

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ
BAKIMINDAN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI
(MÜTERAFİK KUSUR)

Ayten YILMAZ
2501171555

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ Halit UYANIK

İSTANBUL - 2022

ÖZ

İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ BAKIMINDAN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI (MÜTERAFİK KUSUR)

AYTEN YILMAZ

Zarar görenin davranışı (müterafik kusur), zarar verenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan durumlardan biridir. Zarar verenin idare olduğu hallerde zarar görenin davranışı, idarenin sorumluluğunu etkilemektedir.

Bu çalışmada, öğretide ve uygulamada yaygın kullanımı “müterafik kusur” olan zarar görenin davranışının, kavramsal açıdan değerlendirilmesi ve kapsamı, özellikle idarenin eylemlerinden doğan idari sorumluluğuna etkisi, doktrin ve yargı kararları çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Zarar Görenin Davranışı, Müterafik Kusur, İdarenin Sorumluluğu, Zarar, Tazminat.

ABSTRACT

CONTRIBUTORY NEGLIGENCE IN TERMS OF IMPACT ON THE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION

AYTEN YILMAZ

The behavior of the injured party (contributory negligence) is one of the situations that eliminates or reduces the liability of the party causing the damage. In cases where the administration is the party causing the damage, the behavior of the injured party affects the liability of the administration.

This study aims to examine the concept and scope of the behavior of the injured party, commonly referred to as “contributory negligence” in doctrine and practice, and its effects—particularly on administrative liability arising from the actions of the administration—within the framework of doctrinal views and judicial decisions.

Key Words: behavior of the injured party, contributory negligence, administrative liability, damage, compensation.

ÖN SÖZ

Zarar görenin davranışı (müterafik kusur), idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller arasında sayılmaktadır. Kavram, idari yargı kararlarında detaylı şekilde incelenmiş; konuya ilişkin özel hukuk doktrininde de derin ve çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Konunun, idare hukuku doktrininde, özel hukuk doktrinine kıyasla yeterli ilgiyi görmediği düşüncesinden hareketle bu konu tercih edilmiştir. İdare hukuku bünyesine uygun düştüğü ölçüde, özel hukuk doktrinindeki tartışmalara da yer verilerek konu, mümkün olan en geniş çerçevede ele alınmaya çalışılmıştır.

Tez yazım sürecinde desteklerini esirgemeyen ve konuya bakış açımı genişleten kıymetli hocam Prof. Dr. Aydın Gülan'a; tez yazım sürecinde verdiği destekten dolayı kıymetli hocam Doktor Öğretim Üyesi Halit UYANIK'a; içerik değerlendirmesiyle tezime katkıları sebebiyle Prof. Dr. Melikşah YASİN'e; kaynakları temin etmemde ve manevi katkılarıyla desteklerini esirgemeyen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilimdalı araştırma görevlilerinden Beyza GÖZ'e, Ezgi ŞİRİN'e, Meral YILDIRIM'a, emek ve katkılarını esirgemeyen tüm kürsü mensubu üyelerine; tez konusunun belirlenmesinde verdiği öneriler sebebiyle Araştırma Görevlisi Büşra İZCİ'ye teşekkür ederim.

Tez yazım sürecindeki anlayışı ve verdiği desteklerden ötürü birlikte çalıştığım değerli meslek büyüğüm Av. Mustafa AYDINER başta olmak üzere tüm mesai arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Tüm hayatım boyunca olduğu gibi tez yazım sürecinde yükümü hafifleten değerli aileme, tezimin son okumasını yapan kardeşim İrem YILMAZ'a ayrıca teşekkür ederim.

Ayten YILMAZ

İstanbul, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖN SÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR VE ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI (MÜTERAFİK KUSUR) KAVRAMI

I- İDARENİN SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR.....	4
A-GENEL OLARAK HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI.....	4
B-ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU	5
C-İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK.....	5
D-İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN DURUMLAR.....	6
1-Mücbir Sebep	7
2-Beklenmeyen Hal.....	9
3-Üçüncü Kişinin Davranışı.....	10
4-Zarar Görenin Davranışı	10
II- ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI	10
A-KAVRAM VE KAVRAMA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR.....	10
1-Müterafik Kusur.....	11
2-Zarar Görenin Kusuru	15
3- Zarar Görenin Davranışı/Eylemi/Fiili.....	17
B-TEORİK VE PRATİK TEMEL	19
C-İDARİ YARGI KARARLARINDA ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞINA YAKLAŞIM.....	20
D- ZARAR GÖRENİN KONUMU VE İLİŞKİLİ KİŞİLER	22
1-Zarar Görenin Konumu.....	22
a-Zarar Görenin Hizmetten Yararlanan Olduğu ve Ağır Hizmet Kusurunun Sorumluluğun Şartı Olarak Arandığı Hallerde Sorumluluğa Etkisi	24
b- Zarar Görenin Hizmetten Yararlanan Olduğu ve Ağır Hizmet Kusurunun Aranmadığı Hallerde Sorumluluğa Etkisi	26
c-Zarar Görenin Kamu Görevlisi Olması.....	27

(1)-Danıştay Kararlarında Durumun Değerlendirilmesi	27
(2)- Mülga AYİM Kararlarında Durum	35
d-Zarar Görenin Üçüncü Kişi Olması	36
2- Zarar Görenle İlişkili Kişiler.....	37
a-Yasal Temsilci.....	37
b-Çalışanlar	40
E- ZARAR GÖRENLE ETKİLEŞİMİ BAKIMINDAN ZARAR VEREN	40
1-Zarar Verenin Kamu Görevlisi Olması.....	41
2-Zarar Verenin Anonim Olması	42
3-Zarar Verenin Kamu Hizmetini Gören Özel Hukuk Kişisi Olması.....	43
4-Zarar Verenin İdarenin Dışında Üçüncü Bir Kişi Olması	43

İKİNCİ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI KAVRAMININ UNSURLARI

VE GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

I-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI KAVRAMININ UNSURLARI.....	45
A-ZARAR GÖRENİN ZARARI DOĞURAN DAVRANIŞI.....	45
1-Zarar Görenin Kusurlu Davranışı	45
a-Kusur Kavramı	45
b-Kusur ve Hukuka Aykırılık İlişkisi.....	47
c-Zarar Görenin Kusurunun Değerlendirilmesi	48
d-Zarar Görenin Kusur Ehliyeti	52
(1)-Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması	52
(2)-Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük Olması	55
e- Zarar Görenin Kusurunun Derecelendirilmesi.....	62
(1)-Genel Olarak	62
(2)-Kast	63
(3)- İhmal	63
i- Ağır Kusur (İhmal)	63
ii-Hafif İhmal	64
2-Zarar Görenin Kusursuz Davranışı	65
3- Zarar Görenin Davranışının İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi.....	65
a-Genel Olarak	65

b- Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Bakımından	67
c-Risk İlkesi Bakımından	68
(1)-Mesleki Risk İlkesi	68
(2)-Sosyal Risk İlkesi	69
i-Genel Olarak	69
ii- Terör Faaliyetlerinden Kaynaklı Sorumluluk ve 5233 Sayılı Kanun	72
B- ZARAR	74
1- Kavram	74
2-Zararın Şartları	75
a-Ortada Tazmini Gereken Bir Zarar Bulunması Şartı	75
b-Zararın Meşru Olması Şartı	75
c-Zararın Gerçekleşmiş ve Kesin Olması Şartı	76
d-Zararın Parayla Ölçülebilir Olması Şartı	77
e-Zararın Özel Olması Şartı	77
3-Zararın Çeşitleri	77
a-Maddi Zararlar	77
b-Manevi Zararlar	78
C-İLLİYET BAĞI	79
1-Kavram	79
2-Zarar Görenin Davranışının (Kusurunun) İlliyet Bağını Kesmesi	81
3-İdarenin Sorumluluğu Bakımından İlliyet Bağının Aranmadığı Sosyal Risk İlkesi	83
II-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	84
A-GENEL OLARAK	84
B-ZARARIN DOĞMASINA ETKİ EDEN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI	85
C- ZARARIN ARTMASINA ETKİ EDEN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI	86
D- ZARARIN ÖNLENEMEMESİNE ETKİ EDEN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ İŞLEV VE ETKİSİ

I- ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ İŞLEVİ 94

A- ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTMASI..... 95

1-Genel Olarak 95

2-Danıştay Kararlarında Durumun Değerlendirilmesi..... 96

a-Zarar Görenin Davranışının (Kusurunun) Değerlendirildiği Kararlar 96

(1)-Zarar Görenin Dikkatsizliği ve Tedbirsizliğinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması..... 96

(2)-Zarar Görenin Yükümlülüklerine Uymamasının İdarenin Sorumluluğunu Azaltması..... 100

(3)-Zarar Görenin Hukuk Kuralları İhlal Etmesinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması..... 102

b-Zarar Görenin Kusurlu Davranışının Değerlendirilmediği Kararlar 106

3-Mülga AYİM Kararlarında Konunun Değerlendirilmesi 109

a-Zararı Azaltan Hallerin Örneklendirilmesi 109

(1)-Zarar Görenin İhmalinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması 109

(2)-Zarar Görenin Zarar Vereni Tahrik Etmesinin Sorumluluğu Azaltması 110

(3)-Zarar Görenin Hatasının İdarenin Sorumluluğunu Azaltması 110

b-Mülga AYİM'in "Ağır Müterafik Kusur" Kriterini Kullandığı Karar Örnekleri 110

B-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRMASI..... 114

1- Genel Değerlendirme-İlliyyet Bağının Kesilmesi 115

2-Yargı Kararlarında Zarar Görenin Davranışının İdarenin Sorumluluğunu Kaldırması 116

a-Zararla İdari Faaliyet Arasındaki İlliyyet Bağını Kesen Çeşitli Haller .. 116

(1)- Danıştay ve AYM Karar Örnekleri 116

(2)-AİHM Karar Örnekleri..... 129

(3)-Mülga AYİM Karar Örnekleri 134

b-Zarar Görenin Hukuk Dışı Konumu 136

(1)-Zarar Görenin Hukuk Dışı Durumunun İdarenin Sorumluluğunu Tamamen Kaldırması 137

(2)-Zarar Görenin Hukuk Dışı Konumunun İdarenin Sorumluluğunu Kısmen Kaldırması..... 139

c-Zarar Görenin Riskleri Üstlenmesi	141
3-Zarar Görenin Davranışının İşlevi Bakımından Tespit ve Değerlendirmeler	144
II-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	147
A-MADDİ ve MANEVİ TAZMİNATTA ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ ETKİSİ	147
1-Maddi Tazminatta Zarar Görenin Kusurunun Etkisi	147
a-Genel Olarak	147
b-Bedensel Zararların Tazmini ve Ölüm Sebebiyle Uğranılan Zararlar ..	148
(1) Bünyesel Zayıflık (Yapısal Yatkınlık) Zarar Görenin Kusuru Olarak Değerlendirilebilir mi?	148
i. Genel Olarak	148
ii-İntihar Vakıalarında Zarar Görenin Davranışının (Kusurunun) Değerlendirilmesi.....	154
(2)-Tedaviyi Ret, Zarar Görenin Davranışı (Kusuru) Olarak Değerlendirilebilir Mi?.....	159
(3)- Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	161
c-Mala Verilen Zararların Tazminine Zarar Görenin Kusurunun Etkisi .	162
2- Manevi Tazminata Zarar Görenin Kusurunun Etkisi	163
B-DANIŞTAY KARARLARINDA, ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİNDE KUSUR ORANI ÖLÇÜTÜ SORUNU	166
1- Danıştay'ın %50 Kusur Paylaşım Formülünü Kullandığı Karar Örnekleri	167
2-Danıştay'ın %50 Kusur Paylaşım Formülünü Kullanmadığı Karar Örnekleri	171
C-HALEFİYET HALİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN ETKİSİ....	177
D- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞININ VE ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ BİRLİKTE BULUNDUĞU HALLERİN İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ.....	180
SONUÇ.....	186
KAYNAKÇA	192

KISALTMALAR LİSTESİ

AJDA	: L'Actualité Juridique Droit Administratif
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BB	:Bireysel Başvuru
BGE	:Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
CE	: Conseil d'État
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	:Journal des Tribunaux
K.	: Karar

md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TMK	:8049 Sayılı Türk Medeni Kanunu
Vd.	: Ve devamı-Ve diğerleri
Yar.	:Yargıtay
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

İdare, sebep olduğu zararları ödemekle yükümlüdür. (Anayasa Madde 125/4) Bu yükümlülüğe, idarenin mali sorumluluğu denilmektedir. Bu sorumluluk ile kamu gücü tarafından zarar ve ziyanla bozulan mali dengenin tekrar kurulması amaçlanmaktadır.¹ Kural olarak, zarar görenin uğradığı zararın tamamının tazmini gerekmektedir.

Bazı hallerde zararın tek nedeni idarenin faaliyeti değildir. Zararın meydana gelmesinde idarenin faaliyetiyle birlikte başka sebeplerin de etkili olması hâlinde, idarenin sorumluluğu azalmakta ya da tamamen ortadan kalkabilmektedir. Çalışma konumuz olan zarar görenin davranışı da idarenin sorumluluğuna etki eden durumlardan biridir. Zarar görenin davranışı, zararın doğmasına, zararın artmasına, zararın önlenememesine etki şeklinde ortaya çıkabilir. Zarar görenin davranışı, zarara etki ettiği ölçüde, idarenin sorumluluğunu azaltmakta veya ortadan kaldırmaktadır. Bu durum, idarenin hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu için geçerlidir.

Özel hukuk alanında; TMK, TBK ve bazı özel kanunlarda, zarar görenin kusuru ve zarara etkisine dair düzenlemeler bulunmaktadır. Bununla birlikte, kavram, özel hukuk alanında doğmuş ve geliştirilmiştir. İdari yargı alanına dair mevzuatta ise zarar görenin kusurlu davranışının idarenin sorumluluğuna etkisine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari yargı kararları incelendiğinde, konunun uygulamada geniş bir alan bulduğu görülmektedir. Bu sebeple konu, idare hukuku bakımından yargı kararlarıyla geliştirilmiştir. Zarar görenin davranışının idare hukuku bakımından değerlendirilmesi, esasen özel hukuktaki değerlendirmeden farklılaşmamakla birlikte bazı ayrışan noktalar da içermektedir. Zarar görenin davranışının değerlendirilmesinde hâkimin takdir yetkisi önemli olduğundan ve kararlar somut olaylar üzerinden geliştirildiğinden, uygulamada farklı sonuçlara ulaşılabildiği görülmektedir. Aynı veya benzer olaylarda, farklı yargı organlarının konuya yaklaşımı değişebildiği gibi, aynı yargı makamının dahi benzer olaylara ilişkin değerlendirmeleri farklılık gösterebilmektedir. Zarar görenin davranışından doğan sorunlarla ilgili özel hukuk

¹ Paul Duez, **Mukavele Dışında: Amme Kudretinin Mes'uliyeti**, Çeviren: İbrahim Senil, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950, s. 3.

doktrinde detaylı tartişmalar mevcut olmakla birlikte idari hukukunda konu somut olaylarla ele alındığından soyut ve genel bir yaklaşımın eksikliği hissedilmektedir. Somut olay örneklerinde de mevcut uygulama ile bazı sorunların çözümünün tam sağlanamadığı görülmektedir. Tüm bu sebepler, çalışma konusunun belirlenmesinde etkili olmuştur.

