

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAPSAMINDA
SOSYAL RİSK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

BUSE SAKAR

21620246

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. Mehmet Emin AKGÜL

ANKARA
2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde Buse SAKAR tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 13.01.2020

Tez Adı: İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SOSYAL RİSK İLKESİ

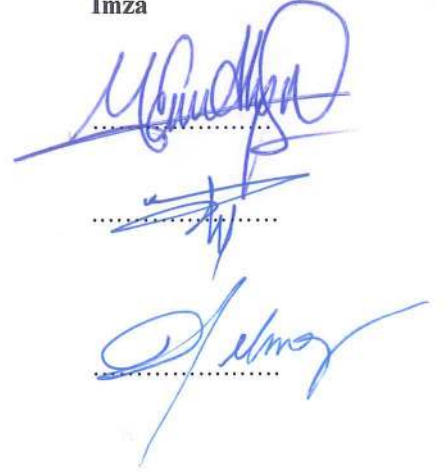
Tez Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı - Soyadı, Kurumu)

Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL (DANIŞMAN) Başkent Üniversitesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ Başkent Üniversitesi

Doç. Dr. Dilşat YILMAZ Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi

İmza



ONAY

Prof. Dr. İpek KALEMCİ TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 26 / 12 / 2019

Öğrencinin Adı, Soyadı: Buse SAKAR

Öğrencinin Numarası: 21620246

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

Tez Başlığı: İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SOSYAL RİSK İLKESİ

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 150 sayfalık kısmına ilişkin, 26/12/2019 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 14'dür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1.Kaynakça hariç
- 2.Alıntılar hariç
- 3.Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 26/12/2019

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

ÖZET

İdarenin kusursuz sorumluluk halleri ve sosyal risk ilkesinin ele alındığı bu çalışmada, öncelikli olarak, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle bireylere verdiği zararlardan sorumlu olup olmadığı ve sorumluluğunun hangi temel ilkelere dayalı olduğu konuları ele alınmıştır. İdarenin mali sorumluluğu konusunda ortaya çıkan temel ilkeler olan kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk ilkelerinin tarihsel olarak ortaya çıkış süreçleri, gelişimleri, günümüzde geldikleri aşamalar ile bu ilkelerin uygulanabilmeleri için aranan şartlar ve uygulama halleri yargı kararlarından da örnekler verilmek suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

Kamu hizmetlerini sunma görev ve yetkisi ile donatılan idarenin faaliyetleri maddi aleme idari işlem veya idari eylem olarak yansımaktadır. İdarenin kusurlu eylem veya kusurlu işlemleri nedeniyle idare edilenler zarar görebilecekleri gibi, idareye herhangi bir kusur isnat edilemeyen idari işlem veya idari eylemler de idare edilenlerin zarar görmelerine neden olabilmektedir. Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi sonucu idare, daha fazla ve çok çeşitli kamu hizmetlerini üstlenmiş, yürüttüğü bu hizmetleri nedeniyle daha fazla eylem ve işlemler yaparak bireylerin karşısına çıkmıştır. Bu ise idarenin bireylere zarar verme ihtimalini sayısal olarak arttırmıştır. Hukuk devleti ilkesinin yanında sosyal devlet anlayışının kuvvet kazanması, idarenin sorumluluğu konusunda zarar gören kişiler lehine bazı gelişmeler yaşanmasına neden olmuş, yeni gereksinimler karşısında idarenin verdiği zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesi için farklı mesnetlere ihtiyaç duyulmuş ve idarenin bazı hallerde kusursuz olsa dahi neden olduğu zararlardan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Kusursuz sorumluluk anlayışının ilke ve özelliklerinin gerek zarar görenler, gerekse idare açısından hakkaniyete uygun neticeler doğuracak şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Kusursuz sorumluluğun özellik ve ilkelerinin ortaya konularak, bu sorumluluğun kapsamının adaletli çözümlere ulaşacak şekilde belirlenmeksizin uygulanması, zarar görenler ve idare açısından hakkaniyetli olmayan sonuçlar doğuracak, kritersiz ve kapsamı belirlenmeksizin yapılacak uygulama, bazı durumlarda zarar gören bireyin zararının karşılanmamasına neden olabileceği gibi, bazı durumlarda da idareyi, her tür zararı karşılamakla mükellef genel sigortacı veya teminatçıya dönüştürebilir.

Çalışmamızda idarenin kusursuz sorumluluğunun bir türü olarak kabul edilen risk ilkesi gereğince sorumluluğun kapsamı, bu sorumluluk türünün doğuşu, yargı kararları ışığında detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler :İdare Hukuku, Kusursuz Sorumluluk, Sosyal Risk İlkesi



ABSTRACT

In this study, where the flawless responsibilities of the administration and the social risk principle are discussed, first of all, whether the administration is responsible for the damages caused to the individuals by the transactions and actions of the administration during the execution of the public services and the basic principles of its responsibility are discussed. The historical emergence of the flaw liability and flawless liability principles which are the basic principles of the financial responsibility of the administration, their development, the stages they have come to the present and the conditions required for the implementation of these principles have been tried to be explained by giving examples from the judicial decisions.

The duties and powers of providing public services and the activities of the administration, which are equipped, are reflected to the material world as administrative or administrative action. Those who are led by the administration's misconduct or defective actions may be harmed, as well as administrative actions or administrative actions that cannot be attributed to the administration, may cause damage to the administrated. As a result of the adoption of the principle of social state, the administration has undertaken more and a wide variety of public services, has made more actions and transactions due to the public services it conducts and has come into contact with individuals more and came across them. This increased the probability of administration to harm individuals numerically. In addition to the principle of the rule of law, the strengthening of the social state understanding has led to some developments in favor of the people who suffer from the responsibility of the administration. should be accepted.

The principles and characteristics of the flawless understanding of responsibility need to be put forward in a way that results in equitable consequences for both the sufferers and the administration. Applying the characteristics and principles of flawless responsibility and determining the scope of this responsibility without reaching fair solutions, will lead to unjust consequences for the sufferers and the administration; , to cover any kind of damage to the general insurer or collateral. In this study, in accordance with the risk principle, which is accepted as a kind of perfect responsibility of the administration, the issue of perfect responsibility of the administration is discussed in a broad way and the place, the birth, development, the situations within the responsibility of

the administration in general, the principles and characteristics of this type of responsibility and doctrine and in the light of judicial decisions.

Keywords: Administrative Law, Faultless Responsibility, Social Risk Principle



İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
1.GENEL OLARAK İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU.....	4
1.1 İDARENİN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ	4
1.1.1 Sorumluluk Kavramı ve Türleri	4
1.1.2 İdarenin Sorumluluğu Fikrinin Ortaya Çıkışı.....	5
1.1.3. İdarenin Sorumluluğunun Türleri	8
1.1.3.1. İdarenin Kusura (Hizmet Kusuruna) Dayanan Sorumluluğu	9
1.1.3.1.1. Hizmet Kusurunun Özellikleri	15
1.1.3.1.1.1.Hizmet Kusurunun Asli Olma Niteliği.....	15
1.1.3.1.1.2. Hizmet Kusurunun Bağımsız Olma Özelliği.....	16
1.1.3.1.1.3. Hizmet Kusurunun Anonim Olma Niteliği	17
1.1.3.1.1.4. Hizmet Kusurunun Genel Olma Niteliği	20
1.1.3.1.2. Hizmet Kusuru Oluşturan Haller.....	20
1.1.3.1.3. Kişisel Kusur Kavramı ve Hizmet Kusuruyla İlişkisi	28
1.1.3.1.3.1. Kişisel Kusur Kavramı	30
1.1.3.1.3.2. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Arasındaki İlişki	36
1.1.3.2. Kusursuz Sorumluluk	37
1.2. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	38
1.2.1. Roma Hukukundaki Durum	38
1.2.2. Feodalite Döneminde Sorumluluk.....	40
1.2.3. Monarşiler Dönemi Devletin Sorumluluğu	40
1.2.4. Fransa’da İdarenin Sorumluluğu	41
1.2.4.1. 1789 (Fransız İhtilali) Öncesi Dönem-Mutlak Sorumsuzluk Dönemi.....	41
1.2.4.2. 1789-1873 Arası Dönem-Yumuşatılmış Sorumsuzluk Dönemi.....	42
1.2.4.3. 1872 Sonrası Dönem.....	44
1.3. TÜRK HUKUKUNDA İDARİ SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ ...	45
1.3.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem	45

1.3.2. Cumhuriyet Dönemi	47
İKİNCİ BÖLÜM	50
2. KUSURSUZ SORUMLULUK ANLAYIŞININ DOĞUŞU	50
2.1. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI	51
2.1.1. Eylem.....	51
2.1.2 Zarar.....	52
2.1.2.1. Zararın Özellikleri.....	56
2.1.3. Nedensellik Bağı (İllyet Bağı).....	58
2.1.4 Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Kapsamına Etki Eden Sebepler	60
2.1.4.1. Mücbir Sebep	60
2.1.4.2. Beklenmeyen Hal.....	63
2.1.4.3. Zarar Görenin Davranışı	67
2.1.4.4. Üçüncü Kişinin Davranışı.....	68
2.1.5. Zararın Tazmini ve Tazminatın Hesaplanması.....	70
2.1.5.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması	71
2.1.5.1.1. Mala İlişkin Zararlarda Maddi Tazminat	73
2.1.5.1.2. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat.....	73
2.1.5.1.3. Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Maddi Tazminat.....	79
2.1.5.2. Manevi Tazminatın Hesaplanması.....	84
2.1.5.2.1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat	88
2.1.5.2.2. Cismani Zararlarda Manevi Tazminat.....	89
2.1.5.2.3. Kişilik Haklarının İhlalinde Manevi Tazminat	89
2.2 İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU OLARAK SOSYAL RİSK İLKESİ	90
2.2.1 Risk İlkesinin Doğuşu ve Gelişimi.....	90
2.2.2. Genel Olarak Risk İlkesinin İdarenin Kusursuz Sorumluluğundaki Yeri Ve Risk Kavramı	93
2.2.2.1. Risk Kavramı ve Risk Sorumluluğunun Tanımı.....	94
2.2.3. Sosyal Risk Kavramı	96
2.2.4. Sosyal Risk İlkesinin Temeli Ve Sınırları	97
2.2.5. Sosyal Risk İlkesinin Özellikleri	98
2.2.5.1. İllyet Bağının Aranmaması	98
2.2.5.2. Sorumluluğun İdareye Yüklenebilmesi	99
2.2.5.3. Zararın Bir Arada Yaşamanın Kaçınılmaz Sonucu Olması	100

2.2.6. Sosyal Risk İlkesinin Diğer Sorumluluk İlkelerinden Farkları	100
2.2.7. Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması	102
2.2.7.1. Fransa Örneğinde Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması.....	102
2.2.7.2. Türkiyede Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması.....	103
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	105
3. SOSYAL RİSK İLKESİ İLE KARŞILANAN İDARİ DAVALAR	105
3.1. 5233 Sayılı Kanunun Hazırlanmasına Götüren Süreç.....	105
3.2. 5233 Sayılı Kanunun Amacı	105
3.3. 5233 sayılı Kanunun Kapsamı	107
3.4. Zarar Tespit Komisyonları	107
3.4.1. Zarar Tespit Komisyonlarının Oluşumu.....	107
3.4.2. Zarar Tespit Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları	108
3.4.3. Zarar Tespit Komisyonlarının Görevleri	110
3.5. Zararın Tespiti ve Karşılanması	111
3.5.1. Zararın Tespiti	111
3.5.2. Yapılacak Ödemeler ve Zararın Karşılanma Şekli	112
3.5.2.1. Mala İlişkin Zararlarda Ödemeler.....	112
3.5.2.2. Cismani Zararlarda ve Ölüm Nedeniyle Doğan Zararlarda Ödemeler ..	113
3.5.2.3. Zararın Karşılanmasına İlişkin Sulhname.....	114
3.6. Danıştay Kararlarında Sosyal Risk	116
3.6.1. Danıştay Kararlarında Kitle Hareketleri.....	116
3.6.2. 1990 Öncesi Danıştay İçtihatları	117
3.6.3. 1990 Sonrası Danıştay İçtihatları	119
3.6.4. 2005 Sonrası Danıştay İçtihatları	120
SONUÇ.....	122
KAYNAKLAR.....	132

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları
BK	: Borçlar Kanunu
DKM	: Doğa Koruma Merkezi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
EKO	:Ekokardiyografi
E.T.	: Erişim Tarihi
İDKK	: İç Denetim Koordinasyon Kurulu
İDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
Kn.	: Kanun
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TR	:Türkiye
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
Vb	: Ve Benzeri
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

GİRİŞ

Hukuki bir kavram olarak sorumluluk, uyulması gereken kurallara aykırı fiiller nedeniyle istenmeyen sonuçlara katlanması, zarar doğurucu eylemi gerçekleştirenlerin, başkasının gördüğü zararları tazmin etmekle yükümlü tutulmasıdır. Sorumluluğun türü, pozitif hukukun hangi alanında düzenlenmiş olduğuna göre değişir. İdarecilerin halka ve onun temsilcilerine karşı sorumluluğu siyasi sorumluluk, kişilerin suç sayılan ve ceza yaptırıma bağlanan fiillerinden meydana gelen sorumluluğa cezai sorumluluk, hukuk kurallarına aykırı eylemleri nedeniyle bir kişinin diğer bir kişinin malvarlığına verdiği zararların, önceki duruma getirilerek tazmini ise hukuki sorumluluk olarak ifade edilmektedir.

Hukuki sorumluluk kavramı içerisinde yer alan idari sorumluluk ise, idarenin kişilere verdiği zararların tazmin edilmesidir. İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bireylere verdiği zararlardan sorumlu tutulması idarenin mali sorumluluğunun temeli olduğu gibi hukuka bağlı idarenin ve hukuk devletin gereğidir. Hukuk devleti ilkesinin bir ülkede yerleşebilmesi, öncelikle hukuka bağlı ve mali sorumluluğu kabul edilmiş bir idarenin varlığı ile idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargısal denetime tabi tutulmasına bağlıdır.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesi için bu denli önemli olan idarenin mali sorumluluğu zaman içerisinde gelişerek bugünkü aşamaya gelmiştir. Mutlak monarşi döneminde egemen devlet düşüncesi ve devletin sorumsuzluğu anlayışı hakim iken, zamanla bu anlayış terk edilmiş ve kamu hizmetlerindeki gelişmelere paralel olarak idarenin kusurlu olduğu işlem ve eylemlerinden doğan zararlardan sorumluluğu anlayışı kabul görmeye başlamıştır. İdarenin hizmet kusuruna bağlı sorumluluğu olarak da ifade edilebilecek bu anlayış, sanayi ve teknolojik gelişmelere paralel olarak idarenin faaliyetlerinin çoğalması, karmaşıklaşması ve buna bağlı olarak da bireylerin uğradıkları zararların artması sonucunda yetersiz hale gelmiş ve kusursuz sorumluluk ilkesinin doğmasına yol açmıştır.

Hükümet şekli teokratik monarşi niteliğinde olan Osmanlı Devleti'nde Tanzimata kadar devletin sorumsuzluğu ilkesi varlığını korumuş, Tanzimat Fermanı'nın yayınlanması ve Devletin kurulması ile devletin sorumluluğu hususundaki ilk adımlar atılmış ancak uygulamada çok fazla bir sonuç elde edilememiştir. Hukuk devleti ve idari sorumluluğun gerçek anlamda doğması ve gelişmesi Cumhuriyet döneminden sonra

olmuştur. 1924 Anayasası ile idari davalara bakma ve idari uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisinin Devlet'e verilmesi ile idari dava kavramı hukuk literatürümüze girmiş, 1961 Anayasası'nda da idarenin sorumluluğu ilk defa anayasada düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda da tıpkı 1961 Anayasasında olduğu gibi "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmü ile idarenin sorumluluğu anayasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak, gerek Anayasa'da gerekse yasalarda idarenin sorumluluğunun dayanağı ve koşulları ile ilgili ayrıntılara yer verilmemiştir. Bu konudaki boşluk sosyal ve teknolojik gelişmelere paralel olarak yargısal içtihatlarla giderilmeye çalışılmıştır.

İdarenin sorumluluğunun dayanağı ve koşulları konusunda var olan boşluğun doldurulması konusunda önemli bir görev üstlenen Danıştay, ilk yıllarda verdiği kararlarda idarenin sorumluluğuna karar verme konusunda tutucu davranmış, yalnızca kanunda açık bir düzenlemenin bulunduğu veya olayın niteliği gereğince idarenin açıkça tazminata mahkum edilmesini gerektiren durumlarda idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiş, diğer hallerde tazminat taleplerinin reddi yönünde kararlar vermiştir. 1961 Anayasası'nın getirdiği idari sorumluluk anlayışının Danıştay içtihatlarına yansımaları zaman almıştır. 1961 Anayasası'ndan sonra da idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun varlığı aranmış, kusur görülmeyen olaylarda kusursuz sorumluluk ilkesine gidilmeden tazminat talepleri reddedilmiş ancak, kusursuz sorumluluk ilkesi daha sonraki yıllarda geniş olarak uygulanmaya başlanmıştır.

1961 ve 1982 Anayasalarında idarenin sorumluluğu ilkesi belirtilmekle yetinilmiş, idarenin sorumluluğunun dayanağına değinilmemiştir. Özel hukuktaki kusur ilkesinin subjektif nitelikte ve gerçek kişilere özgü kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi öznel niteliklerinin bulunması nedeniyle idarenin sorumluluğunun temelini oluşturması mümkün olmamıştır. İdarenin sorumluluğunun temeli olarak eşitlik, imkan ve fırsat eşitliği, sosyal devlet, hukuk devleti, kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi ilkeler ileri sürülmüş ise de, idarenin mali sorumluluğunun koşullarının birbirinden farklı çeşitli sorumluluk nedenlerine dayanması dolayısıyla bu ilkelerden hiçbirisi diğerlerine nazaran üstün olmamış, her bir görüş ile ilgili farklı eleştiriler getirilmiştir. Bununla birlikte, somut olayda idarenin sorumluluğunun hangi temele dayandığından çok, tazmin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı daha fazla önem kazanmıştır.

İdarenin tazmin sorumluluğunun oluşabilmesi için öncelikle idari nitelikte bir eylem ya da işlem olmalı, bu eylem ve işlemde zarar doğmalı, idarenin eylem ve işlemi

ile kişilerin zararları arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu koşullar, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu için gerekli koşullardır. Ancak, idarenin tazminatla yükümlü tutulabilmesi için bu genel şartların varlığı tek başına yeterli değildir. Zararın ortaya çıkmasına neden olan idarenin işlem veya eylemi hizmet kusuru teşkil etmeli ya da kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasına elverişli olmalıdır. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi hallerinde uygulama alanı bulan hizmet kusuru idarenin sorumluluğunu doğuran temel unsurdur.

Başlangıçta idarenin sorumluluğunun tek nedeni kusur iken, günümüzde idarenin kusur sorumluluğunun yanı sıra kusuru olmadığı durumlarda da sorumlu tutulabileceği kabul edilmiş, kusursuz sorumluluk ilkesi giderek yaygınlaşmıştır. Karmaşık iktisadi faaliyetler nedeniyle ispat güçlüklerinin ortaya çıkması, teknolojik gelişmeler nedeniyle kusur ile zarar arasında orantısızlıklar oluşması ve teknolojik ilerlemelere bağlı olarak tehlikelerin artması nedenleriyle kusur sorumluluğu kişilerin uğradığı zararların gideriminde yetersiz kalmış, bu durum da kusursuz sorumluluğun ortaya çıkışını sağlamıştır.

Günümüzde devletin kusurlu sorumluluğunun yanı sıra kusursuz sorumluluğu da kabul edilmekte, idarenin kusursuz sorumluluğu risk sorumluluğu ve kamu külfetleri karşısında eşitlik şeklinde iki ilkeye dayandırılmaktadır. Risk sorumluluğu, idarenin hiçbir kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ve kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmasıdır. İdarenin, bünyesinde risk taşımayan bir faaliyeti nedeniyle kusuru olmasa da sorumlu olması ise kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması nedeniyle sorumluluktur. Bu iki kusursuz sorumluluk halinde, idarenin kusuru bulunmamakla birlikte zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağı bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1.GENEL OLARAK İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

1.1 İDARENİN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ

1.1.1 Sorumluluk Kavramı ve Türleri

Günlük dilde felsefi, ahlaki, siyasi, dini ve hukuki boyutlarıyla incelenen sorumluluk, sözlük anlamında “*Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, mesuliyet*” olarak tanımlanır. Hukuk terminolojisinde ise sorumluluk “*uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olunan bir suçun gerektiği cezayı çekme*”¹ anlamına gelmektedir.

Bir kişinin uğradığı zarar sonucunda malvarlığında meydana gelen eksikliğin, bir başka kişiye yüklenmesi mecburiyetinden doğan sorumluluk kavramının cezalandırma, tazmin etme gibi boyutları vardır. Bu anlamda hukuk düzeninde sorumluluk üç başlıkta incelenir: Siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve mali sorumluluk. Hükümetin, yönetilenlere karşı olan sorumluluğunu ifade eden siyasi sorumluluktur. Kişilerin, hukuk düzenini ihlal eden fiillerinden suç olarak tanımlananları neticesinde uygulanan müeyyideler ise cezai sorumluluğun kapsamını oluşturur. Hukuki sorumluluk olarak da adlandırılan mali sorumluluk ise bir kişinin başkasına verdiği zararın, kişinin mali dengesindeki bozukluğun giderilmesi amacıyla devlet aracılığıyla tazmin edilmesidir. Mali sorumluluk medeni ve idarisorumluluk olmak üzere iki çeşittir. Medeni sorumluluk, özel hukuk alanında kişilerin borç ilişkisi kaynaklı zararlarının karşılanmasıdır. Medeni sorumlulukta, sorumluluğun kaynağı haksız fiiller veya sözleşmelerdir. Medeni sorumlulukta zararın kural olarak aynen, mümkün olmazsa nakden karşılanması esastır. İdari sorumluluk ise, idarenin, faaliyetleri neticesinde kişilere verdiği zararı tazmin etmesidir.

¹YILMAZ, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayıncılık, Genişletilmiş 8.Baskı, Ankara, 2004, s. 1109.

1.1.2 İdarenin Sorumluluğu Fikrinin Ortaya Çıkışı

İdarenin eylem ve işlemleriyle neden olduğu zararlardan sorumlu tutulması fikri, çeşitli aşamalardan geçerek kabul edilmiş bir fikir olup, idarenin kusursuz olsa dahi bazı durumlarda verdiği zararlardan sorumlu tutulabileceği yönündeki anlayışın da yerleşmesi için belirli bir sürecin yaşanması gerekmiştir.

İlkel toplumlarda, yani sosyolojik olarak toplumun başlangıcında yer alan, toprağa bağlı olmayan topluluklarda bu günkü anlamda bir hukuk düzeni bulunmamakta, bir şahsın diğerine veya bir topluluğun diğer topluluğa yaptığı haksız eylemlerin giderilmesinin müeyyidesi cezalandırma şeklinde olmakta ve bu cezalandırma da daha çok intikam güdüsüne dayanmaktaydı.² İnsanlığın ilk devirlerinde kusur kavramı ve anlayışının gelişmemiş olması yanında, temel amacın zararın telafisi olması gibi nedenlerle kusurlu sorumluluk veya kusursuz sorumluluk gibi bir ayırım yapılmamakta, dolayısıyla böyle bir ayırım olmadığı için kusursuz sorumluluk müşahade edilebilmekteydi. Roma hukuku anlayışında ise haksız fiillerden doğan zararın tazmininde ise kusur kavramı kullanılmakta, haksız fiillerden doğan sorumluluk için kusur aranmaktaydı.³

Hukuki sorumlulukta kusur şartı aranması prensibi 19 uncu yüzyıla kadar geçerli olmuş, sanayi devrimi ve özellikle 19 uncu yüzyıldan itibaren yapılan büyük keşifler, sanayileşme, toplumsal ihtiyaçların çeşitlenmesi ve bu gelişmelere istinaden idarenin sunduğu kamu hizmetlerinin çeşitlenerek karmaşık hale gelmesi, başka şahısların zarar görme ihtimallerini arttırmış, bu gelişmeler insanların hayat, sağlık veya malvarlıkları açısından büyük tehlikeler doğurmuştur. Başlangıçta idarenin sorumluluğu için hizmet kusuru kavramı kullanılmış ise de endüstriyel ekonomik gelişme ve büyüme idarenin sorumluluğunda kıstas olarak kabul edilen hizmet kusuru kavramının yetersiz kalmasına neden olmuştur. İdarenin verdiği zararların tazmini noktasında sadece kusurlu sorumluluğun idare hukukuna uygulanması sonucu kavramsal olarak ortaya atılan hizmet kusuru kavramının uygulanması, adil olmayan neticeler doğurduğundan, idarenin kusur şartı aranmaksızın bazı durumlarda sorumlu tutulabileceği düşüncesi doğmuştur. Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile idare daha fazla ve çok çeşitli kamu hizmetlerini

²ODYAKMAZ, Zehra/ KAYMAK, Ümit/ ERCAN, İsmail; *İdari Yargı*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Basım, İkinci Sayfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008, s.186-187.

³YAYLA, Yıldızhan; *İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep*, İdare Hukukunda Sorumluluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul.

üstlenmiş, bunun sonucunda idare, yürüttüğü kamu hizmetleri nedeniyle daha fazla eylem ve işlemler yaparak bireylerle daha fazla temas etmiş ve bireylerin karşısına çıkmıştır. Bu ise idarenin bireylere zarar verme ihtimalini sayısal olarak arttırmıştır.⁴ Hukuk devleti ilkesinin yanında sosyal devlet anlayışının kuvvet kazanması, idarenin sorumluluğu konusunda zarar gören kişiler lehine bazı gelişmeler yaşanmasına neden olmuş, sosyal devlet anlayışı gereği idarenin faaliyet alanının genişlemesi, toplumsal ihtiyaçların çeşitlenerek karmaşık hal alması, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında teknolojik gelişmelerin kullanılması, araçların artması idari teşkilatın daha da karmaşık bir hal alması nedenleriyle, idarenin eylemlerinden zarar gören kişilerin, söz konusu zararın idarenin kusurundan kaynaklandığını ispatlamamaları oldukça güçleşmiştir. Ayrıca bazı kişilerin diğer kişilere nazaran daha ağır ve belirgin zararlara maruz kalmaları, bu zararları onların üzerinde bırakmamak gerektiği yönünde sosyal adalet fikirlerini geliştirmiştir.⁵ Devletin ve idarenin toplumun yararını gerçekleştirmek için yaptığı eylem ve işlemlerin faydasından tüm toplum faydalanırken bu faaliyetlerin bazı kişileri özel ve önemli ölçüde zarara sokması durumunda bu zararın toplum kasasından ödenmemesinin adaletli bir sonuç olmayacağı ileri sürülmüştür.⁶

Ortaya çıkan yeni gereksinimler karşısında idarenin verdiği zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesi için kusur kavramından farklı mesnetlere ihtiyaç duyulmuş, bu ihtiyacın nedeni olarak da özellikle kusura dayanan sorumlulukta zarar gören kişilerin kusuru ispatlamak zorunda olmaları ancak, bunun yanı sıra idarenin kusurunun ispatının, idare ile idarenin sunduğu kamu hizmetlerinin karmaşıklaşan yapısı, şekli ve kullanılan araçların nitelikleri gereği pek mümkün olmaması veya çok zor olması ileri sürülmüştür.⁷ Bu gelişmeler bütün olarak idare hukukunda kusursuz sorumluluk anlayışının doğmasına neden olmuştur.

Sorumluluk konusunda kusur ilkesi, XVIII. yüzyılın sonlarına kadar özel hukukta sorumluluğun tek kaynağı olarak görülmekte iken, idare hukukunda XIX. yüzyıl başlarına kadar sorumluluğun tek kaynağı olarak görülmüştür.⁸ Sorumluluk hukukunda, temel yaklaşım olarak kusurlu sorumluluk esası geçerli iken yukarıda açıklanan bir kısım gelişme

⁴ULUSAN, İlhan; *Tehlike Sorumluluğu Üstüne* Mukayeseli Hukuk Dergisi, İstanbul, 1970 s.35.

⁵YAYLA, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 352-353.

⁶ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; *İdari Yargı Hukuku Dersleri*, Cilt I, Ankara, 2012, s. 260.

⁷ZABUNOĞLU; a.g.e. ,s. 261.

⁸ÖZGÜLDÜR, Serdar; *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1966, s.81.

ve gerekçelerle tazminat hukukunda sosyal nitelik⁹ ve düşünceler ağır basmaya başlamış, kusuru bulunmasa dahi bazı durumlarda zarar verenin bu zararlardan sorumlu tutulabileceği anlayışı doğmuştur. Özellikle XVIII. yüzyılın sonlarından itibaren sanayi gelişmeye başlamış, makineleşme artmış, enerji kaynakları çeşitlenmiştir. İnsanlar büyük ve kalabalık şehirlerde toplanmış, teknolojinin ilerleyerek karmaşıklaşması tehlikeleri de beraberinde getirmiştir. Tüm bunların sonucunda da sorumluluk şartı olarak kusur aranması adil olmayan sonuçlar vermiştir. Çünkü bu durumlarda karmaşık yapı ve ilişki içerisinde kusurun kimden veya nereden kaynaklandığını tespit ve ispat güçlükleri ortaya çıkmıştır.¹⁰ İşte bu nedenlerle bir kimseyi kusuru olmasa dahi neden olduğu zararlardan sorumlu tutabilmenin dayanaklarını açıklayan bazı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşımlar kusursuz sorumluluğun temelini açıklayan teoriler olarak adlandırılmışlardır.¹¹

İdarenin eylem ve işlemleriyle meydana getirdiği zararları tazmin ederek zarar gören üzerinde bırakmaması temel ilke olarak kabul edilmekle beraber, idarenin sorumluluğunun hukuki gerekçesi yasal düzenlemelerde yer almamış, konuya ilişkin tespitler doktrine bırakılmıştır. İdarenin sorumluluğu, hiçbir kayıt ve şarta bağlanmayan genel bir sorumluluk olmayacağına göre kişilerin hangi hallerde idareden zararlarının tazminini isteyebileceklerini belirleyebilmek için idarenin sorumluluğunun temeli saptanmalıdır.¹² İdarenin sorumluluğunun temeline ilişkin olarak doktrinde “nimet ve külfetlerde eşitlik”, “imkân ve fırsat eşitliği”, “sosyal devlet ilkesi” ve “hukuk devleti ilkesi” gibi dayanaklar bulunmuştur.¹³ Bahsedilen bu dayanaklardan hiçbirisi tek başına konuyu açıklamakta yeterli olmamıştır.

Birey ve devlet arasındaki ilişkide, devletin birey üzerindeki otoritesi nedeniyle bireyin uğradığı zararlarda bireyin mağduriyetinin giderilmesi, devlet karşısında bireyi öncelikli tutan hümanist düşünce akımı sayesinde eşitlikçi ve özgürlükçü devlet yapılarına geçişle ortaya çıkan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsurudur. Anayasa Mahkemesinin de birçok kararında belirttiği gibi hukuk devleti, “*temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hakların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen*

⁹ ÖZGÜLDÜR; a.g.e. s.83.

¹⁰ TANDOĞAN, Haluk; *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981, s. 2-3.

¹¹ ÇAĞLAYAN, Ramazan; *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s.45.

¹² DURAN, Lütfi; *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara, s.12.

¹³ DURAN; a.g.e., s.11-22; ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 120–128.

kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan”¹⁴ devlettir. Hukuk devleti anlayışı, meydana getirdiği zararlardan devleti sorumlu tutmanın yanında zarar doğuran faaliyetlerden de kaçınmayı gerekli kılmıştır. Ancak bu aşamada salt hukuk devleti anlayışı idarenin sorumluluğunun temellendirilmesinde yeterli olmamaktadır. Sosyal adalet ve fırsat eşitliğinin sağlanması olarak ifade edilen sosyal devlet ilkesi de sadece hukuka aykırı eylemlerden değil hukuka uygun fakat tehlikeli eylem ve işlemlerden doğan zararların da idarenin sorumluluğunda olacağını ortaya koyarak sorumluluğun kapsamını genişletmiştir¹⁵

İdarenin sorumluluğunun temelini, tazmin borçlusu ve alacaklısı arasındaki genel ilişkide aranması gerektiğini belirten Duran, sosyal adalet amacına yönelmiş imkân ve fırsat eşitliği ilkesine dayanmıştır. İmkân ve fırsat eşitliği ilkesi, hem devletin bireylere sunması gereken temel hakları içermekte hem de devlete, bireylere bu hakları sunma ödevi yüklemektedir. Böylelikle tazminat alacaklısı ve borçlusu arasında genel bir hukuki ilişki kurulmaktadır.¹⁶

Hukukun üstünlüğünün sağlanmasında idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararların giderilmesi, cezai bir nitelik taşımayan ve özel hukuktan bağımsız olarak kamusal nitelikli idari sorumluluk alanını oluşturmaktadır. İdarenin sorumluluğunu sağlamada en etkili yollardan birisi olan tam yargı davalarında; idari işlem, eylem ya da sözleşmelerden hakları muhtel olanlar tarafından ihlal edilen hakkın yerine getirilmesi veya uğranılan zararın giderilmesi istenir.¹⁷Özel hukuktan bağımsız olan idari yargı, kendine has bir sisteme sahip olarak tam yargı davalarını sonuçlandırabilmektedir.

1.1.3. İdarenin Sorumluluğunun Türleri

Sorumluluk kavramına farklı hukuk dalları kendi ilgilerine göre farklı açıdan bakmakta ve sorumluluk kavramını farklı değerlendirmektedirler. Ceza Hukuku daha çok faili ve fiili dikkate alarak faili cezalandırmakta, ancak bunu yaparken öç almak, faile acı

¹⁴Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve 2006/79 E., .2009/97 K. sy. Kararı, RG, 13.11.2009, S.27405;benzer yönde Anayasa Mahkemesi, 25.5.1976 tr. ve 76/1 E., 76/28 K. sy. Kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E. T. 24.05.2019

¹⁵ BAŞ, Zuhâl Bereket; *İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanmasının Aracı Olarak Tam Yargı Davaları*, *İdari Yargı Panel*, Türkiye Barolar Birliği, Mersin Barosu, 11–12 Nisan 2003, s.316–318.

¹⁶ DURAN; a.g.e., s.16, 17.

¹⁷GÖZÜBÜYÜK, Şeref; *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitapevi, Güncelleştirilmiş 25. Baskı, Ankara, Ağustos 2006, s. 265.

veya ızdırap yaşatmak amacıyla hareket etmemektedir. Medeni hukuk ve dar anlamda tazmin konusuyla ilgilenen borçlar hukukunun sorumluluk kavramına yaklaşımı ise bir şahsın başka bir şahsa vermiş olduğu zararı karşılaması ile ilgilidir. Özel hukuktaki bu sorumluluk anlayışı zamanla idare hukuku alanına yansımış, idare hukukunun özellikleri nazara alınarak, idarenin eylem ve işlemleri ile idare edilenlere verdiği zararları tazmin etmesi gerektiği anlayışı doğmuş, bu anlayış sonucunda özel hukuktan ayrı kendine özgü bir sorumluluk türü geliştirilmiştir.¹⁸

1.1.3.1. İdarenin Kusura (Hizmet Kusuruna) Dayanan Sorumluluğu

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu, tarihsel olarak ilk ortaya çıkan sorumluluk rejimidir. İdarenin kusura dayanan sorumluluğu “hizmet kusuru” kavramı çerçevesinde açıklanmaktadır.¹⁹ Çünkü idarenin kusura dayanan sorumluluğunda zarar verici eylemi bizzat ifa eden kamu görevlilerinin kusurundan bağımsız, hizmetin kuruluşundan ya da işlemesinden kaynaklanan bir kusur söz konusudur. “Başka bir anlatımla, yasalarla kendisine görev olarak verilen kamu hizmetinin işlemesini sağlayacak örgütü kurmak, gerekli organizasyonu sağlamak, denetimleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlü olan idarelerin, bu yükümlülüklerini gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik hallerinde idarenin hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir.”²⁰ “Hizmet kusuru: Bir amme hizmetinin ihdasında, kuruluşunda, işleyişinde müşahade olunan ve fakat muayyen ve müsemma bir şahsa, ajana, memura isnadı kabil olmayan anonim bir kusur, yani faili bilinmiyen, belli olmayan, daha doğrusu bir idare ajan veya memurunun şahsından ziyade bizzat idarede -yani idare personelinin heyeti mecmuasında, idarenin teşkilatında, bünyesinde, nizamında, işleyişinde- aranması lazım gelen ve bundan dolayı bizzat idareye atıf ve izafesi gereken herhangi bir yolsuzluk, sakatlık, aksaklık, bozukluktur”.²¹

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut; *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s. 283.

¹⁹ İdarenin kusura dayanan sorumluluğunu “hizmet kusuru” kavramı çerçevesinde ele almanın pek uygun olmadığı görüşü dile getirilmiş ve bu kavramın kullanımı çağdaş yazarlar tarafından reddedilmiştir. Bkz. René Chapus, *Droit administratif général*, 2 c, Paris, 15. éd., GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku*, C.II, s. 1057-1162.

²⁰ D. 13. D, 2005/2625 E., 2005/5753 K., 02.12.2005 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.05.2019

²¹ SARICA, Ragıp; *Hizmet Kusuru ve Karakterleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XV, İstanbul, 1949.

Özel hukukta kusura dayanan sorumluluğun, hem hukuka aykırılık gibi nesnel, hem de “dikkatsizlik”, “ihmal”, “kasıt” gibi sübjektif yönleri vardır.²² Bu şekilde, kusuru nedeniyle zarar verici davranış belirli bir kişiye bağlandığı için borçlar hukukunda kusurdan sorumluluk kavramı yerine “sübjektif sorumluluk” kavramı da kullanılmaktadır.²³ Buna karşın idari sorumlulukta kusur nesnel ve objektif nitelikte olduğundan hizmet kusurunun gerçekleşmesi halinde kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi öğeler aranmadan idarenin sorumluluğuna gidilmektedir.²⁴

Kamu tüzel kişileri, diğer tüzel kişiler gibi organlarıyla hareket ederler. Bu nedenle kamu tüzel kişilerinin kusurdan sorumluluğu da diğer tüzel kişilerde olduğu gibi kendilerini temsil eden veya kendileri adına hareket eden kimselerin zarar verici davranışlarından sorumluluğudur. Ancak bu zarar verici davranışlar “hizmetten ayrılabilen”²⁵ bir nitelik arzemedikleri müddetçe idare, kendisi adına hareket eden kimselerin eylem ve işlemlerinden sorumludur. İdare adına hareket eden kimselerin kusurlu olup olmadıkları da idari sorumluluk bakımından rol oynamaz.²⁶ Hatta idarenin hizmet kusuru esasına dayalı olarak sorumlu sayılabilmesi için idare adına hareket eden kimselerin istihdam edilmiş olması da zararın tazmini bakımından bir farklılığa yol açmaz. Acele hallerde kamu düzeninin sağlanmasına veya kamu hizmetinin sunulmasına yardımcı olan arızı işbirlikçilerle fiili memur teorisi bunun tipik örnekleridir.²⁷

İdarenin hizmet kusuru ya da tehlike esasına göre sorumluluğuna hükmedilen hallerde idareyi temsilen hareket eden organ ve kişilerin şahsi sorumluluğu söz konusu olmaz. Kişisel kusurun tespit edildiği hallerde ise idarenin birlikte sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Ancak idarenin sorumluluğu ile onun adına hareket eden kişilerin şahsi sorumluluğu farklı hukuki esaslara tabidir. İdarenin sorumluluğu kamu hukukuna, idare adına hareket eden kimselerin şahsi sorumluluğu özel hukuka göre tayin ve tespit edilir.²⁸

²² GÖZÜBÜYÜK / TAN; a.g.e., C. II., s. 747

²³ EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2012, s. 493

²⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN; a.g.e., C. II., s. 749

²⁵ AYİM 2. D, 1987/183 E., 1987/189 K., 14.11.1987 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.05.2019

²⁶ D. 12. D, 968/2424 E., 969/1911 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.05.2019

²⁷ GÖZLER; a.g.e., s.743.

²⁸ OĞUZMAN, M.Kemal/ ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 9. Baskı, C.2, Vedat Kitapevi, İstanbul, 2012, s. 52

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu için hizmet kusuru kavramının kullanılması bir karışıklığa yol açabilir. Sadece kamu hizmetinden değil, kolluk faaliyetinden kaynaklanan zararlar da hizmet kusuru esasına tabi olarak tazmin ettirilebilir. Dolayısıyla kamu hizmeti dışındaki idari faaliyetlerin kuruluşundan ve işleyişinden kaynaklanan aksaklıklar da hizmet kusuru kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir.²⁹

İdarenin sorumluluğu kavramı, idari sorumluluk kavramı ile aynı olmayıp, idarenin sorumluluğu kavramı idarenin idari sorumluluğunu ve idarenin özel hukuk sorumluluğunu da kapsamaktadır. İdarenin özel hukuk sorumluluğu idarenin medeni sorumluluğu olarak da nitelendirilmektedir. İdarenin özel hukuk sorumluluğu idarenin özel hukuka tabi olan sorumluluğu iken, idarenin idari sorumluluğu ise idarenin idare hukukundan yani kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluğudur.³⁰ İdarenin kusurlu sorumluluğu ile kastedilen, idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdarenin sorumluluğunda, kusurlu sorumluluk genel hüküm niteliğindedir. Bir başka ifade ile idarenin sorumluluğunun, kusurlu sorumluluk olması kural, kusursuz sorumluluk olması ise istisnadır. Geleneksel idare hukuku öğretisi ve içtihatlarında idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan “kusur (faute)” hep “hizmet kusuru (faute de service)” olarak algılanmış ve kullanılmıştır.³¹

İdarenin, kamu hukukuna yani idare hukukuna tabi sorumluluğu kural olarak idarenin eylem ve işlemleri ile idari sözleşmelerden doğar.³² Bu çerçevede idarenin hukuki sorumluluğu, akdi idari sorumluluk ve sözleşme dışı idari sorumluluk olarak tasnif edilebilir. İdare hukukunda idarenin idari sözleşmelerden doğan sorumluluğu, idari sorumluluk başlığı altında değil, ayrı ve müstakil olarak idari sözleşmeler başlığı altında incelenmektedir.³³ İdare kamu hizmetlerini yerine getirirken, idare hukukunun kendisine tanıdığı üstün hak ve yetkileri kullanarak yaptığı işlem ve eylemler nedeniyle başka şahısların zarar görmesine neden olabilir. İdarenin eylem ve işlemleri ile başkalarına

²⁹GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, s. 369.

³⁰GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku*, Cilt I-II, Ekin Yayınları, Bursa, s.942

³¹NOHUTÇU, Ahmet; *İdare Hukuku*, İkinci Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2009, s. 385

³²DİKİCİ, Fatih; *Anayasa Hukuku İdare Hukuku- İdari Yargılama UsulHukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 279.

³³ÇAĞLAYAN, a.g.e. s.23

verdiği zararları tazmin etmekle yükümlü tutulması idarenin sözleşme dışı sorumluluğu olarak ifade edilir.³⁴

İdarenin sorumluluğu kabul edilirken, kişilerin uğradığı her zararın, her zaman idare tarafından tazmin edilmesi gibi bir sonuca neden olunmamalıdır. Yani idarenin sorumluluğu belirli koşullara ve ilkelere bağlanmalı, ancak belirli koşulların varlığı halinde idarenin sorumlu olacağı kabul edilmeli, idarenin sorumluluğu her türlü zararın karşılandığı genel bir zarar sigortasına dönüştürülmemelidir. İdarenin idare hukukundan kaynaklanan, idari sözleşmeler dışındaki hukuki (mali) sorumluluğunun temelinde “kusur” kavramı yatmaktadır.³⁵

Kusur kavramı özel hukuk alanında ortaya çıkmış ve sonradan idare hukukunun esas ve ilkelerine göre idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde de kullanılmıştır. Devletin sorumluluğu konusunda özel hukuk hükümlerinin tam olarak uygulanma kabiliyetlerinin olmaması, idarenin sorumluluğu konusunda yeni arayışlar başlatmış ve hizmet kusuru teorisinin doğumuna neden olmuştur.

İdarenin kusura dayalı sorumluluğunun, idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı eylem ve işlemler nedeniyle neden olduğu tüm zararların karşılandığı adeta genel bir zarar sigortası niteliğinde sorumluluğa dönüşmesine engel olmak bakımından bir sorumluluk şartı olarak ortaya atılan hizmet kusuru, değişik şekillerde tanımlanmakla birlikte en geniş tanımlama; *“Hizmet kusuru İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde- gereken emir, direktif, ve talimatın verilmemesi, nezaret, mürakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis edilen 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.”*³⁶ şeklinde yapılmıştır.

Doktrinde birçok yazar, Sarıca’nın yaptığı tanımı biraz daha sadeleştirerek ve hizmetin her türlü idari görev ve faaliyeti kapsadığını akılda tutarak, hizmet kusurunu genellikle, “idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da

³⁴ GÖZLER; a.g.e., s. 936

³⁵ GÖZLER; a.g.e., s. 748

³⁶ SARICA, a.g.e., s. 4

işleyişindeki bozukluk ve aksaklık” olarak tanımlamaktadır.³⁷ Hizmet kusurunun ortaya çıktığı, haller ise yaygın olarak Duez’den beri gelen sınıflandırmayla açıklanmaktadır. Bunlar: Hizmetin fena (kötü) işlemesi (Culpa in commitendo); Hizmetin hiç işlememesi (Culpa in omittendo); Hizmetin geç işlemesi halleridir. Duez’in bu sınıflandırması, kimi zaman hizmet kusurunun tanımı yerine kullanılmaktadır.

Danıştay pek çok kararında yukarıdaki tanımlardan yararlanmışır. Danıştay bir kararında hizmet kusurunu, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi olarak, “... idarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi halleri”³⁸ şeklinde sıralarken, bir diğerinde, “İdare üstlendiği, kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi nedeniyle kişilere verilen zararın idarece giderilmesi zorunludur”³⁹ demiştir. Ancak uzunca zamandır (özellikle 2000’li yıllardan beri), kararlarında sıklıkla, hizmet kusurunu, her iki tanımı da kapsayacak biçimde, şöyle tarif etmektedir: “İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”⁴⁰

Özel hukukta kusur kavramını tanımlayabilmek için iyi bir aile babasının davranışları bir başka ifadeyle makul, mantıklı, normal ve dürüst bir insanın davranışları ölçüt olarak alınır ve incelenecek olan davranışın kusurlu olup olmadığı buna göre

³⁷ DURAN; a.g.e. s. 26; GÜNDAY; a.g.e. s. 369; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitapevi, Güncelleştirilmiş 25. Baskı, Ankara, Ağustos 2006, s. 292.

