunmamaktadır. İdarenin kusurlu sorumluluğu, hizmet kusurunun sadece mezkur üçlüsüne dayanmamalıdır. Bütün kamu hizmetlerini bu şekilde sınıflandırmak sorumluluk anlayışı ile de örtüşmez. İdarenin kusurlu sorumluluğu için daha geniş ve bütün kamu hizmetlerini kapsayıcı objektif ölçütler geliştirilmeli ve kullanılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, B. (2008). *Danıştay ve AYİM kararlarında hizmet kusuru sayılan haller* (Bilge Öztan'a Armağan). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Akyılmaz, B., Kaya, C. ve Sezginer, M. (2011). *Türk idare hukuku* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Kitabevi.
- Anayurt, Ö. (1989). *Türk hukukunda idarenin kusura dayalı sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Anayurt, Ö. (2007). *Hukuka giriş ve hukukun temel kavramları* (8. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Armağan, T. (1997). *İdarenin sorumluluğu ve tam yargı davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Atay, E. E. (2006). *İdare hukuku C. II*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Atay, E. E. ve Odabaşı, H. (2010). *Teori ve yargı kararları ışığında idarenin sorumluluğu ve tazminat davaları* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Aydın, M. A. (2010). *Türk hukuk tarihi* (8. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Azrak, A. Ü. (1962). *Alman idare hukukunda devletin âmmeye hukuku sahasındaki faaliyetinden doğan mesuliyeti*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Bal, S. (2005). *İdare hukuku ve idari yargı*. Ankara: Dizayn Yayınları.
- Balta, T. B. (1970-1972). *İdare hukuku I*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

- Bereket Baş, Z. ve Demirkol, S. (2001). Teori ve pratikte idari yargıda dava açma ve davaların takip usulü (2. Baskı). İstanbul Beta Yayınları.
- Bereket Baş, Z. (2002). *Türk hukukunda idari yargı kararları ışığında kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan kamu gücünün kusursuz sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bilgen, P. (1996). *İdare hukuku dersleri*. İstanbul : Filiz Kitabevi.
- Bozdağ, A. (2010). İdare hukukunda idarenin hizmet kusuru ve Danıştay uygulaması. *Türk İdare Dergisi*, S. 468, 33-48.
- Çağlayan, R. (2012). *İdari yargılama hukuku* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.
- Deliveli, Ö. (2001). *İdare hukuku*. Ankara: Yargı Yayınları.
- Dikici, M. F. (2005). *İdare hukuku-idari yargılama usul hukuku* (6. Baskı). Ankara: Agon Kitabevi.
- Duez, P. (1950). *Mukavele dışında amme kudretinin mesuliyeti* (çev. İ. Senil). Ankara: Güney Matbaacılık.
- Duran, L. (1984). Türk kamu personelinin mali sorumluluğu sorunu. *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 2, 3-20.
- Duran, L. (1974). *Türkiye idaresinin sorumluluğu*. Ankara: Sevinç Matbaası-Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.
- Duran, L. (1974a). *Türk kamu personelinin mali sorumluluğu*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Dutheillet de Lemothe, A. L. G. (1960). İdarenin haksız fiil dolayısıyla mesuliyeti konusunda Fransız Kamu Hukukundaki gelişmeler (çev. S. Derbil). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-4, 113-120.

- Düren, A. (1979). *İdare hukuku dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Eroğlu, H. (1985). *İdare hukuku genel esaslar, idari teşkilat ve idarenin denetlenmesi* (5. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ersöz, A. K. (2012). *Türk idaresinin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Esin, Y. ve Dünder, E. (1971). *İdari işlemler, idari eylemler, idari sözleşmeler ve Danıştay kararlarına uyulmaması dolayısıyla Danıştay'da açılacak tazminat davaları. Birinci kitap: Usul*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
- Esin, Y. (1973). *Danıştay'da açılacak tazminat davaları, ikinci kitap: Esas, idarenin hukuki sorumluluğu*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
- Esin, Y. (1976). *Danıştay'da açılacak tazminat davaları, birinci kitap: Usul*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
- Evren, Ç. C. (2010). İdarenin sorumluluğunu etkileyen neden olarak mücbir sebep. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 263-297.
- Evren, Ç. C. (2011). Hizmet kusuru – haksız fiil ayrımı ve yargı düzeni. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 175-196.
- Fındıklı, R. (2001). *İdare hukuku*. Ankara: Özen Yayımcılık.
- Giritli, İ. ve Bilgen, P. (1979). *İdare hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Gözler, K. (2009). *İdare hukuku C. II* (2. Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi.
- Gözler, K. (2011). *İdare hukukuna giriş* (13. Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş. (1996). *Yönetmelik yargı* (4. Bası). Ankara: Sevinç Yayınları.
- Gözübüyük, A. Ş. (2010). *Yönetim hukuku* (29. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.