Çalışmada, zarar görenin davranışının, hangi hallerde idarenin sorumluluğunu kaldırmaya, hangi hallerde azaltmaya sebep olduğu örnekleriyle ve eleştirel bir bakışla incelenerek, yaptığımız tespit ve değerlendirmelerle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Kavramın, idarenin sorumluluğuna etkisi için nasıl bir yaklaşım geliştirildiği, bu yaklaşımın geliştirilebilmesi için konuyla alakalı diğer yargı makamlarının yaklaşımının veya özel hukuk doktrinin bazı sorunlara çözüm oluşturup oluşturmadığı sorgulanmıştır. Özel hukuk alanında geliştirilen bu kavrama ilişkin bazı tartışmaların, idare hukuku boyutuyla da ele alınması amaçlanmıştır. Temel olarak yaklaşım, idare hukukunda ve özel hukukta benzerlik gösterse de kavrama ilişkin terminoloji, kapsam ve yaklaşım değişebilmektedir. Kavramın, mümkün olduğunca özel hukukta ele alınışı ile birlikte ayrılan noktalarını ortaya koymak amaçlanmış ve bazı tartışmalar, idare hukuku bünyesine uygun düştüşü ölçüde tartışılmaya çalışılmıştır.

Çalışma, idarenin sorumluluğunu kaldıran zarar görenin kusursuz davranışını da kapsadığından, başlıkta *müterafik kusur/zarar görenin kusuru* kavramları yerine *zarar görenin davranışı* kavramını kullanmanın daha uygun olacağını düşünülmüştür. Ancak kavramın yaygın kullanımı, müterafik kusur olduğundan başlıklarda ve çalışmamızın içeriğinde, “*müterafik kusur*” ve “*zarar görenin kusuru*” kavramına da yer verilmiştir.

Özel hukukta, zarar görenin davranışı, “haksız fiilden sorumluluk” ve “sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk” yönünden iki ayrı başlık altında incelenmektedir. İdare hukukunda da konu her iki başlık bakımından ayrı şekilde incelenebilir ancak çalışmamız, idarenin haksız fiilinden doğan sorumluluğu ile sınırlandırılmıştır. Zarar görenin davranışı, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğuna etki ettiğinden, her iki sorumluluk türü bakımından da incelenmiştir. İdari yargıda verilen kararlar incelendiğinde, konuya ilişkin uyuşmazlıkların

çoğunlukla idarenin eylemlerinden doğan sorumluluk hallerinde ortaya çıktığı görülmektedir. Konu; idarenin, idari sorumluluğu ile sınırlandırılarak ve bilhassa idari eylemlerin sebep olduğu zararlar üzerinde durularak işlenmiş, az da olsa idari işlemlerden doğan sorumluluklara da yer verilmiştir.

Bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, idarenin sorumluluğunu etkileyen durumlar ve genel olarak zarar görenin davranışı ele alınmıştır. İkinci bölümde, zarar görenin davranışı kavramının unsurları ve görünüm biçimleri incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise zarar görenin kusurunun işlev ve etkisi özellikle yargı kararlarıyla ortaya konulmaya çalışılmış ve bu husustaki tespit ve değerlendirmelerimize yer verilmiştir. Çalışmamızda, doktrin ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR VE ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI (MÜTERAFİK KUSUR) KAVRAMI

Bu başlık altında, idarenin sorumluluğunu etkileyen durumlar ve zarar görenin davranışı genel olarak ortaya konulacaktır.

I- İDARENİN SORUMLULUĞU ETKİLEYEN DURUMLAR

A-GENEL OLARAK HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI

Hukuki kaynaklarda sorumluluk; en geniş anlamıyla, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır.¹ Ayrıca hukuk dilinde sorumluluk, *“uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş bulunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme”*², *bir kişinin hakka ve kanuna uymayan fiilinin sonuçlarından dolayı hesap vermeye mecbur olması*³ olarak da çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır.⁴

Hukuki sorumluluk; siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve hukuki (mali-tazminat) sorumluluk olarak üçe ayrılmaktadır. Konumuz bakımından önemli olan sorumluluk türü, mali sorumluluktur. Cezai ve siyasi sorumluluk konumuzun dışındadır. Hukuki (mali) sorumluluğun konusunu, zarar görenin uğradığı zararın tazmini oluşturmaktadır.⁵ Bu sebeple mali sorumluluk hukukuna tazminat hukuku da denilebilir.⁶ Azrak, hukuki sorumluluk ilkesini *“herkes neden olduğu zararı*

¹ Henri Deschenaux, Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim Özdemir, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 1.

² Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 10. bs, Ankara, 2011, s. 1244.

³ Ali Fuad Başgil, **Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1940, s. 4.

⁴ Ramazan Çağlayan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2007, s. 8.

⁵ Mustafa Tiftik , “Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı”, Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1988, s. 5.

⁶ Tiftik, a.y.

gidermekle yükümlüdür.” şeklinde izah etmektedir.⁷ Bu sorumluluk, özel hukuk sorumluluğu ve idari sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır.

B-ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU

Özel hukuk sorumluluğu (medeni sorumluluk), esasen özel hukuk kişilerinin mali sorumluluğudur. İdarenin özel hukuk sorumluluğu ise idarenin özel hukuka tabi olduğu ve bu alandaki uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlendiği hâllerde ortaya çıkan mali sorumluluğudur.⁸ Özel hukukta sorumluluk, zarar verenle zarar gören arasında bir ilişki bulunup bulunmamasına göre, sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır.⁹

C-İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK

İdarenin hem özel hukuk kurallarına tabi hem de kamu hukuku kurallarına tabi mali sorumluluğu bulunmaktadır. İdarenin sorumluluğu üst kavramı, hem özel hukuk sorumluluğunu hem de idari sorumluluğunu kapsamaktadır.¹⁰ İdari sorumluluk, idarenin kamu hukuku esaslarına tabi olan ve uyuşmazlıkları idari yargıda çözümlenen mali sorumluluğudur.¹¹ İdarenin hukuki sorumluluğunda, kamu gücü kullanımı sonucu bozulan mali dengenin yeniden kurulmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.¹²

İdari sorumluluk, özel hukuktaki sorumluluktan esinlenmekle birlikte farklı bir anlayışla geliştirilmiştir.¹³ Bu sorumluluğun kendine özgü kuralları bulunmakla birlikte¹⁴, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, TMK ve TBK hükümlerinden de yararlanılmaktadır.¹⁵ AYİM de bu durumu bir kararında şu şekilde izah etmektedir:

“...ülkemizde, idare mahkemeleri, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılabilen tam yargı davalarında bu mahkemeler sorumluluğu belirlerken, tazminata

⁷Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, (Ankara 12-13/Mayıs/1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 135.

⁸ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 114.

⁹ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku; Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 s. 5-7; Tiftik, “**Maddi Tazminat**”, s. 5.

¹⁰ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 114.

¹¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, 3. Bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s.1060.

¹² Duez, **Mukavele Dışında; Amme Kudretinin Mes’uliyeti**, s. 3.

¹³ Turgut Tan, Bahar Bayazıt, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 420.

¹⁴ Lûtfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu; Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Ankara, TODAİE Yayınları, No:138, Sevinç Matbaası, 1974, s. 10.

¹⁵ Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 419.

hükmederken, tazminat hukukunun diğer kurallarını uygularken üst norm olarak Borçlar ya da Medeni Kanunu temel almakta, İdare Hukukunun kendisine has özelliğinin doğal sonucu olarak, Anayasanın emredici hükümlerinin çatısı altında, söz konusu yasaları bünyesine uyduğu ölçüde doğrudan uygulamakta, çeliştiği haller de başta Anayasanın başlangıç hükümleri, 40, 125 nci 129 ncu maddeleri olmak üzere diğer Anayasa ve 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 24, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun.... maddesi gibi hükümleri esas alarak uyumsuzlukları çözümlemektedirler.”¹⁶

İdari sorumluluk, sorumluluğun kaynağına göre, idari sözleşmelerden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılır.¹⁷ İdari sorumlulukla aslında kastedilen, sözleşme dışı sorumluluktur.¹⁸ Sözleşme dışı idari sorumluluk, sebeplerine göre, idarenin kusurlu sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu olarak ikiye ayrılmaktadır. İdari sorumluluk nedeni olan kusur, idarenin kuruluşundan ya da işleyişinden kaynaklı kusurdur. İdarenin kusurlu sorumluluğunun uygulama alanı daha geniş, kusursuz sorumluluğunun uygulama alanı ise daha dardır.

Mülga AYİM de idarenin sorumluluğunu türlerini ve şartlarını şu şekilde izah etmektedir:

“İdarenin hukuki sorumluluğunun dayanağı Anayasanın 125 nci maddesidir. Anayasanın 125 nci maddesine göre “İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.” Bu suretle idarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. Anayasa dışında idarenin sorumluluğu 1602 Sayılı Kanunun 21 ve 24 ncü maddelerinde de düzenlenmiştir. Ancak gerek Anayasa da gerekse 1602 Sayılı Kanunda idarenin sorumluluğunun hangi esaslara dayanacağı belirtilmemiştir. Bu meselenin halli doktrin ve yargı içtihatlarına bırakılmıştır. Bugün idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmaktadır. İster hizmet kusuru isterse kusursuz sorumluluk ilkesine dayansın genel olarak idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için, bir zararın mevcudiyeti zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması zorunludur.”¹⁹

İdare hukukunda sorumluluğun şartları; idari davranış, zarar, illiyet bağı ve kusursuz sorumluluk halleri hariç kusurdur.

D-İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN DURUMLAR

Ortaya çıkan zarara, idarenin faaliyeti dışında bir sebep ya da idarenin faaliyetiyle birlikte başka bir sebep yol açarsa, idarenin sorumluluğu kısmen veya

¹⁶ AYİM 2. D., T. 29.12.1992, E. 1991/74, K. 1992/913. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.06.2022.

¹⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1041.

¹⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1042.

¹⁹ AYİM 2. D., T. 5.11.1997, E. 1996/450, K. 1997/857. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.06.2022.

tamamen ortadan kalkabilir. Doktrinde, bu durumlar; genellikle mücbir sebep, beklenmeyen hal, üçüncü kişinin davranışı (kusuru) ve zarar görenin davranışı (kusuru) olarak sayılmaktadır. Bazen bu durumlara ek olarak, tazmini gereken zararın bulunmaması, zararlar idari faaliyet arasında illiyet bağı kurulamaması ve idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması da sayılmaktadır.²⁰ Danıştay da bu durumları, tazmin yükümlülüğünü kaldıran durumlar arasında saymaktadır:

“... ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararın zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, idarece öngörülemez ve önlenemeyecek mücbir sebeplerden kaynaklanması, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulamaması, idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması gibi durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğü ortadan kalkar.”²¹

Çağlayan, idari faaliyet ve zarar arasındaki illiyet bağı ve zararın olmamasını, sorumluluğu ortadan kaldıran haller arasında sayan yazarları eleştirmekte; bu iki durumun sorumluluk şartı olduğunu belirtmektedir.²²

Mücbir sebep ve beklenmeyen hal, sorumluluğu kaldırırken, zarar görenin davranışı (kusuru) ve üçüncü kişinin davranışı (kusuru), idarenin sorumluluğunu azaltabilir ya da kaldırabilir.²³ Mücbir sebep ve zarar görenin davranışı, idarenin hem kusurlu ve kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırabilirken, üçüncü kişinin davranışı ve beklenmeyen hal, idarenin sadece kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.²⁴

1-Mücbir Sebep

Mücbir sebep, idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülemez ve önlenmesi mümkün olmayan, kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsız kılan hadiselerdir.²⁵

²⁰ Yüksel Esin, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları-İkinci Kitap: Esas**, 2. bs. Ankara, Güven Matbaası, 1976, s. 212 vd.; Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında; Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 136 vd.; Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku** 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 781 vd.

²¹ Dan. 10. D., T. 23.11.2020, E. 2015/1623, K. 2020/5167. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

²² Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 180 vd.,

²³ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 179, dn. 414.

²⁴ Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, **Teori ve Yargı Kararları Işığında; İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 208.

²⁵ Günday, **İdare Hukuku**, s. 384.

Deprem, sel, yıldırım düşmesi, heyelan, çığ, ihtilal, salgın hastalıklar mücbir sebeptir.²⁶

Mücbir sebebin üç unsuru; öngörülemezlik, önlenemezlik ve dışsallıktır. Mücbir sebepten söz edebilmek için bu üç unsurun birlikte bulunması gerekmektedir.²⁷ Dışsallık, gerçekleşen olayın, idarenin iradesinin ve idari faaliyetin dışında olmasıdır.²⁸ Yani bu olayların meydana gelmesine, idarenin dışındaki faktörler sebep olmaktadır. İdarenin önceden öngörmesinin mümkün olmaması, öncesinde tahmin edilememesi veya akla gelse bile sonuçlarının baştan kestirilemeyecek nitelikte olması aranmaktadır.²⁹ Önlenemezlik ile kastedilen ise olumlu ya da olumsuz tüm tedbirlere rağmen olayın önlenmeyecek olmasıdır.³⁰

Fransız Danıştay, mücbir sebeplerin varlığını istisnai halde kabul etmektedir.³¹ Örneğin, aynı bölgede alışlagelmiş olandan daha sonraki bir tarihte tekrar eden olaylar bu sınıflandırmanın dışında bırakılmaktadır.³²

Mücbir sebep, özel hukukta kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum olduğu gibi idarenin de sorumluluğunu kaldıran bir durumdur. Mücbir sebep, idarenin hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğunu kaldırır.³³ Ancak idarenin sorumluluğunu kaldıran mücbir sebepler, idarenin gücünün artması ve teknolojik gelişmeler sonrasında giderek sınırlandırılmaktadır.³⁴ Örneğin, depreme ilişkin verilen kararlarda bu durum görülmektedir.³⁵ Mücbir sebebin oluşturduğu

²⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966 s. 1719.

²⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1351.

²⁸ René Chapus, **Droit administratif général**, Paris, Montchrestien, C: 1, 15. Bs., 2001, s.1248. Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1348; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1720.

²⁹ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 50.

³⁰ a.e., s. 55.

³¹ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 7. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 210.

³² Darcy Gilles, Michel Paillet, “La responsabilité administrative” in Droit Public, Tome 2 Droit administratif, 3me édition, Economica, Paris 1995, s. 664. Aktaran: Atay ve Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu**, s. 211.