³⁸ Danıştay 10. Daire, T. 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2019

³⁹ Danıştay İDDGK, T. 17.01.1997, E. 1995/752, K. 1997/57, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2019

⁴⁰ Danıştay 13. Daire, T. 21.10.2015, E. 2010/1139, K. 2015/3519; Danıştay 15. Daire, T. 3.6.2014, E. 2013/4012, K. 2014/4612; Danıştay 10. Daire, T. 11.04.2012, E. 2008/11336, K. 2012/1405; Danıştay 10. Daire, T. 11.4.2012, E. 2008/11336, K. 2012/1405; Danıştay 10. Daire, T. 14.6.2011, E. 2007/3359, K. 2011/2296; Danıştay 10. Daire, T. 22.12.2006, E. 2004/1690, K. 2006/7348; Danıştay 10. Daire, T. 3.4.2001, E. 2000/227, K. 2001/1241, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2019

belirlenmeye çalışılır ve özel hukuktaki kusur genellikle belirli bir şahsa atfedilen kusurdur.⁴¹ İdari sorumluluğu belirleyen hizmet kusuru ise “*gayrı şahsi, objektif ve anonim bir kusurdur.*”⁴² Kusurun mutlak surette idarenin belli bir ajanına isnat edilmesi şart değildir. İdarenin sunduğu kamu hizmetinin kuruluşunda düzenlenişinde, işleyişinde bir aksaklık, düzensizlik, bozukluk varsa idarenin kusur sorumluluğu için aranan hizmet kusurunun mevcut olduğu sonucuna ulaşılır. Kusurun idarenin ajanı yönünden kişiselleştirilmesi gerekmez.⁴³

İdarenin sunduğu kamu hizmetinin örgütlenmesi, hizmetin nasıl ve ne şekilde sunulacağına ilişkin detaylar hukuki metinlerde düzenlenmiş ise, hizmetin standartları açıkça belirlenmiş olduğundan idarenin sunduğu hizmette kusur bulunup bulunmadığının tespiti, bu şekilde düzenlenmeyen hizmetlere nispeten daha kolay olacaktır.⁴⁴ Bir idarenin zarara neden olan herhangi bir eylem veya işleminde hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, işlem ve eylemlerini düzenli ve özenli şekilde yürüten bir idarenin tutum ve davranışlarının nasıl olduğuna/olması gerektiğine bakılarak yapılabilir⁴⁵

Duran, idarenin sorumluluğuna sebep olan aykırılıklara “idari kusur”, personelin kişisel sorumluluğuna sebep olan aykırılıklara da “kişisel kusur” denmesini tavsiye eder. Fakat Türkiye’deki doktrin, “hizmet kusuru”nu “hizmetin kusuru” anlamında benimsemiştir. Biz de “hizmet kusuru”nu, doktrinde benimsenen anlamına sadık kalarak, şimdilik “hizmetin kusuru” yerine kullanacağız. Bu konuda son olarak denilebilir ki, Türk hukuku açısından da “hizmet kusurundan sorumluluk” içtihadı dayanan bir sorumluluk ilkesi olmakla beraber; Türk içtihadının yarattığı bir nitelikte görülmez. Fransız uygulamasının geçirmiş olduğu evrimin sonuçları Türk Danıştay’ınca büyük ölçüde benimsenmiş ve kararları aracılığıyla Türk idare hukukuna aktarılmıştır.

⁴¹ ATAY, Ethem; *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2006, s. 60

⁴² SARICA, a.g.e., s. 4

⁴³ GÜNDAY, a.g.e, s. 369

⁴⁴ ATAY, Ethem/ ODABAŞI, Hasan/ GÖKCAN, Hasan Tahsin; *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Tazminat Davaları*, SeçkinYayınevi, Ankara, 2003, s. 68

⁴⁵ DURAN; a.g.e., s.27

1.1.3.1.1. Hizmet Kusurunun Özellikleri

Hizmet kusuru kavramının tarifi yapıldıktan sonra şimdi de, hizmet kusuru teorisinin, bu kavrama atfettiği nitelikleri araştıracağız. Danıştay, 2014 tarihli bir kararında bu nitelikleri genel olarak şöyle ifade etmektedir:

“Hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır⁴⁶

1.1.3.1.1.1.Hizmet Kusurunun Asli Olma Niteliği

Kusurdan kaynaklanan sorumluluk idare hukuku ilkeleriyle bağlıdır, borçlar hukukundaki haksız fiil kaidelerinden ve istihdam edenlerin sorumluluğundan farklıdır.⁴⁷ İdarenin, personelin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu asli ve doğrudan doğrudur, istihdam edenlerin çalışanlarından dolayı sorumluluğu ise dolayısıyladır. İdare, bu hükümlere dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. “Zarara uğrayan kimse, evvela ajan aleyhine dava açmak, hatta ajanı davaya dâhil etmek veya ödemedi aczini ispat etmek mecburiyetinde olmaksızın doğrudan doğruya idare aleyhine dava ikame edebilir... Mesul tek bir şahıs vardır. Ajanın hukuki şahsiyeti ortada görünmez”.⁴⁸ “Dolayısıyla, Türk Hukuku açısından, Borçlar Kanunu’nun [66. maddesinin] devletin sorumluluğu sorunda uygulanma olanağı yoktur”.⁴⁹ Asli olma niteliği, idarenin sorumluluğunda idarenin ajanlarının değil, doğrudan doğruya idarenin sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.

⁴⁶Danıştay 15. Daire, T. 23.1.2014, E. 2013/3732, K. 2014/137. Danıştay, benzer ifadeleri kullandığı bir başka kararında: “İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır” demektedir. Danıştay 10. Daire, T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939; Danıştay 15. Daire, T. 8.10.2015, E. 2015/3646, K. 2015/5732, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.06.2019

⁴⁷ ONAR, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966

⁴⁸ DUEZ, Paul; *Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti*, Çeviren İbrahim SENİL, Ankara 1950 s.17

⁴⁹ ZABUNOĞLU, a.g.e., S. 21

1.1.3.1.1.2. Hizmet Kusurunun Bağımsız Olma Özelliği

İdarenin sorumluluğu, “idare hukukuna has, nev’i şahsına münhasır, muhtar, müstakil, orijinal bir mefhumdur”.⁵⁰ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin meşhur “Blanco” kararında⁵¹ hizmet kusurunun bağımsız olma karakteri şöyle ifade edilmişti:

“Kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı kişilerce özel kişilere verilen zararlardan dolayı devlete düşen sorumluluk, Code Civil’de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler tarafından yönetilemez. Esasen genel ve mutlak olmayan bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişen özel kuralları vardır. Bu nedenle yukarıda açıkladığımız kanunlar çerçevesinde devletin sorumluluğuna karar verme konusunda görev idari yargı yerlerine aittir.”⁵²

Böylece bugünkü ayırımın temel kuralları bu kararlar belirlenmiştir. Yani bir kamu hizmetini yerine getiren idari faaliyetler esas olarak idare hukuku kurallarına tabidir ve kamu hukukunu ilgilendiren bir davaya mahal verir. Diğer bir deyişle, bu tür faaliyetlerden kaynaklanan bütün davalar adli yargının görev alanı dışında yer alır. Ancak bunun aksine, bir kamu hizmetinin işleminin temini olmayan ve özel hukuk kaidelerine tabi olan idari faaliyetten doğan davalar adli yargının görev alanına girmektedir⁵³

⁵⁰ SARICA; a.g.e, s.859. Sıddık Sami ONAR da benzer şekilde şöyle ifade eder: “Hizmet kusuru, müstakil bir karakteri haizdir... Kusurun bu nev’i idare hukukuna mahsus, müstakil ve orijinal bir mefhumdur.” (ONAR; a.g.e, s.1695.)

⁵¹ Karara konu olan olayda, devlet tarafından emanet usulü ile işletilen bütün işletmesinin işçileri tarafından kullanılan bir vagonet, caddeden geçmekte olan Agnès Blanco isimli, sekiz yaşındaki küçük bir çocuğa çarparak onun yaralanmasına sebep olmuştur. Çocuğun babası, Fransız Medeni Kanunu’nun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adli yargıda devlet aleyhine tazminat davası açmıştır. Davanın açıldığı mahkeme görev uyuşmazlığı kararı çıkarır ve dava Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelir. (CROZAT, Charles; *Fransız Amme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, çev. Ferit H. SAYMEN, C. 1, S. 3, Ağustos 1935, s. 281-302,

⁵² T. C. 08.02.1873, “Blanco”, Dalloz, 1873, s.17; Sirey, 1873, s.153. (Çev. İbrahim SENİL) DUEZ, 1873 tarihli “Blanco” kararının kendisinden önceki “Rothschild” kararındaki formülü izlediğini ve bundan daha iyi bir tesbite ulaştığını söylemektedir. 1855 tarihli “Rothschild” kararında mahkeme: “idarenin yürütmekle mükellef olduğu amme hizmetlerinin şartlarını kanunun hâkimiyeti altında düzenlemek yetkisi ancak idareye aittir. Devlet ve onun namına hareket eden birçok ajanlar ve hizmetlerden faydalanan fertler arasında amme hizmetleri dolayısıyla bu münasebetlerden doğan karşılıklı hak ve vecibelerin şümülünü ve mahiyetini bilmek ve takdir etmek de idareye aittir. Bu münasebetlerle hak ve vecibeler iki fert arasında olduğu gibi yalnız medeni hukuk kaideleri ve hükümleri ile düzenlenemez...” demektedir. (DUEZ, a.g.e., s.14-15)

⁵³ ZABUNOĞLU, a.g.e. s. 58

Kusurun kendisinin yalnız başına sorumluluğa esas oluşturamayacağı, niteliği gereği psikolojik bir mefhum olduğundan bahisle, idarenin kendisine asla atfedilemeyeceği iddiasında bulunan ve buna katılan yazarlar vardır.

Laubader'e göre "kusur... idarenin sebep olduğu zararı ödemekle yükümlü kılınması için esas değil, koşulu oluşturur." Onar, bir kısım yazarların kusurun, sorumluluğun esasını değil koşulunu oluşturduğunu söylediklerini ifade ederek, kanımızca Laubader'e atfen şunları aktarmaktadır: "Devletin kusura dayanan bu [mesuliyetin] medenî hukuktaki kusura dayanan [mesuliyetten] bu esaslı farklarını nazara alan bir kısım müellifler bu halde kusurun, [mesuliyetin] esasını değil şartını teşkil ettiğini söylemektedirler; gerçekten kusur mahiyeti itibariyle sübjektif hatta psikolojik bir mefhumdur. Bu bakımdan da psikolojik bir varlığı olmayan, ancak hükmî birer şahıstan ibaret bulunan devlet ve diğer idare hükmî şahısları için böyle bir kusur bahis konusu olmaz ve binaenaleyh bunların [mesuliyetinin] esasını da sübjektif ve psikolojik bir mefhum olan kusur teşkil edemez. Burada kusur, Devletin ve diğer idare hükmî şahıslarının ferdin zararlarını tazmin etmelerinin ancak bir şartını teşkil eder." ⁵⁴ Ancak ona göre bu oldukça teorik bir tartışmadır ve pekâlâ kusur, sorumluluğun esası sayılabilir.

Gözleridarenin sorumluluğunun ilkelerinin özel hukuk karşısındaki ilkelerden esas olarak farklı olduğuna katılmakla beraber, Vedel'in ifade ettiği şekilde "idari sorumluluğun maddi bakımdan özel hukuk karşısında özerkliği bakımından mutlak değil, nispi nitelikte..." ⁵⁵ olduğu yönündeki düşüncesini de dile getirir. Çünkü her ikisi bakımından benzerlikler de vardır. "Kusur", "tehlike" ve "manevi zarar" gibi kavramlar özel hukuktan alınmıştır. Elbette, bu tür benzerlikler mevcut olsa da bu, idarenin sorumluluğunun özel hukuk sorumluluğundan farklı bir niteliğe sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

1.1.3.1.1.3. Hizmet Kusurunun Anonim Olma Niteliği

İdarenin kusurdan dolayı sorumlu tutulması için kusurun "isim, cismen, malum ve muayyen bir şahsa, tayin ve teşhis edilen bir ajan ve memura atıf ve izafesine gerek yoktur." ⁵⁶ Çünkü daha önceki bölümlerde bahsedildiği üzere, sorumluluk hukukunda illiyet bağı aranmaktadır. Zarar ile zarar verdiği iddia edilen eylem arasında mutlaka bir bağlantı

⁵⁴ ONAR, a.g.e, s.1696.

⁵⁵ GÖZLER, a.g.e, s.1035.

⁵⁶ SARICA, a.g.e, s.860.

olmalıdır. Bu bağın yokluğu halinde, idarenin sorumluluğu da ortadan kalkar. Zira ortada bir zarar yokken idare, tazminat ödemeyeceği gibi, ortaya çıkan zarar idareye izafe edilemiyorsa da idare sorumluluktan kurtulur.

İdare hukukunda, bu illiyet bağının bir tarafında zararın kaynağı olarak idare yer alır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus ise, idarenin bir kamu görevlisi ya da bir kamusal ajan olarak kişi üzerinde değil, bir tüzel kişi üzerinde somutlaştırılmak suretiyle taraf gösterilmesidir. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın 129. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceğini hükme bağlamıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de, kamu personelinin görevleri sırasında verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları düzenlenmiş, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılacağı kuralı yer almıştır. Dolayısıyla hizmet kusurunu kanıtlayabilmek için, kusuru işleyen bir kamu görevlisi aramaya, onun şahsına atıf yapmaya gerek yoktur. Hizmetin kuruluşu veya işleyişindeki bir bozukluk veya aksaklığı tespit etmek yeterlidir. Duran'ın ifadesiyle, “idari sorumluluğa sebep olan aykırılıklar anonim sayılır, yani belli personele mal edilemez veya edilmez”⁵⁷ Hizmet kusurunun anonim niteliği gereği idare, kendisinin değil, ajanının kusurlu olduğunu söylemek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz⁵⁸

Conseil d'État'nın “*Anguet Kararı*”, hizmet kusurunun anonim bir karaktere sahip olduğunu göstermesi bakımından en iyi örneklerden biridir. Bu karara konu olayda, Anguet isimli bir kişi, postane kapısının normal saatinden önce kapanması yüzünden içeride kalmış, bir posta memuru tarafından personelin kullandığı başka bir kapıdan dışarı çıkarılmak istenmiştir. Anguet'yi bu kapıda gören diğer posta memurları, müşterilerin bulunmasının yasak olduğu bu bölümde bulunması nedeniyle kendisini kaba kuvvetle dışarı atmak isterlerken, Anguet'nin ayağı kapının eşiğine takılarak kırılmıştır. Anguet'nin hizmet kusuruna dayanarak idare aleyhine açtığı davada mahkeme, fiziksel güç kullanması

⁵⁷DURAN, a.g.e, s. 26.

⁵⁸“... bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindendir.” Danıştay 2. Daire, T. 9.5.2005, E. 2004/1813, K. 2005/1642; Danıştay 2. Daire, T. 25.2.2005, E. 2004/619, K. 2005/751, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 02.06.2019

açısından posta memurlarının kişisel kusurunu kabul etmekle birlikte -ki bunlar zaten dövmek ve yaralamaktan dolayı mahkûm olmuşlardır- postane kapısının normalden erken saatte kapatılması ve iyi düzenlenmiş bir idarede olmaması gereken, kapı eşiğinde bozuk bir çıkıntının varlığı nedeniyle hizmet kusurunun da varlığına işaret etmiştir. “Davacıyı kapı dışarı eden ajanların şahsi mesuliyeti ne olursa olsun, kendisinin uğradığı kaza, hizmetin fena işlemesine atfedilmek lazımdır”⁵⁹Bu nedenlemahkeme, istenirse idare aleyhine de dava açılabilceğini belirtip, idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir⁶⁰

Günday, “idare hep tüzel kişilerden oluştuğuna göre, hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur, kişiselleştirilebilsin ya da kişiselleştirilemesin aslında kamu görevlilerinin kusurudur” demektedir.⁶¹Vedel’e göre hizmet kusurunda, kusuru işleyen failerin tespit edilmesine gerek duyulmadan, doğrudan idare aleyhine dava açılabilir olması, idare hukukuna has bir özellik değildir. Özel hukukta da, istihdam edenler aleyhine doğrudan dava açmak mümkündür. O halde, hizmet kusuru, çoğunlukla yazıldığı gibi anonim ve gayri şahsi vasfı ile karakterize edilemez. Hatta çoğu zaman, “hizmet kusuru, hizmetten ayrılabilen şahsi kusur karakterini taşımayan ve hizmetin bir veya birçok ajanlarına isnad edilebilen bir kusurdur. Vedel’e katılmakla beraber diğer taraftan da Onar’ın belirttiği üzere bir hizmetin kuruluş ve işleyişindeki kusurların her zaman idarenin ajanlarına izafesi de mümkün değildir. Hizmet kusuru, kanunlardan kaynaklanan eksiklikler veya mali yetersizliklerden kaynaklanabileceği gibi hizmeti yerine getirenlerin bilimsel ve teknik bilgilerinin ya da tecrübelerinin yetersizliğinden de kaynaklanabilir. Elbette bütün bu eksiklikler birtakım gerçek kişilerin kusurudur ancak, genellikle bu kişiler milletvekilleri gibi siyasi sorumluluğa tabi şahıslardır ve asıl hizmeti görenlerin ve hatta hizmeti gören bir kısım kamu tüzel kişilerinin dışındadır. “Bir bütçe veya teşkilat kanununun noksanlığından dolayı hizmetin iyi işlememesi halindeki hizmet kusurunu muayyen bir şahsa izafe etmek ve onu hukuki mesuliyete tabi tutmak imkânı yoktur”⁶²Dolayısıyla, kamu personelinin görevden ayrılabilen kişisel kusuru istisna olmak koşuluyla⁶³, hizmet kusuru denildiğinde, kusurun öncelikle anonim bir mahiyette olduğu kabul edilmektedir.

⁵⁹ DUEZ, a.g.e. 19

⁶⁰ GÖZLER, a.g.e, s. 1122

⁶¹ GÜNDAY, a.g.e. 369

⁶² ONAR, a.g.e, s.1695

⁶³Kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları söz konusu olduğunda dahi, hizmet kusurunun anonim olma niteliği gereği, idarenin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir. Danıştay İDDK,

1.1.3.1.1.4. Hizmet Kusurunun Genel Olma Niteliği

Kusur sorumluluğu, hem uygulamada devlete ve idare genel terimi altında ifade edilen bütün kamu tüzel kişilerine uygulanan bir sorumluluktur, hem de maddi anlamda idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı başvurulabilecek bir esastır⁶⁴. Fransız içtihadında, ilk zamanlar, devletle komün idareleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar medeni kanunun istihdam edenlerin sorumluluğu çerçevesinde ele alınmaktayken⁶⁵, bugün bu içtihat terkedilerek, sorun, bütün kamu tüzel kişileri yönünden hizmet kusuru bağlamında çözülmektedir.⁶⁶

1.1.3.1.2. Hizmet Kusuru Oluşturan Haller

Hizmet Kusuru oluşturan haller konusunda Fransız hukukçu Duez tarafından yapılan ve genel kabul görerek uygulamaya yerleşen tasnif “*hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi*”⁶⁷ şeklinde yapılan sınıflandırmadır. Temel sınıflandırma bu şekilde kabul edilmekle birlikte Fransız Danıştayının içtihatlarında idarenin gözetim ve denetim görevini tam olarak yapmaması, bayındırlık hizmetlerindeki bakım eksiklikleri, dikkatsizlik, yanlış bilgi verme, geciktirme, savsama, özen göstermeme gibi durumlar hizmet kusuru sayılmaktadır.⁶⁸ Hizmet kusuru sayılan durumlar uygulama ve teoride kabul edildiği üzere hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi, hizmetin hiç işlememesi olarak üç başlık altında incelenebilir.

Hizmetin kötü işlemesi, diğer tüm hizmet kusurlarını kapsayacak bir ifade olarak kullanılabilir mi? Hizmetin geç işlemesi ya da hiç işlememesi (“zımni red” veya “olumsuz eylem” olarak düşünüldüğünde), aslında hizmetin aynı zamanda kötü işlemesi anlamına

2012 tarihli bir kararında şu açıklamalara yer vermiştir :“geniş anlamda kişisel kusur olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanabilecek görev kusurunun mevcudiyeti halinde de, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.” Danıştay İDDK, T. 15.3.2012, E. 2010/2740, K. 2012/194 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 04.06.2019

⁶⁴ ALTAY, Evren; **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.278

⁶⁵ Bunun sebebi, komün idarelerinin bir zamanlar özel hukuk tüzel kişisi sayılmasıdır. (ONAR; a.g.e, s.1698.)

⁶⁶ Fransa’da hizmet kusuru teorisinin uygulama alanı bakımından genelliği ilkesi, 1889 tarihli “*Cadot*” ve 1910 tarihli “*Thérond*” kararlarıyla belirginleşmiştir. (DUEZ, a.g.e, s.23., Çev. İbrahim SENİL)

⁶⁷ DURAN; s28

⁶⁸ ATAY, ODABAŞI; a.g.e., s. 76.

gelmemekte midir⁶⁹, eğer öyleyse, neden bu tür üçlü bir ayrıma gidilmiştir? Mesela, çoğu zaman geç işleyen bir hizmetin aynı zamanda kötü işlemiş olduğu düşünülebilse de, hizmetin geç işlediği, fakat kötü işlemediği durumlar da mevcuttur. Böylesi durumlarda, “gerçekten, hizmetin düzenli ve mevzuata uygun biçimde yürütülmesi yeterli olmayıp aynı zamanda belirli bir çabukluk düzeyine de erişmesi gerekmektedir.”⁷⁰. Genellikle, sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, bunun örneklerini görmekteyiz. Bir bebeğin dudaklarında morarma ve solunum güçlüğü çekmesi üzerine, sevk edildiği üç farklı hastanede de boş yatak olmadığı gerekçesiyle müdahalenin gecikmesi üzerine, bebeğin ölümünün gerçekleştiği bir olayda, Danıştay şu yönde bir değerlendirme yapmıştır:

“Sağlık Bakanlığına bağlı tam teşekküllü hastanelerde EKO olmaması, teşhis koymaya yetecek imkânların bulunmaması yanında, üniversite hastanesinin yenidoğan servisinde yeterli yatak bulundurulmaması, acil durumdaki bir hasta için ısrarla aranmasına rağmen ek yatak konulması, başka servislerde yatak ayarlanması ya da kısa süreli hastalar arası yer değişimi gibi alternatif çözüm yolları aranmaksızın talebin geri çevrilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, olayda *doktor kusuru bulunmasa bile*, ertelenemez mahiyette olan sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişindeki eksiklik ve aksaklıklar nedeniyle hizmetin gereği gibiyürütülmediği ve bu durumun da hizmet kusuru oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır.”⁷¹

Olayda, tıbbi müdahale nihayetinde gerçekleşmiştir ve kötü işlediğine ilişkin bir veri mevcut değildir ancak, geç işlemiştir. Bu durumda mahkeme, haklı olarak, hizmetten faydalanmak için idareye ilk başvurulduğu andan itibaren, hizmeti, bütün aşamalarıyla birlikte ele alarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla sadece, tıbbi müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediği ya da müdahalede herhangi bir bozukluk ve aksaklık olup olmadığı değil, önceki aşamalardaki hizmetin işleyiş koşulları da dikkate alındığında, müdahalenin geciktiği ve bu gecikme nedeniyle zararın meydana geldiği tespit edilerek bir karara varılmıştır.

Bundan başka, hizmetin hiç işlememesinin geç işlemesiyle karıştırıldığı durumlar da mevcuttur. Örneğin, 1993 tarihinde gerçekleşen bir olayda, İsviçre'ye gitmek üzere

⁶⁹ Yayla, geç işlemenin de bir tür kötü işleme olduğunu söylemektedir (YAYLA; a.g.e, s. 364).

⁷⁰ ESİN, Yüksel; **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, 2. Kitap *Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s.44.

⁷¹ Danıştay 15. Daire, T. 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 05.06.2019

havalimanında bulunan davacının, askerlikten dolayı yurtdışına çıkmasında sakınca bulunduğuna ilişkin bilgisayar kayıtlarına dayanılarak, yurtdışına çıkmasına izin verilmemiştir. Davacı, her ne kadar askerlik şubesinden aldığı ve askerlik nedeniyle yurt dışına çıkmasına herhangi bir engelinin bulunmadığını gösteren belgeyi görevlilere ibraz etse de, idarenin izin vermeme yönündeki iradesi değişmemiştir. Bunun üzerine davacı, yurt dışına çıkmasına izin verilmemesinden dolayı kullanamadığı uçak biletlerinin bedelinin, olay tarihi itibarıyla hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açmıştır. İdare mahkemesi incelemesinde, askerlik nedeniyle herhangi bir engelin bulunmadığına ilişkin “ *bu bilginin havalimanındaki bilgisayar kayıtlarına girilmemiş olması, başka bir anlatımla hizmetin geç işlemesi nedeniyle kullanılamayan uçak bileti bedeli kadar zarara uğranıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle...*”, tazminat isteminin kabulüne karar vermiştir. Davalı idare, ilgili kişi hakkındaki yurtdışı tahdidinin bilgisayar kayıtlarına geçmemesi nedeniyle uyuşmazlığın ortaya çıktığı, bu durumun, bir hizmet kusuru oluşturmadığı savıyla, anılan mahkeme kararının temyizi istemiyle Danıştay’a başvurmuştur. Bunun üzerine, Danıştay, yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak, verilen idare mahkemesi kararının, usul ve hukuka uygun olduğu, bozma nedeni bulunmadığı gerekçesiyle temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına karar vermiştir.⁷²

a. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin gereği gibi ya da aksayarak işlemesi anlamına gelir. “Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olması, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, ...olarak tanımlanmaktadır”⁷³ Hizmetin kötü işlemesi bir idari işlem biçiminde ortaya çıkabileceği gibi bir idari eylem biçiminde de ortaya çıkabilir⁷⁴

Hizmetin “kötü” ya da “iyi” işlediği, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu araç-gereçlere ve olanaklara bağlı olarak ve her bir somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir durumdur.⁷⁵ Bu konuda, somut olay öncesi, birtakım ölçütler öngörmek

⁷²Danıştay 10. Daire, T. 25.2.1998, E. 1996/3181, K. 1998/834, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 05.06.2019

⁷³D. 13. D, E.2005/2625, K.2005/5753, 02.12.2005 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 05.06.2019

⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., C. II., s. 754-755.

⁷⁵ GÜNDAY, a.g.e., s. 370

mümkün değildir.⁷⁶ Ancak idarenin yürüttüğü hizmet bakımındansahip olması gereken araç-gerecin mevcut olmaması idarenin sorumluluğunu, kuralolarak, engellemektedir. Toplumsal olaylara müdahale yetkisiyle donatılan kollukgörevlilerinde plastik mermi bulunmaması nedeniyle, gerçek mermi ile olayamüdahalede bulunulması hukuka uygun bir müdahale biçimi olarak kabuledilemeyebilir. Bu durum kolluk görevlilerine plastik mermi temin etmeyen idareninsorumluluğunu etkilememekle birlikte, kolluk görevlilerinin görev kusurununvarlığını ortadan kaldırabilir.

İdare hukukunda, hizmetin kötü işlemesine dair verilen en bilindik örneklerden birisi, okul bahçesindeki bir ilkokul öğrencisinin attığı çöple başka bir öğrencinin görme duyusunun önemli ölçüde yitirdiği olaydır. İdare mahkemesinin idareyi kusurlu bularak tazminata hükmettiği kararının temyizi istemi Danıştay tarafından reddedilmiştir. Danıştay'ın idare mahkemesinin kararına yer verdiği kararı şöyledir:

“...maddi ve manevi tazminat verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda İlköğretim ve eğitimin devlet eliyle yürütülen bir kamu hizmeti olduğu, ilkokul çağındaki çocukları ana ve babalarının gözetim ve denetiminden alıp kendi görevlilerinin gözetim ve denetimine bırakan idarenin okul saatleri içinde bu gözetim ve denetimi aksatmadan sürdürmek zorunda olduğu, bu sorumluluk yalnız ders saatleri ile sınırlı olmayıp, okulda bulunan sürenin tamamını, bu arada teneffüs, yemek ve dinlenme aralarını da kapsadığı bu bakımdan Milli Eğitim kamu hizmetlerinin sadece eğitim ve öğretim yönü ile ilgili bir hizmet olmadığı, öğrencilerin gözetim ve denetimini de içeren bir kamu hizmeti olduğunu kabul etmek gerektiği, olayda bu hizmetin kötü işlediği, tazminat konusu zararın oluşum biçiminden anlaşıldığı, okul bahçesinde idarenin sorumluluğu altında kaldığı, öğrencilerin birbirlerine karşı oyun amacıyla da olsa zarar verebilecekleri göz önünde bulundurularak gerekli tedbirlerin alınması gerekirken bu tedbirlerin alınmamış olduğu, her ne kadar okul bahçesinin çöp, taş vb. maddelerden

⁷⁶Davacının, hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilen il içi atama işlemi nedeniyle manevizarar içinde bulunduğu ve işlemin tesisi yönünden hizmetin iyi işlememesi nedeniyle hizmet kusuruiçindebulunan davalı idarenin tazmin yükümlülüğünün doğduğu değerlendirilmiştir.” (AYİM 1. D, E.2010/907, K. 2010/840, 27.07.2010 Tarihli Karar, **AYİMD**, S. 26“...idarenin ajanı durumundaki şoför er'ın yokuşagirilmezden önce şevki idaresindeki aracın vitesini inişe uygun vitesine düşürmesi gerekirken, aksineçakıl yüklü bulunan aracın vitesini inişe geçildikten sonra değiştirme girişiminde bulunması ve başarisaylamaması, vitesin boşta kalması ile aracın giderek hız kazanması gibi kusurlu hareketindenakabinde de aracın frenlerinin patlayarak boşalması gibi teknik bir arıza yüzünden birinin diğerineinzimamından kaynaklandığı görülmektedir.” (AYİM 2. D, E.1995/866, K.1996/647, 10.07.1996Tarihli Karar, **AYİMD**, S. 11)

arındırılmış olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılacakla birlikte öğrencilerin teneffüs sırasında gözetimden uzak kaldığı ve ancak olayın oluşumundan sonra öğrencinin gözüne bir başka öğrenci tarafından, birbirlerine çöp atarken çöp batırılmış olduğunun anlaşıldığı, bu durum kamu hizmeti sırasında bu hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunu ortaya koyduğu, bu nedenle... toplam ... liranın dava gününden itibaren hesaplanarak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin İdare Mahkemesi kararının bozulması isteminden ibarettir.

... İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren başka bir neden de bulunmadığından taraf temyiz istemlerinin reddi ile anılan kararın onanmasına karar verildi⁷⁷

Danıştay, idare mahkemesinin, idare aleyhine hizmetin kötü işlemesi nedeniyle tazminata hükmederek sonuçlandığı bu davada hizmet kusurunun varlığını kabul etmiştir. Ancak 2001 tarihli başka bir kararında ise, bu örnekle neredeyse çok benzer bir olay karşısında, idarenin sorumluluğunu bu defa hizmet kusuruna göre değil, kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirleme yolunu tercih etmiştir. İdare mahkemesi, teneffüs sırasında arkadaşının fırlattığı kalemin gözüne isabet etmesi sonucu bir gözünü kaybeden ilkokulu ikinci sınıf öğrencisinin, gözünü kaybetmesi nedeniyle ağır maddi ve manevi kayıplarının oluştuğunun tartışmasız olduğunu kabul etmiştir. Ancak, idarenin bütün önlemleri alması halinde bile bir anda oluşabilecek bir olaydan dolayı hizmet kusurunun varlığından söz edilemeyeceği gibi kusursuz sorumluluk ilkesine göre de idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. İdare mahkemesinin red kararının bozulması istemiyle önüne gelen davada Danıştay, idare mahkemesi gibi, uyuşmazlık konusu olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadığını düşünmektedir. Ancak, idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararlarda nedensellik bağı aranmadan zararın tazmin edilmesi gerektiğini söylemiştir. Bu nedenle, idarenin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de sorumlu tutulmayarak davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararını hukuka uyarlı bulmamıştır⁷⁸

⁷⁷Danıştay 8. Daire, T. 13.10.1988, E. 1987/539, K. 1988/690, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 10.06.2019

⁷⁸Danıştay 8. Daire, T. 5.6.2001, E. 2001/1439, K. 2001/2817, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 10.06.2019

b. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesinden kaynaklanan hizmet kusuru durumunda idarenin, belirli bir kamu hizmetini yerine getirmesi gerekirken, herhangi bir sebeple bu hizmeti yerine getirmemesi söz konusudur.⁷⁹ Bir hizmetin yerine getirilmediğinden söz etmek içinse, idarenin bu hususta yükümlü veya görevli kılınmış olması gerekir. Yani idarenin ödevli olmadığı bir işi gerçekleştirmediğinden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.⁸⁰ Düz'egöre de "hizmetin harekete geçmemekle bir kusur işleyebileceğini kabul etmek, hizmetin harekete geçmeye mecbur olması ve hareketsizliğin sonuçlarını tazmin ile mükellef bulunması demektir." İdarenin bu gibi durumlarda hareketsiz kalması Danıştay tarafından "olumsuz eylem" olarak kabul edilerek, sorumluluk tespit edilmektedir.⁸¹

Kamu hizmetleri, giderilmesinde kamu yararı bulunan "müşterek" ve "genel" nitelikli bir ihtiyacı karşılamaya yönelik faaliyetler olduğundan bu ihtiyaç kendisini hissettirdiği müddetçe sunuma hazır olmalıdır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği olarak ifade edilen bu ilke kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde sunulması anlamına gelir. Buna göre, "... hizmetin hiç işlememesi... idarenin yükümlü ve görevli kılındığı hizmeti yerine getirmemesi, hareketsiz kalması olarak tanımlanmaktadır"⁸²

Sağlık ve güvenlik gibi hizmetlerde bu durum kendisini diğer hizmetlere nazaran daha fazla hissettirir. Nitekim bu hizmetlerde gerçekleşebilecek anlık bir aksama büyük zararlara neden olur ve idarenin hizmet kusuru esasına dayalı sorumluluğuna yol açar.

⁷⁹ SARICA, a.g.e, s. 890

⁸⁰ DURAN, a.g.e, s 30.

⁸¹ "Deprem nedeniyle olduğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bu davada... idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. Olaya bu açıdan bakınca yukarıda yapılan belirleme sonucu olayda idarelerin hareketsizliği söz konusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin "olumsuz eylem" olarak kabulü gerekmektedir." (Danıştay 6. Daire, T. 12.04.2004, E. 2004/1477, K. 2004/2115.) Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 11. Daire, T. 13.05.2008, 2006/5120, K. 2008/5262; Danıştay 11. Daire, T. 29.06.2007, E. 2005/1353, K. 2007/6248; Danıştay 11. Daire, T. 30.04.2004, E. 2001/4552, K. 2004/2026, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 15.06.2019

⁸² D. 13. D, E.2005/2625, K.2005/5753, 02.12.2005 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 15.06.2019

Ruhsatsız olarak inşa edilen bir binanın depremde yıkılması üzerine zarar gören kiracı tarafından idare aleyhine açılan davada, Danıştay, binanın ne inşa sırasında ne de inşa sonrasında Belediyece denetlenmemesini hizmetin hiç işlememesi olarak kabul etmiştir. Aynı şekilde, İdare tarafından denetim yapılmadığı için işyeri açma izni olmadan işletilen kahvehanede bulunmaları sebebiyle toprak kayması nedeniyle toprak altında kalan yakınlarının yardımına gidemeyen kimselerin maruz kaldığı zarardan denetim görevini yapmayan İdare sorumlu tutulmuştur.⁸³

İdarenin hizmeti yürütmekteki yetkisinin bağlı yetki mi yoksa taktir yetkisi mi olduğu açıklığa kavuşturulması gereken en önemli konudur. Belli durumların varlığı halinde idare hizmeti yürütmekle zorunlu kılınmış ve buna rağmen idare hizmeti sunmamış ise hizmet kusurunun varlığı kabul edilir. Hukuk kuralları idareyi, bazı hizmetlerin sunulması konusunda zorunluluğa tabi kılmış ise idare o hizmeti sunup sunmama konusunda serbest olmayıp hizmeti mutlak surette sunmalıdır.⁸⁴ Bu durumun aksine olarak idareye belirli bir hizmetin yürütülmesi konusunda serbesti tanınmış ise yani idare, kamu hizmetini sunup sunmamak konusunda taktir hakkına sahipse idarenin hizmeti sunmadığı her durumda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddia edilemez.⁸⁵

1982 Anayasasının 65. Maddesinde yer alan “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” düzenlemesi idareyi mutlak surette sorumluluktan kurtaracak bir hüküm olarak algılanmamalı ve dar olarak yorumlanmalıdır. Çünkü bu sınırlama sadece sosyal ve ekonomik alandaki devletin görevlerine ilişkin olup, örneğin devlet kolluk alanındaki görevini yerine getirmemenin sebebi olarak mali kaynaklarının bulunmadığını ileri süremez.⁸⁶

Trafik veya bayındırlık faaliyetleri ile ilgili işaretlerin konmaması veya kolluk birimlerinin müdahale etmeleri gereken durumlara karışmamaları⁸⁷ hizmetin hiç işlememesi şeklinde gerçekleşen hizmet kusuruna örnek olarak gösterilebilir.

⁸³D. 10. D. E. 1993/724, K. 1993/3146, 13.09.1993 Tarihli Karar , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 16.06.2019

⁸⁴ODYAKMAZ, KAYMAK, ERCAN; a.g.e., s. 563

⁸⁵GÜNDAY, a.g.e., s. 372.

⁸⁶GÜNDAY, a.g.e., s. 372.

⁸⁷GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., II.cilt, s. 750

Sarıca, ister bağı yetki içinde olsun, isterse takdir yetkisi içinde, hizmetin hiç işlememesi idarenin sorumluluğuna sebebiyet verebilir der.⁸⁸ Gerçekten, idarenin, “yapmama” biçimindeki iradesiyle ortaya çıkan hukuka aykırılıklarda, takdir yetkisinin konumu da önem arz etmektedir. Çünkü hizmetin hiç işlememesi, takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda sıkça görülmektedir. Bonnard’ın bir şeyi yapmak veya yapmamak hususunda koşulların gerektirdiği ölçüde idarenin karar vermekte özgür olması olarak tanımladığı takdir yetkisi, bir başka açıdan, hiçbir zaman idarenin keyfi hareket edebilme yetkisi de değildir. İdarenin sorumluluk sebeplerini ortadan kaldıran bir durumsa hiç değildir. Dolayısıyla, idareye karar alıp almama yönünde bir serbestlik tanınan durumlarda idarenin, sırf takdir yetkisi olduğunu iddia ederek karar almaması hukuka aykırıdır ve sorumluluğuna yol açar. Bu da şu anlama gelir: Yasal koşullar oluşmuşsa idare, karar almak ve işlem yapmak zorundadır.⁸⁹ Çünkü aslında, seçim yapma ve karar alma-almama serbestliği çoğunlukla seçim yapma ve karar alma lehinedir. “İdarenin herhangi bir nedene bağlanmadan hareketsiz kalma veya “yapmama” yetkisi yoktur.”⁹⁰ Eğer sebep ile konu arasındaki ilişki zorunlu hale gelmişse, idare harekete geçmek zorundadır. Çünkü Duez’in de belirttiği gibi, yetkinin kullanımı, kamu görevlisinin üzerine bir imtiyaz olarak değil, bir görev olarak bırakılmıştır.⁹¹

c. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin geç işlemesi, ilgili kamu hizmetinin hizmete yönelik ihtiyacın hissedilmesinden sonra sunulmasıdır. Şöyle ki, “... hizmetin geç işlemesi, hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmesi beklenen ölçü ve süratingösterilmemesi, ...olarak tanımlanmaktadır.”⁹² Bir hizmetin geç işleyip işlemediği,

⁸⁸SARICA, a.g.e, s. 890-891.

⁸⁹Danıştay bir kararında şöyle demiştir: “...7256 sayılı yasanın 1.maddesi anılan hizmetin ücret karşılığı yapılacağını öngörmüş ve bu konuda idareye kararname çıkarılması için gerekli işlemleri yapma görevini vermiştir. Davalı idarenin yasayla kendisine verilen bir yükümlülüğü yerine getirmek için gerekli işlemleri yapmaması hizmetin kusurlu olarak yapıldığını göstermekte olup, idarelerin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararları ödeme zorunda oldukları bilinen bir idare hukuku ilkesidir.” (Danıştay, 5. Daire, T. 27.03.1986, E. 1981/1654, K. 1986/410, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 20.06.2019)

⁹⁰KARAHANOGULLARI, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 499

⁹¹DUEZ, a.g.e, s.27

⁹²D. 13. D, E. 2005/2625, K.2005/5753, 02.12.2005 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 20.06.2019

ohizmetin niteliğine bakılarak anlaşılabilir. Sağlık hizmetleri gibi bazı hizmetlerin geçsunulması aynı zamanda hizmetin hiç işlememesi anlamına da gelebilir.

Hizmetin zamanında sunulduğunun kabulü için, kamu hizmetinin normal vemakul bir süre içerisinde hizmete yönelik ihtiyacın giderilmesi gerekir. İdaretarafından gerçekleştirilen bir davranışta “normal” ve “makul” sürenin ne olmasıgerektiğini her olaya göre belirlemek, her somut vaka bakımından, yargılamamakamlarının görev alanına girmektedir.

İdare Kendinden beklenen hizmetleri, hizmetin niteliklerine ve somut olayın özelliklerine göre ve bunlara uyum sağlayacak bir hızla yerine getirmeli, hizmetin sunumunda gereksiz gecikmeye neden olmamalıdır⁹³

İdarenin sunduğu hizmet olması gereken süratte sunulmuyor ve yavaş yürütülüyorsa hizmetin işleminde bir kusur bulunduğu ve hizmet kusurunun gerçekleştiği kabul edilir.⁹⁴

Hizmetin ne kadar süre içerisinde yapılması gerektiği, ne kadar sürede yapılırsa hizmetin geç işlediğinin kabul edileceğine ilişkin kesin bir ölçüt koymakmümkün olmadığından ihtilaf konusu olayda, olayın meydana geldiği şartlar, idarenin imkan ve olanakları, hizmetin özellikleri, idarenin hizmeti makul sürede yerine getirip getirmediği, gecikmenin hizmetin mahiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığı gibi hususlar dikkate alınarak hizmetin geç işleminin ve dolayısıyla hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekir.⁹⁵

1.1.3.1.3. Kişisel Kusur Kavramı ve Hizmet Kusuruyla İlişkisi

Duran, görev kusurunu şöyle tanımlamaktadır: “Personelin ‘görev kusuru’, geniş anlamda ‘kişisel kusur’ sayılabilirse de; aslında ‘hizmet kusuru’ niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel bir kusurdur... personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır... personelin hizmet dışında işlenen ve fakat görevden tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen veya engelleyen en hafif ve gevşek bir bağ ile hizmete ilişkili bulunan eylem ve kusurları dahi; ‘görev kusuru’ olarak idari

⁹³ ATAY/ ODABAŞI/ GÖKCAN; a.g.e., s. 83

⁹⁴ ONAR, a.g.e., III. Cilt, s. 1737

⁹⁵ ODYAKMAZ/ KAYMAK/ ERCAN; a.g.e.s. 186-187.

sorumluluğu gerektiren hizmet kusuru sayılmaktadır”.⁹⁶Daha önce, kamu görevlerinin yerine getirilmesinden doğan kimi zararlar, belirli bir veya birkaç personelin işlem ve eyleminden ileri geldiği hallerde neden ve etken, idare ile personeldeyse, kişi ister idare ister personel aleyhine dava açabiliyordu ancak, idare aleyhine dava açması daha uygun bulunmaktaydı. Neden ve etken sadece personelde olduğunda ise, idare dava edilemez, adli yargıda personel dava edilirdi. DMK’nın 13. maddesi ile kamu görevlileri lehine tam bir yargı bağıışıklığı sağlanmıştır. Dolayısıyla artık, görev içindeyse veya sırasındaysa, göreve bağlanamayan davranışları bile kendilerine karşı dava açılmasına yetmez. Bu maddeye göre idare, tazminat ödedikten sonra genel hükümler uyarınca zarara yol açan personele dönebilecektir.

Diğer taraftan DMK’nın “rücu hakkı saklıdır” ifadesi, Duran’a göre kamu görevlisine dönüp dönmeme konusunda idareye takdir yetkisi tanımıştır. Kanunun gerekçesinden yararlanarak, “ağır kusur” varsa döner diyebiliriz, fakat böyle bir zorunluluğu yoktur. Mahkemeler gerekçedeki temenni ile bağlı değildir. Bu nedenle konunun içtihatlarla bırakılmak yerine kanunla daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir.

Düren’e göre, hizmet kusuru yargı kararlarının yarattığı bir kusur çeşidi olmasına karşın, “görevsel kusur” DMK’nın ürünüdür. Görevsel kusurdan söz edebilmek için ise, “mevzuatın kamu görevlisine yüklediği bir ‘kamusal görevin’, tanıdığı bir ‘devlet yetkisinin’, verdiği bir ‘araç-gereç’in bulunması” gerekir.⁹⁷Ayrıca Düren, görevin yerine getirildiği sırada ve görev vesilesiyle ortaya çıkan kusurlar arasında bir ayırım yapar, ona göre ilk durumda, görevsel kusur ve idarenin sorumluluğu, ikinci durumda ise kişisel kusur ve kişinin kendi sorumluluğu ortaya çıkar.

Özyörük, idare hukukunda memurun “idareye atıf ve izafesi mümkün olmayan” kararlarına ve hareketlerine, görev vasfı vermenin mümkün olmadığını, bu tip karar ve fiillerin şahsi kusur oluşturarak memurun üzerine kalması gerektiğini düşünmektedir. Ona göre “böylece, memurun görevi ile hiçbir türlü bağlantısı olmayacak kararlardan ve fiillerden dolayı bir üçüncü şahıs zarar görürse, bunu idareden değil, memurun kendisinden sorması, zararların giderilmesini ondan istemesi icabeder”.⁹⁸DMK’nın 13. maddesi memurun kişisel sorumluluk alanını daraltmakla birlikte tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bir vatandaş döven polis memuru, bu fiilinden kendisi sorumludur ve

⁹⁶ DURAN, a.g.e, s. 110

⁹⁷ DÜREN, Akın; *İdare Hukuku Dersleri*, AÜHFY, Ankara 1979, s.295

⁹⁸ ÖZYÖRÜK, Mukbil; *İdare Hukuku İdari Yargı Ders Notları* “, Ankara 1977, s. 124

hiçbir şekilde idarenin kusurundan söz edilemeyeceği gibi sorumluluğundan da söz edilemez.⁹⁹

Esin, kamu personelinin, hizmete ve idare tüzel kişiliğine mal edilemeyecek derecedeki bir kusurundan doğan zararların, kendisinin kişisel sorumluluğunu doğuracağını; eğer kamu personelinin bu derecede veya hiç kusuru olmaksızın, hizmetin kendi kuruluş ve işleyişinden bir zarar doğmuşsa da, idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunun söz konusu olacağını söyler. DMK'nın 13. maddesinin öngördüğü kusur hali ise, Duran'ın ifade ettiği görev kusurunun kendisidir. O halde, “personelin yürüttüğü görevle hiçbir ilgi ve ilişkisi bulunmayan, görevden ve hizmetten ayrılabilen, soyutlanabilen kusurlu tutum ve davranışlar maddenin kapsamı dışında yer almaktadır. İşte konumuz olan ve kişisel kusur denilen kusur türü de bu alanda karşımıza çıkar”, yani görevle ilgili olmayan kusur alanında. Esin'e göre, görev sırasında veya görev dolayısıyla işlenen kişisel kusur, görevinnitelikleri, koşulları ve amacına o denli yabancısıdır ki, nereden bakılırsa bakılsın görevle ilgili bir kusur sayılmaz. DMK'nın 13. maddesi, böyle kusurları da kapsamı dışında bırakır. Kişisel kusur sayılırlar, ancak idarenin sorumluluğuna sebep olmazlar. Dolayısıyla DMK, aslında öteden beri olan kuralı bozmamıştır.