- Gözübüyük, A. Ş. ve Tan, T. (2011). *İdare hukuku C. II* (8. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gülşan, L. (1981). Hukuk sisteminde sorumluluk ve unsurları. (<http://web.ogm.gov.tr/birimler/merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20Sisteminde%20Sorumluluk%20ve%20unsurlar%C4%B1%20Lutfi%20G%C3%9CL%C5%9EAN.pdf>, 18.03.2013'te erişildi).
- Günday, M. (2011). *İdare hukuku* (10. Baskı). Ankara: İmaj Yayınevi.
- Güran, S. (1983). Askeri Yüksek İdare Mahkemesine göre manevi tazminat. *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Yıl:1, S. 1, 157-162. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/siyasal/article/view/11481/10742>, 25.03.2013'te erişildi).
- Kahraman, B. (1999). Deprem ve idarenin sorumluluğu. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 73, S. 7-8-9.
- Kaplan, G. (2006). Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları çerçevesinde manevi tazminata faiz yürütülmesi sorunu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 2, 117-141.
- Karababa, Y. (2008). Türk hukukunda idare ajanının hukuki sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Karataş, T. (2006). *İdare hukukunda, idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bolu: Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Karavelioğlu, C. (2001). *İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. I, Madde 1-14* (5. Baskı). Ankara.
- Kayıhan, Ş. (2011). *Hukukun temel kavramları* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınları.

- Kuzu, B. (1996). İdare ajanının şahsi sorumluluğu. *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 14, 69-74.
- Odyatmaz, Z., Kaymak, Ü. ve Ercan, İ. (2012). *Anayasa hukuku idare hukuku* (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Onar, S. S. (1960). *İdare hukukunun umumî esasları C. III* (3. Bası). İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Oytan, M. (1999). *Hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu ve mücbir sebep anlayışında gelişmeler*. Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı Bilgi Servisi 4.
- Ozansoy, C. (1991). Türkiye idaresinin sorumluluğunda kamu hukuku erozyonu. *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı* (ss. 73-87) İçinde. Ankara: Danıştay Yayınları.
- Özdemir, N. (1963). *Hizmet kusuru teorisi ve idarenin sorumluluğu*. Ankara: Yeni Desen Matbaası-İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları.
- Sancakdar, O. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sarıca, R. (1949). Hizmet kusuru ve karakterleri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, s. 858.
- Söyler, Y. (2010). Yargı kararları ışığında kişisel kusur. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 555-592.
- Şahin, E. (2001). Kuramda ve uygulamada idarenin tehlike ilkesi uyarınca sorumluluğu. *Adalet Dergisi*, S. 8, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/adalet_dergisi/sayi8/dergi.htm, 25.03.2013'te erişildi).
- Tan, T. (2011). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Turgut, T. (2011). İdare hukukunda kamu görevlisine rücu. *Adalet Dergisi*, S. 39, 185-203. http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/39.sayi/10_44_19.htm, 25.03.2013'te erişildi).

- Türk, M. ve Sürer, M. (2001). *İdare hukuku el kitabı*. Ankara: Eylül Kitap ve Yayınevi.
- Yayla, Y. (1985). *İdare hukuku*. İstanbul: Filiz kitabevi.
- Yıldırım, T. (2010). *İdari yargı* (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Yılmaz, E. (1996). *Hukuk sözlüğü* (15. Baskı). Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları.
- Yüksel, E. (1973). *Danıştay'da açılacak tazminat davaları, ikinci kitap: Esas, idarenin hukuki sorumluluğu*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık.
- Zabunoğlu, Y. K. (1982). *İdari yargı hukuku dersleri, teksir*. Ankara:
- Wadood, S. (2009). *İdarenin sorumluluğunu gerektiren zarar kavramı*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

YASALAR

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (20 Temmuz 1972). *Resmi Gazete*, 1602/14251.

Danıştay kanunu (31 Aralık 1964). *Resmi Gazete*, 521/11896.

Devlet Memurları Kanunu (23 Temmuz 1965). *Resmi Gazete*, 657/12056.

İdari Yargılama Usulü Kanunu (20 Ocak 1982). *Resmi Gazete*, 2577/17580.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (9 Kasım 1982). *Resmi Gazete*, 2709/17863.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (20 Temmuz 1961). *Resmi Gazete*, 334/10859.