³³ Günday, **İdare Hukuku**, s. 384.

³⁴ Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, **MÜHAD**, C. 25, S. 2, s. 1523.

³⁵ Yıldırım, **a.g.e.**, s.1523.

zararı, idarenin ağırlaştırdığı hallerde, idare davranışı ile orantılı olarak zarardan sorumludur.³⁶

2-Beklenmeyen Hal

İdarenin sorumluluğunu etkileyen hallerden biri olan beklenmeyen haller de idarenin idari faaliyetleri içinde ve sırasında ve idarenin iradesi dışında oluşan ve öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır.³⁷ Beklenmeyen halin üç unsuru; içsellik, öngörülemezlik ve önlenemezliktir.³⁸ Öngörülemezlik, olayın önceden tahmin edilememesidir.³⁹ Örneğin, bakımsızlık sebebiyle köprünün çökmesi, mühendislik hatasıyla binanın yıkılması gibi hallerde bu şartın sağlanmadığı kabul edilir.⁴⁰ Önlenemezlik, gerekli tüm tedbirler alınsa dahi bir olayın engellenememesidir.⁴¹

Mücbir sebep ve beklenmeyen hal kavramı birbirine çok benzemektedir. Beklenmeyen halin mücbir sebepten ayrılan noktası, içsellik unsurudur. Yani, mücbir sebepler, idarenin faaliyetinin dışında gerçekleşirken, beklenmeyen haller ise idari faaliyetin içinde meydana gelir.⁴² Bu hallere; idareye ait bir taşıtın lastiğinin patlaması, idari tesiste yangın çıkması, elektrik kontağı gibi örnekler verilmektedir.

Mücbir sebep ve beklenmeyen hal, özel hukuk ve adli yargıda birbirinden tamamen ayrılmış değildir.⁴³ İdare hukukunda ise bu iki durum birbirinden ayrılmış ve ayrı sonuçlara bağlanmıştır.⁴⁴ Beklenmeyen hal, idarenin kusura dayalı sorumluluğunu ortadan kaldırırken,⁴⁵ idarenin kusursuz sorumluluk hallerini ortadan kaldırmaz.⁴⁶

³⁶ Michel Paillet, **La responsabilité administrative**, Dalloz, Paris, 1996, s. 51. Aktaran: Atay ve Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu**, s. 212.

³⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1719; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s. 385.

³⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1355.

³⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1356.

⁴⁰ a.y.

⁴¹ a.y.

⁴² a.y.

⁴³ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 193.

⁴⁴ Gilles Lebreton, **Droit Administratif Générale**, 2. Éd, Paris, 2000, s. 331. Aktaran: Çağlayan, **a.g.e.**, s. 193.

⁴⁵ Chapus, **ag.e.**, s.1250. Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1357.

⁴⁶ Conseil d'Etat, T. 28.11.1986, Communauté urbain de Lille, DA 1987. Nakleden: Chapus'tan Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1357.

3-Üçüncü Kişinin Davranışı

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplerden biri de üçüncü kişinin davranışı (kusuru)dur. Üçüncü kişi, zarar veren idarenin ve zarar görenin dışında olan kişidir.⁴⁷

Özel hukukta üçüncü kişinin kusuru ile zarar görenin kusuru arasında şu şekilde bir ayırım yapılmaktadır: üçüncü kişinin kusuru, tazminatın belirlenmesinde etkili bir sebepken (TBK m. 51/1), zarar görenin kusuru, tazminatın tenkisi (TBK md. 52/1) için bir sebeptir.⁴⁸ Bu durum, idare hukukunda geçerli değildir. Üçüncü kişinin davranışını, idarenin kusura dayalı sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu bakımından farklı değerlendirmek gerekir. İdarenin kusur sorumluluğunda, üçüncü kişinin davranışı, idarenin sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırabilmektedir. Fransız uygulamasına göre zararın meydana gelmesinde, idarenin kusuru ile birlikte üçüncü kişinin davranışı (kusuru) söz konusu olduğu durumlarda, idare, yalnızca kusuru oranında sorumludur.⁴⁹ Kusursuz sorumlulukta ise, üçüncü kişinin kusuru, idarenin sorumluluğunu azaltmaz ya da kaldırmaz⁵⁰ Ancak idare, ödediği miktarı üçüncü kişiye rücu edebilir.⁵¹

4-Zarar Görenin Davranışı

Zarar görenin davranışı, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi idarenin sorumluluğunu azaltan veya kaldıran bir durumdur. Zarar görenin, doğan zarara katkısı nispetince, idarenin sorumluluğu azalır veya kalkar. Zarar görenin kusuru, idarenin hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluğunu etkileyen bir durumdur.

II- ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI

A-KAVRAM VE KAVRAMA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

⁴⁷ Atay, **İdare Hukuku**, s. 719.

⁴⁸ Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012. s. 66.

⁴⁹ Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 467.

⁵⁰ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 80; Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 468; Günday, **İdare Hukuku**, s. 260; Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 333.

⁵¹ Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 468.

Tazminat hukukunda amaç, zarar görenin zararının tam olarak tazmin edilmesi, yani zarar görenin, zarardan önceki durumuna getirilmesidir. Ancak zararın meydana gelmesinde, zarar görenin de payı varsa, zarar verenden zararın tamamının tazmin edilmesi beklenemez.

Zarar görenin davranışı, özel hukukta, TBK Madde 52’ye⁵² dayandırılmaktadır. İdari yargıda ise bu yönde genel bir düzenleme yoktur. Kavram, yargı içtihatlarıyla gelişmiştir. Kavramın kapsamı ve kullanım alanları her iki hukuk alanında farklılaşabilmektedir. Bu kavramları, kapsamı dar olandan geniş olana doğru; müterafik kusur, zarar görenin kusuru ve zarar görenin davranışı başlıkları altında detaylı şekilde inceleyeceğiz.

1-Müterafik Kusur

Müterafik, kelime anlamı olarak, “birlikte, bir arada bulunan” anlamına gelmektedir.⁵³ Müterafik kusur ifadesi yerine, ortak kusur⁵⁴, birlikte kusur⁵⁵, bölüşük kusur⁵⁶ ve zarara birlikte sebep olma gibi ifadeler de kullanılabilir.

Danıştay, müterafik kusurun tanımını, “*Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın, zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir.*”⁵⁷ şeklinde yapmaktadır. Bazı kararlarında ise konuyu, şu şekilde değerlendirmektedir:

“Zararın doğuşunda, çoğalmasında veya önlenmemesinde idare yanında zarar görenin de eşlik eden (müterafik) kusuru varsa, bu durum ödenecek tazminat tutarını eksiltici bir neden olur. Zarar görenin eyleminin, zararın doğmasında başlıca etken

⁵² **TBK Madde 52-** “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

⁵³ Kubbealtı Lugatı’nda kelime, “*müterâfik*” şeklinde yazılmıştır. (Çevrimiçi) <http://lugatim.com>, 06.06.2022.

⁵⁴ Örneğin, bazı Danıştay kararlarında ortak kusur kullanılmaktadır. Öğretideki örnekler için bkz: Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 189; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bs., Ankara, 2021, s.536.

⁵⁵ Örneğin, Dan. 8. D., E. T. 8.3.2017, 2015/11533, K. 2017/1451, sayılı kararında kullanılmıştır. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵⁶ Örneğin, Yar. 3. HD., T. 18.6.2014, E. 2014/3443 K. 2014/9866; Yar. 4. HD., T. 23.3.2010, E. 2009/6763, K. 2010/3248. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵⁷ Dan. 10. D., T. 16.06.2021, E. 2016/2401, K. 2021/3378; Dan. 10. D. T. E. 2019/10269, K. 2021/530; Dan. 6. D., T. 03.03.2021, E. 2020/10418 , K. 2021/2861; Dan. 8. D., T. 01.06.2021, E. 2020/663, K. 2021/2780. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

olduğu hallerde ise, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağı kalmaz ve idare sorumluluktan kurtulur.”⁵⁸

Mülga AYİM, konuyla ilgili benzeri bir değerlendirme yapmaktadır:

“... Zarar görenin eylemi, sadece zararın oluşumuna yardım eden veya onun genişlemesi sonucunu doğuran bir nitelik taşıyorsa, bu durumda zarar görenin müterafik kusurundan söz edilebilir... Şayet meydana gelen zarar, tamamen zarar görenin kendi eylemi sonucu doğmuşsa bu durumda idarinin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkmaktadır.”⁵⁹

Yargıtay’ın, Danıştay’ın yaptığı tanıma benzer bir tanım yaptığı kararları bulunmakla birlikte⁶⁰, bir kararında, konuya ilişkin değerlendirmeleri şu şekilde ortaya koymuştur:

“Bilindiği gibi, zararın meydana gelmesinde haksız eylemi işleyen kusuru ya da (olayımızda olduğu gibi) kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğu gerektiren olay yanında, kısmen zarara uğrayanın kendi kusuru da amel olmuş ise, tazminattan bir oranda indirim yapılması gerekir; eğer zarara uğrayanın kendi kusuru zararı yalnız başına doğurmuş ve illiyet rabitasını kesmiş bulunuyorsa hiçbir tazminata hükmolunamaz. Genellikle birlikte kusur olarak nitelenen bu kusur, akli basında (makul) bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı veya sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı rôle, etkisine ve derecesine göre zararı kısmen veya tamamen üzerine almalıdır.”⁶¹

Akyılmaz’a göre, “zarargörenin kendi kusuru (ortak kusuru, birlikte kusur, müterafik kusur), kendisine karşı yönelen idari davranıştan bir zarar doğmasına ya da doğan zararın artmasına sebep olan kusurdur. O halde zarargörenin, kendi kusurunun varlığından söz edebilmek için kendi davranışı ile olayın gerçekleşmesini kolaylaştırmış olması veya meydana gelen zararı önleyecek ya da azaltacak tedbirleri almamış, bulunması gerekir.”⁶²

⁵⁸ Dan. 14. D., T. 9.5.2018, E. 2018/1563 K. 2018/3511. Aynı yönde: Dan. 13. D., T. 10.4.2014, E. 2014/359, K. 2014/1380; Dan. 8. D., T. 15.2.2017, E. 2014/3574, K. 2017/827. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵⁹ AYİM 2. D., T. 07.10.1987, E. 1987/128, K. 1987/152 sayılı karar. Aynı yönde; AYİM 2. D., T. 21.01.1987, E. 1987/10, K. 1987/16. Aktaran: Celal Işıklar, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 609.

⁶⁰ Yar. 4. HD., T. 3.10.2012, E. 2012/8176, K. 2012/14105. “Bölüşük kusur, somut zararın meydana gelmesi veya artmasında davacının da etkili olmasını dolayısıyla kusurunun bulunduğunu ifade eden bir hukuki terimdir.” (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁶¹ Yar. 4. HD., T. 26.02.1979, E. 1978/5666, K. 1979/2516. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁶² Bahtiyar Akyılmaz, “Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, SÜSBE, Konya, 1991, s. 461.

Özgüldür'e göre *"Zararın doğuşunda, çoğalmasında veya önlenememesinde idare yanında zarar görenin de birlikte kusuru varsa; bu durum ödenecek tazminat tutarını eksiltecek bir neden olur. Zarar görenin eyleminin, zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde ise; zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağı kalmaz ve idare sorumluluktan kurtulur."*⁶³

Onar, kavrama ilişkin *"zararın doğrudan doğruya mağdurun fiilinden husule gelmesi"* şeklinde ayrı bir başlıkta inceleme yapmasına rağmen⁶⁴, eserinin devamında: *"mağdurun durumu, onun müterafik kusuru illiyet rabitasına ve dolayısıyla bu borcun doğumuna tesir ettiği ve hatta bazı hallerde mağdurun müterafik kusuru borcun doğumuna mani olduğu gibi mağdurun fiili illiyet rabitasının genişliğini de daraltabilir ve binaenaleyh tazminat miktarını azaltabilir."*⁶⁵ demektedir.

Görüldüğü üzere, kavrama ilişkin kullanımlar ve açıklamalar değişebilmekte, farklı durumlar farklı şekillerde nitelendirilebilmektedir. Bu çalışmada, aşağıda açıklanan gerekçelerle "müterafik kusur" kavramı asıl kavram olarak tercih edilmemiştir.⁶⁶

1- İdare hukukunda zarar görenin kusuru, sadece zararın oluşumuna yardım eden veya onun genişlemesine sebep olan bir nitelikteyse, zarar görenin müterafik kusurundan bahsedilmektedir. Buna karşılık, zarar görenin kusuru zararın tek nedeni ise bu durumda "müterafik kusur"dan söz edilemez.⁶⁷ Danıştay ve Mülga AYİM de ayrımı bu şekilde yapmaktadır. Müterafik kusur kavramı, zarar görenin eyleminin idarenin sorumluluğunu kaldırdığı haller bakımından yetersiz kalmaktadır

2- Özel hukuk doktrininde, bazı yazarlar müterafik kusur ifadesinin, yalnızca kusur sorumluluğu hallerinde kullanılabileceğini belirtmektedir.⁶⁸ İdare hukuku

⁶³ İl Han Özay, **Günlük Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 876. (Bölüm yazarı: Serdar Özgüldür)

⁶⁴ Bkz. Onar, **a.g.e.**, C. III, s. 1721.

⁶⁵ **a.g.e.**, s. 1746.

⁶⁶ Her ne kadar tez başlığında parantez içinde Müterafik kusur ifadesi kullanılmışsa da bu durum, literatür taramasında kolaylık sağlanması için tercih edilmiştir.

⁶⁷ Tandoğan, **Me'suliyet**, s. 319. Tandoğan, mağdurun kusurunun illiyet bağıni kestiği hallerde, bu kusurun zararın amili telakki edildiğinden müterafik kusurdan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde, Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 101.

⁶⁸ Eren, **Uygun İlliyet**, s. 189; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 319; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996, s. 86; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 35.

doktrinde, Çağlayan da aynı görüştedir.⁶⁹ Bu görüşün temelinde, kusursuz sorumluluk hâllerinde zarar verenin kusurunun bulunmaması nedeniyle, zarar görenle “birlikte” kusurun varlığından söz edilemeyeceği düşüncesi yer almaktadır. Ancak Danıştay ve Mülga AYİM de idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandığı bazı kararlarında, zarar görenin kusuru için müterafik kusur kavramını kullanabilmektedir.⁷⁰ Kanaatimizce, kusursuz sorumluluk hallerinde, müterafik kusur ifadesinin kullanılması, hukuk tekniği açısından isabetli değildir.