1.1.3.1.3.1. Kişisel Kusur Kavramı

Saf kişisel kusur kişinin (kamu görevlisinin) özel hayatında işlediği, hizmetle ilgisi kurulamayan kusurlardır. Duran, personelin görev ve hizmetle doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir ilgisi olmayan alelade tutum ve davranışlarının, kişinin bir birey ya da vatandaş sıfatıyla hareket ettiği davranışlar olduğu ve bunların sonuçlarına kendisinin katlanması gerektiğini söyler. Ona göre bunlar teknik anlamda kişisel kusur niteliği taşımadığı için sorunumuzun dışında kalır. Çünkü kamu görevlisinin kusurundan bahsedeceksek eğer, bu kusurun en azından hizmetle bağlantısını kurmamız gerekmektedir. Bunlar, hizmetin yürütülmesi sırasında ve dolayısıyla olabileceği gibi, kişinin resmi sıfatını kullanarak veya hizmete ait araçlarla işlediği kusurlardır, idarenin sorumluluğunu doğurmazlar ve idari yargının görev alanına girmezler. Doktrinde ve yargı kararlarında bu yaklaşım benimsenmiştir.

Kamu görevlisinin hizmetin tamamen dışındaki kusurlu davranışları onların kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışlarını oluşturur.¹⁰⁰ Bu durumda işlenen kusurlu

⁹⁹ ÖZYÖRÜK; a.g.e, s. 125

davranış resmi görevle ya da idari fonksiyonla bağlantılı olmadığı için ilgili kamu görevlisi haksız fiil esaslarına göre sorumlu olur. Bu durumda ilgili kamu görevlisinin bu sıfatı önem taşımadığından edim davasının adli yargıda ve ilgili kamu görevlisi aleyhine açılması gerekmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kişisel kusur, “İdare ajanının kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atıf ve isnat olunamayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranış” olarak tanımlanmıştır.¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, bir kararında, kişisel kusurla ilgili olarak aşağıdaki ifadelere yer vermektedir:¹⁰²

“...Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır. 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 bağışlanamıyacak 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 mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”¹⁰³

Hangi hallerde kişisel kusurun bulunduğu dair bazı ölçütler kullanılmaktadır. Bunlar:

Kamu Görevlisinin Fiilinin Suç Oluşturması: Kamu görevlisinin kasten işlediği suçlar kişisel sorumluluğunu gerektirir. Zira “suç” ile “hizmet” birbiriyle bağdaşmayan kavramlar olduğundan eylemin suçniteliği taşıması halinde hizmetle ilişkisinin kesildiği kabul edilmektedir.¹⁰⁴

¹⁰⁰ GÜNDAY, a.g.e., s. 374

¹⁰¹ YİBBGK, E. 1978/7, K. 1979/2, 22.10.1979 Tarihli Karar, RG, S. 161824, 29.11.1979, s. 58

¹⁰² AYM, E. 1974/42, K. 1975/62, 25.03.1975 Tarihli Karar, AMKD, S. 13, 1976, s. 390

¹⁰³ AYM, E. 1974/42, K. 1975/62, 25.03.1975 Tarihli Karar, AMKD, S. 13, 1976, s. 390

¹⁰⁴ GÜNDAY, a.g.e., s. 375

Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi, hizmetkusurunda “... söz konusu edilen kusur hiç kuşkusuz, hizmetten ayrılması mümkün olmayan kusurdur, yoksa kamu personelinin görevi 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 doğruya kişisel sorumluluğunu gerektiren hukuk alanı içindedir”¹⁰⁵

Kamu görevlilerinin kasten işledikleri suçlar bakımından kişisel sorumluluklarının hem cezai hem mali sorumluluğu içerdiği konusunda herhangi birçekince söz konusu değildir. Ancak kamu görevlisinin taksirli suçlarının cezaisorumluluk bakımından kişisel sorumluluklarını doğurduğu muhakkak olmakla beraber, mali bakımdan kişisel sorumluluğun gerektiği şeklinde önceden bir kuralkonulamayacağı kanaatindeyiz. Taksirli suçlarda fail “fiilden doğan neticeyi ve zararı hiç istememiş olduğu ve fakat bunu tahmin etmesi mümkün olduğu halde, failin böyle bir neticeye sebebiyet veren tedbirsizlik, dikkatsizlik, ihmal ve nizamla riayetsizlik gibi bir kusurunun bulunması”¹⁰⁶ gerekmektedir. Burada fail suçunoluşmasını arzu etmemiş olmakla beraber gerçekleştirdiği objektif özenyükümlülüğüne aykırı davranış suçun oluşumuna sebebiyet vermiştir. Bu nedenle kamu görevlisinin taksirli suçun oluşumuna sebep olan objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışının hizmetten ayrılabilir nitelikte olup olmadığının her somut olayda değerlendirilmesi gerekir. Bir ölçüt koymak gerekirse “bilinçli taksir”in sözkonusu olduğu hallerde kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna gidilmesi, aksitakdirde hizmet kusurunun kabul edilmesi düşünülebilir.

Kamu Görevlisinin Ağır Kusurunun Bulunması: Kamu görevlisinin ağır kusurunun bulunması halinde de kusurlu davranışın hizmetten ayrılabilen bir nitelik taşıdığı ve idarenin bu nitelikteki eylemlerden sorumlu olmadığı kabul edilmektedir. Ancak ağır kusurun bulunduğu durumlara örnek olarak doktrinde verilen olaylar aynı zamanda suç oluşturan fiillerdir. Örneğin cezaevi görevlisinin kendi gözetimine bırakılan mahkumlarla işbirliği yaparak hırsızlık yapması¹⁰⁷ [görevi kötüye kullanma (5237 Sayılı TCK m. 257) ve hırsızlığı işbirliğiyle (TCK m. 39 ve 141)], kamu görevlisinin hakaret ve küfür etmesi, polisingözültüne alınan kişiyi dövmesi [müessir fiil ya da yeni deyişle yaralama (TCK m.86)] gibi durumlarda kamu görevlisinin ağır bir kusuru söz konusudur. Ancak bu fiiller

¹⁰⁵E. 1992/15, K. 1992/18, 18.05.1992 Tarihli Karar, RG, S. 21789, 18.07.1992, s. 20

¹⁰⁶ TANER, M. Tahir; *Ceza Hukuku: Umumi Kısım*, İstanbul, 1953, s. 323

¹⁰⁷ GÖZLER; a.g.e., s. 612

aynı zamanda bir suçun oluşumuna sebep olduklarından ayrı bir başlık altında ele alınmamaları gerekir. Bu nedenle ağır kusur halinin suç oluşturan fiillerden ayrı bir kriter olarak düşünülmesini gerektiren örnekler şu an için bulunmamaktadır.

Kamu görevlisinin kanunun emredici hükümlerine açıkça aykırı davranması Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından ağır kusur olarak kabul edilmiştir. Buna göre, “Bir Bakan yada 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.”¹⁰⁸ Aynı şekilde bir kamu görevlisinin ağır ve bariz bir biçimde yetkisini aşması ağır kusur olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁹

Kamu Görevlisinin Kötü Niyetle Hareket Etmesi: Kamu görevlisinin kişisel çıkar, kin, husumet ve kıskançlık gibi saiklerle işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması hallerinde ilgili kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusudur. “İdare ajanının ızzar kasdıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurun bulunduğu kuşkusuzdur.”¹¹⁰

Fiili Yol (Teaddi, Voie de fait): Fiili yol¹¹¹, idarenin bireysel özgürlüklere ve mülkiyet hakkına yönelik ciddi boyutlarda hukuka aykırılık içeren eylemlerini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. “Hukuk ve usul eksikliği olarak iki türünün bulunduğu Hauriout tarafından ileri sürülen ve Onar’ın da kabul ettiği ‘fiili yol’da ‘açık bir yolsuzluk ve usule aykırılık’ ile ‘mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz’ün söz konusu olması ve bunun ‘maddi ve fiili icra’ yani ‘icrai fiil ve ameliyeler’ ile uygulanması gerekmektedir.”¹¹² Fiili yol teorisi yargı kararlarıyla oluşturulmuş bir teoridir. Buna göre, idarenin re’sen icra yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması fiili yol teşkil eder.¹¹³

¹⁰⁸YİBBGK, E. 1978/7, K. 1979/2, 24.09.1979, RG, S. 16824, 29.11.1979, s. 58.

¹⁰⁹GÜNDAY, a.g.e., s. 376

¹¹⁰YİBBGK, E. 1978/7, K. 1979/2, 24.09.1979, RG, S. 16824, 29.11.1979, s. 59.

¹¹¹İdari sorumluluğa ilişkin diğer konular gibi fiili yol teorisi de Fransız Devlet Şurası tarafından esasları ortaya konulan bir teoridir. Ancak fiili yol teorisinin günümüzde ciddi eleştirilere tabi tutularak terkedilmesi gereken bir uygulama olduğu ifade edilmektedir. Damien Thierry bu teorisinin Fransız idare hukukuyla çelişen yargısal konstrüksiyonlardan biri olduğunu belirttiikten sonra, yine debu teorisinin faydalı bir araç olduğunu ifade ediyor.

¹¹²ÖZAY, İL HAN; *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 744

¹¹³GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., C. II., s. 206

Fiili yolun varlığı için gerçekleştirilen eylemin kişisel özgürlükleri¹¹⁴ özellikle de mülkiyet hakkını ihlal etmesi ve “idari” olarak adlandıramayacak derecede bir hukuka aykırılık içeren işlemin uygulanması veyahut da bu niteliğitaşımayan salt bir eylemin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Fiili yol halindeşeklen var olsa bile söz konusu olan idari işlem “yok hükmünde” sayılır¹¹⁵

Fiili yolun varlığı halinde gerçekleşen eylem idari olma niteliğinin kaybedeceğinden bu eylemi gerçekleştiren kamu görevlilerinin şahsi sorumlulukları nedeniyle adliye mahkemelerine dava açılabilceği gibi ilgili idare aleyhine de adliye mahkemelerinde dava açılabilir.¹¹⁶

Fiili yolun en çok karşılaşılan örneği mülkiyet hakkına kamulaştırma kararı olmadan yapılan müdahalelerdir. Kamulaştırmatsız elatmalarda idarece icra edilen eylem haksız fiil teşkil eder¹¹⁷ “Kamulaştırmatsız elatma” halinde malik ya da zilyetadliye mahkemelerinde elatmanın önlenmesini talep edebileceği¹¹⁸ gibi herhangi bir zararın varlığı halinde tazminat da talep edebilir¹¹⁹

Mahkeme Kararlarının Kasten Yerine Getirilmemesi: Mahkeme kararlarının kasten yerine getirilmemesi hem idare bakımından hem de bu kararı kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi bakımından ağır bir kusurdur. 2577 Sayılı Kanundan önce yargı kararlarının kasten yerine getirilmemesi ilgili kamu görevlisinin ağır kusuru sayılarak idarenin sorumluluğu kabul edilmiyordu. 2577 Sayılı Kanunun 28. maddesinin dördüncü fıkrasıyla (2014 değişikliği öncesi) bu durum kanuni bir temele kavuştuğu gibi idare aleyhine tazminat davası açılabilceği de öngörülmüştür. Buna göre, “Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde

¹¹⁴ HATEMİ, Hüseyin; *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, s. 67

¹¹⁵ ÖZAY; a.g.e.s. 745

¹¹⁶ NOMER, Haluk Nami; *Özel Hukuka Tabi Kişiler İle İdarenin Birlikte Sorumluluğu*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 241.

¹¹⁷ “... İdarenin aynı bir hakka müdahalesinin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi işin esasını teşkil etmekte olup, açılan dava ile bir idari tasarrufun ya da böyle bir tasarruf nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenilmemiş bulunması karşısında, haksız fiilden doğan men’i müdahale, eski hale getirme ve zararların tazmini davasının, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargıyeri görevli bulunmaktadır.” (UM, E. 2000/26, K. 2000/42, 23.10.2000 Tarihli Karar, RG, S. 24226, 10 Kasım 2000, s. 120)

¹¹⁸ Kamulaştırmatsız elatma halinde idarenin gerçekleştirdiği saldırının sona erdirilmesine yönelik dava açılabilceği ve sonuç alınabilceği kabul edilmekteyken, bu elatma neticesinde bir bayındırlıkeserinin tesis edilmiş olması halinde elatmanın önlenmesi kararı verilemeyeceği, sadece mülkiyete yönelik bu haksız saldırı nedeniyle malike tazminat verilebileceği kabul edilmektedir. (ÖZAY; *Günışığında Yönetim*, s. 637-639.)

¹¹⁹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., C. II., s. 207.

ilgili, idare aleyhine davaaçabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir”.¹²⁰

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle 2577 Sayılı Kanun 28. maddesinin dördüncü fıkrasının iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından itiraz yoluna başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, hükmün aşağıdaki gerekçelerle Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.¹²¹

“Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” denilmektedir. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda seçim hakkı bulunmayan kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri, Anayasa’nın 129. Maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir.”

Ancak, bu konuda 11.09.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6552 sayılı ve 10.09.2014 tarihli İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. Maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre; “Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”

¹²⁰Bu hükmün Anayasanın 129. maddesine aykırılığı görüşü için Bkz. Kemal Gözler, **İdare HukukuDersleri**, s. 617 ve GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 378

¹²¹11 Aralık, 2012. Karararakşı oy yazısında Yüksek Mahkemenin üç üyesi, hükmün Anayasa m. 129/ f.5 aykırı olduğu ve“...itiraz konusu kuralla getirilen sorumluluk rejiminde, mahkeme kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin kusur türü, açılacak tazminat davasının nerede ve kime karşı açılacağıının belirlenmesinde etkili olmaktadır. Buna göre, eğer kamu görevlisi kasıtlı ise, davacının tercihinine göre, dava idari yargıda idare aleyhine yahut adli yargıda kamu görevlisi aleyhine açılacaktır. Kamu görevlisi, kasıtlı değil de kusurlu olarak mahkeme kararını yerine getirmemişse, bu takdirde dava sadece idari yargıda idare aleyhine açılabilir. Oysa, adli ve idari yargının görev kapsamının belirlenmesinde, bu şekilde ilgilinin kusurunun türü gibi subjektif kriterlere göre değil, taraflar ve işlemin niteliği gibi tümüyle objektif kriterlere göre hareket edilmektedir.” gerekçeleriyle hükmün iptalinin gerektiğini belirtmişlerdir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, kamu görevlilerinin, "...haklı haksız yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan görülmesini sağlamak ve aynı zamanda mağdur olan kişiye de kamu görevlisine nazaran ödeme gücü daha yüksek bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumak..." gerektiğini ifade etmiştir.¹²²

Yapılan bu değişikliklerle, kamu görevlilerinin bu konuda doğrudan sorumlu olma ve zarara uğrayanlarca açılacak tazminat davasının doğrudan muhatabı olma durumuna son verilmiştir. Dolayısıyla, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle sadece idare aleyhine dava açılabilmektedir.

1.1.3.1.3.2. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Arasındaki İlişki

Kişisel kusur en genel anlamıyla, kamu görevlilerinin kamu hizmeti ile ilgili olmayan kusurları olarak tanımlanır. Bir tanıma göre, "kişisel kusur kavramı, idare adına ve hesabına hareket eden kamu personelinin idare işlevini yapması sırasında ve kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle gerçekleştirdiği her hangi bir kusurlu fiil veya işlemin, idare tüzel kişiliğine yöneltilecek yerde, doğrudan doğruya personelin şahsına bağlanması ve ilgilendirmesi gerektiğini" ifade eder¹²³

Kişisel kusuru, "kamu görevlisinin göreviyle bağdaştırılamayacak şekilde kasıtlı ve kusurlu hareket ve davranışları" olarak da tanımlayabiliriz.¹²⁴Başka bir görüşe göre kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu teşkil eder.¹²⁵Hizmet kusurunu kişisel kusurdan ayırırken dikkati çeken en önemli unsur, hizmet dışı işlenen kusur ve hizmetin içinde işlenen kusur ayrımıdır.

Kişisel kusur, hizmet kusuru ile birlikte bulunabilen görevsel kusurdan da farklı bir kavramdır. Kişisel kusur, hizmet kusuru ile birlikte bulunabileceği gibi, sadece görevlinin sorumluluğunu getiren tamamen kişisel nitelikli bir kusur da olabilir. Sorumluluk doğuran davranış ile görülen kamu hizmeti arasında herhangi bir ilişki bulunmamasıda mümkündür. Kamu görevlilerinin görevi dışında kusurlu davranışları sebebiyle sorumlu tutulabilmeleri

¹²² Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1992/15, K. 1992/18, 18.05.1992 Tarihli Kararı, KİBB E.T. 01.04.2019

¹²³ ARMAĞAN; "hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimlikle doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir ilgi ve irtibat olmadan ortaya çıkan kusura kişisel kusur" GÜRAN; a.g.e., s.56

¹²⁴ ÖNDER, Arife; *İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale. 2006, s.74.

¹²⁵ GÜNDAY, a.g.e. s.325

için zararı tazmin şartlarının bulunması yeterlidir, bu kusurun ceza hukuku tarafından suç niteliği taşıyıp taşınamaması önemli değildir. Bu durumda kusurun sadece kamu görevlisinden kaynaklanıyor olması gerekir.

Hizmet kusuru-Kişisel kusur ayrımında subjektif kritere göre, kişisel kusurun tespiti için kamu görevlisinin görevini yerine getirirken hangi duyguları taşıdığına bakılır. Şayet kamu görevlisi kin, garez, öç alma, zarar verme gibi kötü duygularla hareket etmiş ise, kişisel kusur söz konusu olur. Kamu görevlisi, yükümlü olduğu görev çerçevesinde hareket etmiş ve bir takım kusurlar, beceriksizlikler, ihtiyatsızlıklar yapmışsa, kişisel kusur değil hizmet kusuru söz konusudur.¹²⁶ Hizmet kusuru-Kişisel kusur ayrımında kamu hizmeti kriterine göre kamu hizmetine uygun ve ondan ayrılamayan davranışlar hizmet kusuru; hizmete uygun olmayan ve hizmetten ayrılabilen davranışlar ise kişisel kusur teşkil eder.

1.1.3.2. Kusursuz Sorumluluk

İdarenin kusursuz sorumluluğu, bazı durumlarda hukuka uygun işlem ve eylemlerinden doğan zararlardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulması olarak tanımlanabilir

Teknolojinin hızla gelişip ilerlemesi sayesinde kamu hizmetlerinin hızla gelişmesi, idari işlem ve eylemlerden doğan zararların karşılanmasında hizmet kusurundan yararlanmanın yetersiz kalması, özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da kusursuz sorumluluğun kabul edilmesini sağlamıştır . Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nın 125. maddesi de idarenin sorumluluğunu kusur şartına dayandırmamıştır.¹²⁷

İdare hukukunda asli sorumluluk daha önce de değinildiği gibi kusur sorumluluğudur. Yani somut olay değerlendirilirken, öncelikle kusur sorumluluğu var mı buna bakılmalı, bu yoksa kusursuz sorumluluk hallerine gidilmelidir. Dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğu istisnai bir sorumluluktur. Buna bağlı olarak da aynı olayda hem

¹²⁶ KARAHASAN, Mustafa Reşit; *Sorumluluk Hukuku, (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk)*, Ankara, 2013, s.535

¹²⁷ ÇAĞLAYAN, a.g.e., s.52

kusur sorumluluğuna hem de kusursuz sorumluluğa gidilerek tazminata hükmedilmesi hukuken mümkün değildir.¹²⁸

Danıştay, “adalet”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik”, “hakkaniyet”, “nesafet” gibi ilkelere dayanarak kusursuz sorumluluk nedeniyle tazminata hükmetmektedir.¹²⁹ İdarenin kusursuz sorumluluktan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin uğramış olduğu zarar ile idarenin işlemi veya eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu ispat edilmesi yeterlidir. Yani idarenin davranışının kusurlu olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur.¹³⁰ Zaten böyle bir durumda hizmet kusuru yoluna gitmek gerekir.

Kusursuz sorumlulukta, zarar gören kişi idarenin kusurunu ispat etmek zorunda olmadığından dolayı kusur sorumluluğuna göre daha elverişli bir durumdadır. Ayrıca, kusursuz sorumluluk hali, idarenin sorumluluğunu azaltan veya kaldıran hallerden; beklenmeyen haller ve üçüncü kişinin fiilinden etkilenmez. Ancak, idare tazminata mahkum edildikten sonra, 3. kişinin kusuru oranında ona rücu edebilir. Bununla birlikte, olayda mücbir sebep varsa idarenin sorumluluğu kalkar. Kusursuz sorumluluk, risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ve sosyal risk ilkesi olarak üç esasa dayanmaktadır.¹³¹

1.2. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

1.2.1. Roma Hukukundaki Durum

Kamu hukukunda sorumluluk kavramı devlet tüzel kişiliğinin doğuşu ve gelişimi ile ortaya çıkan bir kavramdır. Çünkü özel hukuk, kamu hukuku ayrımı devlet tüzel kişiliğinin ortaya çıkışı ile belirmiş olup, devlet tüzel kişiliğinin bulunmadığı bir sistemde dolaylı olarak kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluktan da bahsedilemeyecektir.¹³²

Sorumluluk hukukunun temel amacı sebep olunan maddi ve manevi zararların mümkün olduğu kadar tam olarak tazmin edilmesidir.¹³³ Bunun aksine ilkel toplumlarda, yani sosyolojik olarak toplumun başlangıcında yer alan toprağa bağlı olmayan

¹²⁸ ÇAĞLAYAN; a.g.e., 38

¹²⁹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., 873

¹³⁰ ODYAKMAZ; a.g.e. 565.

¹³¹ YILDIRIM, Turan; *İdari Yargı*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2010

¹³² ÇAĞLAYAN, a.g.e., s.49

¹³³ İMRE, Zahit; *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İÜHFM, Sayı:4, s. 1475-1536.

topluluklarda bu günkü anlamda bir hukuk düzeni bulunmaması nedeniyle, bir şahsın diğerine veya bir topluluğun diğer topluluğa yaptığı haksız eylemlerin giderilmesinin müeyyidesi cezalandırma şeklinde gerçekleşmekte ve bu cezalandırma da daha çok intikam güdüsüne dayanmaktaydı.¹³⁴ Bu durum ise bu günkü sorumluluk anlayışından oldukça uzak ve farklı bir anlayışı yansıtmaktaydı.

Kamu hukuku alanında sorumluluk kavramının devlet tüzel kişiliği anlayışının doğuşu ve gelişimi ile sıkı bir bağ içerisinde olması mantıki bir zorunluluktur. Çünkü kamu hukuku anlayışı devlet tüzel kişiliğinin doğumu ile ortaya çıkmış bir hukuk anlayışıdır. Devlet kavramının temelleri ilk çağlara kadar dayandırılrsa bile bu çağda devlet tüzel kişiliği kavramı açıkça ifade edilen bir kavram değildir.¹³⁵ Bununla birlikte eski mısırdaki devletin ayrı bir hukuki varlık olarak yer aldığı, kendisine özgü malların bulunduğu, borç altına girip hak sahibi olabildiği yönünde çeşitli bilgiler bulunmaktadır.¹³⁶ Bu dönemlerde günümüzdeki devlet tüzel kişiliği anlamında bir devlet tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte, devletin bazı ayrıcalıkları olduğu, sıradan insan topluluklarından daha farklı şekilde algılandığı söylenebilir.¹³⁷

Roma hukukunda özellikle cumhuriyet devrinde hukukçular tarafından devletin bir hukuk sujesi olması ve sayılması yönünde önemli ilkeler konulmaya çalışılmış, devletin onu oluşturan insanlardan farklı ve onların üstünde kişiliğe sahip olduğu yönünde tespitlerde bulunmuşlardır. Bu anlayışın sonucu olarak devletin hak ve borçlara sahip olabileceği görüşü ortaya atılmıştır . Ancak Dominatus ve Principatus dönemlerinin baskın siyasi yapısı nedeniyle devlet fikrinde gelişme olamamış devlet hükümdarın kişiliğiyle özdeşleşmiştir.¹³⁸ Roma hukukunda devlet ile devlet adına faaliyette bulunan görevliler arasında bir vekalet ilişkisi bulunduğu kabul edildiğinden, görevli kişi görevini yaptığı sırada zarara neden olsa dahi bu zarardan memur şahsi olarak sorumlu tutulmuştur. Roma hukukunda tüzel kişilik varsayım olarak kabul edildiğinden ve bu nedenle devletin ayrı bir iradesi bulunamayacağından haksız fiil sorumluluğunun bulunamayacağı benimsenirken bu anlayışı yumuşatan ve devlet patrimonyasına ayrı bir kişilik atfedilen

¹³⁴ ULUSAN, İlhan; **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, Vedat Yayınevi, İstanbul 1977, s. 23

¹³⁵ ATAK, Başak; **Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılmasında İdarenin Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 9

¹³⁶ OKANDAN, Recai Galip; **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul, 1951, s. 87

¹³⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 55.

¹³⁸ OKANDAN, Recai Galip; **Umumi Amme Hukuku**. İstanbul, 1944, s. 839

“fiscus” anlayışının gelişimi ile hazine ayrı bir kişilik olarak görülmüş vegörevlinin eylemi ile devlette bir zenginleşme olmuş ise bu zenginleşmenin, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde iade edilmesi gerektiği anlayışı kabul edilmiştir.¹³⁹

1.2.2. Feodalite Döneminde Sorumluluk

Orta çağ döneminde feodalite anlayışı yaygın ve hakim olan anlayıştır. Feodal dönemde halk toprakla ilişkili ve bağlı olarak toprağın sahibi olan senyörlere tabi idi ve senyörler kendi toprağı üzerinde yaşayan halk üzerinde mutlak surette hakimiyet yetkileri kullanmışlardır. Feodal beyliklerin üst yapısında yer alan ve devlet yöneticisi olan hükümdar ise devletle özdeşleştirilmiş, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları hükümdarın şahsında toplanmıştır. Hükümdar her yetkinin ve tüm kurumların sahibi gibi görülmüş, devletin onun şahsında tezahür ettiği kabul edilmiştir. Bu dönemde yöneticinin yani hükümdarın kişiliğinden ayrı bir devlet tüzel kişiliği anlayışı bulunmadığından devletin diğer bir ifade ile bu günkü anlamda idarenin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir.¹⁴⁰

1.2.3. Monarşiler Dönemi Devletin Sorumluluğı

Mutlak monarşilerde egemenliğin kaynağı veya sahibi tek bir şahıstır. Bu egemen (Monark) yasama, yürütme ve yargı yetkisine sahip olup, ancak vicdanına veya Tanrıya karşı sorumlu olan bir hükümdardır. Bu durum, her türlü denetim ve sorumluluk anlayışından uzak bir yönetim tarzı demektir.¹⁴¹

Polis devleti de denilen bu anlayışın, mülk devlet anlayışından farkı, egemenin yetkileri, mülkiyet hakkı ve kişisel ayrıcalıklardan değil, devlet adına hareket etmesinden kaynaklanıyordu. Polis-Devlet (*Polizeistaat*) kavramı, XVII. ve XVIII. yüzyılların KıtaAvrupası ülkelerindeki mutlakiyetçi rejimlerini açıklamak için kullanılan ve ilk kezAlmanya’da ortaya çıkmış bir kavramdır.¹⁴² Polis-Devlet, Devletin temel hak vehürriyetleri baskı altında tuttuğı ve hiçbir biçimde hukuk kurallarıyla bağlı

¹³⁹ OZANSOY, Cüneyt; *Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğı*,Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal BilimlerEnstitüsü, 1989

¹⁴⁰ ÇAĞLAYAN, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğı*, s. 60.

¹⁴¹ ALDIKAÇTI, Orhan; *Anayasa Hukukumuzdaki Son Gelişmeler: 1961 Anayasası*, Ülkü Matbaası, İstanbul, 1963, s. 7

¹⁴²GÜNDAY; a.g.e., s. 37

olmadığı, dolayısıyla da yargı denetimine tabi olmadığı bir yönetim modelini ifade etmek için kullanılmıştır.¹⁴³ Mecburiyet ve sadece siyasi menfaat gerekçeleriyle herhangi bir kurala aykırı davranma tamamıyla meşru olarak kabul edilmiştir. Hukuka bağlılık yükümlülüğü bulunmayan bu nitelikteki bir İdarenin, gerçekleştirdiği eylemlerden sorumluluğu da söz konusu olmamaktadır.

Polis-Devlet teorisine göre siyasi otoritenin yetkisi mülk devletten farklı olarak bir kişisel hak ya da yetki değil, temsil ettiği ideal kişilikten kaynaklanan hak ve yetkililerdir.¹⁴⁴ Bu teoride Devlet tüzel kişiliği ile siyasi otoritenin tüzel kişiliği ayrıldığından, siyasi otorite, faaliyet ve işlemlerini Devlet adına ifa etmektedir.

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı dolayısıyla idare hukuku ve kamu tüzel kişiliği kavramı da bulunmayan bu dönemde idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyeceği açıktır. Kamu görevlileri hükümdarın emirleri dışında hareket ederek kişilere verdikleri zararlardan şahsi olarak sorumlu olurlardı. Kişiler bu zararlar için genel mahkemelerde dava açma hakkına sahipti. Ancak memurların yargılanabilmeleri için hükümdarın izin vermesi gerekiyordu. Bu durum dava açma hakkının kullanılamaması sonucunu beraberinde getiriyor idi. Bu dönemde devletin yürüttüğü kamu hizmetleri çok sınırlı olduğundan uyuşmazlıklar da pek fazla olmuyordu¹⁴⁵

1.2.4. Fransa’da İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğunun Fransız hukukundaki tarihi gelişimi üç dönemde incelenebilir.

1.2.4.1. 1789 (Fransız İhtilali) Öncesi Dönem-Mutlak Sorumsuzluk Dönemi

Fransızların Eski Düzen (Ancien Regime) olarak nitelendirdikleri bu dönemde, mutlak monarşi geçerli idi. Bu dönemin siyasi yapısı egemen devlet düşüncesine dayanmaktadır. Bugünkü anlamı ile yasama, yürütme ve yargı görevi ve yetkileri hükümdarın elinde toplanmakta, hükümdar da yetkilerini memurları aracılığı ile kullanmaktadır. Memur hükümdarın buyruklarına uygun hareket ettiği sürece onun işlem ve eylemlerinden dolayı devletin hukuki sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Zira

¹⁴³ÖZAY; a.g.e., s. 26

¹⁴⁴ONAR; a.g.e., s. 126

¹⁴⁵ESİN; a.g.e., s. 16

aksi düşünce kulun efendisinden hesap sorması anlamına gelmektedir. Ancak memur hükümdarın buyruğu dışında hareket ederek zarara neden olmuş ise bundan sadece kendisi sorumlu olmaktadır. Memurun buyruk dışı işlem ve eylemlerinden zarar gören kişiyalnızca ona karşı genel mahkemelerde dava açabilme olanağına sahiptir. Memuru dava edebilmek de genellikle idarenin iznine bağlı olduğundan gerçekte zarar gören kişinin bu olanaktan yararlanması bile olağandışı kalmaktadır.¹⁴⁶

İdarenin sorumluluğu açısından baktığımızda bu dönemde “devletin sorumsuzluğu” ve “Kral kötülük yapmaz” ilkeleri geçerlidir. Bu ilkeler gereği kral kişilere zarar veremez, dolayısıyla sorumluluk da olmaz. Devlet gücünün tamamı, yasama, yargı yürütme, hükümdarın elinde toplandığından, devlet de hükümdarın şahsıyla kaim olduğundan, hükümdarın dolayısıyla devletin sorumsuzluğu esastır.¹⁴⁷

1.2.4.2. 1789-1873 Arası Dönem-Yumuşatılmış Sorumsuzluk Dönemi

Fransız İhtilali’nden sonra kurulan kurucu meclis ile monarka (hükümdara) ait olan egemenlik hakkı millete geçince, önceki dönemde geçerli olan hükümdarın sorumsuzluğu ilkesi, milletin hukuksal somutlaşması olan devletin sorumsuzluğu sonucunu doğurmuştur. Zira önceki dönemde geçerli olan egemenlik görüşü değişmemiş, sadece şekil değiştirmiştir; hükümdarın kişiliği ile temsil olunan egemenlik, millet ile temsil edilmesine dönüşmüştür.¹⁴⁸ 1789 ile birlikte egemenliğin el değiştirmesini, yani monarktan ulusa geçmesini sadece bir tacın sahibinin değiştirilmesi olarak kabul etmek gerekir, yoksa egemenliğin özüne yönelik bir değişiklik yoktur.¹⁴⁹ Devletin sorumsuzluğu ilkesi bu dönemde halk egemenliği teorisiyle savunulmuştur.

Öte yandan bu dönemde devletin sorumsuzluğu bir önceki dönemde olduğu gibi mutlak anlamda uygulanmamıştır. Ayrıca bu ilkenin bazı istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin idarenin sorumsuzluğu ilkesi idarenin yaptığı sözleşmeler alanında geçerli değildi. İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin ihlalinden kişiler zarar görürse, idare bu zararları

¹⁴⁶ YENİCE, Kazım/ ESİN, Yüksel; *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983 s.79

¹⁴⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar; *Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk*,Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk ÜniversitesiSosyal Bilimler Enstitüsü, 1991, s.6.

¹⁴⁸ BAŞGİL, Ali Fuat;*Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi*, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1940, s.585

¹⁴⁹ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali; *Demokratik Mitoslar:Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil*, AÜSBFD, Cilt:XLVI, No:1-2, Ocak-Haziran, 1991, s.23; KAPANİ, Münci;*Politika Bilimine Giriş*, 4. Basım,Ankara: Bilgi Yayınevi, 1988, s.72.

tazminle mükellef tutulmaktadır. Devletin sorumsuzluğu ilkesine kanunla¹⁵⁰ istisna getirilebileceği kabul edilmektedir. Kamulaştırma işlemlerinde¹⁵¹ kişilerin zararlarının karşılanması dolayısıyla da idarenin sorumluluğu esas geçerlidir. İdarenin özel hukuk hükümlerine tabi mallarının zarara neden olması halinde idarenin özel hukuk kişisi gibi adliye mahkemeleri önünde sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Mahalli idarelerin egemen olmaması nedeniyle mahalli idarelerin özel kişilere verdikleri zararlardan sorumlu oldukları kabul edilmektedir.¹⁵²

Bu dönemde çıkarılan 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ile hakimlerin idareye karşı açılmış davalara bakmaları, idari işler hakkında karar vermeleri ceza tehdidi altında yasaklanmış, böylece idari ve adli makamların ayrılığı kabul edilmiştir.¹⁵³ Akabinde 16 Fructidor Yıl III (1795) tarihli bir kararname çıkarılarak her ne şekilde olursa olsun idari işlemlere karşı mahkemelerde dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkemelerin idari davalara bakması yasaklanınca idarenin işlem ve eylemlerinden zarar gören vatandaşlar, mahkemelere başvuramadıkları için doğrudan idareye başvurarak zararlarının giderilmesini istemişlerdir. Bu durumda idare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıklar konusunda doğrudan idare ajanları karar vermektedir. “İdareci-hakim sistemi” de denilen bu sistem idarenin bir davada hem taraf hem hakim olması nedeniyle adalet ve hakkaniyet ilkesine ve kimse kendi davasında hakim olamaz şeklindeki evrensel hukuk ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹⁵⁴

Sakıncaları biraz olsun gidermek üzere 22 Frimaire Yıl VIII (13 Aralık 1790) tarihli Anayasa ile Conseil d’Etat (Fransız Danıştay) kurulmuştur. Kişiler ile idare arasındaki uyuşmazlıkları incelemek görevi bu kurula verilmiştir. Ancak “Tutuk Adalet” de denilen bu sistemde Conseil d’Etat üyeleri yargıç değildir ve yargıç güvencesine de sahip olmadıkları gibi uyuşmazlıklar hakkında kesin karar verme yetkileri de bulunmamaktadır.

¹⁵⁰28 Pluaise Yıl VIII tarihli Kanun Bayındırlık işlerinden dolayı ortaya çıkan zararların devlet tarafından karşılanmasını öngörmüştür.

¹⁵¹1789 İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirisi md. 17: “Kutsal ve dokunulmaz bir hal olan mülkiyet hakkından ancak hukuki olarak kamusal bir zorunluluğun ortaya koyduğu zorlama ve adil bir tazminatın önceden ödenmesi şartı dışında kimse mahrum bırakılamaz.”, ATAY/ ODABAŞI; a.g.e., s.43

¹⁵²GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 1019-1020, ÇAĞLAYAN, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s.77-78.

¹⁵³Bu Kanun’un İkinci Bölümünün 13. maddesi şöyle demektedir: “Adli görevler, idari görevlerden ayrıdır ve her zaman ayrı kalacaklardır. Hakimler, hangi şekilde olursa olsun idari makamların işlerine karışamazlar, görevleri dolayısıyla idarecileri mahkemelere çağıramazlar; aksi takdirde görevsuçu işlemiş olurlar.” GÖZLER, **İdare Hukuku**, s.53.

¹⁵⁴GÖZLER, **İdare Hukuku**, s.53, ÇAĞLAYAN, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s.76.

Bunlar uyuşmazlık hakkında karar tasarısı hazırlayıp devlet başkanına sunuyor, nihai kararı devlet başkanı vermektedir.¹⁵⁵

1.2.4.3. 1872 Sonrası Dönem

Fransa’da 1873 Blanco kararı ile birlikte devletin sorumluluğunun kabul edilmesinin altında dönemin gelişmeleri yatmaktadır. Liberal ekonomi düşüncesi yerine, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesini amaçlayan düşünce akımının egemen olmaya başladığı; bunun yanında hızla gelişen demokrasi ve özgürlük düşüncelerinin egemen sorumsuz devlet anlayışını temelinden sarstığı gözlenmektedir. Bu düşünce akımları devletin hukuki sorumluluğu alanını etkilemiştir. Devletin jandarma devlet hüviyetinden sıyrılıp ekonomik ve sosyal yaşama karışmaya başlamasıyla fertlerle daha sık karşı karşıya gelmesi ve kamu hizmetlerinin nicelik ve nitelik olarak çoğalmaya genişlemeye başlamasıyla bu hizmetlerden doğan bireysel zararlar artmaya başlamıştır. Öte yandan gittikçe gelişen demokratik hak ve özgürlük düşünceleri artık bu zararların bireyler üzerinde bırakılmasına izin vermez olmuş, Devletin verdiği zararları ödemesi gerektiği düşüncesi siyasal ve hukuki alanda geçerlilik kazanmaya başlamıştır¹⁵⁶

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco Kararıyla*¹⁵⁷ “idarenin sorumsuzluğu ilkesi” terk edilerek “idarenin sorumluluğu ilkesi” kabul edilmiştir. Bu kararda Devletin sorumluluğunun genel ve mutlak bir sorumluluk olmadığı söylene de kararda devletin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde istihdam ettiği kişilerin üçüncü kişilere verdiği zararlardan devletin sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

¹⁵⁵ GÖZLER; *İdare Hukuku*, s.54, ÇAĞLAYAN; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s. 77

¹⁵⁶ YENİCE/ ESİN; a.g.e., s.80

¹⁵⁷ Karara konu teşkil eden olayda, devlet tarafından emanet usulü ile işletilen tütün işletmesinin işçileri tarafından kullanılan bir vagonet küçük bir çocuğa çarparak yaralanmasına neden olmuştur. Çocuğun babası Fransız Medeni Kanun’un istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak, adliye mahkemeleri önünde uğradığı zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açmıştır. Vali, tazminat istemiyle devlete karşı adli yargıda dava açılmayacağını ileri sürerek görev uyuşmazlığı kararı almıştır. Bunun üzerine Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi “Kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı kişilerce özel kişilere verilen zararlardan dolayı devlete düşen sorumluluk, Code Civil’de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler tarafından yönetilemez. Esasen, genel ve mutlak olmayan bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişen kuralları vardır. Bu nedenle, yukarıda açıklanan kanunlar çerçevesinde devletin sorumluluğuna karar verme konusundaki görev idari yargı yerlerine aittir...görevsizlik kararının onanmasına” şeklinde karar vermiştir. GÖZLER; *İdare Hukuku*, s. 1020; ÇAĞLAYAN; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.79,80, CANDAN,Turgut; *Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu*, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No:39, Başbakanlık Basımevi, s.1.

Diğer yandan da; devletin bu sorumluluğunun özel hukuka değil, özel kuralları olan kamu hukukuna tabi olduğu ve dolayısıyla bu sorumluluk dolayısıyla açılacak davaların adli yargıda değil idari yargıda açılması gerektiğine karar verilmiştir.¹⁵⁸

Tarihsel gelişim seyri içinde idarenin sorumluluğu alanında yargı kararlarıyla oluşturulan alana yasa koyucu kayıtsız kalmamış, hassasiyet gösteren bazı durumlar için devletin sorumluluğunu öngören yasal düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu gelişim seyrinde egemenlik kavramına ilişkin katı anlayışın zayıfladığı ve kamu hizmetlerindeki gelişmeye paralel olarak toplumsal dayanışma gereğince zararın zarara uğrayanların üzerinde bırakılmasının yerinde olmayacağı görüşü yerleşmeye başlamıştır. Bu durum aynı zamanda polis devletinden hukuk devletine ve sosyal devlete doğru gidişin de sonucu olmuştur.¹⁵⁹

Fransız Hukukunda idarenin sorumluluğunun tarihsel gelişimine bakıldığında özetle; 1789 Fransız İhtilali öncesinde Fransa'da geçerli olan mutlak monarşi dönemindeki egemen devlet düşüncesi ve devletin sorumsuzluğu ilkesinin zamanla yumuşadığı, ilk önceleri devletin sorumsuzluğu ilkesinin bazı sınırlı konularda uygulanmadığı veya bu ilkeye kanunla bazı istisnaların getirildiği, son olarak da demokrasi ve özgürlük düşüncelerinin egemen olması, devletin ekonomik ve sosyal yaşama daha çok karışarak kamu hizmetlerinin genişlemesi ve bunun doğal sonucu olarak kamu hizmetlerinin bireylere verdiği zararların artması ile devletin mutlak veya kısmi sorumsuzluğu ilkesinin terk edilerek devletin sorumluluğuna gidildiği görülmektedir.

1.3. TÜRK HUKUKUNDA İDARİ SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

1.3.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Osmanlı imparatorluğu yaklaşık altı yüzyıl boyunca hakimiyet sürmüş bir imparatorluk olarak bu süre içerisinde siyasi yapısında, toplum ve devlet düzeninde çeşitli değişimler yaşanmıştır.¹⁶⁰Devletlerin siyasal sistemleri açıklanırken kullanılan kavramlardan birisi mülk devlet diğeri ise polis devlet anlayışıdır. Mülk devlet anlayışında hükümdar yasama, yürütme ve yargı yetkilerini kendi şahsında toplar ve bunlar hükümdarın şahsi hakkı olarak görülür. Hükümdar bu yetkilerini kısıntıya tabi olmadan

¹⁵⁸ GÖZLER; *İdare Hukuku*, s. 1020

¹⁵⁹ ATAY/ ODABAŞI, a.g.e., s.53

¹⁶⁰ ÇAĞLAYAN; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.83

kullanır.¹⁶¹ Polis devlet anlayışında ise hükümdar bu yetkileri kendi şahsı adına değil devlet adına kullanır ve tanrı ile kendi vicdanına karşı sorumludur. Hükümdar kendi koyduğu kurallarla da bağlı olmadığından hükümdar hakkında yargısal bir denetim de söz konusu değildir.¹⁶² Osmanlı İmparatorluğunun her iki aşamadan geçtiği belirtilmektedir.¹⁶³

Osmanlı devletinde her ne kadar yargısal denetim bulunmamakta ise de idari bir yol olarak idarenin eylem ve işlemleri ile ilgili olarak tebanın divana şikayet yolu ile başvuru hakkı bulunmaktaydı.¹⁶⁴

Osmanlı Devletinde, üst düzey memurların halktan kişilere zulüm boyutuna varacak şekilde yaptıkları haksızlıklar nedeniyle şikayet edildikleri mezalim mahkemelerinde, memurun şahsi sorumluluğu uygulanabilmekteydi.¹⁶⁵ Tanzimat öncesi dönemde Beytülmal yani hazine devlet tüzel kişiliğinden ayrı düşünülmüş olup, Beytülmal'ın özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁶⁶

Hukuk devletine geçiş aşamasının başlangıcı olarak 1808 tarihli Sened-i İttifak ile ilk defa hükümdarın yetkilerinde ayanlar lehine sınırlandırmaya gidilmiş ancak uygulamayı denetleyecek üst bir kurum öngörülmediğinden senedi ittifak uzun soluklu olmamıştır.¹⁶⁷ 1839 tarihinde padişahın tek taraflı irade açıklaması şeklinde olan ve tek güvencesi, padişahın açıkladığı hususlara uyacağına dair yemini olan Gülhane Hatt-ı Hümayunu(Tanzimat Fermanı) devletin sorumluluğunu gerçekleştirecek kuralları getirememiştir.

Osmanlı devletinde başlangıçta ıslahatların gerçekleştirilmesi için kanuni düzenlemelerde faaliyet göstermesi için bir meclis olarak öngörülen Devlet 1868 yılında bir nizamname ile kurulmuş ve nizamnamenin 2. maddesine göre “Eşhas ile hükümet beynindeki davalara” bakmakla görevlendirilmiş, 1870 yılında çıkarılan Şurayı Devlet Nizamnamesinin 3. maddesinde kamu-özel hukuk ayrımı yapmaksızın özel kişiler ile

¹⁶¹ ONAR; a.g.e., I. Cilt, s. 113.

¹⁶² ONAR; a.g.e., I. Cilt, s. 115

¹⁶³ ONAR; a.g.e., I. Cilt, s. 121.

¹⁶⁴ ATAĞ; a.g.e., s.14.

¹⁶⁵ MUMCU, Ahmet; *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 90.

¹⁶⁶ ONAR; a.g.e., I. Cilt, s. 127.

¹⁶⁷ ONAR; a.g.e., I. Cilt., s. 133-134.

devlet arasındaki davalara bakmakla görevlendirilmiştir.¹⁶⁸ Ancak Şurayı Devlet bu dönemde kaza mercisi gibi hareket edememiş ve beklentileri karşılayamamıştır.¹⁶⁹

Türk hukuk tarihinin ilk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de Şuray-ı Devletin görevi, sadece memurlar ile kişiler arasındaki davalara bakmakla sınırlandırılmış, devlet dolayısıyla idare ile kişiler arasında çıkacak ihtilaflara ilişkin davaların adliye mahkemelerinin görevinde kaldığı kabul edilmiştir.¹⁷⁰ Tartışmalı olmakla birlikte bizim sistemimize Osmanlı döneminde idarenin kamu hukukuna göre sorumluluğunu sağlayacak idari rejimin 1868 de Şuray-ı Devletin Kurulması ile başladığı, 1876 Kanun-i Esasi ile kalktığı ifade edilmektedir.¹⁷¹ Osmanlı devleti döneminde idari rejim ve idarenin sorumluluğuna ilişkin çeşitli adımlar atılmış isede bu adımlar kalıcı ve etkili sonuçlar doğurmamış, idarenin sorumluluğu konusunda asıl gelişmeler ve kalıcı adımlar Cumhuriyet Döneminde gerçekleşmiştir.¹⁷²

1.3.2. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyetin ilanından sonra idari dava ve uyuşmazlıklarla ilgili düzenlemelere, ilk olarak 1924 Anayasasında Şûra-yı Devlet’in kurulmasını öngören maddede rastlamaktayız. Bu hükümle, Şûra-yı Devlet anayasal bir kurum haline gelmiş ve hukuk literatürümüze “*idari dava*” kavramı girerek Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki yargı birliğinden vazgeçilmiştir. 1925 yılında çıkarılan 669 sayılı Şûra-yı Devlet Kanunu ile Şûra-yı Devlet, Başbakanlığa bağlı bir örgüt olarak yapılandırılmıştır. Kanunda ilk defa “iptal davası” terimi kullanılmış, “tam yargı davası” terimine doğrudan yer verilmese de tanımı yapılarak görev alanına dâhil edilmiştir. Tam yargı davasının “*Rüyeti mehakimi adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkında idari muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalar.*” şeklindeki tanımı ile artık idarenin sorumluluğu ilkesinin de kabul edilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Kanunun getirdiği önemli yeniliklerden biri de Şûra-yı Devletin verdiği kararların, ayrıca bir iradeye tabi tutulmaksızın kesin hüküm özellikleriyle icra dairelerince yerine getirilmesidir. Bu yenilikle birlikte idari yargının, ayrı bir yargı kolu olarak düzenlendiğini de görmekteyiz.

¹⁶⁸ ATAY, ODABAŞI; a.g.e., s. 54.

¹⁶⁹ ÖZDEMİR, Necdet; *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*. Ankara İktisadi ve Ticariİlimler Akademisi Yayınları, 1963, s. 87.

¹⁷⁰ ATAY, ODABAŞI; a.g.e., s.54

¹⁷¹ ÖZDEMİR; a.g.e., s.18.

¹⁷² ÇAĞLAYAN; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.102

669 sayılı Şûra-yı Devlet Kanunu ile 1927 yılında fiilen faaliyete başlayan Danıştay, idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak önceleri çekingen davranmış ve kanunlarda açık hüküm bulunmadıkça tazminat taleplerini reddetmiştir.¹⁷³ İctihat mahkemesi olan Yüksek Mahkemenin İslam hukuku kurallarına uygun olarak sorumsuz devlet anlayışını devam ettirmesi, konuya ilişkin içtihatların da ortaya çıkmasında gecikmeye yol açmıştır. Danıştay'ın hizmet kusuruna dayanan kararlar vermesi 1940'lı yıllara rastlar. İlk kararlarında Danıştay doğrudan 'hizmet kusuru' terimini kullanmasa da davalar hizmet kusuru ilkelerine göre sonuçlandırılmıştır.

Şûra-yı Devlet Kanununda kendisine yer bulan idarenin sorumluluğu ilkesi, anayasal bir kurum olarak ilk kez 1961 Anayasasında m. 114'te "*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz... İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" hükümleriyle düzenlenmiştir. Anayasada sorumluluğun çerçevesi çizilmiş, idare hukukunun içtihadi özelliğine de uygun olarak da sorumluluğun dayanağı için sınırlama getirilmemiştir. 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklik, askeri kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesine bırakılmıştır.

1961 Anayasası döneminde çıkarılan 521 sy. Danıştay Kanunu ile Danıştay, yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme merci olmuş ve bağımsızlığına kavuşmuştur. 1961 Anayasası döneminde çıkarılan önemli kanunlardan bir diğeri de 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunudur. Kanun m.13 ile memurların görevleri ile ilgili verdikleri zararlardan dolayı zarara uğrayanlar, zararın tazminini idare aleyhine açacakları dava ile sağlayacaklardır.

Genel olarak 1961 Anayasasından sonra kararlarında kusursuz sorumluluğa da yer veren Danıştay'ın 1950'lerde de uçaksavar mermisinin havada değil de bir fabrikanın üzerine düşüp patlaması sonucu doğan zararın giderilmesi için açılan davada "*hakkaniyet ve adalet*" esaslarına dayanarak risk ilkesini uyguladığına rastlanılmaktadır.¹⁷⁴ Danıştay 1962 tr. kararında ise bayındırlık işlerinin ifasıyla meydana gelen tesis ve eserlerden toplumun tamamı yararlanmakla birlikte, bazı kişilerin bundan zarar görmesi halinde

¹⁷³ ONAR; a.g.e., s. 1693

¹⁷⁴ ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 109'dan naklen, Danıştay 6.D., 17.1.1952 tr. ve E.1950/1631, K. 1952/84 sy.Kararı, DKM, S.54- 57, s. 486.

zararların kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesince karşılanmasını, hakkaniyet ve nasafetin gereği olarak görmüştür.¹⁷⁵

1961 Anayasası ile önemli bir gelişme sağlanmış, 1982 Anayasası ile de bu durum korunmaya çalışılmıştır. 1982 Anayasasında 40/3, 125/son ve 129/5. maddelerle idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümler getirilmiş, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesine de yer verilmiştir. Ülkemizde sorumluluğun esası, doktrinin de katkılarıyla yargı kararlarıyla gelişme sağlamıştır.¹⁷⁶

Anayasa m. 125/son “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmü, sosyal bir hukuk devleti olmanın gereği olarak idarenin sorumluluğu hakkında genel bir düzenlemedir. 1982 Anayasasının m. 129/5 hükmü(1982 Anayasası m.129/5) ise -1961 Anayasasından farklı olarak-hizmet kusuru ilkesine yer vermiş ve öncelikli olarak kamu görevlisini tazminat davası dışında tutarak ödenecek tazminatı garanti altına almıştır. Kamu görevlisinin kişisel kusuru halinde ise rücu müessesini kabul etmiştir. Salt kişisel kusur durumunda ise zararın giderilmesi için kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılacaktır. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda da idarenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

¹⁷⁵Danıştay DDGK 19.02.1962 tr. K.62/108 sy. Kararı, nakleden BAŞPINAR, Recep; Tam **Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1986, s.499- 501.

¹⁷⁶ÇAĞLAYAN;a.g.e., s. 151

İKİNCİ BÖLÜM

2. KUSURSUZ SORUMLULUK ANLAYIŞININ DOĞUŞU

İdarenin verdiği zararların tazmini noktasında sadece kusurlu sorumluluğun idare hukukuna uygulanması sonucu kavramsal olarak ortaya atılan hizmet kusuru kavramının uygulanması adil olmayan neticeler doğurduğundan, idarenin kusur şartı aranmaksızın bazı durumlarda sorumlu tutulabileceği düşüncesi doğmuştur. Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile idare daha fazla ve çok çeşitli kamu hizmetlerini üstlenmiş, bunun sonucunda idare, yürüttüğü kamu hizmetleri nedeniyle daha fazla eylem ve işlemler yaparak bireylerle daha fazla temas etmiş ve bireylerin karşısına çıkmıştır. Bu ise idarenin bireylere zarar verme ihtimalini sayısal olarak arttırmıştır.¹⁷⁷

Hukuk devleti ilkesinin yanında sosyal devlet anlayışının kuvvet kazanması, idarenin sorumluluğu konusunda zarar gören kişiler lehine bazı gelişmeler yaşanmasına neden olmuş, sosyal devlet anlayışı gereği idarenin faaliyet alanının genişlemesi, toplumsal ihtiyaçların çeşitlenerek karmaşık hal alması, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında teknolojik gelişmelerin kullanılması, araçların artması idari teşkilatın daha da karmaşık bir hal alması nedenleriyle, idarenin eylemlerinden zarar gören kişilerin, söz konusu zararın idarenin kusurundan kaynaklandığını ispatlamaları oldukça güçleşmiştir. Ayrıca bazı kişilerin diğer kişilere nazaran daha ağır ve belirgin zararlara maruz kalmaları durumunda bu zararları onların üzerinde bırakmamak gerektiği yönünde sosyal adalet fikirleri gelişmiştir. Ortaya çıkan yeni gereksinimler karşısında kusura dayanmadan idarenin verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusur kavramından farklı mesnetlere ihtiyaç duyulmuş, bu ihtiyacın nedeni olarak da özellikle kusura dayanan sorumlulukta, zarar gören kişilerin kusuru ispatlamak zorunda olmaları ancak, bunun idare ile idarenin sunduğu kamu hizmetlerinin karmaşıklaşan yapısı, şekli ve kullanılan araçların nitelikleri gereği pek mümkün olmaması veya çok zor olması ileri sürülmüştür.¹⁷⁸ İşte bu gereksinimler sonucunda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun yanında, bazı özel durumlarda kusursuz olsabile sorumlu olabileceği kabul edilmiş ve temel olarak “*Risk Teorisi*” ile “*Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik Teorisi*” kabul edilmiştir. Bu teorilere göre Türkiye idaresinin kusursuz sorumluluğu yönünden 1982 Anayasası madde 125/7’de

¹⁷⁷ GÜNDAY; a.g.e. s. 378

¹⁷⁸ YAYLA; a.g.e. s. 352-353

yer alan “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” şeklindeki düzenleme, Anayasal dayanak olarak gösterilmiştir.¹⁷⁹

İdarenin kusursuz sorumluluğu, “idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğü” olarak tanımlanmaktadır. Bu sorumluluğun kabulünde dayanak olan *Risk İlkesi* ve *Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi* içtihatlarla geliştirilen ve idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklayan teorilerdir. Bu teoriler, sebep sorumluluğu olarak da ifade edilen kusursuz sorumlulukta sorumluluğun kaynağını kişinin dışında arayan bir yaklaşımı ifade etmekte olup, bu anlayışta sorumluluk doğurucu etmen ön sıraya, sorumlu tutulacak olan kişinin kişiliği geri plana alınmakta, bir fiil, olay ve durumun sonuçlarından dolayı sorumlu tutulma söz konusu olmaktadır. Zararı doğuran sebebin sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmesi, sorumluluğun daha adil bir paylaşımını sağlamaktadır.¹⁸⁰

2.1. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

İdarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin eylemi, zarar ve illiyet bağının bir arada bulunması gerekmektedir.¹⁸¹

2.1.1. Eylem

İdarenin tazmin borcunun doğması için meydana gelen zararın, idarenin işlem veya eyleminin sonucu olması gerekir. İdarenin sorumluluğu hem düzenleyici hem de bireysel idari işlemler için söz konusu olabilirken idari eylemler için ise idarenin söz konusu eylemi, icrai olabileceği gibi ihmali bir davranış şeklinde de gerçekleşmiş olabilir. Tüm bu durumlarda esas olan, sorumluluğun idareye yüklenebilir olmasıdır. Sorumluluğun idareye yüklenebilmesi bazı durumlarda özellik arz eder:

İdareye yabancı kişilerin verdikleri zararlardan idare sorumlu değildir. Ancak bazı durumlarda eylem, idarenin dışındaki kişilerce yapılsa da idarenin sorumluluğu doğar. Kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik olarak bazı olağanüstü durumlarda *görünüşte memur* ilkesi gereğince, bu kişilerin verdikleri zararlar idareye yüklenebilir.

¹⁷⁹ZABUNOĞLU; a.g.e., s. 260

¹⁸⁰ ZABUNOĞLU; a.g.e., s. 262

¹⁸¹ ZABUNOĞLU; a.g.e., S. 261

Yine sosyal risk ilkesine göre; zarar, idareden değil, terör eyleminden kaynaklanmasına rağmen idarece karşılanmaktadır.

Bazı durumlarda ise eylem, idareden kaynaklanmakla birlikte hangi makama atfedileceğinde sorun yaşanabilir. Yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idarî vesayet yetkisini kullanan vesayet makamları, vesayet yetkisinin kullanılmasından dolayı sorumludurlar.

Hizmeti yürüten idarelerde karar ve yürütme organlarının farklı olması durumunda, sorumluluğun yürütme organına yöneltilmesi gerekir. Sorumluluğun yöneltilmesi ve paylaştırılması hususlarını somut olayın özelliklerine göre hâkimin belirleyeceği açıktır.

İdarenin işlem ve eylemlerinin hizmet kusuru açısından sorumluluğa yol açabilmesi için atfedilen eylemin hukuka aykırı olması gerekirken kusursuz sorumluluğunda idare, hukuka uygun işlem ve eylemlerinden dolayı da sorumludur.

2.1.2 Zarar

Türk hukuk düzeninde, Anayasanın 125. maddesine göre “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” ve “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” İYUK’un 2. maddesi, “idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar”dan, 27. maddesinde de “telafisi güç veya imkânsız zararlar”dan bahsetmektedir. Borçlar Kanunu da 49. madde¹⁸² ve ilgili diğer maddelerinde, zarardan söz etmekte fakat bu kavramın genel bir tanımını vermemektedir. Dolayısıyla diyebiliriz ki, zararın tanımı doktrin ve yargıya bırakılmıştır.

Zarar, bir kişinin isteği dışında, maddi varlığı (patrimuan) ya da manevi varlığında meydana gelen bir eksilme olarak tanımlanmaktadır.¹⁸³ Maddi varlığından, bir kişinin

¹⁸² Borçlar Kanunu, 49. madde: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zarar gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

¹⁸³ Zarar, “dar anlamda” ve “geniş anlamda” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda zarar, yalnızca maddi zararı kapsamaktayken; geniş anlamda zarar, manevi zararı da kapsamaktadır. (Tandoğan, Haluk; **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No:159, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 63; Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 14. B, Ankara, Yetkin Basımevi, 2012, s. 521.) Biz de “maddi” ve “manevi” zarar ayırımına katılıyoruz. Ancak, özellikle birini kastedeceğimiz zaman “zarar” kelimesinin başında bu sınıflardan birini kullanmakla birlikte, “zarar” kavramını tek başına kullandığımızda, geniş anlamda zararı kastetmekteyiz.

ekonomik değeri olan ya da olabilecek mallarının tümü anlaşılır. Maddi zarar söz konusu olduğunda da, malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir çoğalma gerçekleşmiş demektir. Manevi varlığı ile ise, kişinin psişik durumu(huzuru) ifade edilmek istenir. Manevi zarar söz konusu olduğunda, bir kişinin kişilik hakkına yapılan, haksız bir müdahale dolayısıyla duyduğu, cismani ve manevi acı ve ıstırap, hayat zevklerinde bir azalma ortaya çıkar.¹⁸⁴ Diğer taraftan, kişinin maddi ve manevi varlığında meydana gelen eksilme, çoğu zaman¹⁸⁵ kişinin zarara uğramadan önceki ve zarara uğradıktan sonraki durumu arasındaki fark ile belirginleşir. Ortaya çıkan bu fark, aynı zamanda zarara uğrayan kişinin iradesi dışında olmalıdır, aksi halde zarardan söz edilemez.¹⁸⁶ Borçlar Kanunu’nun, 50. maddesinde “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler” kuralı yer almaktadır. İdare hukukunda ise, tazmin isteminde bulunabilmek için zarar doğmuş olmalıdır, ancak oluşan zararın iddia sahibi tarafından kanıtlanması da gereklidir.¹⁸⁷ Her ne kadar zarar görenler, zarara idarenin tutum ve davranışlarının neden olduğunu ispatlamak zorunda olsalar da, bu durum özel hukuktaki kadar zor değildir. Çoğu kez davacının, mahkemeye kanıt başlangıcı sayılabilecek ipuçlarını vermesi yeterlidir. Bu konuya şunu da ilave etmek gerekir ki, zararın varlığı ile kusurun varlığını birbirine karıştırmamak gerekir. Duguit’in işaret ettiği üzere, “bir kamu hizmetinin işletilmesi dolayısıyla zarara uğradığını iddia eden ferdin bir hizmet kusuru işlenmiş olduğunu ispatlamaya mecburiyeti yoktur; zararın vukuunu ispatlaması kâfidir.”

¹⁸⁴ Tandoğan, Haluk; *Türk Mes’uliyet Hukuku*, İstanbul, 1961, s.63

¹⁸⁵ “Çoğu zaman” demeyi uygun bulduk, çünkü her zaman malvarlığındaki bir eksilme, zarar doğuran olaydan önceki durum ile sonraki durum arasında bir değişiklik olmasını gerektirmez. “Kar mahrumiyeti” ya da “yoksun kalınan aylık ve özlük hakları” durumlarını buna örnek gösterebiliriz. Böyle durumlarda, zarar verici olayın öncesi ve sonrası arasındaki farka bakıldığında malvarlığında bir eksilme görülmez ancak, zarar doğurucu olay meydana gelmemiş olsaydı, malvarlığında bir çoğalma meydana geleceği açıktır. Bkz. Danıştay 12. Daire, T. 29.2.1996, E. 1995/7261, K. 1996/585; Danıştay 5. Daire, T. 16.2.1994, E. 1993/161, K. 1994/1024, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 04.07.2019

¹⁸⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 9. B., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 514.

¹⁸⁷ Bkz. Danıştay 3. Dairenin 2002 tarihli kararı: “213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3’üncü maddesinin (B) bendinde, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu kurala bağlanmıştır. İnceleme raporu ve eki tutanaktaki tespitler karşısında ispat külfeti kendisine düşmesine karşın davacı envanter farkı bulunmadığını kabule elverişli hiçbir kanıt sunmadığı gibi... soyut iddianın da kabulü mümkün değildir.”(Danıştay 3. Daire, T. 08.05.2002, E. 2001/961, K. 2002/1907, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 04.07.2019

Danıştay 6. Dairenin 2015 tarihli kararı: “...davacının taşınmazlardan yeryüzü şartlarından dolayı tasarruf etme imkânının bulunmadığı, tarım arazisi vasfında olmayan, denizin gelgit alanında bulunan

Çünkü bir kamu hizmeti görülürken bir kimseye zarar verilirse, idarenin kusurlu olduğunu ispat etmek mağdura düşmez, mağdurun ihtiyatsızlık ve ihmalinin ispat etmek idareye düşer.¹⁸⁸ İspat yükümlülüğü bu anlamda, zarar gören açısından sadece zararın ispatına yöneliktir, kusurun varlığını ise mahkeme araştıracaktır.

Zarar, mali sorumluluğun, dolayısıyla da tazminat borcunun en önemli unsurudur.¹⁸⁹ İdarenin gerçekleştirdiği eylem neticesinde kişinin şahıs varlığında veyamalvarlığında bir zarar meydana gelmemişse ortada tazminat yükümlülüğünü gerektirecek bir şey yoktur.¹⁹⁰ Tarihli Karar, İdari sorumluluk bakımından da en önemli unsur olan zararın varlığı tam yargı davasının ön koşuludur.¹⁹¹ 2577 Sayılı Kanun tam yargı davasını idari işlem ya da eylemler neticesinde hakları doğrudan ihlal edilenler tarafından açıklan dava olarak tanımladıktan sonra, 12. maddesinde “idari işlemin icrası sebebiyle oluşan zararların tazmini”nden bahsetmektedir. Aynı şekilde 13. maddesinde idari eylemler sebebiyle hakları ihlal edilmiş olanların idareye başvurarak “haklarının yerine getirilmesini istemeleri” ifadeleri yer almaktadır. Kanunun tam yargı davasına ilişkin kullandığı “hakların doğrudan ihlali”, “oluşan zarar” ve “hakların ihlal edilmiş olması” ifadeleri tam yargı davasında sorumluluğun için gerekli olan “zarar”ın farklı ifade edilmiş şekilleridir.

¹⁸⁸ DUGUIT, Leon; *Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, çev. Süheyye DERBİL, Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1954, s. 164-165.

¹⁸⁹ OĞUZMAN/ ÖZ; *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, C. II, s. 37.

¹⁹⁰ “Davacının hissedarı olduğu taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin işlemin yargı kararı iptali edilmesi sonucu davalı idarece yargı kararı gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu tartışmasızdır. Ancak tazminata hükmedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığı ile birlikte ortada oluşmuş net bir zararın bulunması gerekmektedir. “Olayda, kamulaştırma işleminin dayanağı imar planı değişikliğinin iptali sonucu taşınmazın bulunduğu yer plansız alan konumuna düştüğünden, bu aşamada davacının alanda inşai faaliyette veya herhangi bir tasarrufta bulunma olanağının kalmadığı görülmektedir. “Bu durumda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle doğmuş bir zarardan söz edilemeyeceği gibi ileride doğması muhtemel zararların tazmininin de mümkün olmaması karşısında tazminat isteminin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamaktadır.” (D.6. D, E.2007/987, K. 2009/3604, 08.04.2009 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 07.07.2019)

¹⁹¹ “...İlgilisinin, zararın varlığını, nedenleri ve miktarı ile birlikte belgeleyerek ortaya koyması gereği tam yargı davasının ön koşuludur.” (D. 8. D, E. 2011/2237, K. 2011/2623, 11.05.2011 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 07.07.2019)

Ceza Hukukunda bir hukuksal yarar aleyhine soyut veya somut bir biçimde tehlike arz eden bazı fiiller “suç” olarak tanımlanmıştır.¹⁹² Öldürülmek istenen kimsenin daha önce aldığı bir ilaç sebebiyle zehrin etkisiz kalması halinde, fiil hukuka aykırı olmasına rağmen, zarar oluşmadığından haksız fiil sorumluluğu söz konusu değildir.¹⁹³ Ancak zararın meydana gelmemiş olması teşebbüs derecesinde kalmış bu fiil nedeniyle failin cezai sorumluluğuna engel değildir. Bu nedenle gerek hukuki gerekse de idari sorumlulukta teşebbüs aşamasında kalmış bir fiil, zararın meydana gelmemiş olması şartıyla, failin ya da idarenin mali bakımından sorumluluğuna neden olmazlar.

Gerek idari sorumluluk gerekse de hukuki sorumluluk bakımından zararın olmadığı yerde tazminat yükümlülüğü söz konusu olmadığından, bir hukuksal yarar bakımından tehlike arz eden idari işlemler ya da idari eylemler veyahut da haksız fiiller idarenin veya failin sorumluluğuna yol açmamaktadır. Ancak idari işlemin ilgililerin menfaatini ihlal etmesi halinde bir iptal davasının açılabilmesi mümkündür. Danıştay kararında da belirtildiği gibi “... her hukuka aykırı işlemin iptali, mutlaka idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirmez. İdarenin tazmin sorumluluğu için, bir zararın doğması ve zararın, idarenin işlem ya da eyleminden kaynaklanması gerekmektedir.”¹⁹⁴

Mali sorumluluğun temel unsuru olan zararın tanımlanmasına herhangi bir kanunda yer verilmiş değildir. Şu halde, zararın tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi yargı mercilerine ve doktrine bırakılmıştır. Geniş anlamda zarar, “birişinin malvarlığında veya şahısvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme” olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁵ Bir kimsenin malvarlığının aktifinde iradesi ya da rızası ile gerçekleşen azalmalar ya da malvarlığının pasifindeki artmalar “tazminat sorumluluğuna esas olan bir zarar” olarak kabul edilmemektedir.¹⁹⁶

¹⁹² Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (5237 TCK m. 220), Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşıllama (TCK 216), Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK m. 233/ f. 3), yabancı Devlet aleyhine asker toplama (TCK m. 306), vs.

¹⁹³ OĞUZMAN/ ÖZ; *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, C. II, s. 37

¹⁹⁴ D. 10. D. E. 2005/2359, K. 2007/4631, 10.10.2007 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 09.07.2019

¹⁹⁵ EREN, Fikret; *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi*, AÜHFY, Ankara 1975.s. 521.

¹⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ; *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, C. II, s. 37

2.1.2.1. Zararın Özellikleri

Hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk için zarar şartının gerçekleşmiş olması zorunludur. Zararın idarenin sorumluluğuna yol açabilmesi için birtakım özelliklere sahip olması gerekir.

Zarar Gerçek ve Kesin Olmalıdır

Zararın gerçek bir zarar olabilmesi için “kesin”, “gerçekleşmiş” ve “aktüel” bir zarar olması gerekir.¹⁹⁷ Şu halde, “... idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için... zararın belirgin veya belirlenebilir, ispatlanabilir olması, yani gerçek olması gerekmektedir.”¹⁹⁸“Tazmin borcunun doğabilmesi için zararın herhangi bir suretle karşılanmamış bulunması ve doğmuş, husule gelmiş bulunması lazımdır.”¹⁹⁹

Zararın kesinliğinden bilfiil gerçekleşmiş zararlar ve gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararlar anlaşılır.²⁰⁰ Bu nedenle ortaya çıkması ihtimal dahilinde olan zararlar tazminata konu olmazlar. Danıştayın konuyla ilgili verdiği bir kararında durum aşağıdaki şekilde izah edilmiştir:²⁰¹

“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 dereceler kazanacağı belirtilen 4.565.470.- lira toplam ikramiyenin tazmini istemi, ihtimale dayalı olup, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarardır. Bu nedenle de yukarıda belirtilen İdare hukuku kuralları uyarınca bu miktarın davalı İdareden tazmini mümkün değildir.”

Kişinin malvarlığının azalması veya borçlarının artması ile haksız fiil ya da idari eylem neticesinde uğradığı manevi zararlar, “gerçekleşmiş” zararlardır. Aynı şekilde, kişinin mahrum kaldığı kar veya ekonomik geleceğinin etkilenmesi halleri de gerçek birer

¹⁹⁷ EREN; a.g.e., s. 13.

¹⁹⁸ D. 10. D, E. 1999/2162, K. 2000/5120, 11.10.200 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 10.07.2019

¹⁹⁹ ONAR; a.g.e., C. III, s. 1715

²⁰⁰ GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1305

²⁰¹ D. 10. D, E. 1987/1324, K. 1990/278, 15.09.1990 Tarihli Karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 10.07.2019

zarardır. Buna karşın eklenmesi ihtimal dahilinde olan bir risk neticesinde gerçekleşecek zararlar (muhtemel zararlar), bu risk gerçekleşmeden tazminata esas olmazlar.

Zararın gerçek bir zarar olması koşulu nedeniyle Danıştay, idare mahkemeleri tarafından eksik inceleme yapılarak tazminata hükmedilmesi halinde yeniden inceleme yapılmak üzere bozma kararı vermektedir. Buna göre, “...tam yargı davalarında maddi tazminatın idarenin belli bir eyleminden veya işleminden dolayı kişilerin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi önlemeye yönelik olması nedeniyle, uğranılan aylık ve özlük hakkı kaybının tazmini istemiyle açılan davalarda zararın nelerden meydana geldiğinin ve tutarının mahkemece araştırılması ve saptanacak gerçek zararın tazminine karar verilmesinin gerektiği, ancak mahkemece bu yönde bir araştırma yapılmadan eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı...” gerekçesiyle idare mahkemesi kararı bozulmuştur.²⁰²

“Tam yargı davaları, idarenin eylem ve işlemi nedeniyle ilgililerin uğradıkları gerçek zararın tazmin aracıdır. Gerçek zarar ise; idari eylemin meydana geldiği an itibarıyla uğranılan ve tespit edilebilen zarar tutarıdır. İdarenin aynen iade yükümlülüğü olan bir malı iade edememesinden doğan gerçek zarar ise, iade tarihi itibarıyla söz konusu malın yerine konulması için gerekli olan tutardır.”²⁰³

Zarar Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olmalıdır

Tam yargı davasında idareden talep edilen zararın parayla ölçülebilir nitelikte olması lazımdır ve idareden tazminat olarak belirli bir parasal miktar talep edilebilir. İdari yargı mercileri, idarenin belirli bir yönde işlem tesis etmesine ya da eylemde bulunmasına yönelik kararlar veremezler. 2577 Sayılı Kanun “*idari eylem ve işlem niteliğinde*” yargı kararı verilemeyeceğini açıkça öngörmektedir (İYUK m. 2/2). Kanunda geçen “eylem niteliğinde” kararın fiilen verilebilmesi zaten mümkün değildir. Buna göre idareye bir “yapma borcu” şeklinde yükümlülük getiren “aynen tazmin”e hükmedilebilmesi mümkün değildir.²⁰⁴ Zararın tazmini için aranan bu özellik manevi zararlar için bir sorun

²⁰²D. 10. D. E. 1996/9568, K. 1998/6870, 21.12.1998 Tarihli Karar, KİBB, E.T. 12.07.2019

²⁰³D. 10. D. E. 2002/2036, K. 2004/91, 12.01.2004 Tarihli Karar, KİBB, E.T. 12.07.2019

²⁰⁴GÖZLER; **İdare Hukuku**, C. II, s. 1315

oluşturmaktadır. Ancak, Türk ve Fransız içtihadı, manevi zararların parayla ölçülebilirliği ilkesini kabul ederek bu sorunu çözmeye çalışmaktadır.²⁰⁵

Zarar Özel Nitelikte Olmalıdır

Zararın özel nitelikte olması, zararın toplumun bütününe etkilemesi değil, belli kişi veya kişilere yönelmesidir. Kişilerin sayısından ziyade zarar görenlerin belirlenebilir olması önemlidir. Zararın özel nitelikli olması, idarenin kusursuz sorumluluğunda özellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde önem taşır. Zira idare kusuruyla yol açtığı bir zararda, zarar görenlerin sayısı fazla olsa da bu zararı tazmin edecektir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin varlık sebebi, kamu külfetleri karşısında bozulan eşitliği telafi etmek olduğu içindir ki zararın özel olması, bu ilkeyle ilişkilendirilir.²⁰⁶

Zarar Hukuken Korunan Bir Duruma Yönelik Olmalıdır

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için zararın tazminini isteyen kişi ile zarar arasında da kanuni bir ilişkinin varlığı gerekir. Hukuk düzenince korunmayan durumlarda ortaya çıkan zararın, idare tarafından karşılanmasına hükmedilmez. Bu konuyla ilgili tartışmalar, resmi nikâhlı olmayan eşin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi üzerinde yaşanmışsa da Danıştay artık bu tür davaları kabul etmektedir²⁰⁷

2.1.3. Nedensellik Bağı (İllyet Bağı)

Gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denilir.²⁰⁸ İdarenin sorumlu olabilmesi için idari davranış ile meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağı, yani neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. İllyet bağından kastedilen şey, bir zarar ile bu zararın sebebi olan olay arasındaki neden-sonuç ilişkisidir.²⁰⁹ Gerçekleşen zarar ile idari davranış arasında uygun illiyet bağının olmadığı durumlarda idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz:

²⁰⁵ ÇITAK, Halim Alperen; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 45.

²⁰⁶ ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 173-174

²⁰⁷ Danıştay İDDK, 17.10.1997 tr. ve E.1995/79, K. 1997/479 sy. Kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 20.07.2019

²⁰⁸ ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 139

²⁰⁹ GÖZLER; *İdare Hukuku*, C. II, s. 1328

“... idarenin tazmin sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise idarenin tazmin sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkacak ya da kusur ölçüsünde azalacaktır.”²¹⁰

Zarar idari bir davranışın sonucu olmayıp da, olayların normal akışı içinde beklenmeyen bir sonuç ise, nedensellik bağından söz edilemez. Örneğin Danıştay bir kararında, karayolu yapımı sırasında yatağının bir kısmı doldurulan akarsuyun aradan altı yıl geçtikten sonra taşması sonucu meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında bir nedensellik bağı görmemiştir²¹¹

İdarenin ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesi için zarar doğrudan doğruya olmalıdır yani idarenin eylem ve işlemi zararın doğrudan sebebi olmalıdır. Ayrıca zarar görenin hatası veya üçüncü bir şahsın eyleminden doğmamalıdır. Eğer zarardoğrudan doğruya zarar görenin hatası ya da bir üçüncü kişinin eyleminden kaynaklanmışsa aradaki illiyet bağı ortadan kalkar ve idare sorumlu tutulamaz.²¹²

İllyet bağı kesen ve idarenin sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hâller mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin davranışı, üçüncü kişinin davranışı olmak üzere dört grupta toplanabilir.²¹³

Çoğu kez idari davranış ile zarar arasında böyle bir nedensellik bağı olup olmadığı teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilir. İşte bu gibi hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı saptanmalıdır.

²¹⁰D. 10. D. E. 200/5366, K. 2012/423, 08.02.2012 Tarihli Karar, KİBB, E.T. 20.07.2019

²¹¹ÇAĞLAYAN; a.g.e. s.140

²¹²EROĞLU, Hamza; *İdare Hukuku*, Ankara 1985,s.488

²¹³GÖZLER;*İdare Hukuku*, C. II, s. 1214

2.1.4 Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Kapsamına Etki Eden Sebepler

Genel anlamıyla, verilen zararların tazmin edilmesi zorunluluğunu ifade eden sorumluluk mutlak ve sınırsız bir kavram olmayıp kendi içerisinde bazı ilke ve kurallara bağlanmıştır. Bazı hallerde idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi araya giren bir başka olay nedeniyle zayıflamakta ya da ortadan kalkmaktadır. Bu durum ve sebeplerden bazılarının etkisiyle idarenin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkması söz konusu iken, bazı durumlarda ise idarenin sorumluluğunun kapsamı daralmaktadır.²¹⁴ İdarenin sorumluluğuna etki eden başlıca nedenler mücbir sebep (zorlayıcı neden), beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olarak sayılabilir. Bu etkenlerin, zarar verici tutum ve davranışla yönetim arasındaki ilişkiyi etkilediği ileri sürülmüştür.²¹⁵

2.1.4.1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep ile ilgili olarak yapılan tanımlamalar özelliklerinden hareketle yapılmaktadır. Mücbir sebepler, zarar ile idare arasındaki bağlantıyı ortadan kaldıran, yer sarsıntısı, sel, deprem gibi önceden tahmin edilemeyen, önlenmesi olanağı bulunmayan, kişilerin iradesi dışında oluşan olaylardır (Tan, 2011, 477). Buna göre mücbir sebep; *“idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve en büyük bir dikkat ve özenle dahi önlenmesi mümkün olmayan ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkansızlaştıran olaylardır.”* (Günday, 2011: 384). Mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar genellikle doğal afet olarak nitelendirilen deprem, sel, yıldırım düşmesi, çığ düşmesi, heyelan...vb doğal olaylardır. Mücbir sebepte idareye tamamen yabancıolan, önlenemeyen ve öngörülebilirsedekarşı konulamayan durumlar söz konusudur (Atay ve Odabaşı, 2010: 208).

Bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için, “dışsallık”, “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” gibi üç şartı bünyesine taşıması gerekir (Çağlayan, 2007: 181). Dışsallık koşulu zarara neden olan ve mücbir sebep sayılacak olayın tamamen

²¹⁴ GÜNDAY; a.g.e. s. 384

²¹⁵ GÖZÜBÜYÜK; a.g.e. s. 323

idarenin dışında gerçekleşmesini, idare ile bir bağlantısının bulunmamasını ifade eder. Mücbir sebep idarenin dışında meydana gelmektedir (Onar, 1960: 1720). Bu özeliği mücbir sebebi beklenmeyen hallerden ayıran en temel özelliktir.

Öngörülemezlik kavramı; Olayın meydana geleceği, önceden sezilemez, tahmin edilemez²¹⁶, bu akla gelse bile olayın sonuçları, baştan tahmin edilemeyecek boyutlarda etkilidir.²¹⁷ Öyleyse mücbir sebep, o güne kadar hiç görülmemiş, rastlanılmamış, öngörülemeyen olaylara²¹⁸ karşılık gelmektedir denilebilir. Çünkü daha önceden gerçekleşmişse, bir kez daha gerçekleşebileceği tahmin edilebilir ki böyle olduğunda ise artık mücbir sebep sayılamaz. Diğer taraftan, mücbir sebep sayılan durumların, aslında o güne kadar benzerleri yaşanmış ve az çok bilinen olaylar²¹⁹ olduğunu da itiraf etmek gerekmektedir. Bu bilinen olaylarınsa “bazıları”, “bazen” mücbir sebep sayılır²²⁰, her zaman değil. Örneğin, Türkiye Deprem Bölgeleri Haritasına göre deprem bölgesi olarak belirlenen bir yerde meydana gelen depremin mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, somut olayın özelliklerine göre yeri, zamanı, koşulları bakımından yapılacakdeğerlendirmeden sonra mümkün olacaktır.Bunu takdir edecek olan idari yargıdır.²²¹Yargıcın da bir olayın öngörülebilir olup olmadığını takdir ederken başvuracağı kriterler şunlardır:

Zarara yol açan olay, olağan mıdır yoksa olağan dışı mıdır? Sık sık karşılaşılan olayların mücbir sebep sayılmaması gerekir.Olayın yer ve zamanı belirlenebilir midir? Belirlenebiliyorsa, örneğin belli mevsimlerde veya belli aylarda daha önce rastlanılmışsa artık öngörülemez değildir.²²²

Olayın yoğunluğu ve süresi de önceden bilinen ve yaşanmış bir olaya mücbir sebep niteliği kazandırabilir. Örneğin yağışların zaten çok sık yaşandığı bir bölgede, bu defa yağışlar öyle bir yoğunlukta yaşanmış ya da o kadar uzun süre devam etmiştir ki, aslında olağan sayılabilecek bir doğa durumu, öngörülemez olduğu ve önlenemediği için mücbir

²¹⁶ SELİÇİ, Özer; *Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 61- 69, s. 64.

²¹⁷ KUTLU, Meltem; *Deprem ve İdarenin Sorumluluğu*, Amme İdaresi Dergisi, C. 32, S. 4, Aralık, 1999, s. 15-27, s. 20.

²¹⁸ ATAY/ ODABAŞI; a.g.e, s. 209

²¹⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargılama Hukuku*, 6. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 609

²²⁰ YAYLA, a.g.e, s. 50

²²¹ GÖZÜBÜYÜK, Pulat Abdullah; *Sözleşmelerin Fesih ve Tadili BakımındanMücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, Ankara, 1945, s. 87

²²² YAYLA, a.g.e, s. 51

sebebe kabul edilir.²²³ Ancak unutulmamalıdır ki, “olay ne kadar ağır olursa olsun, zarar ne kadar büyük olursa olsun, söz konusu olay öngörülebilir nitelikteyse, bu olay mücbir sebebe oluşturmaz”²²⁴ Mücbir sebebe sayılması için yağışın, idarenin sahip olduğu ölçüm teknikleri ve imkânları ile elde edilen hava tahminlerini, olağanüstü ölçüde aşan bir yoğunluk veya sürede gerçekleşmesi gerekir.

Bir olayın mücbir sebebe sayılabilmesi için önlenemez ve karşı konulamaz nitelikte olması gerekmektedir. Günümüzde idarelerin teknik araç ve gereç kapasitelerindeki gelişmeler dikkate alındığında özellikle bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bir olayın doğal afet olması tek başına bu olayın mücbir sebebe sayılmasını ve idarenin sorumluluktan kurtulmasını gerektirmez. Örneğinin idare, daha güvenli ve uygun bir yerden karayolu geçirme veya daha zemini sağlam bir yere okul yapma ihtimali ve imkanı varken, sık sık toprak kayması olan bir mevkiden yol geçirmesi, okul yapması ve bu tesislerin bir heyelan sırasında yıkılarak üçüncü kişilerin zarar görmeleri olayında, mücbir sebebin varlığı kabul edilemez²²⁵

Belirli bir bölgedeki doğal olaylara engel olması mümkün olmamakla birlikte idare, kişilerin bu tür tehlikeli olayların meydana geleceğinin kuvvetle muhtemel olan yerlere girmesinin engelleyici tedbirleri alarak, kişilerin zarar görmesinin engelleyebilir. İdare faaliyetlerini yaparken, tesis ve işletmelerini kurarken, yerlerini seçerken bilim ve teknolojinin imkanlarını kullanmak durumundadır. İdare teknolojik ve mali imkanları elverdiği halde gerekli tedbirleri almadığı için zarar meydana gelmiş ise mücbir sebebin önlenemezlik unsuru gerçekleşmediğinden mücbir sebebin varlığı kabul edilemez.²²⁶

Yukarıda sayılan koşulların tamamının bir arada varlığı halinde mücbir sebebin gerçekleştiğinin kabul edilir. Mücbir sebebe durumunda idarenin kusura dayalı sorumluluğuna söz konusu edilemeyeceğinin gibi, kusursuz sorumluluğuna da söz konusu olmaz. Mücbir sebebe durumunda zarar ile idari davranış arasında nedensellik bağı bulunmadığından idarenin her iki tür sorumluluğuna da ortadan kalkar. İdare meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz.²²⁷ Ancak idarenin davranışına bağılı olarak mücbir sebebe niteliğindeki olayın neden olduğunun zararlar artmış ise (örneğin sel felaketinin yol açtığı zararların, tahliye

²²³ ATAY/ ODABAŞI, a.g.e., s. 209

²²⁴ GÖZLER, a.g.e., s. 1330

²²⁵ GÖZLER, a.g.e., s. 1330

²²⁶ ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 179-180

²²⁷ GÜNDAY; a.g.e. s. 384; ATAY/ ODABAŞI; a.g.e., s. 208; GÖZLER; a.g.e., s. 1226

kanallarının yetersizliği nedeniyle artması durumu gibi) zararın bu kısmından dolayı idare sorumlu olacaktır²²⁸

2.1.4.2. Beklenmeyen Hal

İdarenin sorumluluğuna etki eden durumlardan biri olan beklenmeyen hal, hizmetin içinde ve hizmete ilişkin olup umulmayan olaylardır. Mücbir sebepten farklı olarak söz konusu olay, idareye yabancı değil idarenin kendi faaliyetinden kaynaklıdır.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğunda teknolojinin imkânlarından da yararlanarak öngörülse bile önlenemeyen durumlarda kusur şartı mevcut olmayacağından, idarenin kusur sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.²²⁹ Ancak olay, idarenin faaliyetinden kaynaklandığı için idarenin kusursuz sorumluluğu devam edecektir.

İdarenin sorumluluğunu etkileyen hallerden birisi olarak kabul edilen beklenmeyen hal, “önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, idarenin faaliyetleri içerisinde gerçekleşen olaylardır”²³⁰ şeklinde tanımlandığı gibi idarenin sorumluluğuna olan etkisinden hareket edilerek “İdarenin kusurlu sorumluluğunu kaldıran, fakat kusursuz sorumluluğunun devamına engel olmayan, ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır.”²³¹ şeklinde de tanımlanmıştır. Mücbir sebep ile beklenmeyen hal durumları önlenemez ve öngörülemmez olmaları itibarıyla birbirilerine benzetmekle beraber, mücbir sebep idarenin eyleminin dışında bir başka ifadeyle idarenin dışında meydana gelmekte iken, beklenmeyen hal ise idarenin ve idari faaliyetin içinde meydana gelmektedir.²³²

Bir olay veya durumun beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için, “içsellik(içlik)”, “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” gibi üç şartı bünyesine taşıması gerekir. Mücbir sebep olarak kabul edilen olay ve durumlar idarenin dışında gerçekleşmesine rağmen, beklenmeyen durumlar idarenin içinde mevcut bir sebepten meydana gelmekte, beklenmeyen durum idarenin ve idari faaliyetin içerisinde gerçekleşmektedir.²³³ Mücbir sebep kamu hizmeti veya kamu eserinin dışındaki bir sebebin varlığına bağlı iken, beklenmeyen hallerde bir kamu hizmetinin ve idarenin işleyişine bağlı

²²⁸ÇAĞLAYAN; a.g.e.,s. 192; GÖZLER; a.g.e., s.1226).

²²⁹ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 194-196

²³⁰GÖZLER; a.g.e., s. 1228; GÜNDAY;a.g.e. s. 385

²³¹YAYLA; a.g.e., s. 214

²³²GÖZÜBÜYÜK; a.g.e., s. 323

²³³ONAR; a.g.e., s. 254

bir durum söz konusudur. Burada idarenin içerisinde meydana gelen mekanik bir kaza veya sebebin belirsizliğini koruduğu bir hal vardır.²³⁴ Diğer iki koşul mücbir sebep ve beklenmeyen hal durumlarında aynı olmakla birlikte bu koşul her iki kavramı birbirinden ayırt edici unsur niteliği taşımaktadır.