3- Müterafik kusur, genel kabule göre; zarara birlikte sebep olma, zararın önlememesine sebep olma ya da doğmuş bir zararın artmasına sebep olma şeklinde üç biçimde ortaya çıkabilmektedir. Özel hukukta bazı yazarlarca, gerçek müterafik kusurun sadece zararın doğumuna etki etmesi şeklinde ortaya çıkan zarar görenin kusuru olduğunu, bu kavramın, doğmuş zararı arttırma şeklinde ortaya çıkan kusurdan ayrılarak kullanılması gerektiği savunulmaktadır.⁷¹ Danıştay ve Mülga AYİM ise böyle bir ayırım yapmamakta, zararı arttırma şeklinde gerçekleşen ya da önleyememeye katkı şeklinde gerçekleşen kusuru da müterafik kusur olarak nitelendirmektedir. Kanaatimizce de böyle bir ayrıma gidilmesine gerek bulunmamaktadır

4- Danıştay, istisnai olarak veya sehven bazı kararlarında müterafik/ortak/birlikte kusur kavramlarını, idarelerin zarar görene karşı birlikte kusurlu olduğu haller için de kullanabilmektedir.⁷²

Bu gerekçelerle, çalışmanın asıl başlığında müterafik kusur ifadesi tercih edilmese de⁷³ bu ifade, idarenin kusur sorumluluğunun bulunduğu hallerde, zararın meydana gelmesinde veya artmasında, zarar görenin de idare ile birlikte etkili olduğu

⁶⁹ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s.199, dp.528.

⁷⁰ Bkz: Dan. 10. D., T. 16.9.2020, E. 2017/1428, K. 2020/3029; 10. D., E. 2016/431 K. 2021/72 T. 19.1.2021; 10. D., E. 2015/2754 K. 2020/3033 T. 16.9.2020; 10. D., E. 2015/1744 K. 2020/3032 T. 16.9.2020; AYİM 2.D., T. 7.12.2000, E. 2000/453, 2000/875; AYİM 2.D, T. 31.01.2007, E. 2004/416, K. 2007/116.

⁷¹ Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 101; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 35.

⁷² Dan. İDDK., T. 4.3.2021, E. 2020/1621 K. 2021/394.

⁷³ Başlıktaki, parantez içi kullanımın yalnızca literatür taraması bakımından kolaylık sağlanması için kullanıldığı yukarıda belirtilmiştir.

ve idarenin sorumluluğunun ortadan kalkmadığı durumlarla sınırlı olarak kullanılacaktır.

2-Zarar Görenin Kusuru

İdare hukuku doktrinde, zarar görenin kusuru kavramı, birçok yazar tarafından zarar görenin kusuru/mağdurun kusuru/zarara uğrayanın kusuru başlığı altında incelenmektedir.⁷⁴ ⁷⁵ Fransız doktrinde de kavramı karşılamak için zarar görenin kusuru (faute de la victime) kavramının kullanıldığı belirtilmektedir.⁷⁶

Özel hukuk doktrinde kavram, zarar görenin kusuru başlığı altında da incelenebilmektedir.⁷⁷

Özel hukuk doktrinde bazı yazarlar, zarar görenin kusurunu, makul bir kişinin kendi menfaati gereği zarar görmemek için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir davranış tarzı olarak tanımlamaktadır.”⁷⁸

Baysal ise zarar görenin kusurunu: *“Zarar görenin kusurlu davranışı, hukuk düzeninin zarar görenden makul olarak beklediği, zararın ortaya çıkmaması veya artmaması için gereken özeni göstermemiş olmasıdır.”*⁷⁹ şeklinde tanımlamaktadır.

Bu tanım, müterafik kusur tanımından daha geniş olup, zarar verenin sorumluluğunu kaldıran zarar görenin davranışlarını da kapsamaktadır. Ayrıca “birlikte kusur” anlamını veren bir ifade olmadığından, zarar verenin kusursuz

⁷⁴ Bkz: Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 36. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 328; Tan, Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 466; Günday, **İdare Hukuku**, s. 369; Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, 332; Atay, **İdare Hukuku**, s. 714; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, C. II, 5. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 373; Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.265; Ömer Anayurt, “Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara, 1989, s. 126.

⁷⁵ Özay ise müterafik kusur ifadesini kullanmaktadır. Bkz: İl Han Özay, **Yargısal Korunma**, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 3. Bs., 1999, s. 140.

⁷⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s.1357, dn. 1417; Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 196.

⁷⁷ Örneğin; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**; Yeliz Karan, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2010.

⁷⁸ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 319. Eren de aynı yönde “Müterafik kusur; aynı şartlar altındaki makul, dürüst ve ortalama bir kişinin, kendi menfaati icabı, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir davranış tarzını ifade etmektedir.” tanımını yapmıştır. Bkz: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 657.

⁷⁹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 105.

sorumluluğunun bulunduğu hallerde de kullanılabilir. Dolayısıyla kanaatimizce, zarar görenin kusuru ifadesi, müterafik kusur kavramından daha geniş bir kavramdır. Ancak zarar görenin kusuru kavramı da idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran davranışların tümünü kapsar nitelikte değildir. Çünkü zarar görenin davranışının, idarenin sorumluluğunu kaldırması için mutlaka kusurlu olmasına gerek yoktur. Bu noktada yeri gelmişken, özel hukuk doktrininde zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olup olmadığı hususunun da tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Zarar görenin kusuruna yasal dayanak olarak gösterilen TBK Madde 52/1’de kusur ifadesi geçmemektedir. “*Buna rağmen öğretide ve uygulamada hükmü karşılamak üzere “kusur” kavramı kullanılmaktadır.*”⁸⁰ Doktrinde bu kavram, genellikle zarar görenin kusuru, birlikte kusur veya müterafik kusur şeklinde kullanılsa da özel hukuk doktrininde, baskın görüşe göre buradaki kusur, teknik bir kusur değildir.⁸¹ Bu görüşe sahip yazarlar, kusuru, hukuken kınanabilir bir davranış olarak tanımladıklarından; kusuru, hukuka aykırılıkla bağdaştırmaktadırlar. Bu sebeple, bu görüşte olan yazarlarca, kişinin kendisine yönelik davranışının hukuka aykırı olamayacağı gerekçesiyle, zarar görenin teknik olarak bir kusurunun söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir.⁸² Bu görüşteki yazarlar, zarar görenin kusurunu teknik anlamda kusur olarak kabul etmemekle birlikte, kusura ilişkin ilkelerin kıyasen uygulanacağını belirtmektedirler.^{83 84}

Zarar görenin kusurunu, teknik açıdan kusur olarak gören yazarlar, kusurun, hukuka aykırılıktan bağımsız ele alınması gerektiğini öne sürmektedir.⁸⁵ Bu görüşe göre, kişi, kendisinden beklenen makul özeni göstermediği takdirde kusurlu olacaktır,

⁸⁰ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 31.

⁸¹ Eren, **Uygun İlliyet**, s. 189; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 86/87; Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 99.

⁸² Eren, **Uygun İlliyet**; s. 189; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 86; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 318, dn. 11.

⁸³ Eren, **Uygun İlliyet**, s. 189; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 86; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 320; Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 99.

⁸⁴ Zarar görenin kusurunu teknik açıdan kusur kabul eden yazarlar, kusura ilişkin ilkeleri, zarar görenin kusuru bakımından da kabul ederler. Teknik açıdan kusur kabul etmeyen yazarlar ise kusura ilişkin ilkeleri kıyasen uyguladığından, pratikte sonucu değiştiren bir durum yoktur. Baysal, bu tartışmanın pratik öneminden ziyade teorik bir öneminin olduğunu belirtmektedir. Bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 34.

⁸⁵ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 104; Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007, s. 201.

bu davranışın ayrıca hukuka aykırı olması gerekmez.⁸⁶ Kişi, bu makul özeni göstermediğinde, buna yol açan davranış mutlak bir hakkı veya bir hukuk kuralını ihlâl etmediği için hukuka aykırı sayılmasa bile bu davranışın yine de bazı sonuçları doğacaktır.⁸⁷ Bu görüşteki yazarlara göre, zarar görenin kusuru, zaten teknik olarak da bir kusur olduğundan, kusura ilişkin ilkeler, zarar görenin kusuru bakımından doğrudan uygulanır.⁸⁸

Tüm bu tartışmalar sebebiyle, çalışmada, asıl başlık olarak zarar görenin kusuru kavramı da tercih edilmemiştir. Ancak zarar görenin kusursuz davranışta bulunduğu haller hariç tutularak, zarar görenin kusuru kavramı da çalışmada kullanılmıştır.

3- Zarar Görenin Davranışı/Eylemi/Fiili

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, idare hukuku doktrininde, zarar görenin/mağdurun/zarara uğrayanın kusuru kavramını kullanan yazarlar olduğu gibi zarar görenin davranışı/fiili/eylemi kavramını kullanan yazarlar da vardır.⁸⁹ Özel hukuk doktrininde ise bu tartışmalar yoktur. Zira doktrine göre, zarar görenin davranışının illiyet bağıni kesecek nitelikteki davranışı, salt illiyet bağı sorunudur.⁹⁰ Bu sebeple de bu davranışın kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur.⁹¹

İdare hukuku doktrinine baktığımızda ise yukarıda da belirttiğimiz gibi, Onar, “zararın doğrudan doğruya mağdurun fiilinden husule gelmesi” ifadesini kullandığı gibi⁹², aynı eserde “müterafik kusurun borcun doğumuna engel olabileceği” değerlendirmesini de yapmıştır.⁹³ Duran da bir eserinde, konuya ilişkin incelemeyi, zarar görenlerin eylemi ve kusuru başlığı altında yapmıştır.⁹⁴

⁸⁶ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 33.

⁸⁷ Baysal, **a.e.**, s. 33.

⁸⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 86; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, 119-120; Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 110.

⁸⁹ Esin, **Esas**, C. II, s. 220; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 783; Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s.1359.

⁹⁰ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 40; Tandoğan, **Me’suliyet**, s. 319.

⁹¹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 40.

⁹² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1721.

⁹³ Onar, **a.g.e.**, s. 1746.

⁹⁴ Bkz. Lütfü Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, (içindekiler).

Gözler, idarenin sorumluluğunun tamamen veya kısmen ortadan kalkması için zarar görenin davranışının kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi olmadığını belirterek, bu kavram için zarar görenin davranışı ifadesinin kullanılmasının yerinde olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁵

Danıştay da zarar görenin eyleminin, idarenin sorumluluğuna etki etmesi için, mutlaka kusurlu olmasını aramamaktadır.

Doktrinde, bu görüşe aksi yönde, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin zarar görmesi durumunda kusurun değil; davranışın esas alınmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı görüşü de savunulmaktadır.⁹⁶ Yazar, kusurdan bağımsız olarak yalnızca davranışın esas alınması durumunda, kusur atfedilemeyecek olan ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin davranışlarının illiyet bağıını keserek ve idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracağını; kusurun esas alınması halinde idarenin sorumluluk alanının genişlediğini; salt davranışın esas alınması halinde idarenin sorumluluk alanının daralacağını belirtmektedir.⁹⁷ Belirtelim ki, Eren de aynı yönde, illiyet bağıını, ancak zarar görenin kusurlu bir davranışının kesebileceği görüşündedir.⁹⁸

İdarenin sorumluluğunun unsurlarından biri, illiyet bağıdır.⁹⁹ Hatta bu şart, temel ve niteliği ne olursa olsun, her türlü sorumluluk bakımından büyük anlam taşımaktadır.¹⁰⁰ İlliyet bağıının kurulmadığı aşamada, kusur değerlendirmesi yapmak makul değildir. İlliyet bağıının kesilmesi için davranışın kusurlu ya da kusursuz olmasının bir önemi yoktur.

Tüm bu sebeplerle, bu çalışmada, üst kavram olarak zarar görenin davranışı ifadesi tercih edilmiştir. Davranış/fiil/eylem ifadeleri arasında davranış ifadesini seçmemizin sebebi ise davranış ifadesinin fiil ve eyleme göre daha geniş ve kapsayıcı olmasıdır. Bu anlamda aşağıda detaylı izah edileceği üzere, zarar görenin

⁹⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, s.1359 dp:1417.

⁹⁶ Ahmet Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 157.

⁹⁷ **a.y.**

⁹⁸ Bkz. Eren, **Uygun İlliyet**, s. 200.

⁹⁹ İdarenin sosyal risk ilkesinde illiyet bağıının aranmadığına ilişkin açıklamalar için s. 80 vd.

¹⁰⁰ Eren, **Uygun İlliyet**, s. 2.

eylemsizlikleri de zarar görene kusur olarak izafe edilebilmektedir. Bu sebeple, davranış ifadesinin daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

B-TEORİK VE PRATİK TEMEL

Özel hukukta, zarar görenin davranışının sorumluluğu kaldırması veya azaltmasının yasal dayanağının TBK Madde 52/1 olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştik. Bununla birlikte, bu hüküm, TMK Madde 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralının, sorumluluk hukukundaki özel bir görünüm şeklidir.¹⁰¹ Dolayısıyla aslında bu kuralın, dürüstlük kuralının bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰² Ayrıca zarar görenin davranışı (kusuru) sebebiyle tazminat miktarından indirim yapılmasının altında, kimsenin kendi kusurundan yararlanamaması, sosyal düşünce ve kamu yararı gibi sebepler de bulunmaktadır.¹⁰³ Zarar görenlerin kusurlu davranışlarında zararlarının tamamıyla tazmin edilemeyeceğini bilmeleri, onları zarara karşı daha tedbirli ve özenli olmaya da teşvik etmektedir.¹⁰⁴ Kanun koyucunun zararın tamamıyla tazminini her koşulda kabul etmesinin, zarar görenin alacağı tedbirlerin ihmeline yol açacağını belirtilmektedir.¹⁰⁵ Bu durum da kamu yararına ve sosyal düşünceye aykırı olabilecektir.¹⁰⁶

Bu değerlendirmelerin, idare hukukunda da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Hatta idare hukuku bakımından zarar veren idarenin zararı tazmin ederken, idarenin kamusal kaynaklarını kullandığı gözetildiğinde, bu durumun daha kuvvetli bir gerekçe olduğunu söylemek dahi mümkündür. Zarar görenin kusurlu davranışının, tüm topluma mal edilmesi hakkaniyete ve kamu yararına uygun değildir. Ancak zarar verenin idare olduğu gözetildiğinde de değerlendirmenin iki özel hukuk kişisine göre daha ihtiyatlı yapılması gerektiği de açıktır. Dolayısıyla bu noktada dengenin kurulması gereklidir.

¹⁰¹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 29.

¹⁰² Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 99; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 29; Deschenaux/ Tercier, Çev. Salim Özdemir, **Sorumluluk Hukuku**, s. 205.

¹⁰³ Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 99-100. Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku; Sözleşme Dışı Sorumluluk**, C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s.127.

¹⁰⁴ Von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 99.

¹⁰⁵ Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 101. Aynı gerekçe yargı makamları bakımından da geçerlidir.

¹⁰⁶ a.y.