Zararın doğumuna neden olan bir olayın beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için, bu olayın meydana gelebileceğinin öngörülemez nitelikte olması gerekir. öngörülemezlik koşulu hususunda mücbir sebep konusunda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Öngörülemezlik unsurunun somut olayda varlığının kabul edilebilmesi için idarenin kamu hizmetini yürüttüğü esnada gerekli tüm teknik ve mekanik tedbirleri almış olması, faaliyetini teknik ve bilimin ilke ve kurallarına uygun şekilde yürütmesi gerekir. Bu hususlara dikkat edilmesine rağmen idarenin aracının lastiği patlamış, cephanelik bilinmeyen bir nedenle infilak etmiş veya baraj bilinmeyen nedenlerle yıkılmış ise öngörülemezlik koşulunun mevcut olduğu kabul edilebilir.²³⁵ Bu durumda vuku bulan olay bilinmeyen bir eksikliğin sonucu olarak kabul edilir. Bunun aksine idarenin kamu hizmetini yürüttüğü esnada gerekli tüm teknik ve mekanik tedbirleri almaması, faaliyetini teknik ve bilimin ilke ve kurallarına uygun şekilde yürütmemesi durumlarında örneğin lastiği eskimiş bir aracın lastiğinin değiştirilmemesi, bir baraj inşaatının uygun olmayan zemine ve mühendislik ilke ve kurallarına uygun yapılmaması durumlarında bu sebeplerle bir zarar meydana gelirse, barajın yıkılması veyalastiğin patlayarak zararın doğumuna sebebiyet vermesi öngörülebilir nitelik taşıdığından, idarenin kusurlu olduğu kabul edilecektir.²³⁶

Bir olay veya durumun beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için meydana gelmesinin önlenemez nitelikte olması gerekir. idarenin kendi içerisinde meydana gelen bu olay önlenemez nitelik arz etmekte ve idare bu olayı bugün için önleme imkanına sahip bulunmamaktadır.²³⁷ Önlenemezlik koşulu, öngörülemezlik koşulu ile oldukça irtibatlı ve birlikte değerlendirilmesi gereken bir koşuldur. Bir olayın meydana gelebileceği teknik veya olağan genel bir bilginin kullanımı ile öngörülebilecek nitelikte ise (örneğin çok eskimiş bir araç lastiğinin seyir halinde iken patlayıp kazaya sebebiyet vereceği günlük olağan bilgi ile öngörülebilecek bir husustur. Yine bilimsel ve teknik araştırma ve inceleme sonucu sağlam olmadığı anlaşılan bir zemine baraj yapılması durumunda bunun

²³⁴ATAY/ ODABAŞI; a.g.e., s. 211-212

²³⁵GÖZLER; a.g.e., s. 1229

²³⁶ÇAĞLAYAN; a.g.e., s. 193

²³⁷ONAR; a.g.e., s. 1720

yıkılabileceği öngörülebilecek bir durumdur.) bu gibi haller öngörülebilir bir durum niteliği taşıdığından idare, gerekli tedbirleri alarak zarar verici olayın meydana gelmesini engelleyebilir. İdare tarafından gerekli tedbirlerin alınmasıyla engellenebilecek nitelikteki olaylar beklenmeyen hal sayılamaz. İdare tarafından gerekli tüm tedbirlerin alınmasına rağmen meydana gelen olaylar önlenemez ve beklenmeyen hal olarak sayılabilir.²³⁸

Biz de burada çelişkiler içeren bir AYİM kararına yer vermek istiyoruz. Bir sınır karakoluna çığ düşmesi sonucu hayatını kaybeden askerin yakınları tarafından açılan davada mahkeme, idarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkânları ve uzman personeller yardımıyla artık öngörülemezlik unsurunun daralmakta olduğunu, mücbir sebep uygulamasının giderek azaldığını, çünkü idarenin özel kişilerin çok üstünde yüksek standartlara sahip olduğunu ifade ettikten ve idarenin bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerine seçmekte takdir yetkisine sahip olduğunu, bu yetkisine rağmen örneğin heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirmişse, yolun çökmesi halinde sorumlu tutulabileceğini belirttikten sonra, olaya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...Dava konusu sınır karakoluna çığ düşmesi olayında da ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı nedeniyle, davacıların desteğinin öldüğü maddi bir vakıadır. 1984 yılından itibaren giderek geniş bir alana yayılan ve devletin bütünlüğüne ve öz varlığına yönelen bölücü terör olayları nedeniyle, sınır karakollarının sayısı davalı idarece çoğaltılmış ve askeri açıdan stratejik konum ve önemi bulunan sınır bölgesinde bu karakollar inşa edilmiştir. *Davalı idare, bu karakolları inşa ederken bölgenin coğrafi ve iklim yapısından ziyade, güvenlik nedenlerini daha ön planda tutmak zorunluluğunda kaldığından*, davacı vekilinin çığa müsait bir bölgede karakolun inşasının hatalı olduğu, bu nedenle davalı *idarenin hizmet kusurunun açık olduğuna ilişkin iddialarına katılmak mümkün görülmemiştir*. Ancak, olayın ceryan ettiği anda salt askerlik hizmetinin ifası maksadıyla davacının sınır karakolunda görevli olarak bulunması dahi, idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden oluşturacağından, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Gerçekten askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamından soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası, Türk Devletinin sınırlarını bölücü teröristlerden korunması maksadıyla *sınır karakolunda görevlendirilen desteğin, bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her*

²³⁸GÖZLER; a.g.e., s. 1230

halükarda askeri görevin sebep ve etkisi bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak da idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, öğretide bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararları gözetilerek ve idarenin yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”²³⁹

Bize göre bu karar çelişkilidir. Gözler de bizimle aynı yönde düşünmektedir ve bu kararı hem çelişkili hem de yanlış bulmaktadır. “Çünkü çığa müsait bir yerde inşa edilmiş bir binanın üstüne çığ düşmesi, mücbir sebep olarak kabul edilemez; zira söz konusu olayda ‘öngörülemezlik’ şartı gerçekleşmemiştir. Bu karar çelişkilidir; çünkü mahkeme yanlış olmasına rağmen çığ düşmesini mücbir sebep olarak nitelendirdiğine göre, idarenin sorumsuz olduğuna karar vermeliydi; zira mücbir sebep illiyet bağını keser; idarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırır”.²⁴⁰

Mahkemeye göre, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcuttur. Hayatını kaybeden kişinin ölümünde, her halükarda görevin etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle hizmet ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmemiştir. Bize göre ise, olayda mücbir sebep yoktur. Çünkü illiyet bağının kesilmediği ifade ediliyorsa, zarara sebep olan olay artık dışsallık kriterini taşıyor demektir. Öngörülemezlik ve önlenemezlik kriterleri de sağlanamamıştır, oysa bu kriterler olayda birbirlerine sıkı sıkıya bağlı bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bölgenin çığa müsait bir bölge olduğu idare tarafından bilinmektedir, buna rağmen karakol inşa edildiği gibi, çığ tehlikesine karşı da hiçbir tedbir alınmamıştır. Bu nedenle mahkemenin değerlendirmesi çelişkilidir.

Mücbir sebep, idarenin dışında gerçekleştiği ve bu nedenle zarar ile idare arasında illiyet bağı bulunmadığı için, mücbir sebep idarenin hem kusura dayanan sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmakta iken, beklenmeyen hal durumlarında, idarenin ve idari faaliyetin içerisinde idarenin kusuru olmaksızın meydana gelen bir olay söz konusu olduğundan ve bu nedenlenedensellik bağının devam ettiği kabul edildiğinden, beklenmeyen hal durumlarında sadece idarenin kusur sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Bu durumlarda idarenin kusur sorumluluğu söz konusu edilemezken, nedensellik bağı

²³⁹AYİM 2. Daire, T. 14.04.1993, E. 1993/6, K. 1993/147, KİBB, E.T. 29.07.2019

²⁴⁰GÖZLER, a.g.e., s. 1336

halen devam ettiği için diğer koşulları da bulunmak şartıyla risk ilkesi veya kamu kũlfetleri karşısında eşitlik ilkeleri gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu sũz konusu edilebilecektir.²⁴¹

2.1.4.3. Zarar Gũrenin Davranışı

Meydana gelen bir zararın, zarar gũrenin kendi davranışından kaynaklanmasına zarar gũrenin davranışı-fiili denir.²⁴² Zararın doğuşunda, çoğalmasında veya ẽnlenememesinde idare yanında zarar gũrenin de birlikte kusuru varsa bu hal ũdenecek tazminat tutarını eksiltici neden olur. Zarar gũrenin eyleminin zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde ise²⁴³ zararlıdari faaliyet arasında illiyet bağı kalmaz ve idare sorumluluktan kurtulur.²⁴⁴

Onar’a gũre; “Zararın mağdurun kendi fiilinden husule gelmiş olması halinde idareyi atıl ve isnat kabiliyeti ortadan kalkmış olur ve tazmin borcu meydana gelmez. Bu hal kusura dayanan mesuliyette olduğu gibi objektif mes’uliyette de bũyledir; yani her halde mağdurun kusuru, zararın idareye atıl ve isnat kabiliyetini ve idarenin mes’uliyetini ortadan kaldırır. Ancak, mağdurun fiili zararının idareye atıl ve isnat kabiliyetini kaldırabilmesi için, zararın ortaya çıkmada esaslı bir rol oynaması, idarenin muamele ve fiili ile zarar arasındaki illiyet rabitasını tamamen kesintiye uğratmış bulunması lazımdır. Aksi takdirde mağdurun fiili idarenin mes’uliyetini kaldırmaz, hafifletebilir.”²⁴⁵

Zarar gũrenin kusurunun illiyet bağını kesip sorumluluğu kaldırmasının sebebi, dũrũstlũk kuralına ve dolayısıyla ahlaki bir değer hũkmũne dayanmaktadır. Buna gũre hiç kimse kendi kusuru ile kendi aleyhine meydana getirmiş olduğu bir zararı başkasına yũkleyemez, bu zararın tazminini başkasından isteyemez.

Eğer bir kişinin maruz kaldığı zarar, onun gayrimeşru (hukuk dışı) durumundan kaynaklanıyorsa, meydana gelen zarara katlanması gerekir. Bu zarardan idare sorumlu olmaz. Başka bir ifade ile idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar. Zarar gũrenin gayrimeşru durumunun varlığı halinde, zararın meydana gelmesinde idarenin ağır kusuru

²⁴¹ GũNDAY; a.g.e., s. 385.; GũZũBũYũK; a.g.e. s. 323

²⁴² CAğLAYAN; a.g.e. s. 196; GũZLER; a.g.e. s. 1339

²⁴³ Danıştay 10. Dairesi’nin 9.11.1999 tarih ve E.1997/6014, K.1999/5492 sayılı karar, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 29.07.2019

²⁴⁴ YENİCE/ ESİN; a.g.e., s.99

²⁴⁵ ONAR; a.g.e., s. 1721

bile olsa idarenin sorumluluğundan söz edilemez. Yine, zarara maruz kalan kişi, giriştiği faaliyetin sonucundaki riskleri üstlenerek davranışta bulunmuş ise, meydana gelen zararlara katlanmak durumundadır. İdare üzerine düşeni yapmış ise bu zararlardan sorumlu olmaz. Sorumluluğu tamamen ortadan kalkar. Zira bu durumda mağdur zararı öngörebilmekte ve buna rağmen zarar doğurabilecek davranışta bulunmaktadır.²⁴⁶

Bir zararın meydana gelmesine, hem zarar görenin, hem de idarenin davranışı birlikte sebep olmuş ise, müterafik davranış (birlikte davranış) vardır. Zarar gören kişinin davranışı, zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş yahut zararın ağırlaşmasına etki yapmış ise, idarenin sorumluluğu orantısız olarak azalır.²⁴⁷ Buna “sorumluluğun paylaşımı” denilir. İdarenin sorumluluğuna etki edebilmesi için, mağdurun davranışının mutlaka kusurlu olması da gerekmemektedir. Zarar görenin davranışları kusursuz olsa bile, zararın meydana gelmesine veya ağırlaşmasına katkıda bulunmuş ise, idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar veya azalır. Öte yandan idarenin sorumluluğunun kalkmasına ya da azalmasına neden olan davranışın sahibinin küçük olmasının veya temyiz kudretine sahip olmamasının (bir etkisi bulunmamaktadır. Bu kişilerin davranışları da idarenin sorumluluğunu azaltabilir ya da kaldırabilir.²⁴⁸

2.1.4.4. Üçüncü Kişinin Davranışı

İdare ile herhangi bir hukuki ilişkisi olmayan kişilerin eylemleri de hizmetle zarar arasındaki illiyet bağına kesebileceği gibi zararın oluşmasına veya artmasına hizmetin yanında katkı sağlayabilir. Üçüncü kişinin eylemi tek başına sorumluluğu doğuran olayda neden teşkil ediyorsa, hizmetle zarar arasındaki illiyet bağı kesilip idareye kusur izafe edilemeyince idarenin kusur sorumluluğundan söz edilemez. Ancak hem idarenin hem de üçüncü kişinin eylemi birlikte zararı doğurmuşsa idare hukukunda müteselsil sorumluluk ilkesi geçerli olmadığı için idare ve üçüncü kişi, kusurları oranında zararı tazmin edeceklerdir. Kusursuz sorumlulukta ise özellikle risk ilkesi açısından üçüncü kişinin eylemi, idarenin sorumluluğunu etkilemez.²⁴⁹

²⁴⁶ ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 197

²⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi’nin 22.12.2006 tarihli, E:2004/1690, K:2006/7348 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.07.2019

²⁴⁸ ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 199-200; GÖZLER, a.g.e. s. 1341

²⁴⁹ ATAY; a.g.e., s.182

İdarenin tamamen sorumsuz olduğu duruma örnek olarak verilebilecek Danıştay kararları şunlardır:

Hastanede teknisyen olarak görev yapan kişinin, idareye yabancı bir kişi tarafından tasarlanarak öldürülmesi olayında, idarenin yürütülen hizmetin gerektirdiği ölçüde özel güvenlik tedbirleri aldığını fakat kendisinden genel güvenlik hizmetleri sağlamasının beklenemeyeceği nedeniyle zarar doğuran olaydan sorumlututulamayacağına karar veren idare mahkemesinin bu kararı Danıştay tarafından onanmıştır.²⁵⁰

Dopingli olarak yarıştırdığı tespit edilen ve koşuda birinci gelen atın sahibinin, doping olayında kusuru bulunmadığı tespit edilen olayda, üçüncü kişinin kusuru mevcut olduğundan, atın yarışlardan bir yıl süreyle yasaklanması işleminin iptali kararı onanmış, fakat geri alınan ikramiyenin idarece tazmin edilmesine ilişkin idare mahkemesinin kararı Danıştay tarafından bozulmuştur.²⁵¹

Otomobili, kimliği belirsiz kişilerce yakılan kişinin zararından idarenin sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.²⁵²

Yatılı yurttan kalan bir öğrencinin, aynı yurttan kalan iki öğrenci tarafında öldürülmesi sebebiyle açılan davada öldürülme olayının, okul, pansiyon ve eklentilerinin dışında Yatılı Bölge İlköğretim Okulunun 650 metre ilerisinde gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle, maktulün okul yöneticileri ve öğretmenlerinin denetim ve sorumluluk alanından çıktığından idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyeceğine hükmeden idare mahkemesinin kararı Danıştayca onanmıştır.²⁵³

Sulama kanalında delik açan bilinmeyen kişiler yüzünden, bu delikten taşan sularla bir başkasının pancar tarlası ve ürünlerinin zarar gördüğü olayda Danıştay, idareyi sorumsuz bulmuşken²⁵⁴ başka bir olayda, üçüncü kişilerce karayoluna dökülen küspe suyu nedeniyle meydana gelen kaza dolayısıyla açılan davada, idare mahkemesinin, yola küspe suyu dökülmesinden idarelerin önceden haberdar olmasına olanak bulunmadığından,

²⁵⁰Danıştay 10. Daire, T. 09.05.2001, E. 2000/ 1655 K. 2001/1696, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.08.2019

²⁵¹Danıştay 10. Daire, T. 05.06.2001, E. 2000/6156 K. 2001/2103, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.08.2019

²⁵² Danıştay 12. Dairesi, T. 03.10.1972 E. 1971/503, K. 1972/1756, KİBB, E.T. 02.08.2019

²⁵³Danıştay 8. Daire, T. 07.11.2006, E. 2005/3527, K. 2006/405, KİBB, E.T. 02.08.2019

²⁵⁴Danıştay 12. Daire, T. 25.01.1972, E. 1969/3894, K. 1972/273, KİBB, E.T. 02.08.2019

idarelerin gerekli tedbirleri almalarının da beklenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi yönündeki kararı, Danıştayca şu gerekçeyle bozulmuştur:

“...2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 5. maddesinde trafik düzeni ve güvenliği ile ilgili trafik zabıtasına ait görev ve yetkiler; aynı Kanunun 7. maddesinde ise, karayollarının yapım ve bakımı ile karayolları Genel Müdürlüğüne ait görev ve yetkiler sayma yolu ile belirtilmiştir... Karayolları Trafik Kanununun 5. ve 7. maddelerinde yer alan denetim, gözetim ve bakım görevlerini yerine getirmeyen davalı idarelerin olayın oluşumunda kusurlarının bulunduğu açık olduğundan, aksi değerlendirmeye davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.”²⁵⁵

Bir davada da, ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilerek bir hastanın ölümüne sebep olan ve idare mahkemesince tazminata mahkûm edilen idarenin, temyiz sırasında öne sürdüğü, kusurun kendilerinde olmadığı, hatalı tüp dolumu yapan firmaya (üçüncü kişiye) ait olduğu yönündeki iddiaları, Danıştay tarafından kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmeyerek, istemin reddi ve idare mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir.²⁵⁶

Görüldüğü gibi, hâkimin takdir yetkisi, zararın üçüncü kişinin kusurundan kaynaklandığı durumlarda da oldukça belirleyici olmaktadır. İdarenin sorumluluğu genellikle, yürüttüğü hizmetin işleyişine ilişkin gerekli özen ve dikkati gösterip göstermediği veya gözetim ve denetim görevini yerine getirip getirmediği ölçüsünde tartışılmakta ve dava konusu olaylar bu bağlamda karara bağlanmaktadır.

2.1.5. Zararın Tazmini ve Tazminatın Hesaplanması

Kişinin mal varlığı ve şahıs varlığından oluşan değerlerde meydana gelen iradesi dışındaki azalmalar, zarar; bu eksilmelerde hukuki sorumluluğu belirlenen kişiye yargı yeri tarafından yüklenen ödev ise tazminat olarak tanımlanmıştır.²⁵⁷

²⁵⁵Danıştay 8. Daire, T. 13.05.2005, E. 2004/4382, K. 2005/2250, KİBB, E.T. 02.08.2019

²⁵⁶Danıştay 10. Daire, T. 21.12.1995, E. 1994/5037, K. 1995/6647, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 03.08.2019

²⁵⁷AKYILMAZ, Bahtiyar; *İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*, SÜHFD Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, Yıl 1998, Cilt 6, Sayı 1-2, s. 170

Tazminatın doğru bir şekilde hesaplanabilmesi için öncelikle tazminatın kapsamının belirlenmesi gerekir. Maddi tazminata hükmedebilmek için zararın gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olması gerekir. Bu bağlamda yargı yerleri, bu iki zararı koşullar elverdiğince birbirini tamamlayan, ikinciye birincinin ilerideki uzantısı olarak kabul eden bir tutumla esnek yorumlamalıdır.²⁵⁸ Manevi tazminat ise, gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararları kapsamakla birlikte ödenecek tazminat, manevi zararın tamamıyla karşılayacak özellikte değildir, sadece zarar görenin tatmin edilmesini esas alır.²⁵⁹

İdare hukukunda tazmin yöntemleri, tazminatın tespiti ve hesaplanması hususlarında mevzuatımızda herhangi bir düzenleme olmadığından genel sorumluluk ilkelerine başvurulmaktadır. Ancak bir içtihat hukuku olan idare hukukunda tazminatın dayanağını da yargı içtihatları oluşturduğundan Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak tazminata hükmedilmesi hukuken doğru değildir.²⁶⁰

Tazmin yöntemi olarak Danıştay uygulamasında zararlar, parayla karşılanmaktadır. Doktrinde Danıştay'ın bu tutumu, bazı durumlarda parayla tazmin etmenin yeterli olmayacağı, tam yargı davalarında diğer giderim yollarının da kullanılması gerektiği hususunda eleştirilmiştir.²⁶¹ Yargı yerleri, somut olayın özelliğine göre tazminatın defaten veya irat şeklinde ödenmesine karar verir.²⁶²

2.1.5.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması

Maddi tazminatın kapsamını oluşturan zararlar; mal varlığına ya da beden bütünlüğüne yönelik olabilir. Beden bütünlüğüne yönelik zararlar ise cismani zararlar ve ölüm nedeniyle uğranılan zararlar olarak iki başlıkta incelenebilir. Tazminat miktarı belirlendikten sonra varsa müterafik kusur, kişinin hakkının ihlal edilmesi nedeniyle elde ettiği gelirler, başka işlerden elde edilen kazançlar ve zarar sebebiyle kurumlarca ödenen miktarlar tazminat miktarından düşülür. Ancak dikkat etmek gerekir ki kurumlarca zarar

²⁵⁸ GÜRAN, Sait; *Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980, s.158.

²⁵⁹ GÜRAN; a.g.m., s.157.

²⁶⁰ Danıştay, 5. D. 05.12.1991 tr. ve E.1991/3619, K.1991/2346 sy. Kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 05.08.2019

²⁶¹ GÜRAN; a.g.m., s.158, 159.

²⁶² GÜRAN; a.g.m., s.156.

karşılığı yapılan ödemeler tazminat miktarından düşülür; yoksa kurumlarca ödenen sosyal yardımlar bu kapsamda değerlendirilmez.²⁶³ Uygulamada ağırlıklı olarak tazminat miktarı, yargı yerleri tarafından bilirkişilere hesaplatılmakla beraber zararın tespitinin *özel bilgi gerektirmemesi veya talep edilen zararın miktarının uğranılan zarardan az olmasının açıkça anlaşılması* durumlarında bilirkişiye başvurmadan miktarı kendisi belirlemektedir.²⁶⁴

Kural olarak zararın meydana geldiği anda idarenin tazmin borcunun doğması sebebiyle zararın miktarı, zararın doğduğu zaman esas alınarak hesaplanır. Ancak zararın meydana geldiği zamanın esas alınması, davaların geç sonuçlanması halinde özellikle enflasyonun hâkim olduğu zamanlarda zarar gören için adil sonuçlar doğurmaz. Bu gibi durumlarda karar tarihi de zararın hesaplanmasında dikkate alınmaktadır. Zararın hesabında dikkate alınacak tarihler konusunda görüş birliği olmaması hali²⁶⁵, davacı tarafın faiz talebinde bulunduğu ve yargı yerince de faize hükmedildiği durumlarda faizin başlangıç tarihinin belirlenmesinde de yaşanmıştır.²⁶⁶ İYUK m. 13/1’de idari eylemler için düzenlenen ön karar müessesesiyle zararın tazmini için öncelikle idareye başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Danıştay içtihatlarında da idari işlem veya eylemlerden doğan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda, 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre uygulanacak *yasal faizin başlangıç tarihi olarak idareye başvuru tarihinin, başvurunun bulunmaması halinde dava tarihinin esas alınması* genel kabul görmüştür.²⁶⁷ Ayrıca yasal faiz, davanın görevli olmayan adli veya askeri yargı yerlerinde açılması durumunda adli veya askeri yargı yerinde açılan dava tarihinden²⁶⁸ itibaren hesaplanacaktır. Danıştay’ın idari işlemle ilgili olarak ise önce iptal davası, ardından tam yargı davasının açılması durumunda da iptal davasının açılma tarihinden itibaren faiz işletilmesiyle ilgili kararları²⁶⁹ olsa da İDDK bu tür durumlarda zararın tazminiyle ilgili tam yargı davasının tarihinden itibaren faiz yürütüleceğini belirtmiştir²⁷⁰

²⁶³“...Tazmini gereken zarar tespit edilirken, Sosyal Güvenlik Mevzuatı çerçevesinde bağlanana yollıkların farklı bir hukuki zeminde belirlenen zarar miktarından indirilmesi de hukuken mümkündür.” Danıştay 10. D. 6.06.1998 tr. ve E.1996/10203, K.1998/2643 sy. Kararı, KİBB, E.T. 06.08.2019

²⁶⁴ AKYILMAZ; *Tazminat*, s.191- 198

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN; a.g.e., s.233- 238

²⁶⁶ AKYILMAZ; *Tazminat*, s. 201.

²⁶⁷ Danıştay İDDK, 14.04.2005 tr. ve E.2004/2679, K.2005/250 sy. Kararı, KİBB, E.T. 08.08.2019

²⁶⁸ Danıştay 10. D. 16.06.1998 tr. ve E.1996/10203, K.1998/2643 sy. Kararı KİBB, E.T. 08.08.2019

²⁶⁹ Danıştay 5. D. 23.02.1993 tr. ve E.1990/470, K.1993/786 sy. Kararı KİBB, E.T. 08.08.2019

²⁷⁰ Danıştay İDDK, 14.04.2005 tr. ve E.2004/2413, K.2005/249 sy. Kararı KİBB, E.T. 08.08.2019

2.1.5.1.1. Mala İlişkin Zararlarda Maddi Tazminat

Para ile ölçülebilen ekonomik değerlerden oluşan mal varlığının kapsamı geniş yorumlanır ve zarar görenin hem mevcut durumu hem de ekonomik geleceği ve gelir ihtimali çerçevesinde taşınır ve taşınmaz üzerindeki aynı ve sınırlı aynı haklar, nisbî nitelikteki alacak hakları, fikrî ve sınaî haklar mal varlığından kabul edilir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlali de zarar görenin malvarlığını ekonomik yönden etkiliyorsa, şahıs varlığı değerleri, malvarlığının kapsamında değerlendirilir.²⁷¹

İdarenin işlem ve eylemleriyle ekonomik değer taşıyan bir malın tamamen veya kısmen yok olması, zarara uğraması, hakkın kullanılamaz hale gelmesi mala ilişkin zararlar kapsamındadır. Tamamen yok olma halinde malın olağan kullanıma göre değer kaybedip kaybetmemesi araştırması yapılır. Mal değer kaybetmezse tazminat hesabında *ikame değer* esas alınır; aksi halde malın *yıpranma payı* düşülerek tazminat hesaplanır. Malın kısmen yok olması veya zarara uğramasında ise tazminat hesaplanırken tamir masrafları ve zarar sebebiyle malın uğradığı değer kaybı dikkate alınır. Ekonomik değer taşıyan hakkın kullanılamaması, kullanım oranının azalması durumunda ise hem gelir kaybı hem de yoksun kalınan kâr, tazminatın kapsamında olacaktır.²⁷²

2.1.5.1.2. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat

Ölüm olayı, idari yargıdaki maddi tazminat sebepleri arasındadır. BK 53. maddeye göre ölüm nedeniyle tazmini gereken maddi zararlar; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalmış kişilerin bu sebeple uğradıkları maddi zararlardır. Bunları aşağıda ele almış bulunuyoruz.

a. Cenaze Giderleri

BK 53. maddede cenaze giderlerinin neler olduğu açıkça belirtilmemiştir. Ancak cenaze giderlerinin; defin, taşıma, mezar yeri, dini tören, ölüm ilanı giderleri, otopsi için yapılan masraflar ve yemek harcamaları gibi diğer birtakım harcamaları da kapsadığını söyleyebiliriz. Cenaze masraflarının tazminat alacaklıları dışında, karşılıksız olarak üçüncü

²⁷¹ EREN; a.g.e., s.473, 474.

²⁷² AKYILMAZ; *Tazminat*, s.184, 185

kişiler tarafından veya belediye gibi bazı kamu hukuku tüzel kişilerince karşılanması durumunda bu giderlerin tazminat alacaklılarının karşıladıkları cenaze gideri olmaması nedeniyle artık tazmini talep edilemeyecektir.²⁷³

Danıştay ölenin hastane, nakil ve defin giderlerinin tazminine karar vermektedir.²⁷⁴ Bu giderlerin tazmin edilmesi için belgelenmesi gerekmektedir. Ancak ölenin yakınlarının mezarda parayla hocaya dua okutmak, lokma dağıtmak gibi dini inanç, örf ve adetler gereği yaptıkları ve belgeleyemedikleri bazı harcamaları da olabilmektedir. Belgelenemeyen bu tür zararlar için uygulamada mahkemelerin müftülüklerden görüş alarak harcama miktarını tespit ettikleri görülmektedir.²⁷⁵ Cenaze ve defin giderlerin ölenin ekonomik, sosyal durum ve dini inançlarına uygun olması gerekir.²⁷⁶

b. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

İdarenin eylemi nedeniyle ölenin, desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararların idarece tazmini gerekmektedir. Ölüm olayı nedeniyle uğranılan maddi zarar, ölenin desteğinden yoksun kalma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Desteği kısaca tanımlamak gerekirse destek; zarar gören kişiye fiilen ve düzenli olarak bakan veya ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişi olarak tanımlanabilir.²⁷⁷ Hukuki bir terim olarak destek kavramı İsviçre Borçlar Hukuku'na aittir. “Destek” teriminin iki ayrı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Bunların ilki; “eğer ölmeseydi geride kalanlara yardımda bulunacak olan kişiyi” ifade etmekte olup ikinci anlamı ise “destek olan kişinin yaptığı ve ileride yapacağı yardımları” ifade etmektedir. BK 53. maddede geçen “destek” sözcüğü ile “yardımda bulunan kişi” değil “yapılan yardımlar” ifade edilmekte olup “destek” terimi ilk kez bu madde ile kanunlaşmış olmaktadır.

Desteği; “gerçek destek”, “farazi destek” ve “kanuni destek” olarak üç gruba ayırmak mümkündür. Ölüm anında başkasına fiilen ve düzenli olarak bakan kişiye “gerçek destek” denilir. Gerçek destek yaptığı düzenli ve devamlılık arz eden yardımlarla bir kimsenin geçimine katkıda bulunarak onun yardıma muhtaç hale düşmesini engelleyen kişidir. Farazi destek, ölmeseydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir.

²⁷³ ORHUNÖZ, Ergun; *Tazminat Davalarında (Ölüm ve Bedeni Zararlar) Uygulama Sorunları*, Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1997, s. 95-99.

²⁷⁴ ESİN; a.g.e., s. 81.

²⁷⁵ ORHUNÖZ; a.g.e., s. 99

²⁷⁶ EREN; *Borçlar Hukuku*, s. 331-332.

²⁷⁷ AKYILMAZ; a.g.e., s. 188-189

Bir başka ifade ile ölüm anında herhangi bir yardımda bulunmadığı halde ileride hal ve şartlara göre bakım gücüne kavuşarak fiilen ve düzenli olarak başkalarına bakacağı kabul edilen kişidir. Kanuni destek ise gerçek ve farazi desteğe üst bir kavram olup bazen ikisini birden kapsayabilir. Kanuni destek başkalarına bakmakla kanunen yükümlü olduğu için fiilen bakmasadahi yine de destek sayılmaktadır. Örneğin bir anne hem gerçek bir destek hem de kanuni destek olabilir. Anne çocuklarına ve eşine kanunen bakmakla yükümlü olduğundan onlara hiçbir yardımda bulunmasa dahi bakım hakkına sahip kişiler aile hukuku hükümlerine göre tazminat hakkına sahiptir. Desteğin yardımda bulunduğu kişiler için öğretide, “desteklenen” teriminin de kullanıldığı görülmekte olup ancak kavramı daha iyi yansıtmaması nedeniyle bu kişiler için “destek gören” teriminin kullanılması daha uygundur.²⁷⁸

Destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 53. maddede kimlerin destek, kimlerin destek gören olarak kabul edildiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Bu kişilerin tespiti somut olayın özellikleri, hal ve şartlara göre değişkenlik göstereceğinden kesin bir çerçeve çizmek esasen mümkün değildir. Bu hususların kanunda yazılı olmayışının kanun yapma tekniğine uygun olduğu söylenebilir. Ancak bu hususların tespitinde madde metninin amaçsal bakımdan yorumlanması gerekmektedir. Amaçsal yorum metodundan hareketle ölüm olayı nedeniyle destek ve destek görenlerin kapsamının geniş olduğu söylenebilir.²⁷⁹

Destek gören kişileri de başlıca üç grup altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki desteğin sağlığında ondan maddi yardım gören kişilerdir. Bu kişiler ile destek arasında kanuni bir ilişkinin olması şart değildir. Desteğin sağlığında ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yardımda bulunduğu herkes destek gören olarak değerlendirilir. İkinci gruptaki kişiler ise desteğin sağlığında ondan yardım görmemekle birlikte kanunen bu hakka sahip olan kişilerdir. Desteğin çocuğu, anne, babası, desteğin sağlığında yardım görmemekle birlikte bir gün ihtiyaç içerisine düşecek olursa tazminat hakkına sahip olan kişilerdir. Üçüncü gruptaki kişiler ise destekten ileride yardım görecektir olan kişileridir. Bu kişiler ile destek arasında hukuki bir bağ bulunmaktadır. Çoğu zaman aile hukukuna dayanan bu ilişki nişanlılık veya evlilik nedeniyle olabilmektedir. Destek olan nişanlı ölmeden önce

²⁷⁸Destekten yoksun kalma tazminatı hakkında kabul edilen sistemler, terminoloji ve destek tipleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKYAYLA, Emre; *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 41-43, 98-102.

²⁷⁹ GÖKYAYLA; a.g.e., s. 43

nişanlısına bakmakla yükümlü değildir ancak ölmemiş olsaydı evlilik gerçekleşeceği ve eşine bakmakla yükümlü olacağından bu kişilerin de tazminat hakları bulunmaktadır. Ölüm anında muhtaç durumda olmayan eş ve çocukların ileride yardıma ihtiyaç duyacakları anlaşılırsa bu kişiler de tazminat talep edebilirler. Bu gruptaki kişilerin kapsamı kural olarak kanuni bakım ilişkisine göre belirlenir.²⁸⁰

Destekten yoksun kalma tazminatı, destek görenlerin talep edebileceği bir hak ve yansıma yolu ile uğranılan bir zarar niteliğindedir. Bu hak ölen kişiden intikal etmeyip doğrudan doğruya destek görenlerin kişiliklerinden kaynaklanan asli ve bağımsız bir haktır. Destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilmek için daha önce de belirttiğimiz üzere desteğin mirasçısı, kan hısımları veya aile üyelerinden biri olmak gerekmez. Destekten yoksun kalan kişi desteğin mirasçısı olup mirası reddetse dahi destekten yoksun kalma tazminatını yine de talep edebilir. Ancak desteğin kanuni mirasçısı olup da hakkında mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma sebebi olan kişilerin tazminat hakkı ortadan kalkacaktır. Mirasçı olmadığı halde destek gören sıfatını taşıyan kişiler bakımından da haklarında desteğe karşı mirastan yoksunluk sebepleri var ise veya desteğe karşı mirasçılıktan çıkarmayı gerektirir bir fiilde bulunmuş iseler bu kişiler de destekten yoksun kalma tazminatını talep edemeyecektir.²⁸¹

Destekten yoksun kalma zararı aynı zamanda farazi nitelikli bir zarardır. Farazi zararlar daima müstakbel zarar niteliğindedir. Bu zararların tespiti ve hesaplanması niteliği gereği oldukça zordur. Destekten yoksun kalma tazminatında hesaplanan, desteğin ölümü olmayıp desteğin ölümü nedeniyle destekten görülecek olan yardımın ortadan kalkması nedeniyle uğranılan zararlardır. Yansıma yolu ile uğranılan zarar ancak kanunen imkan tanınan hallerde ve kanuni kapsama dahil olan kişilerce talep edilebilir.²⁸²

Destek görenler sadece yoksun kaldıkları yararları tazminat olarak talep edebilirler. Desteğin yardımı sadece parasal olarak değerlendirilemez. Desteğin hizmet edebilme güç ve kabiliyeti de para ile ifadesi mümkün olan mali bir yardımdır.²⁸³ Örneğin çocuğun evde ailesine yardımcı olması, her türlü hastalık ve sıkıntılarında ailesine yardımda bulunması,

²⁸⁰ GÖKYAYLA; a.g.e. , s. 66

²⁸¹ GÖKYAYLA; a.g.e., s. 45- 46

²⁸² GÖKYAYLA; a.g.e. s. 54, 60-61. “Ölüm zararı”, “tam bütünlük zararı” ile “destekten yoksun kalmazararının” niteliği hakkında ayrıca bkz. HATEMİ, Hüseyin; “**Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim**”, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993 ,s. 4-5.

²⁸³ ORHUNÖZ; **Ölüm ve Bedeni Zarar**, s. 103-105.

desteğin maddi yardımı olarak kabuledilmektedir. Maaş ve ücret karşılığı her hangi bir işte çalışmayıp sadece kendi evinin işlerini gören bir kadının ölmesi nedeniyle de yakınları destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Çünkü kadının ölmesi nedeniyle destek görenler ev işlerini ücret karşılığı yaptırmak zorunda kalarak zarara uğrayabilmektedirler. Eşlerden biri boşanmaya rağmen eski eşe kendi isteği ile nafaka ödüyor veya mahkeme tarafından nafakaya hükmedilmiş ise desteğin ölümü ile bu kişi de maddi zarara uğradığından tazminat hakkının olduğu kabul edilmektedir. Aralarında evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşayan çiftlerden birinin ölümü nedeniyle somut olayın özelliklerine göre diğeri de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. İsviçre ve Alman Hukuku'nda aynı cinsten iki kişinin birlikteliği örneğin kadının bir başka kadınla, erkeğin bir başka erkekle olan birlikteliği yasal olarak kabul edildiğinden bu tür birlikteliklerde sağ kalan tarafın tazminat talep hakkı bulunmakta iken Türk Hukuku bakımından bu tür birliktelikler ahlaka aykırı kabul edildiğinden tarafların tazminat hakkı olmadığı düşünülmektedir.²⁸⁴

Kardeşlerin durumuna gelince kardeşler kural olarak birbirlerine bakmakla yükümlü değildir. MK 364. maddeye göre bir kardeşin diğesine nafaka vermekle yükümlü olması ancak kendisinin refah içerisinde olmasına bağlıdır. Kural bu olmakla birlikte ölen kardeş hayattayken diğesine düzenli olarak yardımda bulunup destek oluyor ise bu durumda hayatta kalan kardeşin tazminat hakkı vardır. Böyle bir durumda MK 364. maddede öngörülmüş olan refah içerisinde olma şartı gözetilmeyecektir.²⁸⁵

Destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilmesi için desteğin, destek görenlere yardım etmesi, yaşama ihtiyaçlarını devamlı bir şekilde az ya da çok karşılıyor olması veya hal ve şartlara göre ileride yardım edeceğinin ve ihtiyaçlarını karşılayacak olduğunun kabulü de gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere yapılan yardımların ille de para ile olması gerekmez. Ayni ve mali yardımlar ile hizmet edimleri de bu kapsamda değerlendirilir. Yapılan yardımların düzenli ve devamlı olması, bakmanın aynı zamanda karşılıksız olması da gerekmektedir. Öteyandan desteğin bakım gücüne sahip olması, bakmanın ahlaka aykırı bir amaç taşımıyor olması da gerekmektedir.²⁸⁶

²⁸⁴ GÖKYAYLA; a.g.e., s. 121

²⁸⁵ ATAY; a.g.e.,s. 724-733

²⁸⁶ GÖKYAYLA; a.g.e.,s. 102-108

c. Ölüm Hemen Gerçekleşmemişse Tedavi Giderleri İle Çalışma Gücünün Azalmasından Veya Yitirilmesinden Doğan Kayıplar

Ölüm olayı hemen gerçekleşmemiş ve ölen kişi için öncesinde bir takım tedavi giderleri yapılmış ise bu giderlerin de tazmini gerekmektedir. Yapılan tedavi masraflarının, ölüme yol açan eylemin neden olduğu sakatlık veya hastalığın iyileştirilmesi amacına yönelik olması gerektiği açıktır. Örneğin cephaneliğin patlaması nedeniyle alt ekstremitelerini kaybetmiş bir kişi için protez bacak takılmış ise destek alacaklıları protez bacağın ve ameliyat masraflarının tazmini talep edebilecektir. Ancak ölene, patlama ile ilgisi hiçbir ilgisi olmayan başka bir hastalık nedeniyle ayrıca bir tedavi yapılmış ise destek alacaklılarının bu masrafları talep edemeyeceğini düşünmekteyiz.

Tazminat kapsamındaki tedavi giderleri doktor, hemşire, hasta bakıcı, ameliyat, tıbbi sarf malzemesi, refakatçi ücreti, tedavi için mecburi olarak yapılan konaklama, kaplıca, ambulans ve benzeri diğer harcamalardır. Tedavi giderlerinin sadece dosyadaki belgelere bağlanması şart değildir. Tedavi giderlerinin tayin ve tespiti amacıyla gerektiğinde mahkeme tarafından bilirkişi incelemesi de yapılmalıdır. Yapılan tedavi masraflarının belgelenememesi nedeniyle talebin reddi doğru değildir. Ayrıca tedavi giderlerinin resmi sağlık kurumlarının tarifesi üzerinden hesaplanması da zorunlu değildir. Çünkü söz konusu tedavi giderleri ölenin malvarlığında azalmaya neden olduğundan ve maddi tazminatla gerçekleşmiş bu zararların giderilerek malvarlığının önceki haline getirilmesi amaçlandığından özel sağlık kuruluşlarında yapılmış olan tedavi giderlerini destek alacaklıları talep edebilecektir.²⁸⁷ Yurt dışında yapılan tedavi giderlerinin de karşılanması gerekmektedir. Tedavi giderinin ancak yapıldıktan sonra istenebileceğine dair birkural olmadığından o güne değin yapılmamış olsa dahi ileride yapılması kuvvetle muhtemel olan harcamalar için de dava açılması mümkündür²⁸⁸

İhlale neden olan idari eylem ile ölüm olayı arasında belli bir süre geçmiş ve destek hayatta iken bu süre içerisinde hastalığı nedeniyle hiç çalışmamış veya çalışma gücünde bir azalma meydana gelmiş ise söz konusu bu zararların da tazmini gerekir. Ölen kimse ölümle şahıs olmaktan çıktığı için zarar, mirasçılar ve destek görenler için söz konusu

²⁸⁷Tedavi giderleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. ORHUNÖZ; Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 117-119. Tedavi giderlerinin tazmini konusundaki örnek AYİM kararları için bkz. ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN; s.710-716.

²⁸⁸ŞAHİN, Emin/ GÜLTAŞ, Veysel; Uygulamada Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000, s. 477

olacaktır. Ölen kişinin ölümünden önce doğan tazminat isteme hakkı ölümü üzerine mirasçılara ve destek görenlere geçmektedir.²⁸⁹ Çalışma gücünün kaybı ve fazladan efor harcanması nedeniyle uğranılan zararları aşağıda vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle maddi tazminat bölümünde ayrıca ele alacağımızdan şimdilik buraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

2.1.5.1.3. Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Maddi Tazminat

Vücut bütünlüğüne yönelik zararlar, zarar görenin fiziksel bütünlüğünün bozulması, fiziksel aktivitesinin azalması ya da akıl sağlığı açısından zarara uğramasını ifade eder.²⁹⁰ Vücut bütünlüğüne yönelen bu tür zararlar için “cismani zarar” terimi de kullanılmaktadır. “Cismani zarar” terimi ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi kastedilmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar ise bu ihlal nedeniyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalmaları ifade etmektedir.²⁹¹ Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle tazmin edilecek zararlar için 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 54. maddede “Bedensel Zarar” ifadesi kullanılmıştır. Hem fiziki varlığın ihlalini hem de ruh sağlığının ihlalini kapsayan bu tür zararlar için “vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararlar; organların fonksiyonlarını olması gerektiği şekilde yerine getirememesi, kol ve bacak kırıkları, vücudun çeşitli yerlerinde meydana gelen yaralanma ve yanıklar, görme-duyma vb. yetilerin kaybı, sinir bozuklukları veya sahip olunan güzelliğin bozulması gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir.²⁹² Bir eylem kişinin, hem fiziki varlığının ihlaline hem de ruh sağlığının ihlaline yol açabilir. Örneğin bir kişinin yüzünün yanması olayı onun hem fiziki hem de ruh sağlığının ihlaline yol açabilir. Kişinin kullandığı ve vücuduna kalıcı şekilde takılmış protez organlar üzerinde de kişilik hakkı olduğu görüşüne paralel olarak

²⁸⁹ OĞUZMAN/ ÖZ; a.g.e. , s. 563.

²⁹⁰ AKYILMAZ, a.g.e., s. 187

²⁹¹ Örneğin 818 Sayılı (Mülga) Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde “Cismani bir zarara duçar olankimse, külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.” hükmüne yer verilerek vücut bütünlüğüne yönelik zararlar için “cismani zarar” terimi kullanılmıştı.

²⁹² ORHUNÖZ; **Ölüm ve Bedeni Zarar**, s. 116

bu tür organlara verilen zararların da vücut bütünlüğüne yönelik zarar olarak kabulü mümkündür.²⁹³

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğranılan zararların tazminini düzenleyen 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 54. maddesinin başlığı her ne kadar “Bedensel Zarar” olsa da maddede vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle tazmini gereken zararların neler olduğu düzenlenmektedir. Buna göre tazmini gereken zararlar şunlardır; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden doğan kayıplar ve son olarak ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar. Bu zararları ana hatları ile aşağıda ele almış bulunmaktayız.

a. Tedavi Giderleri

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğranılan zararların tazmininde amaç zarar görenin mal varlığında meydana gelen azalmayı karşılamaktır. Bu sebeple vücut bütünlüğünü, eski hale getirmeyi yani iyileştirmeyi sağlamak, hastalık ve sakatlığın artmasını önlemek üzere yapılan tedavi masraflarının da tazmini gerekmektedir.²⁹⁴ BK. 54. maddede tedavi giderlerinin karşılanması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

Ölüm nedeniyle maddi tazminatı anlatırken, eğer ölüm hemen gerçekleşmemişse ölen için yapılmış olan tedavi giderlerinin karşılanması gerektiğini belirtmiş ve bu kapsamda değerlendirilecek zararların neler olduğunu açıklamıştık. Tedavi giderlerinin tazmini konusunda yapmış olduğumuz açıklamaların burada da geçerli olduğunu belirterek bu açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

b. Kazanç Kaybı

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 54. maddeye göre tazmini gereken zararlardan bir diğeri kazanç kaybıdır. İdari eylem nedeniyle vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse bu sebeple kısmen veya tamamen çalışamayarak kazanç kaybına uğramışsa bu zararın tazmini gerekir. Bu tür zararların kapsamına vücut bütünlüğü ihlal edilen davacının, açtığı tazminat davasında hükmün verileceği tarihe kadar olan kazanç kaybı girdiği gibi çalışma gücünün tamamen kaybının veya kısmen azalmasının gelecekte yol açacağı kazanç kaybı da

²⁹³ OĞUZMAN/ÖZ: a.g.e., s. 558.

²⁹⁴ OĞUZMAN/ ÖZ:a.g.e., s. 558. Tedavi giderlerinin tazmini konusunda AYİM’in yaklaşımı için bkz. ÖZGÜLDÜR; Tam Yargı, s. 341-342. AYİM’in tedavi giderlerine ilişkin örnek kararları için ayrıca bkz. ATAY/ ODABAŞI, GÖKCAN; a.g.e., s. 710-716.

girmektedir. Bu başlıkta kısa süreli kazanç kaybını ele alıp gelecekte uğranılacağı kabul edilen kazanç kaybını bir sonraki başlıkta ele almış bulunmaktayız.

Vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi, hükmün verileceği tarihe kadar olan kazanç kaybını ispat etmelidir. Kazanç kaybının hesaplanmasında, ücretli kişilerin mahrum kaldıkları maaşların yanı sıra almakta oldukları yan ödemeler de göz önünde bulundurulmaktadır. Zarar gören çalışabilmiş olsaydı yararlanabileceği ücret artışları da yine bu kapsamda değerlendirilir.²⁹⁵

Burada ihlal nedeniyle kişi sakatlanmamıştır. Ancak belli bir süre iş yapamadığından veya yaptığı işin verimi düşük olduğundan zarara uğramaktadır. İş göremezlik, zaman içerisinde derece derece azalabilir. Kazanç kaybının değerlendirilmesinde, olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında davacının ne kadar süre iş yapamadığının araştırılarak eğer işyapabilmiş olsaydı elde edeceği kazanç miktarı tespit edilerek tazminata karar verilmelidir.²⁹⁶

c. Çalışma Gücünün Azalmasından yada Yitirilmesinden Doğan Kayıplar

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar gören daimi bir şekilde çalışma gücünü yitirmiş veya çalışma gücü azalmışsa uğranılan zararın tespiti son derece güçtür. İhlal nedeniyle hükmedilecek tazminat miktarı belirlenirken zarara uğrayanın vücut bütünlüğü ihlal edilmemiş olsaydı elde edeceği yıllık kazanç miktarı, ihlal nedeniyle çalışma gücünde meydana gelen azalma oranı, zarar görenin muhtemel çalışma ve yaşam süresi ayrıca ileri başka bir iş yapmasının mümkün olup olmadığı gibi bir takım kriterler nazara alınarak tazminat miktarı buna göre belirlenmektedir.²⁹⁷

Bunun için öncelikle zarar görenin ihlal öncesindeki çalışması karşılığında elde ettiği gelirin tespiti gerekir. Eğer zarar görenin belirli bir işi yoksa bu durumda yaşadığı çevre ve ekonomik durumu nazara alınarak yaklaşık gelirin belirlenmesi gerekmektedir.²⁹⁸ Zararın tespitinde zarar görenin ihlal sırasındaki yıllık kazanç miktarı esas alınarak kazancında meydana gelebilecek artma ihtimalleri de göz önünde bulundurulur. Öğrenci olması veya yaşının küçük olması nedeniyle zarar gören henüz

²⁹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ; a.g.e. s. 559

²⁹⁶ ORHUNÖZ; *Ölüm ve Bedeni Zarar*, s. 119. Yazar bu sürelerin tespitinde muğlak olsa da fikir vermesi açısından “Mutad İştigal (Adli Şifa) Sürelerini Gösterir Cetvel’den” yararlanılabileceğini belirtmektedir.

²⁹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ; a.g.e., s. 560.

²⁹⁸ ŞAHİN/ GÜLTAŞ; a.g.e., s. 478

kazanç elde etmiyorsa ileride elde edebileceği kazanç miktarı; zarar görenin eğitim durumu, başarısı, fiziki yetenek ve özelliklerine ayrıca ailesinin sosyal ve ekonomik durumuna göre bazı ihtimaller üzerinden tespit edilir.²⁹⁹

Çalışma gücünde meydana gelen kayıp oranının tespiti ancak yapılacak tıbbi inceleme ile anlaşılabileceğinden kayıp oranının tespitinde bilirkişiden yararlanmak gerekir. Çalışma gücündeki kaybın oranı ihlalden etkilenen organa, etkilenme derecesine, zarar görenin mesleğine, zarar görenin yaşına, cinsiyetine ve sağlık durumuna göre değişebilmektedir. Uygulamada çalışma gücü kayıp oranının tespitinde “Sosyal Sigortalar Sağlık İşleri Tüzüğü’ne” uygun olarak “Adli Tıp Kurumu” başta olmak üzere üniversitelerin adli tıp anabilim dallarının düzenlediği raporlardan yararlanılmaktadır. “Sosyal Sigortalar Sağlık İşleri Tüzüğü’ne” göre zarar görenin mesleği, yaşı ve arızanın çeşidi göz önüne alınarak iş-güçteki daimi azalma oranı tespit edilmektedir. Bu konuda başvurulabilecek bir diğer kaynak “Sakatlık Derecesini Tespit ve Uygulama Yönetmeliği’dir.” Çalışma kayıp oranı tespit edilirken raporda bu oranın hangi esaslara göre ve hangi gerekçeye dayanılarak tespit edildiği belirtilmeli ayrıca denetim olanağı bulunmayan bir takım ifadeler yer verilmemiş olmalıdır.³⁰⁰ Ameliyat veya uygulanacak tedavi ile kişinin uğradığı çalışma kaybı azaltılabilecek veya tamamen ortadan kaldırılabilecek ise bunların yapılması aynı zamanda zarar gören için hiçbir risk taşımıyor ve tazminat sorumlusu gerekli masrafları peşinen ödemeyi kabul ediyorsa bu durumda tedavi ve ameliyata razı olması beklenir ve tazminat hesabında bu durum hâkim tarafından göz önüne alınır.³⁰¹

Zarar miktarını belirleyebilmek için “çalışma gücünü kayıp süresinin” tespiti de gerekmektedir. İhlale neden olan eylem meydana gelmeseydi zarar gören kişinin daha ne kadar çalışabileceği tespit edilmelidir. Bu da çeşitli meslek gruplarına göre yapılan istatistik araştırmalara dayanılarak hazırlanacak “aktif faaliyet süresi cetvelleri” esas alınarak tespit olunabilir. Ancak bu tür cetveller düzenlenmediğinden uygulamada genellikle “mortalite cetvelleri” yani muhtemel yaşam süresi cetvellerinden

²⁹⁹ OĞUZMAN/ ÖZ; a.g.e., s. 561. Yıllık ortalama kazancın tespiti konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa; *Cismani Zararlarda Tazminat Hesaplamalarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları*, Prof.Dr. Turhan Esener’e Armağan, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2000. ss. 87-88

³⁰⁰ ORHUNÖZ; Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 70,120-121.

³⁰¹ OĞUZMAN/ÖZ; a.g.e., s. 561

yararlanılmaktadır.³⁰²Ülkemizde yakın tarihe kadar muhtemel yaşam süresini gösterir bir veri tabanı veya tablo olmadığından muhtemel yaşam süresinin tespitinde 1931 tarihli P.M.F (Population Masculine et-Feminine), Yaşama Tablosu'ndan yararlanılmıştır.³⁰³Bunun için zarara uğrayan kişinin ve destek tazminatları bakımından desteğin muhtemel yaşama süresi ile aktif çalışma süresinin hesaplanması gerekmektedir. Desteğin ölümü nedeniyle destek görenlerin açtığı davalarda ayrıca destek görenlerin muhtemel yaşam sürelerinin de tespiti gerekir.³⁰⁴

Çalışma gücü genellikle yaşam süresinin sonuna kadar devam etmediğinden zararı tespit ederken “aktif yaşam süresi” denilen çalışma dönemi ile kişinin artık çalışmadığı “emeklilik dönemi” olarak kabul edilen “pasif yaşam süresinin” birbirinden ayrılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. AYİM uygulamasında desteğin aktif yaşam süresi 60 yaşının bitimine kadar olduğu daha sonra desteğin emekli olup yaşamının sonuna kadar pasif yaşam dönemine geçeceği kabul edilmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatlarında bu süreler hesaplanırken öncelikle desteğin bakım gücü ile hak sahiplerinin bakım ihtiyaçlarının olduğu süreler belirlenir. Bu sürelerden hangisi ilk önce sona eriyor ise çalışma gücükaybında o süre esas alınarak tazminat miktarı belirlenir.³⁰⁵Son dönemlerde muhtemel yaşam süresinin tespitinde Devlet İstatistik Enstitüsü³⁰⁶ tarafından 1989 yılında hazırlanan yaşa ve cinsiyete göre değişkenlik gösteren “Yaşlara Göre Beklenen Ömür (Yıl) Tablosu'ndan” yararlanılmaktadır.³⁰⁷Tablonun, PMF tablosuna göre ileri sayılabileceği ancak bu haliyle kontrol ve uygulama kabiliyetinin olmadığı yönünde eleştiriler vardır.³⁰⁸

³⁰² ÇAĞA, Tahir/ GÖKÇEN, Ahmet/ GÜRAN, Tefik; *Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair*, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 22-23.

³⁰³ ÖZGÜLDÜR; *Tam Yargı*, s. 485

³⁰⁴ Destekten yoksun kalma zararlarının tespitinde esas alınacak süreler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKYAYLA; a.g.e., s. 173-192.

³⁰⁵ ÖZGÜLDÜR; a.g.e., s. 447-450. Aktif ve pasif dönem hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. ORHUNÖZ; *Ölüm ve Bedeni Zarar*, s. 226-231.

³⁰⁶ Devlet İstatistik Enstitüsü'nün adı 18.11.2005 tarih ve 25997 Sayılı RG.'de yayınlanan 5429 Sayılı “Türkiye İstatistik Kanunu'nun” 16. maddesi ile değiştirilerek Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) olmuştur.

³⁰⁷ Yaşlara Göre Beklenen Ömür (Yıl) Tablosu için bkz. GÖKYAYLA; s. 329

³⁰⁸ Eleştiriler için bkz. AKTAŞ, Hakkı; *Zarar ve Tazminat Hesabında Bazı Noktalar*, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, s. 191. Yazar tablonun dayandığı muhtemel ölüm ve yaşama ihtimaline ait sayıların da yayınlanması gerektiğini belirtmekte ayrıca “Bu rakamlar yayınlanıp muhtelif

Yukarıda kısaca değindiğimiz esaslar çerçevesinde zarara uğrayanın “yıllık kazanç miktarı”, “çalışma gücü kayıp oranı” ve “çalışma gücü kayıp süresi” belirlendikten sonra sıra tazminat miktarının belirlenmesine gelmektedir. Bunun için ihlal nedeniyle uğranılan yıllık kazancın, çalışma gücü kayıp oranına çarpılması sonucunda yıllık kazanç mahrumiyeti miktarı belirlenir. Bulunan bu miktar, çalışma gücünün kayıp süresi ile çarpılarak çalışma gücünün tamamen veya kısmen azalmasının neden olduğu müstakbel kazanç kaybı belirlenir.³⁰⁹Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm olayı nedeniyle meydana gelen zararların ne şekilde tazmin edileceği konusunda gerek öğretide ve gerekse uygulamada tam bir birlik olmadığı görülmektedir. Çünkü bu konu genel tazminat prensiplerinden başlayan ve tazminat miktarının belirlenmesine kadar uzayan bir dizi önemli sorunu içermektedir.³¹⁰Tazminatın hesaplanmasında kaçınılmaz olarak bazı varsayımlara dayanılmakta bu da doğal olarak konunun çözümünü güçleştirmektedir.

d. Ekonomik Geleceğin Sarsılması Nedeniyle Kayıplar

Vücut bütünlüğünün ihlali bazı hallerde çalışma gücünün azalmasına neden olmadığı halde yine de kişinin ekonomik geleceğini olumsuz etkileyerek kişiyi maddi kayba uğratabilmektedir. İşgücünü geçici veya daimi şekilde kayba uğratmadığı halde ihlal nedeniyle zarar gören iş kapasitesinin azalması, mesleğinde ilerlemesinin zorlaşması, yaptığı işin özelliği gereği aynı işi yapması mümkün olmadığından daha aza gelir getiren başka bir iş yapmak zorunda kalması gibi çeşitli nedenlerle kazanç kaybına uğramış olabilir. Sinema sanatçısı veya tiyatro sanatçısının yüzünde meydana gelen bir yara izi aslında bu kişilerin çalışma gücünde bir azalmaya yol açmadığı halde yara izleri nedeniyle artık işlerini yapmaları mümkün olamayabilir. İhlal nedeniyle bu şekilde meydana gelen ekonomik kayıplarının tazminat sorumlusu tarafından giderilmesi gerekir.³¹¹

2.1.5.2. Manevi Tazminatın Hesaplanması

Manevi zararı kısaca tanımlamak gerekirse bir kimsenin haksız eylem nedeniyle duyduğu fiziksel acılar, ruhsal üzüntü ve bunalımlar, kişisel değerlere ve kişilik haklarına

ıskonto emsallerine göre peşin değer tarifeleri oluşturulduktan sonra, yargı hangi tarifenin uygulanacağı yönünde ilke kararı.” Alınabileceği görüşündedir.

³⁰⁹ ORHUNÖZ, Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 211-236

³¹⁰ KILIÇOĞLU; a.g.e., s. 71. Yazar, Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin konuya ilişkin yaklaşım ve uygulamalarına kısaca yer vermekte ayrıca Fransa ve İsviçre’de bu tür zararların tazminini örnekler üzerinden açıklamaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU; a.g.e., s. 71-77

³¹¹ ORHUNÖZ; Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 122

yapılan tecavüz nedeniyle yaşama biçiminde ortaya çıkan düzensizlikler, “yaşama duyulan bağlılığın azalması”, “yaşam sevincinin yitirilmesi” ve benzeri fiziksel veya psikolojik sarsıntılara maruz kalmak şeklinde tanımlamak mümkündür.³¹² Zarar görenin uğradığı manevi zarar miktarının parayla ölçülmesi uğranılan zararın niteliği gereği esasen mümkün değildir. Bu sebeple aslında bu tür zararların hesaplanması mümkün olmayıp tazminat miktarının mahkemece takdir edilmesi söz konusudur.³¹³ Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1969 tarih ve E. 1968/33, K K. 1969/12 sayılı kararında da belirtildiği üzere manevi zararın tespiti, değerlendirilmesi ve zararın tazmin edilmesi niteliği gereği kendi içinde bir takım güçlükler barındıran özellikli bir sorundur. Bunun sebebi insanın manevi varlığına yapılan saldırının etkilerini ölçüye vurmanın imkânsızlığı ve uğranılan manevi zararın telafisinin pek de mümkün olmayışındandır.³¹⁴ Ancak uğranılan manevi zararın başka türlü giderilmesi yollarının bulunmaması ya da yetersiz kalması yargı yerlerini, manevi zararı parasal olarak belirlemeye zorlamaktadır.³¹⁵

Öğretide Serozan’a göre eğer tazminat hukukunda manevi tazminat bugüne değin özel parantezler içerisinde ele alınarak zarar giderim programında ayrı bir köşeye yerleştirilmiş ise bunun doğrudan doğruya tarihsel ve toplumsal nedenlere bağlı, romantik, etik ve idealist önyargılarla bir bağlantısı vardır. Manevi tazminatın, gayri maddi niteliği, gönül âlemi ile yoğun bağlantısı, öznellik ve bireysellik gibi özellikleri nedeniyle kusursuz risk sorumluluğuyla, sorumluluk sigortasıyla, tüzel kişilikle, gayri mümeyyizlikle, hısımlık bağlarıyla, irat biçiminde ödemeye, mirasçılara kayıtsız koşulsuz halefiyet ile ve serbestçe el değiştirebilirlikle bağdaşmaz. Yazara göre manevi tazminata ilişkin duygusal önyargılardan arındığımızda karşımıza çıkan somut gerçek şudur; “Kapitalist toplumdaki metalaşma sürecinin hukuki yapıdaki uzantıları, sadece maddi mal kavramının “gayri maddi mal” (sanat eseri, marka, patent, model, know-how, good-will, kazanma şansı) kavramıyla bütünleşip yeni yeni boyutlara kavuşmasından ibaret kalmıyor. Maddi olmayan kişi varlığı zararı (eşdeyişiyle manevi zarar) kavramı da giderek malvarlığı zararı

³¹²ÖZSUNAY, Ergun; *Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar” Kavramı ve “Manevi Zararın Giderimi”ne İlişkin Çözümler*, Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, (Ed. İsmail Esin), Marmara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1-3, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, s. 483.; A.Kılıçoğlu, s. 425.

³¹³GÖZLER; a.g.e., s. 1278

³¹⁴02.07.1969 Tarih ve 13238 Sayılı R.G.

³¹⁵AKYILMAZ; s. 174

(eşdeyişle maddi zarar) kavramı tarafından yutulup özümleniyor. Başka bir deyişle, manevi tazminat alanı maddi tazminatın istilasına uğruyor”.³¹⁶

Manevi tazminatın anlamı, amacı ve işlevi öğretide tartışmalı bir konudur. Eren’e göre manevi tazminatın amacı zarar görenin şahıs varlığını oluşturan değerlerde iradesi dışında meydana gelmiş olan eksilmenin yani manevi zararın giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.³¹⁷ Manevi tazminatın cezalandırma işlevi yoktur buna karşın zarar görene bir tatmin duygusu sağlamaya, onu yitirilen yaşamasevincine yeniden kavuşturmaya ve böylece zarar görende bir huzur duygusu yaratmaya yöneliktir.³¹⁸ Ancak belirtmek gerekir ki ayırım gücünden yoksun kişiler, tüzel kişiler ve kusursuz sorumluluk halleri göz önüne alındığında manevi tazminatın elem ve acıyı dindirmek, huzur ve tatmin duygusu yaratmak gibi amaçları sağlamaktan uzak olduğu söylenebilir. Ayrıca acı, üzüntü, öfke gibi duyguların kişiden kişiye değişmesi ve ölçülmesindeki olanaksızlık karşısında bu tür görüşlerin uygulamada yeri ve yararı olmadığı sonucuna varılmaktadır.³¹⁹ Serozan’a göre dünyada hiçbir aletin dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntü ve bunalımın manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması yalnız akıl dışı değil aynı zamanda sakıncalıdır da. Manevi tazminatla onarılıp denkleştirilen, kişinin kişilik değerlerinde, maddi ve manevi bütünlüğünde uğradığı dolaysız ihlal zararı ve bireyselliğini geliştirme imkânından, sosyal hayatta yükselme şansında uğradığı dolaylı zararıdır. Böylesi bir kayıp da kişinin gönül âleminde değil nesnel dış dünyada gerçekleşir bu nedenle öznel, bireysel değer yargılarıyla değil, nesnel, ekonomik, mameleki, sosyal verilerle, ölçütlerle belirlenip çerçevelenir. Manevi zararın maddi zarar kadar kolay paraya çevrilememesi, matematik formüller ile saptanamaması onun parasal maddi denkleştirme programının bir parçası sayılmasına engel olmamalıdır. Manevi tazminatın denkleştirme programı içinde bir özelliği olacak ise bu özellik olsa olsa zararın olası görünerek kanıtlanamadığı ya da maddi tazminatın şu ya da bu sebeple somut olayda amacına ulaşamadığı durumlarda maddi tazminatı tamamlayıp, düzeltici yoksulluk nafakası benzeri “sosyal yardım” işlevine bağlı bir özellik olabilir. Ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzün isteyeceği bir sosyal yardım ya da rehabilitasyon

³¹⁶ SEROZAN,Rona; *Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof.Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan,(Ed. Turhan Esener), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, s. 76-78

³¹⁷ EREN;*Borçlar Hukuku*, s. 364

³¹⁸ ÖZSUNAY; a.g.e., s. 483-506. s. 489

³¹⁹ ÇELİK, Ahmet Çelik; *Can Zararları ve Tazminatın Ölçüsü*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79,Sayı: 3, 2005, s. 751.

parasına dönüştürülmelidir. Manevi tazminatın ayrıca ikinci bir işlevi daha olabilir ki bu da caydırıcılıktır.³²⁰

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 09.02.1999 gün ve E. 1998/7491, K. 1999/843 sayılı kararında manevi tazminat miktarının belirlenmesinde zarar görenin tatmin duygusunun karşılanması gerektiği gibi bunun yanı sıra takdir edilen manevi tazminat miktarının zarar veren bakımından da caydırıcı olma özelliği taşıması gerektiğine karar verilmiştir.³²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 günve E. 2004/291, K. 2004/370 sayılı kararında; “Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde, aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer gidermesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir parça olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir.”³²² denilerek manevi tazminatın caydırıcılık özelliğine vurgu yapılmıştır. Yargıtay'ın bu tutumu öğretide de olumlu karşılanmaktadır.³²³

Manevi tazminat miktarı belirlenirken bilirkişiden yararlanılmaksızın, münhasıran mahkemece tazminata karar verilmektedir. Danıştay kararlarının bazılarında, “davacı için takdiren lira manevi tazminata ...” hükmedildiği şeklinde ifadelere yer verilerek manevi tazminat miktarının “takdiren” belirlendiği kararda açıkça belirtilmektedir.³²⁴ Açılacak tam yargı davalarında talep edilen manevi tazminat miktarının her bir davacı için dilekçede ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Manevi tazminat davası açıldıktan sonra davacının ölmesi halinde davanın mirasçılar tarafından takibi mümkündür. Zarar nedeniyle duyulan acı ve elem ile bunun karşılığında talep edilen tazminat miktarı bir bütün olup bu

³²⁰ SEROZAN; a.g.e., s. 67-101. 82-88

³²¹ Kararın tam metni için bkz. **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 4, Yıl: 65, Ekim 1999, ss. 116-119

³²² Kararın tam metni için bkz. **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı: 22, Ekim 2004, ss. 2876-2881

³²³ ÇELİK; manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak Yargıtay'ın 22.06.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtmiş olduğu acı, üzüntü ve öfkeyi yatıştırma şeklindeki duygusal içerikli görüşleri terk ederek bunun yerine gerçekçi, nesnel, somut anlayış ve değerlendirmelere yöneldiğini belirterek bu durumu olumlu karşılamaktadır.

³²⁴ GÖZLER; s. 1280.

sebeple tazminat miktarının bölünerek dava konusu yapılması veya fazlaya ilişkin hakkın saklı tutularak dava açılması mümkün değildir.³²⁵

Manevi tazminata faiz yürütülmesi konusunda ise, Bir Danıştay kararında da ifade edildiği üzere faiz, “*konusu para olan borçlarda, alacaklının bu paradan mahrum kaldığı süre içinde uğrayacağı kayıpların, başka bir anlatımla bu paranın kullanılmamasından dolayı yoksun kalınan kazancın karşılığıdır*”. Danıştay’ın genel olarak manevi tazminata faiz yürütülüp yürütülmeyeceği konusundaki içtihadı istikrarsızdır. Bununla birlikte, özellikle son yıllardaki Danıştay kararları, genel itibarıyla, manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği yönündedir.³²⁶ Manevi tazminata hükmedilirken göz önüne alınacak hususları ve tazminatın ne şekilde belirlendiğini aşağıda genel hatları ile incelemeye çalıştık.

2.1.5.2.1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat

İdarenin faaliyeti sonucunda meydana gelen ölüm olayından, ölenin yakınlarının acı ve üzüntü duyacağı muhakkaktır. Ancak manevi tazminat talebinde bulunacaklar için Danıştay, “*ölenle çok yakın kan ve sıhrî hısım olmalarına, ölenin mirasından yararlanabilme koşullarını taşımalarına gerek bulunmadığına*”³²⁷ hükmederek; anne- baba, eş ve çocukların yanında kardeşlerin, nikâhsız eşin, büyük anne- büyük baba ve üvey anne gibi yakınların manevi tazminat alabileceğini kabul etmiştir.³²⁸

İdarenin manevi tazminat ödemesine hükmedilebilmesi için idarenin kusurunun olması gerekmekte, kusursuz sorumluluk durumlarında da manevi tazminata karar verilmektedir, ancak kusursuz sorumluluk halinde daha düşük miktarda bir manevi tazminat takdir edilmektedir.³²⁹

³²⁵ ORHUNÖZ; s. 125-132.

³²⁶ KAYA, Cemil, *İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, 2010

³²⁷ Danıştay 10. D. 27.04.2000 tr. ve E.1997/3081, K.2000/1961 sy. Kararı, KİBB, E.T. 15.08.2019

³²⁸ Danıştay İDDK, 16.06.2005 tr. ve E.2003/591, K.2005/2154 sy. Kararı, KİBB, E.T. 20.08.2019

³²⁹ Danıştay 10. D. 29.01.2007 tr. ve E. 2004/7285, K.2007/212 sy. Kararı, KİBB, E.T. 20.08.2019

2.1.5.2.2. Cismani Zararlarda Manevi Tazminat

Kişinin beden bütünlüğünün bozulması karşısında olay anında ve gelecekte duyduğu bedensel acı ve üzüntüleri kısmen de olsa giderebilmek amacıyla duyulan acı ve üzüntüyle orantılı olarak³³⁰ manevi tazminat ödenir.

Manevi tazminat, kural olarak zarar doğuran olay sonucunda cismani zarar gören kişiye ödenir, ancak Danıştay bazı kararlarında anne- babaya³³¹, çocuk ve kardeşlere³³²de cismani zarar nedeniyle manevi tazminat ödeneceğine karar vermiştir.

Anatomik yapı, fiziksel görünüş veya ruhsal yapıdaki bozulmalar nedeniyle manevi tazminata hükmedebilmek için zarar konusu ihlal, önemli olmalıdır. Basit tıbbi müdahalelerle giderilebilecek zararlar, manevi tazminata konu olmaz.³³³

İdarenin faaliyetinde hizmet kusuru bulunması, tazminata hükmetmek için gerekli değilken; tazminat miktarının belirlenmesinde önemlidir.³³⁴

2.1.5.2.3. Kişilik Haklarının İhlalinde Manevi Tazminat

Özgürlük, onur, anı, özel yaşam, aile yaşamı, cinsel özgürlükler, isim, resim, ticari itibar, meslek sırrı, mesleki ve ticari itibar gibi kişilik değerlerine yönelik saldırılardan acı ve üzüntü duyan kişilere manevi tazminat ödenir.³³⁵ Kişilik haklarının ihlalinde Danıştay, manevi tazminatın ön koşulu olarak *ağır hizmet kusurunu* aramakta³³⁶, idarenin hukuka uygun işlem ve eylemleri nedeniyle veya kusursuz sorumluluğunun bulunduğu durumlarda manevi tazminat taleplerini reddetmektedir. Ayrıca manevi tazminatın ödenebilmesi için idarenin kusuru yeterli olmayıp idarenin faaliyetinden, zarar gören kişinin kişilik değerlerinin etkilenmesi gerekmektedir(Akyılmaz, 2009: 213-214).

İdarenin hizmet kusuru neticesinde zarar görenin manevi değerlerinde azalmaya yol açan mala yönelik zararlar için de manevi tazminat ödenmesi Danıştay tarafından kabul edilmiştir(Akyılmaz, 2009: 214-215)

³³⁰Danıştay 10. D. 10.04.1992 tr. ve E.1990/3954, K.1992/1362 sy. Kararı, KİBB, E.T. 20.08.2019

³³¹Danıştay 12. D. 09.09.1966 tr. ve E. 1965/2739, K.1966/2483 sy. Kararı, KİBB, E.T. 20.08.2019

³³²Danıştay 10. D.08.03.1984 tr. ve E.1982/587, K.1984/534 sy. Kararı, KİBB, E.T. 20.08.2019

³³³ AKYILMAZ; **Tazminat**, s.209, 210

³³⁴Danıştay 10. D. 10.04.1992 tr. ve E.1990/3954, K.1992/1362 sy. Kararı, KİBB, E.T. 20.08.2019

³³⁵ ESİN; a.g.e., s. 453

³³⁶Danıştay 10. D. 28.12.1989 tr. ve E.1987/802, K.1989/2731 sy. Kararı, KİBB, E.T. 25.08.2019

2.2 İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU OLARAK SOSYAL RİSK İLKESİ

2.2.1 Risk İlkesinin Doğuşu ve Gelişimi

Kusur ilkesine göre sorumluluk, bir kimsenin ancak hukuka aykırı ve kusurlu davranışları ile neden olduğu zararlar bakımından kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle kusur ilkesine göre sorumlulukta, kusurun bulunmadığı durumlarda sorumluluk da yoktur. Bu şekilde ifade edilen kusur ilkesine göre sorumluluk; teknik gelişmeler ve ona bağlı olarak tehlike kaynaklarının artması, tehlikeli tesis ve işletmelerde zararın sebebi olarak insan davranışının rol ve katkısı ile kusurun ispatının güçlüğü, büyük sermaye ve teknolojiye dayalı faaliyet ve teknolojiler karşısında zayıf ancak çoğunluğu oluşturan büyük kitleyi koruma gibi sorumluluk hukukunda yer bulan sosyal düşüncelerle mutlak suretle uygulanmamaya başlanmış ve kusursuz sorumluluğa doğru bir kayma gündeme gelmiştir.³³⁷

Özellikle sanayi devriminin ortaya çıkmasından sonra makineleşme artmış, yeni enerji kaynakları kullanılmaya başlanmış, insanlar göç nedeniyle büyük şehirlerde toplanmış, toplumsal hayat karmaşık bir hal almış ve toplumsal ihtiyaçlar da çeşitlenerek karmaşıklaşmıştır. Yegane amacı toplumsal ihtiyaçları karşılayacak kamu hizmetlerini sunmak olan idare teknolojinin bu imkanlarını kamu hizmetlerinin sunulmasında kullanmak durumunda kalmıştır. Bu gelişmeler ve teknolojinin getirdiği modern hayat, bireyler için tehlikeli bir hal almıştır.³³⁸ Teknolojinin getirdiği bu imkan, araç ve yöntemler bünyesinde çeşitli tehlikeler barındırmasına rağmen kamusal ihtiyaçların karşılanmasındaki kolaylaştırıcı etki ve rolleri nedeniyle vazgeçilmez ve vazgeçilmesi teklif dahi edilemez bir hale gelmiştir. Örneğin sanayi devrimi öncesinde şehirler arası ulaşımında çoğunlukla hayvan gücüne dayalı ulaşım araçları kullanılırken sanayi devrimi ve buhar gücünün kullanılması ile ulaşım trenler rol almaya başlamış, şehir içerisinde geçen bir tren veya tren yolunun o şehirdeki insanlar için oluşturduğu tehlike önceki yöntem ve araçların neden olduğu zararlardan kat kat fazla olmasına rağmen, bu yeni araç ve tesislerin sağladığı yararın önceki yöntem ve araçların sağladığı faydalardan mukayese edilemeyecek kadar üstün olması nedeniyle bünyelerindeki tehlikeye rağmen herkes tarafından kabul görmüş, tehlikeli araç, tesis ve yöntemler toplum ve toplumu oluşturan

³³⁷ TİFTİK, Mustafa; *Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu*, İkinci Baskı, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1197, s. 11.

³³⁸ İMRE; a.g.e., s. 41

bireyler için vazgeçilmez olmuşlardır. Bu tehlikeli araç, tesis, faaliyet ve yöntemler nedeniyle toplumdaki bazı kişilerin özel ve ağır nitelikte zarar görmüşler ancak, toplumsal olarak sağladıkları faydalar nedeniyle vazgeçilmez niteliklerini korumuşlar ve adeta tehlikelilik vasıfları görmezden gelinmiştir. Toplum için vazgeçilmez sayılan bünyelerinde tehlike unsuru taşıyan bu araç, tesis, yöntem ve faaliyetler nedeniyle hakları özel ve ağır bir şekilde ihlal edilerek zarara uğrayan kişilerin zararlarının giderilmesi, toplum ve birey çıkarları arasındaki dengenin sağlanması bakımından gerekli görülmüş ve bu gerekliliğin sonucu olarak da risk ilkesi gereğince idarenin bu tip araç, tesis, faaliyet ve yöntemlerinin neden olduğu zararları, kusursuz dahi olsa tazmin etmesi gerektiği anlayışı kabul edilmiştir.³³⁹ Toplum için oldukça faydalı olan bu tehlikeli şeylerin nimetleri gibi külfetlerinin de topluma ait olması gerektiği görüşü risk ilkesinin kabulü ile sonuçlanmıştır.³⁴⁰ Ayrıca tehlikeli faaliyet ve şeylerin neden olduğu zararlardan, risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunda zarar görenlerin, hizmetten yararlanan veya üçüncü kişi olmaları arasında fark bulunmadığı ifade edilmiştir.³⁴¹

İdarenin hizmet kusuruna dayanarak verdiği zararlardan sorumlu tutulmasına dair anlayış yukarıda belirtilen nedenlerle, mutlak surette uygulandığında adil olmayan sonuçlar vermiş ve idarenin faaliyetleri nedeniyle zarar gören kişilerin, kusuru ispatlayamadıkları için zararlarının tazminini sağlayamamaları ile neticelenmiştir. Geniş yetkilerle donatılan idarenin, kamu yararı amacını gerçekleştirmek için gerçekleştirdiği faaliyetler nedeniyle bireylere zarar verme ihtimali her zaman mevcuttur. Kamu yararı gerçekleştirilmeye çalışılırken bireyler ve bireylerin menfaatleri tamamen feda edilmemelidir. Bu düşüncelerle doğan kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin zararın meydana gelmesinde kusuru bulunduğu ispatlanması gerekmekte, zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki bağlantının ortaya konulması yeterli olmaktadır.³⁴² Belirtilen sakıncayı gidermek için ortaya atılan *Risk İlkesi* gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu fikri ilk olarak Fransa da Conseil d'Etat ın 1895 tarihinde verdiği Cames Kararında ortaya çıkmıştır.³⁴³ Bu karara konu olayda idareye ait tersanede çalışan işçi balyozla bir demiri döverken bir demir parçası işçinin eline isabet etmiş, işçi yaralanarak sakatlanmıştır. İşçi zararının karşılanması ve tazminat istemiyle Conseil d'Etat nezdinde dava açmış, davalı idare olayda

³³⁹ULUSAN, İlhan; *Tehlike Sorumluluğu Üstüne*, Mukayeseli Hukuk Dergisi, İstanbul,1970, s.35

³⁴⁰İMRE; a.g.e.,s. 44.

³⁴¹ DURAN;*Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.54

³⁴² DURAN;*Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 47

³⁴³ ÇAĞLAYAN;*İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s. 80

idareye isnat edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı için tazminata hükmedilemeyeceğini savunmuştur. Coseil d'Etat ise kusuru bulunmasa dahi idarenin işçisinin bu zararını tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar idarenin görevlilerinin uğradığı zararların tazminine yönelik olup, bu aşamada idarenin faaliyetlerinden zarar gören üçüncü kişilerin uğradığı zararların kusursuz olsa dahi idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmemiştir. Bu karar, karar içeriğinde açıkça bahsedilmemesine rağmen mesleki risk ilkesinin uygulanması olarak görülebilir.³⁴⁴

Risk İlkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin diğer karar Conseil d'Etat ın 1919 tarihinde verdiği Regnault –Desroziers Kararıdır. Bu karara konu olan olayda; yerleşim yerine yakın bir yerdeki cephaneliğin bilinmeyen bir nedenle patlaması nedeniyle birçok kişi ölmüş ve yaralanmış, patlamaya yakın yerdeki taşınmazlar ise zarar görmüştür. Zarar gören kişiler ise zararlarının karşılanması istemiyle idareye karşı dava açmışlardır. Conseil d'Etat bu davada cephaneliğin normal riskleri aşan bir risk unsuru taşıdığını, kaza halinde bu riskli durumların idarenin kusursuz sorumluluğuna neden olacağını gerekçe göstererek tazminat istemlerini kabul etmiştir.³⁴⁵ Bu karar ile risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu, zarar gören üçüncü kişiler açısından da kabul edilmiştir³⁴⁶

Genel olarak idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun ortaya çıkışı bu kararlar ile olmuş, hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışlarının etkisiyle oldukça yaygınlaşma eğilimine girmiştir. Kusura dayanmayan sorumluluk idare hukukunda özel hukuktan daha geniş şekilde uygulanmaya başlamıştır. Hatta idarenin kusursuz sorumluluğunun ilerde asıl sorumluluk kaynağı olarak görülebileceği ifade edilmiştir.³⁴⁷ Kusursuz sorumluluğun ve özellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayalı kusursuz sorumluluğun yaygınlaşması, bir başka ifadeyle bu ilkeye göre zararların sosyalleştirilmesi ve kamuya mal edilmesi, sorumluluk anlayışını her tür zararın karşılandığı bir sigorta anlayışına kaydırmaktadır.³⁴⁸

Risk diğer bir ifadeyle hasar ilkesi gereğince sorumluluk konusunda Başgil, “... son zamanlarda,...bilhassa Fransa’da şu klasik kusur fıkriinin yanı başında birde Risque

³⁴⁴ ÇAĞLAYAN; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.80.

³⁴⁵ ÇAĞLAYAN; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s.81

³⁴⁶ ATAĞ; a.g.e., s. 12

³⁴⁷ ZABUNOĞLU; a.g.e., s. 260

³⁴⁸ ATAY/ ODABAŞI; a.g.e., s. 37

yahut hasar nazariyesi ortaya çıkmıştır. Bu nazariyede, fiilin haklı veya haksız olmasından sarfinazar, ortada mevcut olan zarar ile hizmet fiili arasında sadece sebebiyet rabıtası aranmakta ve böyle bir rabıta görülünce meydana gelen zarar amme patrimuanına malederek Devletin mesuliyetine gidilmektedir.” şeklinde açıklamalarda bulunmuş ve bu esasın devletin sorumluluğunu genişlettiğini adeta devleti sosyal sigortacıya ve genel bir teminatçıya dönüştürdüğünü ileri sürmüştür.³⁴⁹ Bu açıklamalardan Başgil’in, Risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu konusuna temkinli yaklaştığı söylenebilir. İşte bu nedenlerle kusursuz sorumluluk anlayışının ilke ve özelliklerinin gerek zarar görenler, gerekse idare açısından hakkaniyete uygun neticeler doğuracak şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Kusursuz sorumluluğun özellik ve ilkelerinin ortaya konularak, bu sorumluluğun kapsamının adaletli çözümlere ulaşacak şekilde belirlenmeksizin uygulanması, zarar görenler ve idare açısından hakkaniyetli olmayan sonuçlar doğuracak, kriterler ve kapsamı belirlenmeksizin yapılacak uygulama, bazı durumlarda zarar gören bireyin zararının karşılanmaması neden olabileceği gibi, bazı durumlarda da idareyi, her tür zararı karşılamakla mükellef genel sigortacı veya teminatçıya dönüştürebilecektir.

2.2.2. Genel Olarak Risk İlkesinin İdarenin Kusursuz Sorumluluğundaki Yeri Ve Risk Kavramı

Günümüzde İdarenin kusursuz sorumluluğunun kaynağı olarak genel kabul gören iki ilke *risk ilkesi* ve kamu *külfetleri karşısında eşitlik* ilkesidir. Risk ilkesi, *hasar, tehlike* veya *idari hasar ilkesi* olarak da adlandırılmakta iken, *kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi* ise *fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi* olarak da ifade edilebilmektedir. Genel kabul bu olmakla birlikte doktrinde idarenin kusursuz sorumluluğunun kaynağı olarak çeşitli teoriler de ortaya atılmıştır. Bu kapsamda Onar, genel olarak idarenin sorumluluğunu, *hizmet kusuru, hasar, sebepsiz iktisap, hukuki müsavat(eşitlik) teorilerine* dayandırmakta, idarenin kusursuz sorumluluğunu ise kamu külfetleri karşısında eşitlik anlamı yüklediği *hasar (risque) teorisi* ile açıklamaktadır.³⁵⁰ Sarıca, idarenin kusursuz sorumluluğunu, *hasar, sebepsiz iktisap, hakkaniyet-nesafet ve hukuki müsavat teorileri* ile açıklamaya çalışmıştır.³⁵¹ Derbil, idarenin kusursuz sorumluluğunu *idari risk ilkesini* temel alarak

³⁴⁹ BAŞGİL; a.g.e., s. 27

³⁵⁰ ONAR; a.g.e., III. Cilt, s. 1694-1714

³⁵¹ SARICA, Ragıp; *İdari Kaza*, Kenan Basımevi, İstanbul, 1942, s. 222-223

açıklamıştır.³⁵² Esin, İdarenin kusursuz sorumluluğunu, *idari hasar, sebepsiz iktisap, sosyal hasar ve kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluk ilkelerine* dayandırarak incelemiştir.³⁵³ İdari hasar teorisinin içeriğini kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet, eşitlik gibi kavramlarla doldurmaya çalışmıştır.³⁵⁴ Duran, idarenin kusursuz sorumluluğunu, *imkan ve fırsat eşitliği ilkesi* ile irtibatlandırmıştır.³⁵⁵ Gözübüyük, idarenin kusursuz sorumluluğunu, *hasar yahut risk ilkesi* ile *kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerine* bağlamaktadır.³⁵⁶ Aynı şekilde Gözler, Atay, Odyakmaz/Kaymak/Ercan, Gündayda idarenin kusursuz sorumluluğunu *risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini* esas alarak incelemişlerdir.

Türk idare hukukunun kaynağını teşkil eden Fransız idare hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğu, *risk ilkesine* ve *kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine* dayandırılmaktadır.³⁵⁷ Çalışmamızın konusu idarenin risk ilkesi gereğince kusursuz sorumluluğu olduğundan, idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan risk ilkesi detaylı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

2.2.2.1. Risk Kavramı ve Risk Sorumluluğunun Tanımı

Risk kelimesinin sözlük anlamı “*zarara uğrama tehlikesi*” olarak belirtilmiştir.³⁵⁸ Risk sorumluluğu kavramı yerine Türkçe’de genellikle tehlike sorumluluğu kavramı kullanılmakta ise de, tehlike sorumluluğu kavramının risk sorumluluğu kavramını tam olarak karşılayamayacağı ileri sürülmüştür.³⁵⁹ Buna gerekçe olarak da Fransızca’da *risque* kelimesinin Türkçe karşılığının tehlike olmadığı, bu kapsamda *Risque* kelimesinin, “*az çok öngörülebilir nitelikte gerçekleşmesi muhtemel tehlike*” anlamına geldiği, *tehlike* kelimesinin ise “*büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum*” anlamına geldiği, tehlikenin gerçekleşmesi durumunda *risk* olmaktan çıkacağı, *tehlike* kelimesinin

³⁵² DERBİL, Süheyl; *İdare Hukuku*. (Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası), Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s. 223-235

³⁵³ ESİN; a.g.e., s. 129-130

³⁵⁴ ESİN; s. 131

³⁵⁵ DURAN; *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 25-26.

³⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK; *Yönetmelik Yargısı*, s. 304

³⁵⁷ GÖZLER; *İdare Hukuku*, s. 1071-1172

³⁵⁸ YILMAZ; a.g.e., s. 1045

³⁵⁹ GÖZLER; *İdare Hukuku*, s. 1075

karşılığının “*danger*” kelimesi olduğu, *risque* kelimesinin Türkçe karşılığının, riziko (zarara uğrama tehlikesi)³⁶⁰ kelimesi olduğu gerekçe gösterilmiştir.³⁶¹

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğun kaynağı olarak önce risk ilkesi görülmüş ve risk ilkesi idarenin kusursuz sorumluluğunda ilk uygulanan ilke olmuştur.³⁶² Risk ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk özel hukuktan idarehukukuna aktarılmış bir sorumluluk kaynağı olup, bu sorumluluğun “*her nimetin bir külfeti vardır.*” prensibine dayandığı ve tehlikeli faaliyette bulunanların kusursuz olsalar dahi bu tehlikeli faaliyetlerinin neden olduğu zararları gidermeleri gerektiği anlayışının bir sonucu olduğu ileri sürülmüştür.³⁶³ Özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk genellikle yasalarda belirlenmiş ve sınırlandırılmış konularda gündeme gelirken, idare hukukunda kusursuz sorumluluk içtihat kaynaklı olması nedeniyle daha geniş bir alanda uygulanma imkanı bulmaktadır.³⁶⁴ Kusursuz sorumluluğun Türk hukukunda pozitif hukuk metni olarak Mecellede “*mazarrat menfaat makabelesindendir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur*” şeklinde ifade bulunduğu belirtilmiştir.³⁶⁵ Buna göre bir işletme veya teşebbüsün sağladığı menfaatler nasıl işletmeciye ait ise bu işletmeden doğan zararlarda işletmeciye ait olmalıdır.³⁶⁶ Risk (hasar-muhatara-tehlike) sorumluluğu özel hukuk alanında ve mahiyetine uyduğu ölçüde idare hukukunda ortak şekilde “*toplum yaşantısının zorunlu koşulları sonucu kurulması, yapılması, ekonomik ve sosyal açıdan gerekli bulunan işletme, girişim, tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle beliren, tehlikeli mahiyetinden doğan zararlardan, bu tehlikeli nesneler üzerinde egemen olan kimselerin kusurları bulunmasa ve tehlikenin önlenmesi amacıyla her türlü özeni göstermiş olsalar dahi, sorumlu tutulmaları*”³⁶⁷ şeklinde tanımlanabilir.

Risk ilkesine göre idarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin tehlikeli bir faaliyetinin, tesisinin, kuruluşunun varlığını gerektirmekte ve bu tip tehlikeli şeylere sahip olmaktan

³⁶⁰ *Risk* kelimesinin eşit anlamlısının *riziko* kelimesi olduğu ve bununda “*zarara uğrama tehlikesi*” anlamına geldiği belirtilmiştir. bkz. YILMAZ; a.g.e., s. 1045

³⁶¹ GÖZLER; *İdare Hukuku*, s. 1076

³⁶² ZABUNOĞLU; a.g.e., s. 263

³⁶³ GÜNDAY; a.g.e., s. 379

³⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., II.cilt, s. 770

³⁶⁵ GÜNDAY; a.g.e., s. 379

³⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK/ TAN; a.g.e., s. 771

³⁶⁷ ULUSAN; *Tehlike Sorumluluğu Üstüne*, s. 37.

veya bu tip faaliyetlerde bulunmaktan dolayı neden olunan özel ve olağanüstü zararların tazmini gerektiğini ifade etmektedir.³⁶⁸

Risk sorumluluğu, “idarenin, hiçbir kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olması”³⁶⁹ şeklinde tanımlanmıştır.

Risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu, ifade tarzından da anlaşılacağı üzere kusur kavramından tamamen soyutlanmış bir sorumluluk ilkesi olup, kusurlu sorumlulukta idare kusursuz ise sorumluluktan tamamen kurtulmakta iken, risk sorumluluğunda kusursuz olduğunu ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır.³⁷⁰

2.2.3. Sosyal Risk Kavramı

İçtimai hasar, toplumsal muhatara, toplumsal hasar olarak da adlandırılan sosyal risk ilkesi; idarenin, kitle hareketlerinden ve savaşlardan doğan kargaşa ve saldırılar karşısında doğan zararları karşılamasını ifade eder.³⁷¹

Topluma mensup bireylerin farklı ihtiyaçlarının, amaçlarının, fikirlerinin olması ve bunları dile getirebilmeleri demokrasinin önemli bir parçasıdır. Ancak bu özgürlüklerin, demokratik yöntemlerle değil de saldırılar düzenlenip kargaşa yaratılarak kullanılması, toplum hayatı için tehlike oluşturacağından devletin müdahalesini gerektirir. Toplum düzenini bozacak eylemleri önlemekle görevli olan devletin müdahalede geç kalması, bireylere zarar verebilir. Aslında devlete zarar verme amacıyla gerçekleştirilen bu eylemler, sadece o toplumun bireyi olması sebebiyle zararın doğmasında hiçbir kusuru bulunmayan kişileri etkiler. Bütün toplumu hedef alan eylemlerle belli kişiler üzerinde doğan zararın, zarar gören diğer kişilerce de paylaşılması *toplumsal dayanışma* gereğidir. Bu zararların toplumun temsilcisi ve siyasi örgütlenmesi olan idare tarafından ödenmesi, idarenin sorumluluğunun kapsamını genişletmiştir.³⁷²

Sosyal risk ilkesi, kusursuz sorumluluğun genel özelliklerinden farklı bir yapıya sahiptir; sosyal risk ilkesi, istisnaidir. Zira sosyal risk ilkesinde zararı doğuran olay,

³⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK; *Yönetim Hukuku*, s. 355

³⁶⁹ GÖZLER; *İdare Hukuku*, s. 1075

³⁷⁰ ONAR; a.g.e., III. Cilt., s. 1693

³⁷¹ AZRAK; a.g.m., s. 137, 141

³⁷² AZRAK; a.g.m., s.141

idarenin hukuka uygun faaliyeti, personelinin davranışı veya tehlikeli şeylerin kullanımı ve tehlikeli durumlardan değil; idareye yabancı kişi veya toplulukların eylemidir. İdare, zarar doğuran bu eylemleri kusuru olmaksızın önleyemediği veya önleseydi daha büyük zararların doğumuna sebebiyet vereceğinden kaçındığı için zararlardan sorumlu olacaktır.³⁷³

Doktrindeki hâkim görüşe göre sosyal riskte zararı doğuran eylem, idareye yabancı üçüncü kişilere ait olduğundan zarar ile idari eylem arasında illiyet bağı kurulamamaktadır.³⁷⁴ Zarar ile idari eylem arasında illiyet bağının kurulamadığı ancak hukuki dayanaktan yoksun olarak idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu tek durum, sosyal risk ilkesidir.

2.2.4. Sosyal Risk İlkesinin Temeli Ve Sınırları

Kusursuz sorumluluk esasında, zarar görenle zararın nitelik ve niceliği dikkate alınıp ayrıca idarenin kusuru araştırması yapılmadığından, idari sorumluluğun temeli kabul edilen *imkân ve fırsat eşitliği* tam olarak gerçekleştirilebilmektedir.³⁷⁵ Bu bağlamda sosyal risk ilkesinin de hukuki temeli, imkân ve fırsat eşitliğidir. İmkân ve fırsat eşitliğinin felsefi kökeni ise 1961 Anayasasının Başlangıç kısmında da benzer cümlelerle yer alan “Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millethayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu...”³⁷⁶ cümlesinde ifadesini bulan dayanışma ilkesidir.³⁷⁷

Sosyal risk ilkesi, topluma yönelmiş saldırıların yol açtığı zararların kusuru bulunmayan kişiler üzerinde bırakmanın adil olmayacağı düşüncesiyle ortaya çıkmıştır. Ancak zarara yol açacak bu saldırıların çerçevesi çok geniş tutularak toplumdaki tüm zararlardan devletin sorumlu olacağını ifade edebilecek “kamusal sigorta”ya dönüşmemesi gerekir³⁷⁸. Bu noktada sosyal riskin sınırlarının belirlenmesi önem taşır. *Olayın niteliği* ve

³⁷³ AZRAK; a.g.m., s.137

³⁷⁴ AZRAK; a.g.m., s.137, 138

³⁷⁵ DURAN; a.g.e., s.47.