Danıştay da kavramın temeli bakımından, özel hukuk doktrinine ve TMK Madde 2'ye atıfta bulunmaktadır:

“... Anılan Kanun hükmünün ‘Hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz’ ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilke hak ve adalet düşüncesine de [4271 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2] uygun düşmektedir. Zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli, payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir. (Oser/ Schönerberger, Borçlar Hukuku, Adalet Bakanlığı yayını, Recai Seçkin çevirisi, s. 409).”¹⁰⁷

İdarenin sorumluluğu bakımından zarar görenin kusurunun, tazminatta indirim sebebi teşkil etmesi; dürüstlük kuralına, hakkaniyete ve kamu yararına dayandırılabilir.

C-İDARİ YARGI KARARLARINDA ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞINA YAKLAŞIM

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, zarar görenin davranışı, asıl olarak özel hukukta gelişmiş bir kavramdır. İdare hukukunda, zarar görenin kusuru konusunda özel hukuka göre farklılıklar görülebilmektedir. Bunların bir kısmına, yukarıda kavram başlığı altında yer vermiştik.

Atay, idari yargıcın, müterafik kusur kavramına yalnız zarar göreni değil aynı zamanda zarar görenle sıkı ilişkide bulunan kişilerin davranışlarını ve hatalarını da dâhil ettiğini belirtmektedir.¹⁰⁸ Bu kapsamda, eşlerden birinin kusurlu davranışı diğerini, görevlendirilen kişinin hatası işvereni, ebeveynlerin hatası da çocukları bağlayabilmektedir.¹⁰⁹ Gerçekten de Danıştay, zarar görenin kusuru kapsamında yasal temsilcinin, aile fertlerinin ve işveren yönünden işçinin kusurlarını da bu kapsamda değerlendirebilmektedir. Buna benzer yönde özel hukukta da görevlendirilen kişinin kusuru, zarar gören işverenin kusuru değerlendirilmektedir.¹¹⁰

Özel hukuk doktrininde, kanuni temsilcinin denetim görevini yerine getirmemesi, ayırt etme gücünden mahrum olan kişiye kendi kusuru olarak izafe

¹⁰⁷ Dan. 10. D., T. 16.2.2022, E. 2021/6855, K. 2022/772. Aynı yönde 10. D., T. 16.2.2022, E. 2021/6097, K. 2022/773; 10. D., T. 16.2.2022, E. 2021/6103, K. 2022/774. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

¹⁰⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s.718.

¹⁰⁹ Atay, **a.y.**

¹¹⁰ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 324; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 119.

edilemeyeceği gibi, eşlerden birinin kusuru da diğerine izafe edilemez. Ancak kanuni temsilcinin bu görevi yerine getirmemesi, bir kusur olarak meydana geliyorsa, bu durum, üçüncü kişinin kusuru olarak tazminatta indirim veya tazminatı kaldırma sebebi olabilir.¹¹¹

Özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da zarar görenin kusurlu davranışı, idarenin hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğunu etkilemektedir. Ancak özel hukukta, sorumlunun kusursuz sorumluluğunun ortadan kalkması için zarar görenin ağır kusuru aranmaktadır. Danıştay, idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde zarar görenin kusurunu daha tavizsiz biçimde değerlendirmektedir. Mülga AYİM ise idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hallerde, zarar görenin davranışını, Danıştay’a göre daha esnek değerlendirmektedir.

Fransız Danıştay’ın zarara uğrayan kişinin davranışlarının değerlendirilmesinde çok katı bir tavır sergilediği belirtilmektedir.¹¹² Türk Danıştay’ı da bazı durumlarda zarar görenin davranışını daha katı değerlendirebilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi kusursuz sorumluluk halleri bu konuda örnektir.

Müterafik kusur ya da birlikte kusur kavramları, Danıştay’ın farklı dairelerince, zarar görenin kusuru dışında, “birlikte” anlamına odaklanarak kullanılabilir. Örneğin aynı olay sebebiyle idare ile birlikte üçüncü kişinin kusuru mevcutsa müterafik kusur, ortak kusur veya birlikte kusur kavramları kullanılabilir.

-Örneğin, İDDK bir kararında, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“... davaya konu özel anaokulunun 2011 yılından sonra olayın meydana geldiği tarihe kadar denetlenmemiş olması, olay nedeniyle görevlendirilen müfettiş tarafından hazırlanan raporda, anılan okulun olayın meydana geldiği yaz döneminde izin alınmadan açılması, mevzuat gereğince kaydı yapılmaması gereken davacının okula kabul edilmesi, zarar verici olayın vuku bulduğu uyku odasının yerleşim planında derslik olarak gösterilmesi şeklinde aykırılıkların tespit edilmiş olması ve rutin denetimle giderilebilecek bu aykırılıkların zarar verici olayın meydana gelmesine doğrudan etki edebilecek nitelikte bulunması karşısında, davalı idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Öte yandan; dava konusu olay kapsamında, anaokulu veya çalışanları aleyhine adli yargıda açılan tazminat davası gözönünde bulundurularak, davalı idare yanında bu

¹¹¹ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 325; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 199.

¹¹² Atay, Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu**, s. 212.

kişilerin de kusurlarının bulunduğu kabul edilmek suretiyle, belirlenecek müterafik kusur oranına göre, davalı idarenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiği açıktır.”¹¹³

Görüldüğü üzere, kararda, idare ile birlikte kamu hizmetini gören üçüncü kişinin kusuru, müterafik kusur olarak değerlendirilmiştir.

-8. Daire'nin bir kararına sunulan karşı oyda, müterafik kusura ilişkin “Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın, zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir.” tanımı yapıldıktan sonra, şu değerlendirmelerde bulunulmuştur:

“...olayın üçüncü kişinin eyleminden kaynaklanması nedeniyle olayda müterafik kusuru olduğu tartışmasızdır.

Bu itibarla; dava konusu olayda hem idarenin hem de 3. kişinin kusurlu olduğu (müterafik kusur) sonucuna varıldığından, olayda davalı idarenin ve 3. kişinin kusur oranları tespit edilerek, idarenin kusur oranı dikkate alınmak suretiyle tazminat hesaplanması gerekmektedir. (...) verilen çoğunluk kararına katılmıyoruz.”¹¹⁴

Karşı oyda, müterafik kusur zarar görenin zararın meydana gelmesine veya artmasına kendi davranışıyla katkıda bulunması şeklinde tanımlanmış olmasına rağmen, varılan sonuçta üçüncü kişinin kusurunun da müterafik kusur kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Benzer biçimde, uygulamada birlikte kusur kavramının da zarar görenin kusuru dışında üçüncü kişilerin kusurunu ifade edecek şekilde kullanıldığı örneklerle karşılaşılmaktadır. Oysa müterafik kusur, teknik anlamda yalnızca zarar görenin kusurunu ifade etmekte olup, üçüncü kişilerin kusurunu kapsayacak şekilde kullanılması kavramsal olarak isabetsizlik doğurmaktadır.

D- ZARAR GÖRENİN KONUMU VE İLİŞKİLİ KİŞİLER

İdarenin tazminat sorumluluğunun belirlenmesi bakımından zarar görenin konumu önemlidir. Bu konuda değerlendirmeler, zarar görenin konumuna göre ve idarenin kusurlu sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu yönünden değişebilmektedir.

1-Zarar Görenin Konumu

¹¹³ Dan. İDDK., T. 4.3.2021, E. 2020/162, K. 2021/394. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

¹¹⁴ Dan. 8. D., T. 01.06.2021, E. 2020/663, K. 2021/2780. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 10.06.2022.

Zarar gören olmaksızın bir zararın doğması mümkün değildir. İdare hukukunda zarar gören, idarenin faaliyetine bizzat katılan kişi¹¹⁵, hizmetten yararlanan kişi olabileceği gibi idari faaliyete yabancı üçüncü bir kişi de olabilir.

Danıştay tarafından bu durum, birçok kararda şu şekilde izah edilmektedir:

*“İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.”*¹¹⁶

Doktrinde de bu üç kategori ele alınmakta ve idarenin sorumluluğu bakımından, hizmetten doğrudan doğruya faydalananlar veya hizmetin harekete geçmesine sebep olanlar ile hizmete nazaran üçüncü kişi durumunda olanlar arasında bir ayırım yapıldığı belirtilmektedir.¹¹⁷ Bu ayırımı, kusur derecesi takdir ve tayin edilirken üçüncü kişilere karşı daha “cömert ve geniş” davranıldığı,¹¹⁸ hizmeti harekete geçiren veya hizmetten yararlanan kimseye karşı ise daha “sert ve titiz” davranıldığı belirtilmektedir.¹¹⁹ Özdemir, bu farklı tutumun sebebini şu şekilde açıklamaktadır:

*“Bu davranışın iki sebebi vardır. Üçüncü şahıs, hiçbir zaman idari teşebbüsün içine girmiş olmadığı için, kendisine verilen zarara karşılık kamu hizmetinin işlemesinden doğrudan doğruya bir menfaat sağlamamaktadır. Diğer yandan, idarenin faaliyet ve hareketleri sonucunda hizmete yabancı şahısların uğramış oldukları zararlarda, bunların hiçbir aktif hareketi zararın doğmasına tesir etmediği gibi bilakis bunlar hizmet karşısında pasif bir durumdadırlar.”*¹²⁰

*Danıştay içtihatlarına göre*¹²¹, hizmeti harekete geçiren bir kimse, bu hizmeti harekete geçirmekle birtakım tehlike ve zararların doğabileceğini de peşinen göze

¹¹⁵ Bu kişi genellikle idari personel olmakla birlikte bazı durumlarda gönüllü katılanlar da olabilir. Bkz: Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2. Bs, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 355, dn. 837.

¹¹⁶ Dan. 10. D., T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939; 10. D., E. 2010/736 K. 2014/2129 T. 7.4.2014; 10. D., T. 17.12.2020, E. 2015/1993, K. 2020/6518; İDDK., T. 4.3.2021, E. 2020/1621 K. 2021/394; 15. D., T. 05.03.2014, E. 2013/3849, K. 2014/1425; (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

¹¹⁷ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri” **İÜHF**, C: XV, S: 4, 1949, s. 869-870; Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 103; Onar, bu ayırımı amme hizmetlerinden idare ile aynı şekilde müsavi şartlar içinde istifade edici durumdakileri de dâhil etmektedir. Ancak bu halde idarenin kusurunun medeni hukuka tabi subjektif ve şahsi kusur olduğunu belirtmektedir. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1747 vd.

¹¹⁸ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 869-870; Aynı yönde Francis-Paul Benoit, **La Responsabilité De La Puissance Publique du Fait De La Police Administrative**, Paris, 1946 s. 24. Aktaran: Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s.103-104.

¹¹⁹ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 869. Özdemir de aynı durumu daha kıskanç davranıldığı şeklinde yorumlamaktadır. Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s.103-104.

¹²⁰ Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s.103-104; Onar da benzeri ifadelerle bu durumu aktarmaktadır. Bkz: Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1751.

¹²¹ Atıfta bulunulan kararlardan Fransız Danıştay’ının kastedildiği anlaşılmaktadır.

almış sayılır.¹²² Kanaatımıza göre bu konuda ifrada gitmemek gerekir. Hizmete başvurulması hukuken ve fiilen zorunlu görüldüğü durumlarda böyle bir farkın gözetilmesi asgari dereceye indirilmelidir.”¹²³

Bu tespit ve ayrımlar, asıl olarak Fransız Danıştayı bakımından yapılmıştır. Türk Danıştay’ının da kararlarında bu durumun nasıl değerlendirildiğini ortaya koymaya çalışılacaktır.

a-Zarar Görenin Hizmetten Yararlanan Olduğu ve Ağır Hizmet Kusurunun Sorumluluğun Şartı Olarak Arandığı Hallerde Sorumluluğa Etkisi

İdare hukukunda kural olarak, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için hizmet kusurunun varlığı yeterlidir. Ancak Danıştay içtihatlarında, bünyesinde yüksek derecede risk barındıran bazı kamu hizmetleri bakımından, zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olması halinde, idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için ağır hizmet kusurunun varlığı şartı aranmıştır.

Danıştay kararlarında bu yaklaşımın, özellikle sağlık hizmetleri ve kolluk hizmetleri gibi riskli nitelik taşıyan kamu hizmetleri bakımından benimsendiği görülmektedir. Bu kararlarda, zarar görenin hizmetten yararlanan durumda olması ile hizmetin riskli niteliği birlikte değerlendirilmekte; söz konusu hizmetlerden yararlanan kişilerin, hizmetin doğası gereği belirli riskleri peşinen kabullendikleri varsayılmaktadır.

Danıştay kararlarında bu durum, şu şekilde değerlendirilmektedir:

“İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”¹²⁴

“... idare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu kolluk hizmetinin riskli bir nitelik taşıması nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması, zararın, idarenin

¹²² Duez, **a.g.e.**, s. 45. Aktaran: Özdemir, “**Hizmet Kusuru Teorisi**”, s. 104.

¹²³ Özdemir, **a.e.**, s.104.

¹²⁴ Dan. İDDK., T. 24.11.2011, E. 2007/2113, K. 2011/1468; Aynı yönde bkz: 10. D., T. 19.9.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4230. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022

*ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır...*¹²⁵

Nitekim Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasının, zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması koşuluna bağlı olduğu ifade edilmiştir. Kararlarda yer alan bu kalıplaşmış ifadeler, ağır hizmet kusuru şartının, hizmetten yararlanan olmanın doğal bir sonucu olarak değil; esasen riskli nitelik taşıyan kamu hizmetlerinin kesintisiz ve etkin biçimde yürütülmesinin korunması amacıyla geliştirilmiş istisnai bir sorumluluk ölçütü olduğunu göstermektedir. Bu nedenle değerlendirmede belirleyici olan unsur, zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda bulunması değil, zararın riskli nitelik taşıyan bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelmiş olmasıdır.

Bununla birlikte, Danıştay 15. Dairesi (Mülga) tarafından 2015 ve sonrasında verilen kararlarda, ağır hizmet kusurunun aranması yaklaşımının terk edildiği görülmektedir. Aynı kalıplaşmış ifadelerdeki “*ağır hizmet kusuru*” ifadesini “*hizmet kusuru*” şeklinde değiştirmiştir.

*“İdare hukuku ilkeleri ve Dairemizin içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.”*¹²⁶

Ancak, Akgül'ün de isabetle belirttiği üzere, Danıştay'ın yıllardır sürdürdüğü yaklaşımı değiştirmesinin nedenini açıklanmamıştır.¹²⁷ Yazara göre aslında,

¹²⁵ Dan. 10. D., T. 23.12.2005, E. 2003/2087, K. 2005/8025; Dan. İDDK., T. 21.04.2011, E. 2007/1172, K. 2011/254. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 08.06.2022.

¹²⁶ Örneğin Dan. 15. D., T. 18.02.2015, E:2013/4361, K:2015/890 sayılı kararında: “İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.” Aynı yönde; 15. D., T. 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320; 15. D., T. 13.05.2015, E:2014/7569, K:2015/2820; 15. D., T. 04.06.2015, E. 2014/5822, K. 2015/3658; 10. D., T. 14.5.2019, E. 2019/3533, K. 2019/3884; 10. D., T. 30.9.2021, E. 2019/6893 K. 2021/4427; 10. D., T. 4.2.2021, E. 2020/6859 K. 2021/280. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 08.06.2022.

¹²⁷ Aydın Akgül, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı” **GÜHFD**, C. XX, S. 1, 2016, s.279.

Danıştay'ın 2015 yılındaki yeni içtihadına kadar olan uygulamalarına bakıldığında, hizmet kusuru ile ağır hizmet kusuru arasındaki ayrıma, belirgin biçimde uyulmadığını, her somut olayın durumuna göre değerlendirme yapıldığını da ifade etmektedir.¹²⁸ Kanaatimizce, bu uygulamanın kararlara lafzen de yansıdığı dikkate alındığı, hizmetten yararlananlara karşı “sert ve titiz” yaklaşımın değiştiği yorumu da yapılabilirse de buradaki asıl değişimin idarenin sorumluluğunun değerlendirilmesindeki değişimden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Gelinen aşamada, özellikle sağlık hizmetleri bakımından, zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olması idarenin sorumluluğunu ağır hizmet kusuru şartına bağlamamakta; bununla birlikte, bu durum söz konusu hizmetlerde idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği anlamına da gelmemektedir.

b- Zarar Görenin Hizmetten Yararlanan Olduğu ve Ağır Hizmet Kusurunun Aranmadığı Hallerde Sorumluluğa Etkisi

Zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda bulunması, idarenin sorumluluğu bakımından her durumda daha ağır bir kusur ölçütünün uygulanmasını gerektirmemektedir. Nitekim Danıştay kararları incelendiğinde, ağır hizmet kusurunun sorumluluğun şartı olarak aranmadığı kamu hizmetleri bakımından, zarar görenin hizmetten yararlanan olması hususuna özel bir vurgu yapılmadığı görülmektedir.

Bu tür hizmetlerde kusur değerlendirmesi yapılırken, zarar görenin konumundan ziyade, olayın meydana geliş biçimi ve zarar görenin somut davranışları esas alınmaktadır. Örneğin su, kanalizasyon ve benzeri altyapı hizmetlerinden yararlanan kişilerin uğradıkları zararlar bakımından, sırf hizmetten yararlanılıyor olması nedeniyle zarar görenin kusurunun daha ağır değerlendirildiği yönünde yerleşik bir içtihattan söz etmek mümkün değildir.

Bu bağlamda, ağır hizmet kusurunun aranmadığı hallerde, zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olması, idarenin sorumluluğunu daraltan veya kusur

¹²⁸ a.e., s. 281.

ölçütünü ağırlaştıran bağımsız bir kriter olarak kabul edilmemekte; kusur değerlendirmesi, her somut olayın özellikleri çerçevesinde yapılmaktadır.

c-Zarar Görenin Kamu Görevlisi Olması

Onar, idare ajanlarının, idare karşısında uğrayabileceği iki türlü zarar bulunduğunu; birinci halde zararın hukuki bir tasarruftan ve yetki tecavüzünden ileri gelebileceğini, ikinci olarak da zararın mesleki risk teorisi kapsamında doğabileceğini ifade etmektedir.¹²⁹ Bu zararların meydana gelmesinde, zarar görenin kusurunun da etkisi olabilir. Danıştay'ın bu hallerde zararın tazminine bakışı, idarenin kusurlu sorumluluğuna ve kusursuz sorumluluğuna göre değişmektedir. Mülga AYİM'in yaklaşımı ise daha farklıdır.

(1)-Danıştay Kararlarında Durumun Değerlendirilmesi

Danıştay, idarenin sorumluluk türüne göre farklı değerlendirmeler yapabilmektedir. Durumu, idarenin kusurunun olduğu haller ve olmadığı haller bakımından ayrı incelemek gerekir.

Danıştay, idarenin kusurunun olmadığı hallerde, kamu görevlisinin kurallara uymaması, tedbirsizliği, ihmali vb. sonucu doğan zarardan, idarenin sorumlu olmadığına karar verebilmektedir.¹³⁰ Bu haller dışında, Danıştay, kamu görevlisinin hizmeti yürütürken, hizmetle ilgili olan ancak kendisine görev olarak verilmeyen bir işin yerine getirildiği hallerde de idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar verebilmektedir.

Bu yaklaşımın dayanağı olarak açık bir ifadeyi, incelediğimiz Danıştay kararlarında göremesek de doktrinde Danıştay'ın hizmeti gerçekleştiren kişinin bu hizmetten doğacak olumsuz koşulları göze aldığı yönünde bir kabulü olduğu belirtilmektedir¹³¹

¹²⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1749.

¹³⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1362.

¹³¹ Duez, **a.g.e.** s. 41.Aktaran: Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 104.

Danıştay, bazı kararlarında, idarenin kusursuz sorumluluğundan doğan zararların tazmini için zararın personelin kişisel kusurundan doğmamış olması şartını aramıştır. Bu konu bakımından verdiği bazı kararlar şu şekildedir:

“İdare, kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinden ve düzenlenişinden kusuru olmasa bile kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla kamu ajanının çalışma gücündeki eksilme nedeniyle ortaya çıkan maddi zararı kusursuz sorumluluk ilkesine göre gidermekle yükümlüdür.”¹³²

“kamu görevlisi olan davacılar yakının, görev dönüşü içinde bulunduğu otobüsün kaza yapması sonucunda yaşamını yitirmesi nedeniyle yakınları olan davacıların uğramış olduğu manevi zararın, idarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinde ve düzenlenişinde kusuru olmasa bile, kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak şartıyla kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi gerektiği tartışmasızdır.”¹³³

Danıştay’ın, yaklaşımını, daha detaylı açıkladığı bir kararı şu şekildedir:

“Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen, kişisel kusurdan kaynaklanmayan zararların, bir kaç kişiye yükletilmeyip, kamuya pay edilmesi hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği olup; olayda idareye yüklenebilecek hizmet kusuru olmasa bile, zararın objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi olan idarece tazmini gerekmektedir.

Davalı idareye bağlı Tütün Fabrikasında elektrik teknisyeni olarak görev yapan davacılar murisi, 26.8.1979 tarihinde şalter onarımı yaptığı sırada, elindeki pensenin kısa devreye yolaçması üzerine meydana gelen patlama sonucu yaralanmış ve kaldırıldığı hastanede ölmüştür. Davacılar murisinin, olay günü raporlu olmakla birlikte, davalı idarece iddia edildiği gibi, kendiliğinden şalter onarımına kalkışmadığı; o gün görevli olan elektrik teknisyeninin gelmemesi nedeniyle,

¹³² Dan. 10. D., T. 23.06.1999, E. 1997/2596, K. 1999/3650. Aktaran: Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 21. bs. Bursa, Ekin Yayınları, 2019, s. 700; Aynı yönde: 15. D., T. 21.1.2015, E. 2014/5977 K. 2015/100. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

¹³³ Dan. 10. D., T. 19.6.2018, E. 2016/1573 K. 2018/2097. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022. Aynı yönde: Dan. 10. D., T. 16.09.2002, E. 2000/6171, K. 2002/2822 sayılı kararda “Emniyet Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak görev yapan davacılar murisinin, sürücüsü olarak idaresindeki resmi araçla verilen görevi ifa için... karayolunda seyir halinde iken, karşıdan gelen araç sürücüsünün kusuru nedeniyle hayatını kaybettiği, olay nedeniyle 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik gereğince, davacılar nakdi tazminat ödendiği, davalı idarenin ölen polis memurunun olay anında görevli olmadığına ilişkin bir iddiasının da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda idare, kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinde ve düzenlenişinde kusuru olmasa bile kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla ajanın ölümü nedeniyle ortaya çıkan zararın, yarar zarar denkleştirilmesi yapılarak giderilmeyen kısmının aynı davalı idarece kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiğinden, idare mahkemesince davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır. Öte yandan, davacıların destekten yoksun kalma tazminatı araştırılırken, 2330 sayılı Yasa uyarınca davacılar ödenecek nakdi tazminatın düşürülmesi ve 5434 sayılı Yasa uyarınca davacılar vazife malullüğü aylığı bağlanmış ise bu durumun da dikkate alınması gerekmektedir.” Aktaran: Mustafa Köksal, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Terör Olayları Nedeniyle İdari Yargıda Açılan Davalar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi S.B.E. , Kırıkkale, 2009, s. 101-102

çağrılması üzerine, sigara üretimine kola hazırlayan kolahaneyi besleyen şalteri onarmak için işyerine geldiği idari soruşturmaya ilişkin işlem dosyası nın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Cumhuriyet Savcılığınca yürütülen soruşturma sonunda, davacılar murisinin ana şalteri indirmeden alçak gerilim altında şalter onarımı yaptığı saptanmışsa da; Cumhuriyet Savcılığınca yaptırılan bilirkişi inceleme sonunda düzenlenen 27.8.1979 tarihli raporda, alçak gerilim altında çalışmasının hatalı olduğu, ancak uygulamada zaman zaman yüksek ve alçak gerilim altında çalışıldığı, olayda ne davalı idarenin, ne de davacılar murisinin kusurlu sayılabilecek davranışı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Kişisel kusurun varlığı halinde idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı açıktır. Ancak kişisel kusurdan söz edebilmek için de, her türlü işte kabul edilebilecek hata payı dışında, olayın oluşmasına neden olan kusurlu bir davranışın saptanması zorunludur.

Davacıların murisinin ise, ölüm olayında hatalı sayılabilecek bir davranışı saptanmışsa da, yukarıda anılan bilirkişi raporunda da belirtil diğı üzere, saptanan bu hatanın, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıracak kişisel kusur olarak kabulüne olanak görülmemektedir.”¹³⁴

Danıştay’ın konuyla ilgili başka kararları da bulumaktadır:

-Davacının uğradığı bedensel zarar üzerine açtığı davada, idare mahkemesi, olay günü bozuk olduğu iddia edilen et kıyma makinasının teknisyen tarafından onarıldığının, bu onarımdan sonra davacının et kıymaya devam ettiğinin, et kıyma işi bittikten sonra makina çalışır vaziyette iken temizliğini yapmaya çalıştığı sırada dikkatsizliği sonucu elini makineye kaptırarak sağ el işaret ve orta parmağının uçlarının kaybına neden olduğunun anlaşıldığı, davacının dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu meydana gelen olay nedeniyle istenilen tazminatın idarece karşılanmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir ve karar onanmıştır.¹³⁵

- Bagaj kondüktörü olan davacı, garda trenden düşerek yaralanmış ve bu yaralanma sebebiyle davacının ayağı kesilmiştir. Açılan davada, yerel mahkeme, davacının gara girerken yavaşlayan ama durmayan trende peronun kapısını açamayınca diğer kapıyı açarak inmeye çalışması durumunda neler olabileceğini bilmesi gerektiğini, zarara neden olan olayda idarenin kusurunun bulunmadığını,

¹³⁴ Dan. 10.D., T. 30.1.1986, E. 1982/2650, K. 1986/133. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

¹³⁵ Dan. 10. D., T. 26.2.1998, E. 1996/4007, K. 1998/905; Benzeri bir olayda AYİM 2. D., T. 08.03.1989, E. 1988/133, K. 1989/74 sayılı kararında erin benzeri bir sebeple elini sakatlaması olayında ise zarardan idarenin de sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir.

davacının kendi ihmali ve dikkatsizliği sonucu zarar gördüğü gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır.¹³⁶

-Davacı, idare bünyesinde şöför olarak görev yapmakta iken, idareye ait araçla yaptığı trafik kazası sonucu felç olmuştur. Açılan tazminat davasında, idare mahkemesi, olayla ilgili Sulh Hukuk Mahkemesince alınan raporda, kazada davacının 6/8 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği, bu duruma göre olayda idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığı, kazanın davacının dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu oluştuğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır.¹³⁷

-Davacılar, yakınları müteveffanın muvazzaf subay olarak görev yaptığı esnada, boğulan askerleri kurtarmak niyetiyle girdiği kuyuda zehirli gazlardan zehirlenerek vefat etmiştir. Bu olay sebebiyle açılan davada, Danıştay, müteveffanın kuyuya kendinden önce inen üç kişinin birbirini takip eden ani ölümleri üzerine kendisine böyle bir görev verilmemiş olmasına ve arkadaşlarının engel olmalarına rağmen kuyuya inmesi sonucunda gerçekleşen ölüm olayında idareye atfi kabil bir hizmet kusurundan bahsedilemeyeceği ve ölümün tamamen müteveffanın kendi kusurundan ileri geldiğini belirterek davanın reddine karar vermiştir.¹³⁸

Duran, kararı eleştirirken, bir bataryada erlere kuyu açtırılması işinin hizmet dışında bir eylem sayılıp sayılamayacağını da tartışılabilir olduğu belirtmiştir.¹³⁹ Duran, ayrıca eleştirisinin devamında TSK mevzuatına atıfta bulunmuş, askeri hizmete dahil olan bir ödevin yapılmasında, kendisine tevdi edilen kimselerin can güvenliğinin sağlanması için tehlikenin ağırlığına ve arkadaşlarının kuyuya girmemesi yolundaki

¹³⁶ Dan. 10. D., T. 23.12.1992, E. 1992/365, K. 1992/4534. **Danıştay Dergisi**, Y. 23, S. 87, 1993, s.548-550; Benzer Yönde: Dan. 10. D., T. 9.11.1999, E. 1997/6080, K. 1999/5490. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

¹³⁷ Dan. 10. D., T. 9.11.1999, E. 1997/6080, K. 1999/5490. (Çevrimiçi) <https://www.danistay.gov.tr/> 31.05.2022.

¹³⁸ Dan. 12. D., T. 10.06.1971, E. 1969/4218, K. 1971/1478. **Danıştay Dergisi**, S: 5, 1972 s. 352-353.

¹³⁹ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 88-89. Bu hususta Duran, aynı dairenin verdiği 12. D., T. 07.11.1967, E. 1967/1236, K. 1967/1779 sayılı kararda, tugay bulaşikhane inşaatının beton kalıplarını sökerken, ağaç dikmelerin yıkılması ve çimento dozajı düşük olan tavan betonunun üzerine düşmesi sonucu vefat eden erin yakınlarına ise idarenin objektif sorumluluğuna ve hizmet kusuruna binaen tazminat ödemesini kabul ettiğini aktarmış ve batarya için kuyu açılması işleminin hizmetle ilişkisinin, askerin tugaya bulaşikhane yapılmasındaki hizmetiyle ilişkisinin daha az ilişkili olmadığını belirtmiştir. Aktaran: Duran, **a.e.** s. 88-89.