³⁷⁶ 1982 Anayasası Başlangıç kısmı 7. paragraf

³⁷⁷ AZRAK; a.g.m., s.141

³⁷⁸ AZRAK; a.g.e. 138

*olaylar karşısında devletin durumu dikkate alınarak sosyal riske sınırlamalar getirilmiştir.*³⁷⁹

Öncelikle zararı doğuran eylemler, tüm topluma yönelik olmalı ve toplumdaki dayanışma duygusunu etkilemelidir. Zira zarar, toplumda birlikte yaşama zorunluluğu karşısında, zarar gören kişilerin müdahil olmadığı olaylardan doğmaktadır. Sosyal risk ilkesinin en önemli özelliklerinden birisi de zarar gören kişilerin, hem idarenin faaliyetlerinin hem de zarar doğuran eylemin tamamen dışında kalıp eyleme aktif olarak katılmayan kişiler olmasıdır.³⁸⁰

Kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırılar ile savaşlarda sivil halkın uğradığı zararlardan devleti sorumlu tutabilmek için, bu zararı doğuran eylemleri, devletin önlemekle yükümlü olduğu halde kusuru olmaksızın önleyememesi veya önlemesinin daha ağır sonuçlar doğurması sebebiyle önlemekten kaçınmış olması gerekmektedir.

2.2.5. Sosyal Risk İlkesinin Özellikleri

İdarenin kusursuz sorumluluğunda istisnai olan sosyal risk ilkesi, bu nitelemesini, şu özelliklerine borçludur:

2.2.5.1. İlliyet Bağının Aranmaması

Sorumluluk hukukunda esas olan, zarar ve zarara neden olan davranış arasında illiyet bağının bulunması zorunluluğudur. Eğer zarar, kişinin sorumlu tutulacağı eylemin sonucunda doğmamış ise kişiyi bu davranışından sorumlu tutmak mümkün değildir. İdarenin sorumluluğunun tek hukuki dayanağı olan 1982 Anayasası m.125/son'da yer alan *“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükmü ile de sorumluluğun doğabilmesi için zarar ve idarenin eylem ve işlemi arasında illiyet bağı aranmaktadır.

Sorumluluğun doğabilmesi için illiyet bağının varlığı, hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk esasında geçerli olmakla birlikte sosyal risk ilkesi, bu kuralın istisnası olarak kabul edilmektedir. Doktrinde ve yargı içtihatlarındaki genel kabule göre sosyal risk ilkesi, illiyet bağının aranmadığı tek kusursuz sorumluluk ilkesidir. Zararı

³⁷⁹ BAŞ;İdari Yargı Panel, s.365, 366

³⁸⁰ BAŞ;İdari Yargı Panel, s.372

doğuran, idarenin personelinin davranışından; idarenin faaliyetinden, tesislerinden, araç veya gerecinden değil idareye yabancı kişilerin idarece önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zarar yaratacak eylemleridir.

İstisna olarak kabul edilen sosyal risk ilkesinde idare, başkalarının eylemlerinden sorumlu tutularak Anayasa m.125'e aykırı bir uygulama yapılmaktadır. Anayasa m. 125 karşısında “Eğer zarar, idarenin işlem veya eyleminden ileri gelmemişse idare neden bu zarardan sorumlu tutulmaktadır?” sorusunun cevabı net olarak verilememektedir.³⁸¹

İşlev alanı genişleyen idarenin, sorumluluğunun da genişlemesi, personelinin kişisel kusurundan ve üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan zararların da idarenin sorumluluğunda olmasını savunan Azrak, Anayasa hükmünün geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.³⁸² Sosyal risk ilkesini *hukuki eşitlik, hakkaniyet ve nasfet* esaslarına dayandıran Onar ise idari eylemle zarar arasında illiyet bağı olmaması nedeniyle normal şartlardazararın doğmayacağını ancak zararın toplumsal bir faydanın korunmasından doğması nedeniyle toplumca karşılanması gerektiğini söylemiştir.³⁸³

2.2.5.2. Sorumluluğun İdareye Yüklenebilmesi

Kamu düzenini korumakla yükümlü olan idare, topluma yönelik tehditleri önleyerek toplumun can ve mal güvenliğini sağlamalıdır. Bu nedenledir ki sosyal risk ilkesi, sadece kitle hareketleri ve savaşlarda değil, faili bilinmeyen siyasi nitelikli münferit terörist olaylarında da uygulanabilmektedir.³⁸⁴ Sosyal risk ilkesi de kamu düzenini bozacak saldırıların idarece önlenememiş veya önlenmesi daha büyük zarar doğuracağı için önlemekten kaçınmış olduğu zararlar için kullanılmaktadır.

Toplumu tehlikelere karşı korumada idare, özellikle istihbarat ve güvenlik hizmetlerinin örgütlenmesini, personelin ve araç ve gerecini en üst seviyede tutmak zorundadır. İhtiyacın gereklerini karşılamada kanuni yükümlülüklerini yerine getiren idare, her nasılsa zararın doğmasını önleyememiş olabilir. Teknolojik gelişmeler de dikkate alındığında topluma yönelik tehdit ve saldırılarda idarenin alması gereken önlemlerin her gün biraz daha değişkenlik göstererek artacağı da bir gerçektir. Günün ihtiyaçlarına cevap

³⁸¹ AKYILMAZ; *Sosyal Risk*, s.4

³⁸² AZRAK; a.g.e. s. 135-136

³⁸³ ONAR; a.g.e., s.1744

³⁸⁴ ÖZGÜLDÜR; a.g.e., s. 95-96.

vermek zorunda olan idarenin de bu gelişmeleri takip ederek bu tehdit ve saldırıları önleme konusunda tamamen kusursuz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. İdarenin topluma yönelik tehdit ve saldırıları daha büyük zararlara yol açmamak için önlememesi durumunda ise idarenin kusursuz olduğunu söylemek de mantık dışı olacaktır.³⁸⁵

2.2.5.3. Zararın Bir Arada Yaşamının Kaçınılmaz Sonucu Olması

Toplumda bir arada yaşamak zorunda olan bireyler, hem toplum içinden hem de toplum dışarisından gelen çeşitli kitle hareketlerine, kargaşa ve saldırılara, savaşılara maruz kalmaktadırlar. Birçoğu siyasi amaçlı bu eylemler, devletin kendi politikası veya yabancı devletlerin politikaları olarak toplumların karşısına çıkabileceği gibi toplumdaki kişi ve gruplar tarafından yapılabilir.³⁸⁶ Devlete yönelik olarak hedeflenen siyasi amaç için tüm toplumu tehdit eden eylemler, fiili olarak bir grup insanı etkilese de bundan tüm toplum zarar görür. Kişisel husumetten doğmayan bu zararların tüm topluma pay edilmesi gerektiği düşüncesiyle de sosyal risk ilkesi doğmuştur.

Sosyal risk ilkesi, sosyal adalet düşüncesine dayandırılrsa da bu görüş de eleştirilmiştir. Akyılmaz'a göre, topluma yönelmiş tehditler karşısında zarar görenler eşitken, tazmini gereken zararlarda eşitlik bozulmaktadır; meydana gelen zararlarda toplum, riski eşit olarak paylaşmakta ancak ödenen tazminatlar arasında önemli farklılıklar oluşmaktadır.³⁸⁷

2.2.6. Sosyal Risk İlkesinin Diğer Sorumluluk İlkelerinden Farkları

Kusur esasına göre kusurlu ve kusursuz sorumluluk olarak gruplandırdığımız idarenin sorumluluğunda illiyet bağı her iki sorumluluk çeşidinde de zorunlu unsurdur. Meydana gelen zararlar idarenin işlem ve eylemi arasında illiyet bağı kurulamıyorsa idarenin sorumlu tutulması da söz konusu olmaz. Bu nedenle sosyal risk ilkesinde illiyet bağı aranmayacaksa, idare, ne kusurlu ne de kusursuz olarak sorumlu tutulabilir. Doktrinde ve yargı kararlarında kusursuz sorumluluk başlığı altında incelenen sosyal risk ilkesinde

³⁸⁵ AKYILMAZ; a.g.e., s.4

³⁸⁶ AKYILMAZ; a.g.e., s.5

³⁸⁷ AKYILMAZ; a.g.e., s.5

illiyet bağının varlığı şart koşulduğunda ise bu ilke, “*güvenlik hizmetlerinin işlememesi sebebiyle ortaya çıkan bir hizmet kusuru*” şeklinde tanımlanacaktır.³⁸⁸

Doktrin ve yargı kararlarında hâkim olan görüşe göre kitle hareketlerinden veya failleri bilinmeyen siyasi saldırılardan doğan zararlar, idarenin yürütmek zorunda olduğu hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişindeki eksiklik, aksaklık, bozukluğa dayanıyorsa hizmet kusuru ilkesine göre idarenin sorumlu olacağı muhakkaktır. Ancak idareye bu konuda bir kusur atfedilemiyorsa diğer şartların da varlığı halinde idare hukukunda istisna olarak kabul edilen sosyal risk ilkesine başvurulabilmeyecektir. Zaten sosyal risk ilkesinde esas olan da zararın idareye yabancı üçüncü kişilerin eylemlerinden doğmuş olmasıdır.

Sosyal risk ilkesini diğer kusursuz sorumluluk ilkeleriyle karşılaştırdığımızda da yine aynı sonuçla karşılaşmaktayız: sosyal risk ilkesinde zarar, idarenin personelinin davranışından veya idarenin tehlikeli araç ve gereci ile tesislerinden, yöntemlerinden değil, idareye yabancı üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanmaktadır. İdare bu eylemleri, önleyememiş veya önleseydi daha büyük zararlar doğabileceği için önlememiştir. Bu eylemlerden doğan zararlar idarenin işlem ve eylemi arasında yine illiyet bağı yoktur.³⁸⁹

Kusursuz sorumluluk ilkelerinden olan risk ilkesi, idarenin niteliği gereği tehlike taşıyan faaliyet ve araçlarından kaynaklanan zararların idarece karşılanmasıdır. Risk ilkesi kapsamında incelenen mesleki risk ilkesinin de kamu hizmetinin ifası sırasında veya bu hizmet dolayısıyla kamu görevlilerinin uğradıkları zararların idarece tazmin edilmesi olduğunu daha önce incelemiştik. Mesleki risk ilkesi, illiyet bağının varlığı hususunda tartışma olmadığından risk ilkesine dâhil edilmişken, sosyal risk ilkesi illiyet bağı yerine hukuki eşitlik, nasfet gibi daha geniş kapsamlı hakkaniyet esaslarına dayandırıldığından risk ilkesi kapsamında değerlendirilmemiştir.³⁹⁰ Bu bağlamda diğer şartların da varlığı halinde habersiz ve kendiliğinden oluşan bir kitle hareketinden vatandaşların gördüğü zararlar, sosyal risk; bu harekete müdahale eden kamu görevlilerinin uğradığı zararlar ise mesleki risk kapsamında değerlendirilecektir. Bu harekete müdahale eden güvenlik görevlilerinin vatandaşlar averttığı zararlar ise risk ilkesine göre karşılanacaktır.³⁹¹

³⁸⁸ KÖKSAL, Mustafa; *Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların İdarece Karşılanma Usulü*, Terazi Hukuk Dergisi, Y.4, S.36, Ağustos 2009, s. 91

³⁸⁹ AZRAK; a.g.m., s.137

³⁹⁰ ONAR; a.g.e., s.1744

³⁹¹ BAŞ; *İdari Yargı Panel*, s.366

İdarenin kamu hizmetlerini ifa ederken bazı kişiler üzerinde özel ve anormal zararların doğması da imkân ve fırsat eşitliği gereğince kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre tazmin edilir. Hukuki temellerinin benzeştiği gerekçesiyle sosyal risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi arasında yakınlık olduğu ileri sürülmüştür.³⁹² Her ne kadar ikisi de eşitlik ilkesinden hareket edip özel ve anormal zararın ortaya çıkmasını arasa da sosyal risk ilkesinde idarenin bir faaliyeti söz konusu değildir.

2.2.7. Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması

Kitle hareketlerinden doğan zararın idarece tazmin edilmesi için öngörülen sosyal risk ilkesi, illiyet bağı aranmadığı için genel sorumluluk anlayışına uygun düşmemektedir. Bu nedenle kitle hareketlerinden ve terör eylemlerinden doğan zararlar, sorumluluk hukukuna istisna getirilerek karşılanmaktadır. Bu istisnai düzenlemeleri yapma yetkisi de yargı organları veya doktrinin değil, yasama organındadır.

2.2.7.1. Fransa Örneğinde Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması

Fransa'da savaşımlardan doğan zararları karşılamak üzere ortaya çıkan sosyal risk ilkesiyle, çeşitli kanuni düzenlemelerle toplantı veya gösteri gibi kitle hareketlerinden ve savaşımlardan doğan zararlar idarece karşılanmaktadır. 1914 ve 1919 tr. Kanunlarla I. Dünya Savaşımdan, 1946 tr. Kanunla da II. Dünya Savaşımdan olağanüstü zararlara uğrayan Fransız vatandaşlarının zararlarının, sosyal dayanışma ilkesince devlet tarafından karşılanması öngörülmüştür.³⁹³

Kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanmasıyla ilgili olarak 1914 tr. Kanunla ele alınan sosyal risk ilkesi, 1983 ve 1986 tarihli kanunlarla yeniden düzenlenmiştir. Sözü edilen kanunlara göre kolektif nitelikli eylemlerin doğrudan ve açık sonucu olan zararlar, devlet tüzel kişiliği tarafından sosyal risk ilkesine göre karşılanıp uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenecektir.³⁹⁴

Ancak bu kanunun kapsamına terör olaylarından doğan zararlar dâhil değildir. Fransız hukukunda terör eylemlerinden dolayı idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için

³⁹² AZRAK;a.g.m., s.141, 142

³⁹³ ARMAĞAN, Tuncay; *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.164

³⁹⁴ ÇAĞLAYAN;a.g.e., s.308- 311.

idarenin bu saldırıyı önlemede kusuru olmalıdır. İdarenin kusuru olmadığı takdirde, zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağı bulunmadığından kusursuz sorumluluk ilkelerine dahi başvurmak mümkün değildir.³⁹⁵ Fransa’da başta terör eylemlerinden zarar görenler olmak üzere diğer bazı adi suçların mağdurlarının da zararlarının tazmini için 1986 tr. ve 86–1020 Sayılı kanunla özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir fon (*Le Fonds d’indemnisations des victims des actes de terrorism*) kurulmuştur.³⁹⁶

2.2.7.2. Türkiyede Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması

Fransa’da sosyal dayanışma ilkesi çerçevesinde düzenlenen sosyal risk ilkesi *kassame* adı altında İslam hukukunda da kabul edilmiştir. Zarar uğrayan kimsenin, zararının doğumuna neden olan failin bulunamaması halinde zararın o yer halkı arasında paylaştırılmasına *kassame* denilmiştir.³⁹⁷

Türk hukukunda ise 1980lerde anayasal düzeni yıkmaya yönelik ve çeşitli ideolojik görüşlere dayanan terör eylemlerinin artmasıyla gündemegelen sosyal risk ilkesinin hukuki çerçevesinin çizilip uygulanmasında doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği henüz oluşturulamamıştır. Genel kanuni düzenlemelerle kitle hareketlerinden doğan zararların idare tarafından karşılanması kuralının getirilmesi yerine konu ile ilgili tartışmalar doktrin ve yargıya bırakılmıştır. İlliyet bağının varlığıyla ilgili tartışmalar, doktrinde devam ederken, yargı yerleri de sosyal risk ilkesinin uygulanmasında zaman zaman tereddütler göstermiştir.

Sosyal risk ilkesinin ülkemizdeki uygulaması, sorumluluk hukuku esaslarına uygun düşmese de Fransız hukukundaki yaklaşımın ülkemizde de uygulanmasını ileri sürmek, ülkemizin gerçekleriyle örtüşmeyecektir. Ülkemizin yıllardır terör eylemlerinden büyük zararlar gördüğünü düşündüğümüzde, idarenin eylemi ile zarar arasında illiyet bağı olmadan terör eylemlerinden doğan zararları karşılama amacıyla yargı yerlerinin, zararın masum insanlar üzerinde bırakılmaması için gösterdiği çaba çok önemlidir.³⁹⁸ Yargı yerlerinin gösterdiği bu çabanın, asıl yetkili olan yasama organınca gösterildiğini söylemek ise mümkün değildir.

³⁹⁵ ÇAĞLAYAN;a.g.e., s.320, 321

³⁹⁶ ÇAĞLAYAN;a.g.e., s.321

³⁹⁷ AKYILMAZ;a.g.e. s.9

³⁹⁸ AKYILMAZ;a.g.e., s.3

Ülkemizde birtakım kanuni düzenlemeler yapılsa da bunlar özel kanun niteliğinde olduklarından konunun açıklığa kavuşturulmasında yeterli olamamışlardır. Bu düzenlemelerden bazılarını incelersek:

1939 tr. ve 3634 Sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu seferberlik halinde devletin istimval yoluyla özel mülkiyete müdahalesini tazmin etmesi için hükümler getirerek, daha çok kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine yöneliktir.³⁹⁹

1980 tr. ve 2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 1982 tr. ve 2629 Sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu gibi kanunlar ise hizmeti yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararların giderilmesine yönelik olarak mesleki risk ilkesi dikkate alınarak hazırlanan kanunlardır.⁴⁰⁰

Kitle hareketlerinden doğan zararlarda sosyal risk ilkesi gereğince idarenin sorumlu olduğuna yer veren tek kanuni düzenleme, 6- 7 Eylül 1955 tarihlerinde İstanbul ve İzmir’de yaşanan olaylardan zarar görenlerin zararlarının ödenmesi için çıkarılan 28.02.1956 tr. ve 6684 Sayılı Kanundur.

28.08.1992 tr. ve 3838 Sayılı Kanun ise Şırnak ve Çukurca’da meydana gelen terör eylemleri neticesinde doğan zararların idarece tazmin edilmesi için çıkarılmıştır.

Terör eylemlerinden doğan zararların idarece tazminini içeren genel kanun, ancak 2004 yılında çıkarılmıştır. 17.07.2004 tr. ve 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, daha sonra inceleyeceğimiz üzere terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetleri nedeniyle kişilerin uğradığı maddi zararların idarece karşılanmasını düzenlemektedir. 5233 Sayılı Kanun, terör ve terörle mücadeleden doğan zararların en kısa zamanda sulh yoluyla karşılanmasını öngörerek doktrin ve yargı kararlarındaki tartışmalara cevap olma amacındadır.⁴⁰¹

³⁹⁹ AKYILMAZ;a.g.e. s.4

⁴⁰⁰ AKYILMAZ;a.g.e., s.4

⁴⁰¹ ASLAN, Metin; *İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu*, Av. Dr.ŞükrüAlpaslan Armağanı, Mayıs 2007, s.230.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. SOSYAL RİSK İLKESİ İLE KARŞILANAN İDARİ DAVALAR

3.1. 5233 Sayılı Kanunun Hazırlanmasına Götüren Süreç

Ülkemiz son otuz yılda özellikle bölücü terör eylemlerinin hedefi olmuş ve çok büyük can ve mal kayıpları yaşamıştır. Terör eylemlerinden zarar gören vatandaşlarımız için yargı yerleri, kanuni düzenlemelerdeki eksikliklere rağmen içtihatlarında çıkış yolu olarak sosyal risk ilkesini uygulamıştır.

Ülkemizdeki iç hukuk yollarını tüketmeden haklarını AİHM’de arayan vatandaşlarımızın sayısının hızla artması ve mahkemenin de ülkemiz aleyhine art arda ihlal kararları vermesi, devleti harekete geçirerek kanuni düzenleme yapılmasını zorunla hale getirmiştir.

İnsan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacına yönelik olarak Avrupa Konseyi üyesi devletlerce hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 04.12.1950 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye ise sözleşmeyi 10.03.1954’te imzalamış, bireysel başvuru hakkını ise 28.01.1987 tarihinde tanımıştır.

AİHS’nin 35. maddesine göre bireyler, mahkemeye “...ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra...” başvurabilirler. Ülkemizde yaşanan terör olaylarında vatandaşlarımız bu kuralı göz ardı ederek iç hukuk yollarına başvurmadan mahkemeye doğrudan başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme de bu başvuruları Türkiye’de etkin başvuru yollarının ve etkin düzenlemelerin olmaması gerekçesiyle kabul etmiştir. Bu davalarda Türkiye, iç hukuk yollarının tüketilmediği def’inde bulunsa da mahkeme, ihlal kararları vermiştir.⁴⁰²

Mahkemenin ihlal kararları vermesi ve çok sayıda dosyanın da incelenecek olması üzerine 2004 yılında Terör Ve Terörden Mücadeleden Doğan Zararların Giderilmesi Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır.

3.2. 5233 Sayılı Kanunun Amacı

Terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının karşılanması amacıyla sosyal risk ilkesi temel alınarak hazırlanan 5233 sayılı Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların

⁴⁰² UYAR, Tulga; *5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun*, Polis Dergisi, S.41,

Karşılanması Hakkında Kanun⁴⁰³ 17.07.2004 tarihinde TBMM’de kabul edilmiştir.⁴⁰⁴ Daha sonra Kanunda 5542 sayılı Kanun’la⁴⁰⁵ 5562 Sayılı Kanun’la⁴⁰⁶ ve 5666 sy. Kanun’la⁴⁰⁷ değişiklikler yapılmıştır. 5233 Sayılı Kanunun 17. maddesine istinaden de Bakanlar Kurulunun 2004/7955 Sayılı kararıyla Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konmuştur.⁴⁰⁸

Kanunun gerekçesinde Danıştay içtihatlarına paralel olarak belirtildiği üzere devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinde kişiler, sadece bu toplumun bir üyesi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Bu zararın da masum insanlar üzerinde bırakılmaması da hak ve nesafet ilkelerinin bir sonucudur. Terörle mücadelede askeri mücadelenin yeterli olmadığı gerçeği karşısında devletin de bu konuda tedbirler almasının devlete olan güveni pekiştireceği ve terörle mücadele ile toplumsal barışa katkı sağlayacağı da Genel Gerekçede vurgulanmıştır⁴⁰⁹

Kanunun 1. maddesinde amacı “*terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek*” olarak tarif edilmiştir. Kanunla terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetlerinden zarar gören gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının, yargı yoluna başvurmada idarece en kısa sürede ve sulhen giderilmesi amaçlanmıştır.

Kanunun amacında da belirtildiği gibi kanunun kapsamına sadece maddî zararlar alınmıştır. Oysa can ve mal kaybına uğrayan kişilerin, acı, elem ve üzüntü duyacakları ve manevî zarara uğrayacakları da bir gerçektir. Kanun koyucunun bu konuda duyarsız davranması ve ileride inceleyeceğimiz üzere de mahkemelerin açılan davalarda çeşitli gerekçelerle, talep edilen manevî tazminatları reddetmesi üzerine Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulmuştur. Kanunun 1, 2/1 ve 7/c maddelerinde yer alan

⁴⁰³ “5233 sayılı Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsar”

⁴⁰⁴ RG. 27.07.2004, S. 25535

⁴⁰⁵ RG. 03.01.2006, S. 26042

⁴⁰⁶ RG. 16.12.2006, S. 26378

⁴⁰⁷ RG. 30.05.2007, S. 26537

⁴⁰⁸ RG:20.10.2004, S:25619

⁴⁰⁹ Gerekçe metni için bkz. TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:650

“...maddi...” kelimesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Elazığ İdare Mahkemesinin yaptığı itiraz başvurusunu mahkeme reddetmiştir.⁴¹⁰

3.3. 5233 sayılı Kanunun Kapsamı

Kanunun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununa atıf yapılarak kanunun kapsamına alınan terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanacağı düzenlenmiştir.

5233 Sayılı Kanunla ortaya çıkan zararın, dava süreci izlenip zaman kaybetmeden sulh yoluyla giderilmesine ilişkin usul ve esaslar hüküm altına alınmıştır. Hukuk terminolojisinde “*iki tarafın karşılıklı istekleriyle var olan bir çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin ortaya çıkmasına engel olmaları*”⁴¹¹ şeklinde tanımlanan sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda ve sadece taraflar arasında yapılabilen bir sözleşmedir. Uyuşmazlığın tarafların rızasıyla çözümünü sağlayan sulh, daha çabuk ve basit şekilde çözüme gidilmesini sağlar.

3.4. Zarar Tespit Komisyonları

İl merkezlerinde valilikler bünyesinde kurulan Zarar Tespit Komisyonları, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin başvurularını değerlendirmektedir.

3.4.1. Zarar Tespit Komisyonlarının Oluşumu

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin başvurularını değerlendiren, zararları tespit edip sulhname hazırlayan Zarar Tespit Komisyonları, başvurunun yapılması üzerine on gün içinde illerde kurulur.

Komisyon, valinin görevlendireceği bir vali yardımcısı başkanlığında bir başkan ve altı üyeden oluşur. Vali tarafından o ilde görev yapan kamu görevlileri arasından seçilecek; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve

⁴¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve E.2006/79, K.2009/97 sy. Kararı, RG, 13.11.2009, S.27405

⁴¹¹ YILMAZ;a.g.e., s.1127

ticaret konularında uzman birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı avukatlar arasından seçilecek bir avukat komisyonun üyesidir(Yön. m.6/1).

Vali onayı ile iş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon oluşturulabilir. Bu takdirde *komisyonların görev dağılımı vali tarafından tespit edilir*(Yön. m.6/son). Başvuru sayısının çokluğu ve bölgenin coğrafi yapısı da dikkate alınarak komisyonların, valilik bünyesinde değil de kaymakamlıklar bünyesinde oluşturulmasının iş yoğunluğunu azaltıp gerçek zararın tespitini kolaylaştıracağı ileri sürülmüştür.⁴¹²

Komisyon üyeleri, baro yönetim kurulu tarafından seçilen avukat haricinde valinin hiyerarşisi altında, valiye bağlı olarak görev yapan kamu görevlilerinden oluşarak tarafsız ve bağımsız bir görüntü vermekten uzak kalmıştır. Bu görüntü, yarı yargısal bir etkiye sahip olan komisyonların özerk olması ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁴¹³

AİHM'nin "İçyer Kararı"nda, başvuru İçyer'in hükümet tarafından oluşturulan Zarar Tespit Komisyonuna müracaat etmesi gerektiği belirtilerek hükümetin etkili bir başvuru yolu oluşturmak konusunda görevini yerine getirdiği ifade edilmiştir.⁴¹⁴ AİHM, komisyonların oluşumunda sakıncalı bir durum tespit etmese de doktrinde daha geniş katılımlı ve kamu görevlileri dışındaki kişilerden oluşacak bir komisyonun tarafsız ve hukuki olacağı ileri sürülmüştür.⁴¹⁵

3.4.2. Zarar Tespit Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları

Zarar Tespit Komisyonunun nerede, hangi gün ve sıklıkla toplanacağı, iş yoğunluğuna ve müracaat sayısına göre komisyon başkanının önerisi üzerine vali tarafından tespit edilerek üyelere bildirilir. Komisyon belirlenen yer ve zamanlarda başkanın belirlediği gündemle toplanır(Yön. m.9).

Komisyonların tarafsızlığının sağlanması açısından komisyonun başkan ve üyeleri; kendilerinin, eşlerinin ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve kayın hısımları ile vekili, vasisi ya da kayyımı oldukları kişilerin zararları ile ilgili komisyon toplantılarına katılamazlar(Kn. m.6/5). Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye

⁴¹² KÖKSAL;Terör ve Terörle Mücadele, s.97

⁴¹³ ASLAN;a.g.m., s.239, 240

⁴¹⁴ AİHM, 09.02.2006 tr. ve 18888/02 sy. İçyer v. Turkey Kararı, KİBB, E.T. 25.08.2019

⁴¹⁵ ASLAN;a.g.m., s. 240; KAYA;a.g.m., s.38

tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Kararlarda çekimser kalınamaz. Karara katılmayan üye gerekçesini yazarak imzalar(Yön. m.13/1).

Komisyonlar, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan maddî zararı araştırırken adli, idari ve askeri mercilerden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir(Yön. m.17/2); adli ve askeri teşkilat ile kolluk kuvvetleri dışında kalan diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanları bilirkişi olarak da görevlendirebilir(Yön. m.10/1); gerekli gördüğü uzmanları çalıştırabilir veya bunlardan görüş alabilir(Yön. m.10/1); gerek görmesi halinde keşif yapabilir(Yön. m.11).

Komisyonlar geniş yetkilerle donatılmalarına rağmen, iş yoğunluğu nedeniyle yeterli araştırma yapamadıkları görülmektedir. Adeta yargı merci gibi düşünülen komisyonların, adaleti sağlayabilmeleri için incelemelerini özenle yapmaları gerekmektedir. Yetkinin olduğu yerde yükümlülüğün de var olduğu unutulmamalıdır. Komisyonların denetimi, Bakanlık ve valilik tarafından yerine getirilir(Kn. m.14/1).

İçişleri Bakanlığı yayınladığı genelgede, bu hususa dikkat çekerek komisyonun zararın meydana geldiği yerde özenle inceleme yapmasını, gerekirse bilirkişi marifetiyle teknik tespitlerde bulunmasını, göç nedeniyle uğranılan zararda göçün sebeplerinin araştırılmasını ve yaşanan göç sonrasında mal varlığında, terör veya terörle mücadele dolayısıyla bir zarar meydana gelip gelmediğinin açık bir şekilde ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır.⁴¹⁶

5442 Sayılı Kanunla, 5233 Sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen fıkra ile komisyonun başkan ve üyelerine ayda altıdan fazla olmamak üzere her toplantı için (500) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti(huzur hakkı) ödenecektir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaz. Ayrıca Komisyon tarafından bilirkişi olarak görevlendirilen kamu görevlilerine her başvuru dosyası için (500), diğer kişilere ise her başvuru dosyası için (1000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere komisyon kararı ile ödeme yapılır(Kn. m.6/7).

⁴¹⁶İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, 25.04.2006 tr. ve S. B050HUK0000002.81- 191/4176, S.2006/37 sy.Genelgesi.

3.4.3. Zarar Tespit Komisyonlarının Görevleri

Zarar Tespit Komisyonlarının asıl görevi, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranıldığı iddia edilen maddî zararları araştırarak bu zararların 5233 Sayılı Kanun kapsamında tazmin edilip edilmeyeceğine karar vermektir. Bu süreçle ilgili olarak komisyonun görevleri Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Komisyon öncelikle zarar görenin veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin başvurusu halinde bu Kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit edecektir(Kn. m.5/a).

Tazmini istenen zararın Kanun kapsamında olduğuna kanaat getirirse komisyon gerçek zarar miktarını hesaplayacaktır. Bu amaçla kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca uygulanmış projelerin, zararın giderilmesine katkıları; zarar görenin değerlendirebileceği enkaz ve diğer yararlar; sigorta şirketlerince veya ilgili mevzuata göre kamu kurum ve kuruluşları ile sosyal güvenlik kuruluşlarınca karşılanan tazminatlar, tedavi ve cenaze giderleri ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan bu Yönetmelik kapsamına giren zararların karşılanması amacıyla yapılan yardımların zarar miktarından mahsup edilmesi suretiyle belirlenen nakdî veya aynî ödeme miktarını içeren sulhname tasarılarını hazırlar(Yön. m.7/b).

Komisyon tarafından hazırlanan sulhname tasarısının örneği davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilir. Hak sahibi veya yetkili temsilcisi sulhname tasarısını kabul ettiği takdirde, bu tasarı kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır(Kn. m.12). Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hâllerinde ise bir uyuşmazlık tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ edilir(Yön.m.7/c).

Başvuru sahibinin Kanun kapsamına giren bir zararının bulunmadığının tespit edilmesi hâlinde de buna ilişkin karar tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ eder(Yön. m.7/d).

3.5. Zararın Tespiti ve Karşılanması

Komisyon, zarar görenlerce yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde; zorunlu hâllerde, bu sürenin vali tarafından üç ay daha uzatılmasıyla en geç dokuz ayda tamamlamak zorundadır. Bu sürede komisyon, 5233 Sayılı Kanun kapsamında tazmin edilmesi gereken zararlar için zarar tespit çalışmaları yapacak, yapılacak ödemelerin miktarını ve şeklini belirledikten sonra sulhname tasarısı düzenleyecektir.

3.5.1. Zararın Tespiti

5233 Sayılı Kanuna göre sulhen karşılanacak zararlar; hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar; yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri; terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlardır(Kn. m.7).

Başvuru sahibi, başvuru dilekçesi ile birlikte olayın meydana geliş tarzını açıklayan ve zararın tespit ve ölçümünde dikkate alınabilecek her türlü bilgi ve belgeyi Komisyona sunacaktır. Komisyon da zararı tespit ederken zarar görenin beyanını, adlî, idarî ve askerî mercilerden istenen bilgi ve belgeleri ve bilirkişi raporlarını dikkate alacaktır.

Maddi zararın miktarı, hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun biçimde, olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirler ve zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle komisyon tarafından doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile belirlenir(Kn. m.8). Böylelikle zararın tespitinde komisyona geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

Komisyon gerekli gördüğü takdirde olay mahalline giderek keşif yapabilir(Yön. m.11). Kanunda zorunlu keşif uygulaması öngörülmemiştir. Keşfin komisyonun takdirine bırakılması iş yükünü hafifletse de komisyonun özellikle keşif yapılması gerekli olan yüksek miktartlı başvurularda keşif yapmaktan kaçınmaması gerekmektedir.

5233 Sayılı Kanun, taşınmazlara ilişkin zarar tespitinde 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinde düzenlenen kıymet takdiri esaslarına atıf yapmıştır(Kn. m.8/2).

Tespit edilen gayri safi zarar üzerinden yapılacak mahsuplar Kanun m.5/b ve Yönetmelik m.23'te düzenlenmiştir. Kamu görevlilerine ödenmiş tazminatların mahsubu ise Yönetmelik m.18'e göre yapılacaktır. Buna göre kamu görevlilerinden veya mirasçılarından, ilgili mevzuat uyarınca tazminat almış olup, ancak aldıkları tazminatın hesaplanma kriteri bu Yönetmelikten farklı olup 5233 Sayılı Kanundan yararlanmak isteyenlere, yapılan hesaplamada aldıkları tazminat ile bu Yönetmeliğe göre almaları gereken tazminat arasında fark olması halinde, eksik olan tutar yasal faiziyle birlikte ödenir.

3.5.2. Yapılacak Ödemeler ve Zararın Karşılanma Şekli

5233 Sayılı Kanunda mala ilişkin zararlar ile cismani zararlar ve ölüm nedeniyle doğan maddi zararların sulhen karşılanmasında farklı usuller kabul edilmiştir.

3.5.2.1. Mala İlişkin Zararlarda Ödemeler

Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle *kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar, aynî veya nakdî olarak karşılanır*. Ancak, bu zararların karşılanmasında imkânlar ölçüsünde aynî ifaya öncelik verilir(Kn. m.10).

Aynî ifa tarzıyla ilgili olarak Yönetmelikte düzenleme yapılmıştır. Buna göre kişilerin konut, ahır ve benzeri yapılarında, tarımsal, sınaî ve zanaat araç ve gereçlerinde, canlı hayvan ve ayni ifaya konu olabilecek mameleklerinde meydana gelen zararın karşılanmasında; Bayındırlık ve İskân, Tarım ve Köy İşleri, Sanayi ve Ticaret müdürlüklerinin hazırlamış oldukları hasar raporları, mahkemelerce karara bağlanmış olan hasar tespitleri esas alınarak öncelikli olarak ayni ifa yoluna gidilir(Yön. m.20). Kanunun ayni ifa tarzına öncelik vermiş olması, özellikle yerinden olmuş kişilerin geri

dönüşünü zorunlu hale getirmiş, mağdurların yeni bir yerleşim yerinde konut edinip işe başlama planlarını olanaksız kılmıştır.

3.5.2.2. Cismani Zararlarda ve Ölüm Nedeniyle Doğan Zararlarda Ödemeler

Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâlleri için ise malvarlığında meydana gelen zararların hesaplanmasının aksine; zarar, nakdi ve nesnel ölçülere göre hesaplanır.⁴¹⁷ *Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın; yaralananlara, altı katı tutarını geçmemek üzere, onda birinin doktor veya sağlık kurulu raporu ile belirlenen iş ve güce engel olma süresi ile çarpımı sonucunda belirlenecek tutarda; çalışma gücü kaybı derece ve oranları için belirlenen katı tutarında, ölenlerin mirasçılarına elli katı tutarında, nakdî ödeme yapılır*(Yön. m.21).

5233 Sayılı Kanunda yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâlleri için nesnel bir tazminatın öngörülmesi tazminat hukukunun genel prensiplerine aykırıdır. Zira cismani ve ölüm nedeniyle meydana gelen zararlarda tazminat hesaplanırken kişinin yaşı, sosyal durumu ve yaşama şartları, ekonomik durumu gibi bazı öznel ölçülere müracaat edilir.⁴¹⁸

5233 Sayılı Kanunun 9. maddesi de, daha önce de değindiğimiz Elazığ İdare Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunun konusu olmuştur. Maddede yer verilen, ölüm halinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın elli katı tutarında, ölenlerin mirasçılarına nakdi ödeme yapılacağı hükmü ile nakdî ödemenin tespitine esas tutulacak miktarın, ödeme yapılmasına ilişkin valinin veya bakanın onayı tarihinde geçerli gösterge ve katsayı rakamları esas alınarak belirleneceği kuralı, Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, “sosyal risk ilkesinde sulh yoluyla ödenecek tazminat miktarının yasa koyucu tarafından yasayla belirlenmesi Anayasa’da güvence altına alınan sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturmaz” diyerek “gösterge ve katsayı rakamlarının her yıl artış göstermesi nedeniyle, son işlem tarihinde geçerli gösterge ve

⁴¹⁷ KAYA;a.g.m., s.40

⁴¹⁸ AKYILMAZ;*Tazminat*, s. 187- 189

katsayı rakamlarının esas alınmasının, tazminat alacaklısının lehine bir uygulama olduğu”na karar vermiştir.⁴¹⁹

Ölüm halinde nakdî ödemenin mirasçılara intikalinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun mirasa ilişkin hükümleri uygulanacaktır(Kn. m.9/3). Ancak yargı yerleri, Türk Medenî Kanununun mirasa ilişkin hükümlerini her zaman dikkate almamaktadır. Zira Danıştay birçok kararında resmi nikâhlı olmayan eşe de maddi ve manevi zarar ödenmesine karar vermektedir.⁴²⁰

3.5.2.3. Zararın Karşılanmasına İlişkin Sulhname

Komisyon, başvurunun 5233 Sayılı Kanun kapsamında olduğuna karar verdikten sonra doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile yaptığı incelemelerle zararı belirler(Kn. m.8); yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerindeki nakdî ödeme tutarını hesaplar(Kn. m.9); ifa tarzını belirler(Kn.m.10) ve son olarak da mahsup edilecek miktarları dikkate alarak uğranılan zararı sulh yoluyla karşılayacak safi miktarı belirler (Kn. m.12/1). Komisyon, bu esaslara göre sulhname tasarısını hazırlar ve hak sahibi, sulhnameyi imzalamak üzere davet edilir.

Hak sahibi veya yetkili temsilcisi 30 gün içerisinde bu davete icabet etmezse sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılır. Hak sahibi davete icabet etmesine rağmen sulhname tasarısını kabul etmeyebilir. Tasarının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenir ve bir örneği ilgiliye tebliğ edilir. Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır(Kn. m.12/4- 5). Davete icabet eden hak sahibi, sulhname tasarısını kabul ederse tasarı, kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır ve uyuşmalık sonlandırılır.

Sulhnamede belirlenen zararlar, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine ifa tarzına göre Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten üç ay içerisinde karşılanır. Devletin ödeme nedeniyle genel hükümlere göre sorumlular hakkında rücu hakkı saklıdır(Kn. m.13).

⁴¹⁹Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve E.2006/79, K.2009/97 sy. Kararı, RG, 13.11.2009, S.27405, KİBB, E.T. 01.01.2019

⁴²⁰Danıştay 10. D. 04.10.1996 tr. ve E. 1995/970, K.1996/5777 sy. Kararı, KİBB, E.T. 02.09.2019

Hak sahibinin sulhname tasarısına müdahalede bulunamaması, sadece metni kabul veya reddetme yönünde bir beyanda bulunması nedeniyle tasarının sulh belgesi olma niteliği haklı olarak eleştirilmiştir.⁴²¹

5233 Sayılı Kanun terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilmesi sürecinde, takip etmek zorunda oldukları bir başvuru yolu değildir. Zarar gören kişiler ya 5233 Sayılı Kanunun öngördüğü sulhen tazmin yolunu izleyecekler ya da idari yargıda tam yargı davası açacaklardır. 5233 Sayılı Kanunun öngördüğü tazmin yoluna başvurulana fakat sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır. Bu durumda komisyona ilk başvurma ile kesilen dava açma süresi nihai işlemin ilgiliye tebliği ile işlemeye başlar ve kalan sürede idari yargıda iptal ve tam yargı davaları açılmalıdır.

İYUK m.13'e uygun olarak açılan tam yargı davalarının ön koşulu olan ön kararlar, idari işlem kabul edilmemekte ve ön kararlar iptal davasına konu edilmemektedir.⁴²² Oysa zarar tespit komisyonlarınca hazırlanan sulhname tasarıları, sulhname ve uyuşmazlık tutanakları, idari makamların idare işlevleriyle ilgili ve kamu gücüne dayanarak kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen hukuki tasarruflardır ve iptal davasının konusu olurlar.⁴²³

Sulh sözleşmesinin uyuşmazlığı sona erdirme özelliğine karşın Danıştay, *sulhnamenin imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı ancak düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olduğunu* kabul etmektedir. Dolayısıyla, komisyona başvuru sırasında *zararın kalemler halinde ayrılarak talep edilmesi ve butalebin kısmen kabulünde, ...açıkça veya zımnen reddedilen kalemleri kapsamaması nedeniyle kapsam dışında tutulan zarar kalemleri için ilgilinin dava açma hakkının saklı bulunduğu* kabul edilmiştir.⁴²⁴ Sulhnamede “*Yukarıda aynı/nakdi olarak belirtilen zararımın/zararlarımın karşılanması sonucunda, Komisyonun tespitine esas olay ile ilgili olarak uğradığım zararımın tamamının karşılanmış olduğunu*

⁴²¹ ASLAN;a.g.m., s. 241

⁴²² Danıştay 10.D. 26.11.2007 tr. ve E.2005/6693, K.2007/5655 sy. Kararı, KİBB, E.T. 05.09.2019

⁴²³ Danıştay 10.D. 30.12.2008 tr. ve E.2008/7348, K.2008/9583 sy. Kararı, KİBB, E.T. 05.09.2019

⁴²⁴ Danıştay 10.D 30.12.2008 tr. ve E.2008/4141, K.2008/9584 sy. Kararı, KİBB, E.T. 05.09.2019

kabul ve taahhüt ederim.”⁴²⁵ ifadesinin altının imzalanmasından sonra sulhnamenin kabul edilmemesi, sulhnamenin bağlayıcılığına aykırı olmaktadır.

3.6. Danıştay Kararlarında Sosyal Risk

Hukukumuzda idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak hukuki düzenlemeler yapılmamış sadece Anayasada idarenin sorumluluğuna dair genel bir hükme yer verilmiştir; sorumluluğun dayanak ve şartlarının belirlenmemiş olması, idari yargı yerlerine tazminata neden olan olguyu değerlendirmede serbestlik getirmektedir. İdari yargı yerinin, idarenin sorumluluğuna hükmederken dayanacağı hususların önceden belirlenmemiş olması, kararda kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna birlikte hükmedilmesine, hizmet kusuru ile kusursuz sorumluluğun karıştırılmasına veya kusursuz sorumluluğun kapsamının genişletilmesine neden olabilmektedir⁴²⁶

Sosyal risk ilkesinin somut olaya uygulanmasında da Danıştay, önceleri çekimser davranmış ancak 1980lerde yoğunlaşan terör olaylarından doğan zararların karşılanmasında sorumluluğun dayanağı olarak kullanmaya başlamıştır.

Danıştay, sosyal risk ilkesinin hangi kapsamda ele alınacağını belirleyememiştir. Bazı kararlarında sosyal risk ilkesini, kusurlu ve kusursuz sorumlulukta olduğu gibi idarenin sorumluluğunun bir çeşidi olarak görmüş⁴²⁷; diğer bazı kararlarında ise kusursuz sorumluluk ilkesinin istisnası⁴²⁸ olarak kabul etmiştir.

3.6.1. Danıştay Kararlarında Kitle Hareketleri

1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce Danıştay, kitle hareketlerinden doğan zararlarda idarenin sorumluluğunun doğması için genel olarak *ağır kusur* şartını aramakla birlikte bazı kararlarında hizmet kusuru ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandığını da görmekteyiz; 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra ise *ağır kusur* şartını aramamış ancak kusursuz sorumluluğa da genellikle yer vermemiştir⁴²⁹

⁴²⁵Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik

⁴²⁶GÖZÜBÜYÜK; a.g.e., s. 193-194

⁴²⁷Danıştay 10.D. 29.01.2007 tr. ve E.2004/7285, K.2007/212 sy. Kararı, KİBB, E.T. 05.09.2019

⁴²⁸Danıştay 10. D. 13.10.1993 tr. ve E.1992/3372, K.1993/3777 sy. Kararı, KİBB, E.T. 05.09.2019

⁴²⁹DURAN;a.g.e., s.44-46.