ısrarlarını dinleyerek yardım ve görev yükümden kaçmasının doğru olmadığını, ve üsteğmenin mevzuatın kendine emrettiği bir davranışta bulunarak hayatını kaybettiğinden bahisle mesleki muhatara (risk) ilkesine göre tazminata hak kazandığını belirtmiştir.¹⁴⁰

Yukarıda incelediğimiz kararlara konu olaylarda idarenin hizmet kusuru yoktur. Bu sebeple, Danıştay, idarenin kusursuz olarak zarardan sorumluluğu için de zarar gören kamu görevlisinin kabul edilebilir hatalar dışında kusurlu bir davranışının olmamasını aramaktadır. Ancak aksi yönde tespit ettiğimiz bazı kararlarda ise Danıştay, olayın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru bulunmasına rağmen, zararın, idarenin kusursuz sorumluluğuna göre tazminine karar verebilmektedir:

“Davacılar yakınının, görev yaptığı sırada, Kuruma ait yüklü miktardaki para nedeniyle, soygun ve cinayetin hedefi haline geldiği, mesainin bitim saatine denk gelmesi nedeniyle, telefon açmaya geldiğini söyleyen şüpheliyi dışarıya çıkarmamasının, şüphelinin Kurumun eski çalışanı olması nedeniyle, zararlı idari faaliyet arasındaki ilişkiyi kesecek nitelikte ve ağırlıkta bir şahsi kusur olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, kamu görevlisi olan davacılar yakınının, idari faaliyet ile uygun nedensellik bağı kurulabilen ve yürüttüğü kamu hizmetinin neden ve etkisiyle hedef haline gelerek yaşamını yitirmesi sonucunda, yakınları olan davacıların uğradığı özel ve olağandışı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminine karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁴¹

Bu kararda, zarar görenin kusurunun zararlı idari faaliyet arasındaki ilişkiyi kesecek nitelikte ve ağırlıkta olmadığı belirtilmiş, zarar görenin kusuru indirim sebebi olarak dahi değerlendirilmemiştir. Ancak yukarıdaki kararlardaki davranışların da ağır kusur ya da kabul edilebilir hatalardan olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Zira kimi olaylarda zararın, zarar görenin ihmali sonucunda meydana geldiği görülmekte olup, bu tür durumlarda kusurun değerlendirilmesinin somut olayın özellikleri dikkate alınarak daha esnek bir yaklaşım çerçevesinde yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

-Yine bir başka kararda, Devlet Demir Yollarında görevli bir tren şefi, trenin yanlış makasa girerek başka bir trenle çarpışması sonucu sakat kalmış ve daha sonra

¹⁴⁰ Duran, a.e., s. 89-90.

¹⁴¹ Dan. 10. D., T. 31.03.2014, E. 2009/4428, K. 2014/2011, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

emekliye sevk edilmiştir. Maddi ve manevi zararının tazmini talebiyle açtığı davada Danıştay, yapılan bilirkişi incelemesinde tren şefinin % 5 oranında kusuru bulunduğunu bu sebeple maddi tazminatın % 5 oranında indirilerek davacıya ödenmesine karar vermiştir. Manevi tazminatta ise indirim yapılmamıştır.¹⁴²

Bu kararda da maddi tazminattan çok cüzi bir indirim yapılırken manevi tazminattan indirim yapılmamıştır.

- Kişinin elektrikli ekmek fırınına tamir ederken, elinin bilmeyerek rezistansa değmesi ve elektrik akımına kapılarak ölmesi olayında¹⁴³, bir vagondan gelen vurununun nedenini öğrenmek için, tren hareket halindeyken kapıyı açıp bakmak isteyen makinistin düşmesi olaylarında¹⁴⁴ ise idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir.

- Davacılar murisinin depoya gelen mobilya malzemelerinin araçtan indirildiği sırada, sunta malzemelerin üzerine düşmesi sonucu vefat etmiştir. İdare mahkemesince verilen kararda, ambar memuru olarak görevlendirilme onayı incelendiğinde, gelen malzemeleri indirmek gibi bir görev ve sorumluluğu bulunmadığı halde, depoya gelen malzemeler indirilirken paketlerin açılması sırasında meydana gelen olayda, zarar görenin şahsi hal ve eylemleriyle olaya sebebiyet verdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Danıştay:

“Bakılan davada, olayın oluş şekli ve davacıların murisinin görevlendirilme durumu dikkate alındığında; depo sorumlusu olarak depoya gelen malzemeleri teslim almakla görevli olan müteveffanın, bu görevin ifası sırasında depoya gelen malzemelerin kontrolünü yapmakta iken yürüttüğü kamu hizmetinin neden ve etkisiyle hayatını kaybettiği görülmüş olup; murislerinin ölümü nedeniyle davacıların uğradığı maddi ve manevi zararların yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, kamu görevlisi olan davacıların murisinin, yürüttüğü kamu hizmetinin neden ve etkisiyle yaşamını yitirmesi sonucunda, mirasçıları olan davacıların uğradığı özel ve olağan dışı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminine karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁴⁵

¹⁴² Dan. 12 D., T. 28.10.1976, E. 1970/5300, K. 1976/1924, **Danıştay Dergisi**, S. 26-27, s. 534-537.

¹⁴³ Dan. 12. D., E.68/374, K.69/895, T.8.5.1969, Esin, **Esas**, s.151.

¹⁴⁴ Dan. 12. D., E.68/989, K.70/2493, T.22.12.1970, Esin, **Esas**, s.151-152.

¹⁴⁵ Dan. 10. D., T.23.10.2015, E. 2012/7958, K. 2015/4554. (Aktaran: Celal Işıklar, “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller” **YBHD**, Y:4, S:2019/1, s.146.

Danıştay, kamu görevlisinin zarar görmesine yol açan olayın görev olarak kendisine verilmesinin şartını, burada da dikkate almış ve görevlendirme durumu sebebiyle zarar göreni kusurlu bulmamıştır.

Duran, bu konuyla ilgili Danıştay'ın personelin hizmet içinde ve dolayısıyla uğradığı zararlar konusunda belirli ve kesin bir içtihadı sahip olmadığını ve olaydan olaya değişen esaslara göre karar verdiğini ifade etmektedir.¹⁴⁶ Danıştay'ın, mesleki risk ilkesine göre sorumluluk için zarar gören kamu görevlisinin kusursuzluğunu bir şart olarak arayıp/aramamasında bugün de net bir içtihadının olmadığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk hallerinde, Danıştay'ın bu yaklaşımının kararlarda uygulanmaya devam edilebileceği ihtimali bulunmaktadır. Belirtelim ki Gözler, Danıştay'ın kararlarındaki bu yaklaşımını eleştirmekte, zarar görenin kastının bulunmadığı dikkatsizlik ve tedbirsizlik durumlarında idarenin kusuru olmasa bile mesleki risk ilkesine göre sorumlu tutulması gerektiğini, tazminat belirlenirken de zarar görenin kusurunun da değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁴⁷ Konuyla ilgili Gülan da zarar görenin dikkat ve tedbirsizliğinin, özensiz davranışlarının sadece indirim sebebi olarak değerlendirilmesi ve idarenin sorumluluğunu kaldırır nitelikte sayılmaması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴⁸

Kanaatimizce, yargı makamlarının, zarar görenin kamu görevlisi olduğu hallerde, hizmetin niteliği ve kamu görevinin gerektirdiği özen yükümlülüğü çerçevesinde, zarar gören kişiden daha yüksek bir dikkat ve özen beklemesi anlaşılabilir niteliktedir. Bununla birlikte, kamu görevlisinin dalgınlık veya ihmal gibi kast unsuru içermeyen davranışları sonucunda meydana gelen zararlar bakımından, idarenin sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılması yönündeki yaklaşımların, mesleki risk ilkesinin amacı ve kapsamı ile her zaman örtüştüğünü söylemek güçtür. Bu tür durumlarda, zarar görenin kusurunun, idarenin sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran bir sebep olarak değil; tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi

¹⁴⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 90.

¹⁴⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1363.

¹⁴⁸ Aydın Gülan, "Müterafik Kusurun İdare Hukuku Boyutu", **İÜ İdare Hukuku Anabilimdalı İdare Hukuku Konferansları IV**, İstanbul, 2017, s. 18. (Yayımlanmamıştır) Gülan, burada doğrudan zarar görenin kamu görevlisi olduğu durumlara atıfta bulunmamış, genel bir değerlendirmede bulunmuştur.

olarak dikkate alınmasının, daha dengeli ve hakkaniyete uygun bir çözüm sağlayacağı kanaatindeyiz.

Danıştay'ın, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hallerde ise zararın tazmini bakımından zarar gören kamu görevlisinin kusursuzluğunu bir şart olarak aramadığı; bu tür durumlarda zarar görenin kusurunun, idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirmedeği görülmektedir. Bu yaklaşım, Danıştay'ın konuya ilişkin çeşitli kararlarında açıkça ortaya konulmuştur:

-Aşçı er olarak askerlik hizmetini yerine getiren davacı, görev esnasında köfte fonlama makinesindeki arıza nedeniyle meydana gelen kazada, parmağının üst kısmını kaybetmiştir. İdare mahkemesi, olayda davacının dikkat ve özen göstermeksizin çalışan makine içerisine parmağını sokarak kusurlu davrandığı, bunun yanında idarenin de bakım, denetim hizmetini gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle olayda kusurunun bulunduğu bu bağlamda olay ve sonrası zararın meydana gelmesinde davacı ve davalı idarenin eşit oranda müterafik kusurlarının bulunduğuna karar vermiştir. BİM, kararı, yalnızca bedel yönünden kaldırarak yeniden hüküm kurmuş ve manevi tazminat miktarı arttırmıştır.¹⁴⁹ Danıştay, kararı onamıştır.¹⁵⁰

-Diğer bir kararda, davacılar yakını, davalı idare bünyesinde tren teşkil memuru olarak görev yaptığı esnada, vagonu mobil araca bağlarken iş kazası geçirmiş ve vefat etmiştir. Açılan manevi tazminat talepli davada, idare mahkemesince, olayla ilgili yapılan ceza yargılamasında, ölüm olayının meydana gelmesinde, müteveffanın üstleri olan bir memurun asli, bir memurun tali kusurlu, müteveffanın da tali kusurlu olduğuna karar verildiğini ve olay sebebiyle diğer memurların ceza almasına atıfta bulunarak, idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna, ayrıca zarar görenin de görevi olmadığı halde vagonların arasına girerek tedbirsiz-dikkatsiz davranarak olayın meydana gelmesine müterafik kusurlu olduğunu belirterek, yakınlarının manevi tazminat talepleri kabul edilmiş, karar Danıştay'ca onanmıştır.¹⁵¹

¹⁴⁹ BİM Kararında maddi tazminat miktarı yönünden de yeniden karar kurulmuş olmakla birlikte zarar miktarı açık yazılmadığından görenin lehine mi aleyhine olduğu mu karardan anlaşılamamaktadır.

¹⁵⁰ Dan. 10. D., T. 08.09.2021, E. 2021/4945, K. 2021/3977. (Çevrimiçi) <https://www.danistay.gov.tr/> 31.05.2022.

¹⁵¹ Dan. 10. D., T. 28.04.2021, E. 2016/14194, K. 2021/2134. (Çevrimiçi) <https://www.danistay.gov.tr/> 31.05.2022.

Danıştay’ın yakın tarihli bu kararlarında görüldüğü üzere, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hallerde, Danıştay, zarar gören kamu görevlisinin kusurunu, idarenin sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak değil, idarenin sorumluluğunu azaltan bir sebep olarak görme eğilimindedir.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, bu hususta, bazı kanuni düzenlemeler gereğince kamu görevlilerin hizmetle ilgili iş görmesi esnasında yaptıkları işler, mesleki risk kapsamında olduğundan sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanabilmektedir.¹⁵²

(2)- Mülga AYİM Kararlarında Durum

Özgüldür, AYİM’in “zararın, zarar gören kişinin kendi eyleminden doğması” halindeki tutumunun önceleri sert ve katı iken sonradan daha esnek tutum içerisine girdiğini belirtmiştir.¹⁵³ AYİM kararları incelendiğinde de AYİM’in tutumunun, zarar gören lehine değiştiğini görmek mümkündür.¹⁵⁴

-AYİM’in eski tarihli bazı kararlarında; üstlerinin bilgisi dışında ve görevi olmadığı halde yanan ampulü değiştirirken elektriğe kapılarak ölen erin¹⁵⁵, tahrip dersi verirken kendi dikkatsiz davranışı sonucu meydana gelen patlamada sakatlanan subayın¹⁵⁶, cephaneliğin kontrolü ile görevli olmasına rağmen, kutuda açık olan fünüyeyi merak saiki ile kurcalarken meydana gelen patlama sonucu sakatlanan erin¹⁵⁷ açtıkları davaların zararların zarar görenlerin kendi eylemlerinden doğduğu gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir.¹⁵⁸

Ancak AYİM’in bu konuda aksi yönde verdiği pek çok kararı da bulunmaktadır.

¹⁵² Örneğin 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 13. Maddesi ve devamında, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 56. Maddesinde, 2330 Sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde ve Orman Kanunu’nun 71. Maddesinde bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır.

¹⁵³ Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 319.

¹⁵⁴ Bu konudaki başka kararlar için bkz: Işıklar, AYİM Kararlarında..., s. 613.

¹⁵⁵ AYİM 3. D., T. 16.01.1975, E. 1974/3061, K. 1975/283. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319.

¹⁵⁶ AYİM 3. D., T. 11.12.1975, E. 1974/3631, K. 1975/2257. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319.

¹⁵⁷ AYİM 2. D., T. 21.01.1987, E. 1987/10, K. 1987/16. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 320.

¹⁵⁸ Konuya ilişkin başka kararlar için bkz: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319-320.