Kitle hareketlerinden doğan zararlar için Danıştay, kararlarında kişilerin can ve mal güvenliğini korumanın devletin başta gelen görevlerinden olduğunu belirttikten sonra idarenin bu görevini yerine getirirken yeterli örgütlenmeyi kurmak ve bu örgütlere gerekli personel ile araç ve imkânları sağlamak ve bunları hizmete hazır tutmakla yükümlü olduğunu, can ve mal güvenliğine karşı saldırı olasılığında da bu olayları önleyici yeterli ve etkin önlemleri almak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Danıştay, bu genel açıklamayı yaptıktan sonra da “halkın can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesi ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulüyle, zararların hizmeti yürütmekle görevli idarece tazminine”⁴³⁰ karar vermiştir. Danıştay’ın, kitle hareketlerinden doğan zararlar için öncelikle idarenin gerekli ve etkin önlemleri almaması, olaylara müdahale etmede gecikmesi gibi hususları değerlendirerek hizmet kusuru araştırması yapması isabetli olmuştur. Ancak bu tür olayların hepsinde, zararın doğmasını gerekçe göstererek hizmet kusurunun varlığını kabul edip idarenin sorumluluğunun bulunduğunu sonucuna varmak mümkün değildir.⁴³¹

3.6.2. 1990 Öncesi Danıştay İçtihatları

1990 öncesinde Danıştay, terör eylemlerinden doğan zararlarda idarenin sorumluluğunun kaynağını hizmet kusurunda aramıştır:

“Toplumdaki tüm bireylerin davranışlarının idarece denetlenmesine olanak bulunmadığı gibi kişilerin suç niteliğindeki hareketlerinden dolayı önceden bir ihbar veya olası bir durumdan haberdar edilmeme suretiyle idarenin bilgisi dışında meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulmayacağı belirtilerek” , kimliği bilinmeyen kişilerce bir lokale yapılan saldırıda meydana gelen maddi zararın tazmini ile ilgili davayı reddetmiştir.⁴³²

Danıştay başka bir kararında da sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için *toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya savaş nedeniyle zararın doğmuş olmasını arayarak failinin belirlenemediği, davacının evine patlayıcı madde atılması olayında tazminat*

⁴³⁰Danıştay 10. D. 17.05.1982 tr. ve E.1982/2823, K.1982/1321 sy. Kararı, ARMAĞAN;a.g.e., s.170,171;benzer kararlara için bkz. ARMAĞAN;a.g.e., s.167- 172.

⁴³¹ ÇAĞLAYAN;a.g.e., s. 317, 318.

⁴³²Danıştay 12. D. 21.06.1979 tr. ve E.1977/3205, K.1979/2742 sy. Kararı, KİBB, E.T. 07.09.2019

istemini reddetmiştir.⁴³³ Zira Danıştay, sonraki tarihli bir kararında da sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için eylemin terör örgütüne gerçekleştirildiğinin ortaya konulmasını şart koşmuş, bunun kanıtlanamaması halini toplumsal bir risk olarak görmemiştir.⁴³⁴ Danıştay bu kararları ile faili meçhul olaylarla terör eylemleri arasında toplumsal riski gerçekleştirmeleri konusunda sıralamaya giderek yeknesak bir uygulamadan uzaklaşmıştır.⁴³⁵

1990 öncesi dönemde kitle hareketlerinden ve terör olaylarından doğan zararlarda hizmet kusurunu arayan Danıştay'ın bu içtihatlarına alternatif olarak Duran, "*kusur karinesi*"nin benimsenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁴³⁶ Ancak doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. Azrak'a göre kusur karinesinin kullanılması, sosyal risk uygulamasına bir sınır getirmeyeceği gibi sorumluluğun esasını açıklamayı güçleştirecek ve bazı karışıklıklar yaratabilecektir. Azrak'a göre sosyal risk, toplumsal dayanışma temeline dayanan ve imkân ve fırsat eşitliği esasına göre temellendirilen bir kusursuz sorumluluk ilkesidir.⁴³⁷

Danıştay'ın 1982 tarihli kararına konu olayda; Urfa ili ... ilçesi ...mevkiinde bulunan tapunun ... parsel numaralarına kayıtlı taşınmazlarda müştereken kavak yetiştiren davacılar, bu sahayı bir grup anarşistin hakimiyeti altına alması nedeniyle evlerini terk etmek zorunda kalmışlar ve kavaklar kurumaya terk edilmiştir. Yine aynı anarşist grup ağaçların bazılarını ve bakıcıların evlerinin yapımında kullanılan mertekleri yakmak üzere almışlardır. Tüm bu nedenlerle uğranılan zararların tazmini isteğiyle açılan davada; "...İdare, kendisine tevdi edilen kamu hizmetini yerine getirirken bu hizmetin yerine getirilmesindeki kusurlarından doğan zararları tazmin zorundadır. Kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması, Devletin en başta gelen görevlerindendir. İdare, kendisine verilen görevin yerine getirilmesi amacıyla önce yeterli örgütleri kurmak, bu örgütlere kendisine verilen görevlerin üstesinden gelebilecek gerekli personel ve olanakları sağlamakla yükümlüdür. Yine idare can ve mal güvenliğine tecavüz yapılabileceği durumlarda bu tecavüzlere karşı engelleyici yeterli ve etkili önlemleri de almak zorundadır. Güvenlik kuvvetlerinin olayların gelişmesini engelleyememiş olanları, önlemlerin zamanında

⁴³³ Danıştay 12. D. 10.02.1981 tr. ve E.1979/1567, K.1981/203 sy. Kararı, KİBB, E.T. 07.09.2019

⁴³⁴ Danıştay 10.D. 25.02.2003 tr. ve E.2001/257, K.2003/702 sy. Kararı, KİBB, E.T. 07.09.2019

⁴³⁵ ASLAN;a.g.m., s.235

⁴³⁶ DURAN;a.g.e., s.43

⁴³⁷ AZRAK;a.g.m., s.138- 142

alınmadığını veya alınan önlemlerin yeterli ve etkin olmadığını göstermektedir. Bu haliyle, meydana gelen olaylarda halkın can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusuru nedeniyle doğan zararın hizmetin sahibi idarece giderilmesi gerekmektedir. Bu durumda Devletin ve önde gelen görevlerinden olan mal ve can güvenliğinin korunmasının bölgedezaafa uğradığı sonucuna varıldığından, davacıların bu nedenle meydana gelen zararlarının idarece tazmini gerekir...”⁴³⁸ gerekçesiyle hizmet kusuruna dayalı olarak tazmin talebinin kabulüne karar verilmiştir.

3.6.3. 1990 Sonrası Danıştay İçtihatları

1980lerden sonra şiddetini arttıran terör eylemlerinin etkisiyle Danıştay da içtihadını değiştirme gereği duymuş ve idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmeye başlamıştır.

Kararlarında idarenin sorumluluğunu Anayasa m. 2 ve 125’e atıf yaparak temellendiren Danıştay, sorumluluğun çeşitlerini de hizmet kusuru ve illiyet bağının varlığı halinde de kusursuz sorumluluk olarak belirlemiştir.

*“...Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilke, öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir...”*⁴³⁹

İllyet bağı aramadan sosyal risk ilkesini esas alarak idarenin sorumluluğuna hükmeden Danıştay, bu ilkeyi terör eylemlerinden doğan zararlar için uygulamaktadır:

“...Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör eylemlerinin Devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine her hangi bir şekilde

⁴³⁸Danıştay 10. Dairesi’nin, 25.05.1982 tarihli, E.1982/772, K.1982/1403 sayılı kararı, KİBB, E.T. 09.09.2019

⁴³⁹Danıştay 10.D. 11.10.2000 tr. ve E.1999/2162, K.2000/5120 sy. Kararı, DBB; Danıştay 10.D.05.12.2001 tr.ve E.2000/4997, K.2001/4435 sy. Kararı, ŞAHİN, Yahya/ BAL, Yakup;**Tazminat Davaları ile İlgili Danıştay 10.Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak2003, s. 565-567.

katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan zarar görmektedirler... Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir... ”⁴⁴⁰

Terör eylemlerine katılmamak kaydıyla zarara uğrayan kişilerin zararını, tüm topluma pay etme amacıyla Danıştay’ın kolektif sorumluluk esasına dayanması doktrinde eleştirilmiştir. “Kolektif sorumluluk anlayışı”nın açıklanmaya muhtaç olduğunu belirten Akyılmaz, idarenin her türlü sorumluluk hallerinde zaten zararın tüm topluma pay edildiğini belirterek bunun sosyal risk ilkesinin belirleyicisi olamayacağını haklı olarak savunmuştur.⁴⁴¹

Danıştay’ın 1990 sonrasında sosyal risk ilkesine dayandığı kararların ortak noktasından biri de “ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör eylemleri”dir. Ancak ülkenin belli yöresinde dışında kalan bölgelerde meydana gelen terör olayları hakkında da sosyal risk ilkesine dayandığına rastlamaktayız.⁴⁴²

3.6.4. 2005 Sonrası Danıştay İçtihatları

Danıştay’ın son yıllarda verdiği kararları incelediğimizde ise terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilen eylemlerden doğan zararlarda sosyal risk ilkesini kullanmaktan çekindiğini görmekteyiz. Danıştay, sosyal risk ilkesi yerine hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanmaktadır.

Danıştay, 1990 sonrasında uygulamaya başladığı sosyal risk ilkesinin kapsamını daraltmış; yerleşim yerlerine uzak yerlerdeki terörist saldırılar, teröristlerce döşenen mayınların patlaması ve terör eylemleri nedeniyle meydana gelen göçlerde sosyal risk ilkesine dayanmıştır.⁴⁴³

İdarenin görev ve sorumluluklarının artması, hizmet kusurunun da önemini arttırmış ve sosyal risk ilkesi de yerini hizmet kusuruna bırakmaya başlamıştır. Özellikle

⁴⁴⁰Danıştay 10.D. 11.10.2000 tr. ve E.1999/2162, K.2000/5120 sy. Kararı, KİBB, E.T. 10.09.2019

⁴⁴¹AKYILMAZ, Bahtiyar; *Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı*, GÜHFD, C.IX, s.1,2, 2004 s.198

⁴⁴² KÖKSAL, Mustafa; *Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?*, Terazi Hukuk Dergisi, Y.5, S.42, Şubat2010, s.98; Danıştay 10. D. 14.01.2004 tr. ve E.2002/366, K.2004/162 sy. Kararı, DBB; Danıştay 10.D. 06.02.1996 tr. ve E.1994/7489, K.1996/347 sy. Kararı, ŞAHİN/ BAL; a.g.e., s.602, 603.

⁴⁴³ KÖKSAL; a.g.e., s.99- 103

insanların sürekli kullanımında bulunan alanlarla yerleşim yerlerine yakın yerlerde güvenlik hizmetinin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesine dayanılmıştır. Halkın kullanımına açık yerlerin terörle mücadelede kullanılan mayın, lav roketi, bomba gibi patlayıcı maddelerden arındırılmaması nedeniyle meydana gelen zararlarda, idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ilkesine dayandırılmaktadır.⁴⁴⁴

Çöplükte bulunan patlayıcı madde hurdasının çocuklarca atılması sonucunda meydana gelen patlama olayında⁴⁴⁵ olduğu gibi *patlayıcı maddenin TSK ve Emniyet Genel Müdürlüğü envanterinde mevcut olduğu, aynı zamanda terör örgütü mensuplarınca da kullanılmasında* insanların sürekli kullanımına açık yerlerde patlamamış bombanın bulunması hizmetin kötü işlemesi olarak değerlendirilmiştir.⁴⁴⁶

Özellikle yerleşim yerlerinin, terörle mücadele faaliyetlerinde kullanılan veya terör eylemlerinden kalan tehlikeli maddelerden temizleme ve çevreyi güvenli halde bulundurma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, idareye hizmet kusuru yüklemektedir.⁴⁴⁷

Bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışmada, evinin damında yatmakta olan şahsın ölümüne neden olunması olayında ise *idarenin hizmet kusuru saptanamamış ancak zararlar idari eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında mahkemece, kusursuz sorumluluk ilkesine göre hüküm kurulması gerekirken, sosyal risk ilkesine dayanılarak kurulan hükmü Danıştay doğru bulmamıştır.*⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ KÖKSAL; *Sosyal Risk İlkesi*, s.103.

⁴⁴⁵ Danıştay 10.D. 17.10.2006 tr. ve E.2003/5937, K.2006/5734 sy. Kararı, KÖKSAL; *Sosyal Risk İlkesi*, s.100.

⁴⁴⁶ Danıştay 10.D. 22.05.2009 tr. ve E.2006/7309, K.2009/4696 sy. Kararı, KİBB, E.T. 03.10.2019

⁴⁴⁷ Danıştay 10.D. 15.10.2007 tr. ve E.2005/8677, K.2007/4678 sy. Kararı, E.T. 03.10.2019

⁴⁴⁸ Danıştay 10.D. 29.01.2007 tr. ve E.2004/7285, K.2007/212 sy. Kararı, E.T. 03.10.2019

SONUÇ

Devlet tüzel kişiliği yasama, yürütme ve yargı organlarını bünyesinde toplayan en kapsamlı oluşumdur. Devletin yasama, yürütme ve yargı faaliyetleri nedeniyle kişilerin farklı şekilde zarar görmeleri ihtimal dahilinde olan bir konudur. Günümüzde devletin faaliyetlerinden dolayı idare edilenlerin uğradıkları zararların devlet tarafından giderilmesi gerektiği hususu genel olarak kabul gören bir anlayıştır. Bu anlayışın yerleşmesi ise hayli uzun ve farklı aşamalardan oluşan sürecin yaşanması sonucunda gerçekleşmiştir.

Kamu hizmetlerini sunma görev ve yetkisi ile donatılan, genel olarak idare olarak nitelenen devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin faaliyetleri maddi aleme idari işlem veya idari eylem olarak yansımaktadır. İdarenin kusurlu eylem veya kusurlu işlemleri nedeniyle idare edilenler zarar görebilecekleri gibi, idarenin, herhangi bir kusuru olmaksızın yaptığı idari işlem veya idari eylemleri de idare edilenlerin zarar görmelerine neden olabilmektedir.

Başlangıçta devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerinden dolayı zarara gören kişilerin zararlarının karşılanması, devletin sorumsuz ve üstün olarak kabul edilmesi nedeniyle kabul edilmemiştir. “İnsan devlet içindir” anlayışının yerini “Devlet insan içindir” anlayışının alması sonrasında devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetleri nedeniyle neden oldukları zararları karşılamaları gerektiği düşüncesi yerleşmiştir.

Toplumsal yaşantı ve faaliyetler sırasında sorumluluk kavramı farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Genel olarak sorumluluk, *“üstüne aldığı her hangi bir işten ötürü, kendisine sorulduğunda yanıtlamakla yükümlü kişinin niteliği, üstlendiği işin hesabını verme yükümü, sorulabilirlik”, “kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi”, “Mesuliyet; uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme.”* olarak ifade edilebilir. Sorumluluk, hukuki sorumluluk, siyasi sorumluluk, cezaisorumluluk, ahlaki sorumluluk, disiplin sorumluluğu gibi çeşitli anlamlarda kullanılabilir. Bu şekilde değişik kıstaslara göre farklı türlere ayrılan sorumluluk kavramının müeyyideleri de sorumluluğun türüne göre farklılık arz etmektedir.

Hukuksal olarak nitelendirildiğinde sorumluluk konusuna her bir hukuk dalı kendi ilgi alanına göre farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Örneğin ceza hukuku sorumluluk

konusuna kanunda suç olarak tanımlanan eylemlerin karşılığı olarak yaklaşmakta, daha çok faili ve suç teşkil eden fiili dikkate alarak faili cezalandırmakta, ancak bunu yaparken öç almak, faile acı veya ızdırap yaşatmak amacıyla hareket etmemektedir. Bu anlamda sorumluluk suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren kişinin bu eyleminin sonuçlarına katlanmasını ifade etmektedir. Medeni hukuk ve dar anlamda zararların tazmini konusuyla ilgilenen borçlar hukukunun sorumluluk kavramına yaklaşımı ise; kişinin başkalarına verdiği zararlar ile ilgili olup, bir şahsın başka bir şahsa vermiş olduğu zararı karşılaması ve zararları gidermek zorunluluğu ile ilgilidir. Özel hukukta doğarak şekillenen bu sorumluluk anlayışı zamanla idare hukuku alanına yansımış, idare hukukunun özellikleri ve ilkeleri nazara alınarak, idarenin eylem ve işlemleri ile idare edilenlere verdiği zararları tazmin etmesi gerektiği anlayışı doğmuş, bu anlayış sonucunda özel hukuktan ayrı kendine özgü bir idari sorumluluk türü geliştirilmiştir.

Kamu hukukunda sorumluluk kavramı devlet tüzel kişiliğinin doğuşu ve gelişimi ile ortaya çıkan bir kavramdır. Çünkü özel hukuk-kamu hukuku ayrımı devlet tüzel kişiliğinin ortaya çıkışı ile belirmiş olup, devlet tüzel kişiliğinin bulunmadığı bir sistemde dolaylı olarak kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluktan da bahsedilemeyeceği açıktır.

Roma hukukunda özellikle cumhuriyet devrinde hukukçular tarafından devletin bir hukuk sujesi olması ve sayılması yönünde önemli ilkeler konulmaya çalışılmış ancak tüzel kişilik sadece varsayım olarak kabul edilmiştir.

Orta çağ döneminde feodalite anlayışı yaygın ve hakim olan anlayıştır. Bu dönemde halk, feodaliter düzende toprakla ilişkili ve toprakla bağlı olarak toprağın sahibi olan senyörlere tabi olmuş ve senyörler kendi toprağı üzerinde yaşayan halk üzerinde mutlak surette hakimiyet yetkileri kullanabilmişlerdir. Feodal beyliklerin üst yapısında yer alan ve devlet yöneticisi olan hükümdar devletle özdeşleştirilmiş, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları hükümdarın şahsında toplanmıştır. Bu dönemde yöneticinin yani hükümdarın kişiliğinden ayrı bir devlet tüzel kişiliği anlayışı bulunmadığından, devletin diğer bir ifade ile bu günkü anlamda idarenin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmamıştır.

Feodal anlayışın yeni fikir akımları ile karşılaşması ve bazı teknolojik gelişmelerin etkisi ile zayıflaması sonrasında tek bir kişinin mutlak hakimiyetine dayalı yönetimler güçlenmiştir. Bu yönetim anlayışında egemen olan kişi, yasama yürütme ve yargı

yetkilerine sahip olmuş, egemen olan hükümdarın eylem ve işlemlerine karşı yargısal bir denetim mekanizması ise öngörülmemiştir. Bu dönemde görevli kişilerin, idare edilenlere verdikleri zararlardan kişisel olarak sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Bu durum, vekalet teorisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bugünkü idare hukukumuzun temel kaynağını teşkil eden Fransa’da 1789 yılında meydana gelen Fransız İhtilali ve Fransız İhtilali’nin ardından yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, birçok alanda etkili sonuçlar doğurduğu gibi hukuk ve hukuk devleti anlayışının değişerek gelişmesinde önemli rol oynamıştır. İdarenin sorumluluğu konusunda Almanya ve İngiltere’de bazı gelişmeler olmuş ise temel gelişmeler Fransa da meydana gelmiştir.Ülkemizde mevcut idari yapı ve idare hukukuna kaynak teşkil eden Fransa’da daha öncesinde “*kral hata yapmaz*” anlayışı hakim iken özellikle yargı kararlarıyla aşama aşama gelişen ve kapsamı genişleyen bir sorumluluk anlayışının doğduğu söylenebilir.

Fransa’da eski dönemde devlet sorumsuz görülmüştür. Fransa’da yaklaşık olarak XIX. yüzyılın son dönemlerine kadar devletin sorumsuzluğu anlayışı kabul görmüş, idarenin faaliyetlerinden zarar gören kişiler hukuki himayeden yoksun kalmışlardır. Fransız Danıştay’ı önüne gelen bazı durumlara (örneğin bayındırlık hizmetlerinin neden olduğu zararlar gibi), ilişkin görülen davalarda idarenin mutlak sorumsuzluğu anlayışındaki gevşemeyi ortaya koymuştur. 1789 Fransız İhtilali’nden sonra Fransız idare hukukuna ilişkin olarak başlangıçta bir geriye gidiş olmuş ve genel mahkemelerin idari davalara bakmaları yasaklanmıştır. Bunun neticesinde idari faaliyetten zarar gören kişilerin yapabilecekleri tek şey, zararının giderilmesi için idareye başvurmak olmuştur. Etkili bir usul olmayan bu durum dahi idarenin sorumsuzluğunun kabul edildiği dönem koşulları içerisinde en azından, idarenin faaliyetlerinden zarar gören kişiler için bir başvuru yolu getirilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak görülebilmektedir.

Fransa da İdare ile kişiler arasındaki ihtilafları çözmek için 1790 yılında Conseil d’Etat (Fransız Danıştay) kurulmuş ise de, üye yapısı ve ihtilaflarla ilgili kesin olarak karar veren bir kurum olmaması, sadece önüne getirilen ihtilaf konusunda karar tasarısı hazırlayarak devlet başkanına sunuyor olması nedenleriyle bu durum “*tutuk adalet sistemi*” olarak tanımlanmıştır. Conseil d’Etat ın yapısı 1872 yılında yeniden yapılandırılmış, 24 Mayıs 1872 tarihli kanun ile yeniden düzenlenmiş ve bu düzenlemeler ile bağımsızlık ve uyuşmazlıkları değerlendirerek kesin olarak karara bağlama yetkisi tanınmıştır. Bu

gelişme, “*tutuk adalet sisteminden*” , “*Millet adına karar veren yargı sistemine*” geçişin ilk aşaması olmuştur.

İdare hukuku, bilindiği üzere her konusu kanun veya başka derecedeki mevzuat ile düzenlenmiş ve ilkeleri somut olarak ortaya konulmuş bir hukuk dalı olmayıp, daha çok yargı içtihatları ile şekillenen bir hukuk dalıdır. Fransız Danıştayının 1872 yılından sonra kavuştuğu yeni yetkilerini kullanarak önüne gelen ihtilafları kesin olarak çözdüğü sırada koyduğu kriterler ile idarenin sorumluluğu anlayışında tamamıyla olmasa bile kısmi olarak bir idari sorumluluk sistemi doğurduğu söylenebilir. Özellikle Conseil d’Etat’ın 1855 tarihinde verdiği Rotschild kararı önemli bir yer tutmaktadır. Conseil d’Etat, Bu davada idariyargı adli yargı ayrımını ortaya koyarak idari uyuşmazlıklarda idari yargı yerlerinin genel görevli olduğuna, idari uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk hükümlerinin değil kamu hukuku bir başka ifade ile idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanacağına karar vermiştir. Bu kararda özel hukuk- kamu hukuku ayrımı ortaya konulmuştur.

İdarenin sorumsuzluğu anlayışından, idarenin sorumluluğunun kabul edildiği döneme geçiş uzunca bir zaman süreci içerisinde gerçekleşmiştir. 19 uncu yüzyılın ilk yarısında çeşitli düşünce akımlarının ortaya çıktığı ve özellikle mutlakiyet ve idarenin sorumsuzluğu anlayışının gevşediği görülmektedir. Bu dönemde özellikle devletin toplumsal ve ekonomik hayata müdahale etmesini amaçlayan düşüncelerin etkisiyle devletin faaliyetleri çeşitlenmiştir. Başlangıçta devletin temel görevleri, ülke güvenliğine yönelik askeri faaliyetler, iç güvenliğe yönelik polis ve kolluk faaliyetleri, kişiler arasındaki ihtilafları çözmeye yönelik adliye hizmetleri ile sınırlı iken, belirtilen düşünce akımlarının etkisi ile devletin görevleri çeşitlenerek artmıştır. Devletin faaliyetleri sınırlı iken idare, ancak bu sınırlı alanlarda vatandaşlarla ilişki içerisinde olduğundan idare ile kişilerin temas etme, karşı karşıya gelme ihtimalleri son derece sınırlı kalmış, karşı karşıya gelme ihtimallerinin zayıf olması, kişilere idare tarafından zarar verilme ihtimalini de azaltan bir unsur olarak ortaya çıkmıştır. Hal böyle iken müdahaleci devlet anlayışı sonrasında devletin çeşitli alanlarda faaliyet göstermeye başlaması, faaliyetlerinin çeşitlenerek karmaşıklaşması idare ile kişilerin karşı karşıya gelme ve idarenin faaliyetlerinden dolayı zarara uğrama ihtimallerini arttırmıştır.

Belirtilen ekonomik ve siyasi düşünce akımlarının etkisi ile devletin sorumluluğunun kabul edilmesi yönünde ilk aşama olarak hakimiyet tasarrufları ile temsil yetki tasarrufları arasında bir ayrıma gidilmiş, öncelikle özel kişilerin özel hukuk

ilişkilerine benzer nitelikteki temşiyet tasarrufları yönünden özel hukuk ilkelerine göre sorumlu tutulabileceği benimsenmiş, sonrasında bu yeterli görülmeyle medeni hukuk hükümlerinin hakimiyet tasarruflarından doğan zararların karşılanması açısından da uygulanabileceği anlayışı savunulur olmuştur. Devletin sorumluluğu konusunda özel hukuk hükümlerinin tam olarak uygulanmakabiliyetlerinin olmaması, idarenin sorumluluğu konusunda yeni arayışlar başlatmış ve hizmet kusuru teorisinin doğumuna neden olmuştur.

Kusur kavramı özel hukuk alanında ortaya çıkmış ve sonradan idare hukukunun esas ve ilkelerine göre idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde de kullanılmıştır. İdarenin kusura dayalı sorumluluğunun belirlenmesinde “kusur” kavramı, “*hizmet kusuru*” olarak nitelendirilmiştir.

Özel hukukta *kusur*, genellikle belirli bir şahsa atfedilen kusur iken İdarenin eylem ve işlemleri ile verdiği zararların idare hukuku ilkelerine göre tazmini konusunda geliştirilen *hizmet kusuru* ise idarenin ajanının veya memurunun kusuru olmayıp, “Hizmet kusuru İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin *ya kuruluşunda*, tanzim ve tertibinde veya *teşkilatında*, bünyesinde, personeline yahut *işleyişinde*-gereken emir, direktif, ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis edilen 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.” şeklinde tanımlanmıştır.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 tarihli Blanco Kararı, idarenin idari faaliyetleri sırasında üçüncü kişilere verdiği zararlardan, özel hukuk kurallarından farklı olan idare hukuku ilkelerine göre sorumlu olacağının ortaya konulduğu önemli bir karardır.

İdarenin hizmet kusuruna göre sorumlu tutulması anlayışı, mutlak surette bir kusur bulunması ve sorumluluğun bu kusura göre belirlenmesi ilkesine dayanır. Bu sorumluluk türünde zarar gördüğünü iddia eden kişi, zararının bir hizmet kusurundan kaynaklandığını ortaya koymak zorundadır. İdarenin verdiği zararların tazmini noktasında sadece *hizmet kusuru* kavramının uygulanması adil olmayan neticeler doğurduğundan, idarenin kusur şartı aranmaksızın bazı durumlarda sorumlu tutulabileceği düşüncesi doğmuştur.

Hukuk devleti ilkesinin yanında sosyal devlet anlayışının kuvvet kazanması, idarenin sorumluluğu konusunda zarar gören kişiler lehine bazı gelişmeler yaşanmasına

neden olmuş, sosyal devlet anlayışı gereği idarenin faaliyet alanının genişlemesi, toplumsal ihtiyaçların çeşitlenerek karmaşık hal alması, sanayi devriminin gerçekleşmesiyle makineleşme ve teknolojinin gelişmesi, yeni ve tehlikeli enerji kaynaklarının bulunması, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında teknolojik gelişmelerin kullanılması, idarenin araçlarının artması, tüm bunların sonucunda idare tarafından sunulan kamu hizmetlerinin yapısının karmaşık ve tehlikeli hal alması nedenleriyle, idarenin eylemlerinden zarar gören kişilerin, söz konusu zararın idarenin kusurundan kaynaklandığını ispatlamaları oldukça güçleşmiştir. Ayrıca bu nedenlerle bazı kişilerin diğer kişilere nazaran daha ağır ve belirgin zararlara maruz kalmaları durumunda bu zararları onların üzerinde bırakmamak gerektiği yönünde sosyal adalet fikirleri gelişmiştir. Ortaya çıkan yeni gereksinimler karşısında idarenin verdiği zararlardan kusursuz dahi olsa sorumlu tutulabilmesi için kusur kavramından farklı mesnetlere ihtiyaç duyulmuş ve idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun yanında bazı özel durumlarda kusursuz olsa bile sorumlu olabileceği kabul edilmiştir. Temel olarak “*Risk Teorisi*” ile “*Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik Teorisi*” kabul edilmiştir. Türkiye idaresinin kusursuz sorumluluğu yönünden her hangi bir şart, kriter veya teori telaffuz etmeyen 1982 Anayasasının 125/7. Maddesinde yer alan “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” şeklindeki düzenleme sorumluluk için Anayasal dayanak olarak gösterilmiştir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğü olarak tanımlanabilir. Bu sorumluluğun kabulünde dayanak olan *Risk İlkesi* ve *Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi* içtihatlarla geliştirilen ve idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklayan teorilerdir. Bu teoriler, sebep sorumluluğu olarak da ifade edilen kusursuz sorumlulukta, sorumluluğun kaynağını kişinin dışında arayan bir yaklaşımı ifade etmekte olup, bu anlayışta sorumluluk doğurucu etmen ön sıraya, sorumlu tutulacak olan kişinin kişiliği geri plana alınmakta, bir fiil, olay ve durumun sonuçlarından dolayı sorumlu tutulma söz konusu olmaktadır.

İdarenin, eylem ve işlemleri nedeniyle meydana gelen zararlardan kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutulduğu hallerde, idarenin zararın meydana gelmesinde kusuru bulunduğunun ispatlanması gerekmekte, zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki bağlantının ortaya konulması yeterli olmaktadır. *Risk İlkesi* gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu fikri idarenin tehlikeli faaliyetleri açısından, Fransa da Conseil d’Etat ın 1895 tarihinde verdiği Cames Kararında ortaya çıkmıştır. Coseil d’Etat bu olayda,

kusuru bulunmasa dahi idarenin, işçisinin uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar idarenin görevlilerinin uğradığı zararların tazminine yönelik olup, bu aşamada idarenin faaliyetlerinden zarar gören üçüncü kişilerin uğradığı zararların kusursuz olsa dahi idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmemiştir. Conseil d'Etat ın 1919 tarihinde verdiği Regnault –Desroziers Kararı ile idarenin risk ilkesi gereğince kusursuz sorumluluğu, zarar gören üçüncü kişiler açısından da kabul edilmiştir.

Genel olarak idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun ortaya çıkışı bu kararlar ile olmuş, hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışlarının etkisiyle oldukça yaygınlaşma eğilimine girmiştir. Kusura dayanmayan sorumluluk idare hukukunda özel hukuktan daha geniş şekilde uygulanmaya başlamıştır. Hatta idarenin kusursuz sorumluluğunun ilerde asıl sorumluluk kaynağı olarak görülebileceği ifade edilmiştir. Kusursuz sorumluluğun yaygınlaşması ve bir başka ifadeyle bu ilkeye göre zararların sosyalleştirilerek kamuya mal edilmesi, sorumluluk anlayışını her tür zararın karşılandığı bir sigorta anlayışına kaydırması için eleştirilmiştir.

İdarenin Kusursuz sorumluluğunun temelini açıklayabilmek için sebep olma (illiyet bağı) teorisi, tehlike (risk-hasar) teorisi, fedakarlığın denkleştirilmesi teorisi, hakkaniyet teorisi, hukuka aykırılık teorisi, sorumluluk alanı teorisi, yarar ile zarar arasında irtibat teorisi, objektif özen ödevinin yerine getirilmemesi teorisi, anormallik teorisi, garanti ve oluşturulan güven gereği sorumluluk teorisi gibi teoriler ortaya atılmıştır.

İdarenin kusursuz sorumluluğu kendine has özellikleri olan bir sorumluluk türü olup, kusursuz sorumluluğun özellikleri; bu sorumluluğun ikincil nitelikte olması, tazminat alacaklısı için daha elverişli olması, zarar ve zarara yol açan nedenin anormal nitelikte olması, içtihatlarla ortaya çıkan temel sorumluluk şekillerinden biri olması, kamu düzenine ilişkin olması ve bu sorumluluk türünün idarenin kınanmasını gerektirmemesi olarak belirtilmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için idari işlem ve/veya idari eylemi de kapsayacak şekilde kullandığımız *idari davranış*, *zarar* ve *nedensellik bağı* koşullarının bir arada bulunması gerekir. İdarenin genel olarak kusursuz sorumluluğunun koşulları ve yukarıda belirtilen özellikleri, çalışmamızın konusu olan risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu için de geçerlidir.

Risk kelimesi sözlük anlamı olarak “zarara uğrama tehlikesi”, “az çok öngörülebilir nitelikte gerçekleşmesi muhtemel tehlike” anlamlarına gelmekte, *tehlike* kelimesi ise “büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum” anlamına gelmektedir. İdare hukukunda kusursuz sorumluluğun kaynağı olarak önce *risk ilkesi* görülmüş ve risk ilkesi idarenin kusursuz sorumluluğunda ilk uygulanan ilke olmuştur. Risk ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk özel hukuktan idare hukukuna aktarılmış bir sorumluluk kaynağı olup, bu sorumluluğun “*her nimetin bir kulfeti vardır.*” prensibine dayandığı ve tehlikeli faaliyette bulunanların kusursuz olsalar dahi bu tehlikeli faaliyetlerinin neden olduğu zararları gidermeleri gerektiği anlayışının bir sonucu olarak doğduğu ileri sürülmüştür. Kusursuz sorumluluğun Türk hukukunda pozitif hukuk metni olarak Mecelle’de “*mazarrat menfaat makabelesindendir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur*” şeklinde ifade bulunduğu belirtilmiştir. Buna göre bir işletme veya teşebbüsün sağladığı menfaatler nasıl işletmeciye ait ise bu işletmeden doğan zararlarda işletmeciye ait olmalıdır. Risk (hasar-muhatara-tehlike) sorumluluğu özel hukuk alanında ve mahiyetine uyduğu ölçüde idare hukukunda ortak şekilde “*toplum yaşantısının zorunlu koşulları sonucu kurulması, yapılması, ekonomik ve sosyal açıdan gerekli bulunan işletme, girişim, tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle beliren, tehlikeli mahiyetinden doğan zararlardan, bu tehlikeli nesneler üzerinde egemen olan kimselerin kusurları bulunmasa ve tehlikenin önlenmesi amacıyla her türlü özeni göstermiş olsalar dahi, sorumlu tutulmaları*” şeklinde tanımlanabilir.

Risk ilkesine göre idarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin tehlikeli bir faaliyetinin, tesisinin, kuruluşunun varlığını gerektirmekte ve bu tip tehlikeli şeylere sahip olmaktan veya bu tip faaliyetlerde bulunmaktan doğan özel ve olağanüstü zararların tazmini gerektiğini ifade etmektedir.

Risk sorumluluğu, “idarenin, hiçbir kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olması” şeklinde tanımlanmıştır.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun kapsamına etki eden haller Mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışdır.

Her tür sorumluluk için gerekli olan zarar ile idari davranış arasındaki nedensellik bağı, İdarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hallerden sosyal risk ilkesinde (toplumsal

olay ve terör olayları nedeniyle sorumlulukta) uygulanmamakta ve nedensellik bağı bulunmamasına rağmen idare sosyal risk ilkesi gereğince bu zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Bu uygulama haklı olarak eleştirilmektedir.

İdarenin verdiği zararların tazmini noktasında sadece kusurlu sorumluluğun idare hukukuna uygulanması sonucu kavramsal olarak ortaya atılan hizmet kusuru kavramının uygulanması adil olmayan neticeler doğurduğundan, idarenin kusur şartı aranmaksızın bazı durumlarda sorumlu tutulabileceği düşüncesi doğmuştur.

Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile idare daha fazla ve çok çeşitli kamu hizmetlerini üstlenmiş, bunun sonucunda idare, yürüttüğü kamu hizmetleri nedeniyle daha fazla eylem ve işlemler yaparak bireylerle daha fazla temas etmiş ve bireylerin karşısına çıkmıştır. Bu ise idarenin bireylere zarar verme ihtimalini sayısal olarak arttırmıştır. Hukuk devleti ilkesinin yanında sosyal devlet anlayışının kuvvet kazanması, idarenin sorumluluğu konusunda zarar gören kişiler lehine bazı gelişmeler yaşanmasına neden olmuş, sosyal devlet anlayışı gereği idarenin faaliyet alanının genişlemesi, toplumsal ihtiyaçların çeşitlenerek karmaşık hal alması, sanayi devriminin gerçekleşmesiyle makineleşme ve teknolojinin gelişmesi, yeni ve tehlikeli enerji kaynaklarının bulunması, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında teknolojik gelişmelerin kullanılması, idarenin araçlarının artması, tüm bunların sonucunda idare tarafından sunulan kamu hizmetlerinin yapısının karmaşık ve tehlikeli hal alması nedenleriyle, idarenin eylemlerinden zarar gören kişilerin, söz konusu zararın idarenin kusurundan kaynaklandığını ispatlamaları oldukça güçleşmiştir. Ayrıca bu nedenlerle bazı kişilerin diğer kişilere nazaran daha ağır ve belirgin zararlara maruz kalmaları durumunda bu zararları onların üzerinde bırakmamak gerektiği yönünde sosyal adalet fikirleri gelişmiştir. Ortaya çıkan yeni gereksinimler karşısında idarenin verdiği zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesi için kusur kavramından farklı mesnetlere ihtiyaç duyulmuş ve idarenin bazı hallerde kusursuz olsa dahi neden olduğu zararlardan sorumlu tutulması kabul edilmiştir. Kusursuz sorumluluk hallerinin ve kusursuz sorumluluk anlayışının ilke ve özelliklerinin gerek zarar görenler, gerekse idare açısından hakkaniyete uygun neticeler doğuracak şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Kusursuz sorumluluğun özellik ve ilkelerinin ortaya konularak, bu sorumluluğun kapsamının adaletli çözümlere ulaşacak şekilde belirlenmeksizin uygulanması, zarar görenler ve idare açısından hakkaniyetli olmayan sonuçlar doğuracak, kritersiz ve kapsamı belirlenmeksizin yapılacak uygulama, bazı durumlarda zarar gören bireyin zararının

karşılanmamasına neden olabileceği gibi, bazı durumlarda da idareyi, her tür zararı karşılamakla mükellef genel sigortacı veya teminatçıya dönüştürebilecektir. İşte bu sakıncaları giderebilmek adına idarenin kusursuz sorumluluğunun ilke ve özelliklerinin net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu hususları aydınlatma görevi ise her zaman olduğu gibi doktrin ve yargı yerlerinde görev alan uygulayıcılara ait olacaktır.



KAYNAKLAR

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali; “*Demokratik Mitoslar:Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil*” AÜSBFD, Cilt:XLVI, No:1-2, Ocak-Haziran 1991, s.23
- AKTAŞ, Hakkı; “*Zarar ve Tazminat Hesabında Bazı Noktalar*”, *Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; “*Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991
- AKYILMAZ, Bahtiyar; *Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı*, GÜHFD, C.IX, s.1,2, 2004
- AKYILMAZ, Bahtiyar; *İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*, SÜHFD Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, Yıl 1998, Cilt 6, Sayı 1-2
- ALDIKAÇTI, Orhan; *Anayasa Hukukumuzdaki Son Gelişmeler: 1961 Anayasası*, Ülku Matbaası, İstanbul, 1963
- ALTAY, Evren; “*İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*”, Turhan Kitabevi,Ankara, 2004
- ARMAĞAN, Tuncay;*İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997
- ASLAN, Metin; “*İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu*”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, Mayıs, 2007, s.230

- ATAK, Başak; “*Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılmasında İdarenin Sorumluluğu*”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010
- ATAY, Ethem; “*İdare Hukuku*”, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 1.Baskı, 2006
- ATAY, Ethem/ ODABAŞI, Hasan/ GÖKCAN, Hasan Tahsin; “*Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Tazminat Davaları*”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- BAŞ, Zuhale Bereket; “*İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanmasının Aracı Olarak Tam Yargı Davaları*”, *İdari Yargı Panel*, Türkiye Barolar Birliği, Mersin Barosu, 11–12 Nisan, 2003, s.316–318
- BAŞGİL, Ali Fuat; “*Devletin ve diğer amme hükmi şahıslarının mesuliyeti meselesi*”. (Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi), Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940
- BAŞPINAR, Recep; “*Tam Yargı Davaları*”, “*Yüzyıl Boyunca Danıştay*”, Ankara, 1986, s.499- 501.
- CANDAN, Turgut; “*Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu*”, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No:39, Başbakanlık Basımevi, 1984
- CROZAT, Charles; “*Fransız Amme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Çeviren Ferit H. SAYMEN, C. 1, S. 3, Ağustos 1935, s. 281-302
- ÇAĞA, Tahir/ GÖKÇEN, Ahmet/ GÜRAN, Tevfik; “*Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair*”, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın

ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık

ÇAĞLAYAN, Ramazan; “*İdari Yargılama Hukuku*”, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015

ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayın Dağıtım, 2007

ÇAĞLAYAN, Ramazan; “*Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*”, 1.Baskı, Asil Yayın Dağıtım,Ankara, 2007

ÇELİK, Ahmet Çelik; “*Can Zararları ve Tazminatın Ölçüsü*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 3, 2005, s. 751.

ÇITAK, Halim Alperen; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013

DERBİL, Süheyl; “*İdare Hukuku*”, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, Ankara, 1959.

DİKİCİ, Fatih; “*Anayasa Hukuku idare Hukuku- idari Yargılama Usul Hukuku*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004,

DUEZ, Paul; “*Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti*”, Çeviren İbrahim SENİL, Ankara, 1950

DUGUIT, Leon; “*Kamu Hukuku Dersleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Çeviren Süheyp DERBİL, Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1954.

DURAN, Lütfi; “*Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*”, Sevinç Matbaası,Ankara, 1974

DÜREN, Akın; “*İdare Hukuku Dersleri*”, AÜHFY, Ankara, 1979

- EREN, Fikret; “**Borçlar Hukuku**”, Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2012
- EREN, Fikret; “**Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**”, AÜHFY Ankara 1975
- EROĞLU, Hamza; “**İdare Hukuku**”, Ankara, 1985
- ESİN, Yüksel; “**Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**”, 2. Kitap “**Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu**”, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973
- GÖKYAYLA, Emre; “**Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004
- GÖZLER, Kemal; “**İdare Hukuku**”, Cilt I-II, Ekin Yayınları, Bursa, 2016
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref; “**Yönetmelik Yargı**”, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 25. Baskı, Ankara, Ağustos 2006
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut; “**İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**”, Güncelleştirilmiş Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019
- GÖZÜBÜYÜK, Pulat Abdullah; “**Sözleşmelerin Fesih ve Tadili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**”, Ankara, 1945, s. 87
- GÜNDAY, Metin; “**İdare Hukuku**”, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004
- GÜRAN, Sait; “**Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980, s.158.
- HATEMİ, Hüseyin; “**Hukuk Devleti Öğretisi**”, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989

- HATEMİ, Hüseyin; “**Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim**”, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993 ,s. 4-5.
- İMRE, Zahit; “**Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**”, İÜHFİM, Sayı:4, s. 1475-1536
- KAPANİ, Münci; “**Politika Bilimine Giriş**”, 4. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988
- KARAHANOGULLARI, Onur; “**İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**”, “**Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme**”, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- KARAHASAN, Mustafa Reşit; “**Sorumluluk Hukuku**”, (**Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**), Ankara, 2013
- KAYA, Cemil, **İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi**, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, 2010
- KILIÇOĞLU, Mustafa; “**Cismani Zararlarda Tazminat Hesaplamalarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları**”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2000
- KÖKSAL, Mustafa; “**Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?**” Terazi Hukuk Dergisi, Y.5, S.42, Şubat 2010
- KÖKSAL, Mustafa; “**Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların İdarece Karşılama Usulü**” Terazi Hukuk Dergisi, Y.4, S.36, Ağustos 2009, s. 91
- KUTLU, Meltem; “**Deprem ve İdarenin Sorumluluğu**”, Amme İdaresi Dergisi, C. 32, S. 4, Aralık, 1999, s. 15-27, s. 20

LEGAL HUKUK DERGİSİ; Sayı: 22, Ekim 2004, s. 2876-2881

MUMCU , Ahmet; “*Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*”,Sevinç Matbaası,Ankara, 1972

NOHUTÇU, Ahmet; “*İdare Hukuku*” İkinci Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2009

NOMER, Haluk Nami; “*Özel Hukuka Tabi Kişiler İle İdarenin Birlikte Sorumluluğu*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004

ODYAKMAZ, Zehra/ KAYMAK, Ümit/ ERCAN, İsmail; “*İdari Yargı*” ,Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Basım, İkinci Sayfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut; “*Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*”, 9. baskı, C. 2. Vedat Kitabevi, İstanbul, 2012

OKANDAN, Recai Galip; “*Umumi Amme Hukuku*”. İstanbul, 1944

OKANDAN, Recai Galip; “*Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*” İstanbul, 1951

ONAR, Sıddık. Sami; “*İdare Hukukunun Umumi Esasları*” C. III, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966

ORHUNÖZ, Ergun; “*Tazminat Davalarında (Ölüm ve Bedeni Zararlar) Uygulama Sorunları*”, Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1997

OZANSOY, Cüneyt; “*Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989

- ÖZGÜLDÜR, Serdar; “*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*”, Yetkin Yayınları, Ankara. 1966
- ÖNDER, Arife; “*İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2006, s.74
- ÖZAY, İl Han; “*Günüşiğında Yönetim*”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- ÖZDEMİR, Necdet; *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*. Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1963
- ÖZSUNAY, Ergun; “*Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar” Kavramı ve Manevi Zararın Giderimi’ne ilişkin Çözümler*”, Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Marmara Hukuk Fakültesi Dergisi, (Ed. İsmail Esin), Cilt: II, Sayı: 1-3, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil; “*İdare Hukuku İdari Yargı Ders Notları*”, Ankara, 1977
- SARICA, Ragıp; “*Hizmet Kusuru ve Karakterleri*”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XV, İstanbul, 1949
- SARICA, Ragıp; “*İdari Kaza*”, Kenan Basımevi, İstanbul, 1942
- SAYHAN, Şebnem; “*İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 15, 1996
- SELİÇİ, Özer; “*Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 61- 69, s. 64

- SEROZAN, Rona; “*Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, (Ed. Turhan Esener), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960
- ŞAHİN, Emin/ VEYSEL, Gültaş; “*Uygulamada Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000.
- ŞAHİN, Yahya/ BAL, Yakup; “*Tazminat Davaları İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*”, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2003, s. 565-567
- TANDOĞAN, Haluk; “*Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*”, Ankara, 1981
- TANDOĞAN, Haluk; “*Türk Mes’uliyet Hukuku*”, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No:159, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 63
- TANER, M. Tahir; “*Ceza Hukuku: Umumi Kısım*”, İstanbul, 1953,
- TİFTİK, Mustafa; “*Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu*”, İkinci Baskı, Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 1997.
- ULUSAN, İlhan; “*Tehlike Sorumluluğu Üstüne*”, Mukayeseli Hukuk Dergisi, İstanbul, 1970
- ULUSAN, İlhan; “*Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*”, Vedat Yayınevi, İstanbul 1977
- UYAR, Tulga; “*5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansısı Hakkında Kanun*”, Polis Dergisi, s.41

YAYLA, Yıldızhan; “*İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep*”, İdare Hukukunda Sorumluluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980

YAYLA, Yıldızhan; “*İdare Hukuku*”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985

YENİCE, Kazım/ ESİN, Yüksel; “*İdari Yargılama Usulü Kanunu*”, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983

YILDIRIM, Turan; “*İdari Yargı*”, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2010

YILMAZ, Ejder; “*Hukuk Sözlüğü*”, , Yetkin Yayıncılık, , Genişletilmiş 8.Baskı, Ankara, 2004

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; “*İdari Yargı Hukuku Dersleri*”, Cilt I, Ankara, 2012