-Örneğin, bir astsubayın sorumlu olduğu atış alanına ait bekleme odasındaki bir levhayı matkapla monte esnasında tornavidanın kayması sonucu yaralandığı olaya ilişkin bir kararında sorumluluk esas ve şartlarını şu şekilde açıklamaktadır:

“Olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır. Ancak yaralanma olayının kamu görevinin ifası sırasında meydana geldiği, görevden kaynaklandığı, eylem ile zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunduğu nazara alındığında, zararın sadece zarar gören üzerinde bırakılmayıp tüm topluma yansıtılması adalet, eşitlik ve hakkaniyet prensiplerine uygun düşeceğinden, uğranılan zararın kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği, diğer yandan davacının bahse konu olayın meydana gelmemesi için rütbeli ve sorumluluk sahibi bir kişinin göstermesi gerekli asgari dikkati göstermemek koruyucu gözlük veya malzeme kullanmamak suretiyle müterafik kusurunun da bulunduğu sonuç kanaatine varılmıştır.”¹⁵⁹

-AYİM’in nispeten yakın tarihli bir kararında, yukarıda atıfta bulunduğumuz Danıştay’ın kıyma makinesi kararına¹⁶⁰ konu olaya benzer bir şekilde kıyma makinesinde çalışan er, etleri takozla itmesi gerekirken, emir ve talimatlara aykırı bir şekilde eliyle itmiş ve elini makineye kaptırarak sakatlanmıştır. AYİM, verdiği kararda zarardan, idarenin kusursuz olarak sorumlu olduğuna hükmetmiştir.¹⁶¹

-Askeri fırında görevli olan bir erin, emir ve talimatlara da aykırı olarak sabahları ekmek pişirmeden önce ısınmak amacıyla fırına giren, olay günü de fırına girmesi üzerine, fırın kapısının kendiliğinden kapanması ile fırın çalışmış ve erin ölümü gerçekleşmiştir. Açılan davada, AYİM, erin müterafik kusurunun bulunduğunu kabul etmesine rağmen idarenin de kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir.¹⁶²

AYİM, kararlarında görüldüğü üzere, kusursuz sorumluluk hallerini zarar gören lehine geniş yorumlamaktadır. Ancak AYİM, asker kişilerin intihar olaylarında, idarenin kusur sorumluluğunu aramaktadır.¹⁶³

d-Zarar Görenin Üçüncü Kişi Olması

¹⁵⁹ AYİM 2.D., T. 22.10.2008, E. 2007/1101, K. 2008/1065. Karşı oy sunan bir üye tarafından burada zarar görenin kusurunun bulunmadığı belirtilmektedir. Aktaran: Celal Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s. 578, dn: 310.

¹⁶⁰ Dan. 10. D., T. 26.2.1998, E. 1996/4007, K. 1998/905.

¹⁶¹ AYİM 2. D., T. 08.03.1989, E. 1988/133, K. 1989/74. Aktaran: Özgüldür, a.e., s. 320.

¹⁶² AYİM 2. D., T. 15.03.1995, E. 1994/1361, K. 1995/191. Aktaran: Özgüldür, a.e., s. 408.

¹⁶³ Detaylı bilgi için bkz. s. 152 vd.

Zarar gören, hizmetten doğrudan yararlanan ya da kamu görevlisi olmadığı hallerde hizmete yabancı üçüncü kişi konumdadır. Mağdurun üçüncü kişi olduğu hallere örnek olarak, askeri manevra yapıldığı esnada dışarıdan birinin yanlışlıkla vurulması örnek olarak verilebilir. Onar, sokaktan geçen bir kişi kamu malının istifade edicisi olmasına rağmen bu manevra hizmeti ile kişinin doğrudan bir alakasının olmadığını belirtmektedir.¹⁶⁴ Yazar, idarenin bu durumdaki zarar görenlere karşı sorumluluğunun hizmetten yararlananlara oranla daha geniş olduğunu, bu kişilerin zararlarının sadece hizmet kusuruna göre değil ayrıca kusursuz sorumluluk esaslarına göre de giderilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁶⁵

2- Zarar Görenle İlişkili Kişiler

Yukarıda, idari hâkimin zarar görenin kusuru kavramına yalnız zarar göreni değil aynı zamanda zarar görenle sıkı ilişkide bulunan kişilerin davranışlarını ve hatalarını da dahil ettiğini belirtmiştik.¹⁶⁶ Bu kapsamda, görevlendirilen kişinin hatası işvereni, ebeveynlerin hatası da zarar gören küçüğü bağlamaktadır.¹⁶⁷ Danıştay'ın zarar görenin kusuru (müterafik kusur) kavramını, anne ve babanın kusuru için kullandığı pek çok kararı bulunmaktadır. Yine şirket çalışanlarının kusurlarının, zarar görenin kusuru olarak değerlendirildiği kararlar da vardır.

a-Yasal Temsilci

Danıştay, yasal temsilcinin bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde, zarar gören küçüğün zararı bakımından anne ve babanın müterafik kusurlu olduğu yönünde kararlar vermektedir.¹⁶⁸ ¹⁶⁹ Ancak bu durum, özel

¹⁶⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1751.

¹⁶⁵ **a.g.e.**

¹⁶⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s.718.

¹⁶⁷ Atay, **İdare Hukuku**, s. 718.

¹⁶⁸ Örneğin Danıştay 8. D., T. 26.05.2021, E. 2016/9208, K. 2021/2709 sayılı kararında “*davalı idarenin ve davalı idarece hizmet kusuru olduğu belirtilen dava dışı diğer idarelerin kusur durumu ile müteveffanın ve davacı ebeveynlerin kusur durumlarının (müterafik kusur) birlikte değerlendirileceği bir bilirkişi raporuyla tespit edilecek kusur oranları çerçevesinde bir karar verilmesi gerekmektedir.*” (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

¹⁶⁹ Örneğin, Dan. 10. D., T. 15.10.1996, E. 1995/482, K. 1996/5981 sayılı kararında elektrik direğine tırmanarak cereyana kapıldığından dolayı ölen ve karardan çocuk olduğu anlaşılan zarar görenin kusurundan bahsederek müterafik kusur değerlendirmesini zarar gören küçük bakımından yapmış ve kavramı yerinde kullanmıştır. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

hukukta farklılık arz etmektedir. TMK Madde 327¹⁷⁰ ve Madde 369¹⁷¹ gereğince, yasal temsilci olan veliler, çocuğun bakım ve gözetiminden sorumludur. Özel hukuk doktrininde yazarlar, küçüğün zararının tazmini talep edildiğinde, yasal temsilcinin yüküme aykırı davranışı tazminattan indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağını belirtmektedir.¹⁷² Yasal temsilcinin, denetim ve gözetim yükümüne aykırı davranışı kusurlu olsa da bu kusur bundan doğrudan zarar gören çocuğa atfedilemez.¹⁷³ Zararın oluşumundaki denetim ve gözetim yükümlülüğü olan kimselerin kusuru, üçüncü kişinin kusuru olarak kabul edilmelidir.¹⁷⁴ Nomer, anne ve babanın kusurunun bulunduğu durumlarda, zarar görene karşı yasal temsilcilerin zarar verenle birlikte sorumlu olduğunu savunmaktadır.¹⁷⁵ Bu hallerde zarar veren, kusuru oranında anne ve babaya rücu edebilecektir.¹⁷⁶ Gülan da Danıştay'ın anne ve babanın kusurunun müterafik kusur olarak değerlendirilmesini eleştirmektedir bunun üçüncü kişilerin kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷⁷

Nomer, yasal temsilcinin, çocuğun zararı için değil de kendi zararı için tazminat talep etmesi halinde ise yasal temsilcinin kusurlu davranışları bizatihi zarar gören sıfatı taşıdığı için dikkate alınacağını ifade etmektedir.¹⁷⁸ Belirtelim ki, Yargıtay da anne ve babanın kendi zararları bakımından talepte bulundukları hallerde, anne ve babanın kusuru bakımından müterafik kusur değerlendirmesi yapmaktadır.

¹⁷⁰ **Madde 327**-Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarfedebilirler

¹⁷¹ **Madde 369**- Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister.

¹⁷² Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 60; Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 199.

¹⁷³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 128-129.

¹⁷⁴ Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 199.

¹⁷⁵ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 126. Nomer, ayrıca zarar verenle zarar gören arasında bir borç ilişkisinin olup-olmadığına göre bir ayırım yapar. Eğer zarar veren ve zarar gören arasında bir borç ilişkisi varsa yasal temsilcinin davranışlarının zarar görene izafe edilebileceğini, bir borç ilişkisi yoksa izafe edilemeyeceğini savunur.

¹⁷⁶ Tiftik, **Maddi Tazminat**, 127; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 129.

¹⁷⁷ Gülan, "Müterafik Kusur", s. 17.

¹⁷⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 129.

Örneğin Yargıtay bir kararda şu yönde değerlendirmeler yapmıştır:

“Dava konusu olay, anne ve babası ayrı yaşayan ve olay tarihinde üçbuçuk yaşında olan desteğin dedesinin yanına geçici olarak bırakıldığı dönemde, dedesi tarafından götürüldüğü dükkanın önüne çıktığında diğer davalı KI ’ın kullandığı aracın çarpması neticesi ölmesinden kaynaklanmaktadır.

Dosya kapsamına göre davacı anne ve baba arasında olay öncesi açılmış boşanma davasında olay tarihine kadar velayetin kullanımına dair düzenleme yapılmamıştır. Bu haliyle davacılar olay tarihinde velayeti birlikte kullanmaktadırlar. Şu haliyle velayetten doğan bakım ve gözetim görevleri sona ermemiştir. Ölen küçüğün yaşı itibarıyla başkalarının gözetimine bırakılabilecek durumda olmadığını, dedesi çalıştığından onu dükkanına götürebileceğini ve dükkanın önündeki yolun çocuk için tehlikeli olabileceğini öngörmeleri gerekirdi. Şu durumda anne ve babanın da bakım ve gözetim görevlerinin gereği olarak olayda müterafik kusurları olduğu kabul edilerek tazminatlardan uygun bir miktarda indirim yapılmalıdır.”¹⁷⁹

Aynı Daire çocuğun uğradığı zarar bakımından ise şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...kural olarak bir küçüğün uğradığı zararda ana babanın birlikte kusurunun bulunması, sorumlu kişinin küçüğe ödeyeceği tazminatın indirilmesini gerektirmez. Değişik bir ifade ile kanuni mümessillerin gözetim ve denetim ödevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri ya da eksik getirmiş olmaları, temyiz yeteneğinden yoksun olan mağdure kendi kusuru olarak izafe olunamaz.”¹⁸⁰

Yargıtay 3. HD. de müterafik kusuru, zarar gören bakımından değerlendirmiştir:

“Somut olayda, dinlenen tanık beyanlarına göre, tarafların velayetindeki çocukların kavga etmeleri sonucu davacıların velayetindeki çocuk zarar görmüştür.

Bu durumda, mahkemece; davacıların velayeti altındaki çocuğun olayda kusurlu olup olmadığı, müterafik kusurunun bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapılarak, BK’nun 52.(BK’nun 44.) maddesi gereğince tazminat miktarından indirim yapılıp yapılmayacağı tartışılarak sonucu dairesinde hüküm tesisi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.”¹⁸¹

Görüldüğü üzere Yargıtay, anne ve babanın kusurunu, kendileri için talepte bulundukları hallerde müterafik kusur olarak değerlendirmektedir. Ancak çocuk

¹⁷⁹ Yar. 4. HD., T. 07.06.2007, E. 2007/5773, K. 2007/7724. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.06.2022

¹⁸⁰ Yar. 4. HD., T. 04.10.1979, E. 1979/5130, K. 1979/10796 . (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022

¹⁸¹ Yar. 3. HD., T. 11.11.2015, E. 2014/21596, K. 2015/17683. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

yönünden yapılan taleplerde anne ve babanın kusuru, zarar görene izafe edilmemektedir.

Kanaatimizce de anne ve babanın kusurunun zarar görenin kusuru (müterafik kusur) kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir. Bu sebeple, küçüğün kendisinin uğradığı zarar için talepte bulunulduğu takdirde, anne ve babanın kusuru, üçüncü kişinin kusuru olarak değerlendirilmelidir. Diğer taraftan anne ve babanın kendi zararları için talepte bulunmaları halinde, kusurlarının zarar görenin kusuru olarak değerlendirilmesi hakkaniyetin gereği olacaktır.

b-Çalışanlar

İşçinin kusuru, zarar gören işverene izafe edilir.¹⁸² Danıştay'ın kararlarında da işçinin davranışları bakımından doğrudan zarar görenin kusuru ifadesi kullanılmasa da zarar gören işveren, çalışanlarının davranışlarından sorumlu tutulmaktadır.

- Örneğin, çalışanların fiilinden sorumlu olan işveren bakımından Danıştay, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

*“lisans sahiplerinin piyasada kötünîyet veya tehlikeli eylem sonucunu doğuracak her türlü işlemde özenle kaçınmak, bunların oluşumunu engellemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu, piyasa faaliyetinde yararlanan personel ve araçlardan kaynaklı 5015 Sayılı Kanuna aykırılık oluşturan eylemlerin, adam çalıştırmanın sorumluluğu gereği lisans sahiplerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, dolayısıyla idarî para cezasına konu eylemin davacı şirketin taşıma lisansına kayıtlı tanker çalışanı olan şoförü eliyle gerçekleştirildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”*¹⁸³

E- ZARAR GÖRENLE ETKİLEŞİMİ BAKIMINDAN ZARAR VEREN

Zarar veren, zararın ortaya çıkmasına sebep olan kişidir. İdare, bizzat zarar veren olmasa dahi üçüncü kişilerin davranışlarında da sorumluluğu doğabileceğinden

¹⁸² Atay, **İdare Hukuku**, s. 718.

¹⁸³ Benzeri yönde: Dan, 10. D., E. 2015/3113 K. 2020/6054 T. 10.12.2020. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

idare bakımından “zarar veren” yerine “sorumlu” ifadesinin kullanılması daha yerindedir.

Zarar veren; anonim, kamu ajanı, kamu hizmetini gören bir özel hukuk kişisi, kamu hizmetlerine geçici olarak iştirak eden kişi ya da idareye tamamen yabancı üçüncü kişi olabilir. Bunlarla birlikte, zarar veren olmasa dahi zararın hizmetin içinden gelen bir sebeple zarar doğması halinde, idarenin yine de sorumluluğu olabilir.

İdarenin hizmet kusuru bulunduğu hallerde, zarar veren kamu ajanı olarak somutlaşabileceği gibi ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir.¹⁸⁴ Kusur sorumluluğunun değerlendirilmesinde, zarar verenin anonim olması ile kamu görevlisi olması arasında bir fark yoktur.

1-Zarar Verenin Kamu Görevlisi Olması

İdarenin tüzelkişilerden oluşması sebebiyle, eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların, aslında idarenin organ ve personellerin tutum ve davranışlarından kaynaklandığı ifade edilmektedir.¹⁸⁵ Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bazı durumlarda zarar veren davranışı gerçekleştiren personel, somut olarak belirlenebilir. Şayet bu zarar veren davranış, idareye isnat edilebilirse, idare bu zarardan sorumludur. Bu noktada, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımına da değinmek gerekir.

Kamu görevlilerinin, hizmetleriyle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları onların şahsi kusurlarını teşkil eder.¹⁸⁶ Bu kusurlu tutum ve davranışlarda, zarar veren personel haksız fiil esaslarına göre herkes gibi sorumlu tutulur.¹⁸⁷ Bu davranışlar hizmete ilişkin değilse, idarenin sorumluluğu doğmaz.

¹⁸⁴ Dan. 12. D., T. 20.01.1970, E. 1968/1043, K. 1970/104 sayılı kararında “*Hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Fertlerin uğradıkları zararın tazmini için mutlaka ajanlara yani görevlilere izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti aranmaz.*” Denilmektedir. Aktaran Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s. 119.

¹⁸⁵ Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 422; Günday, **İdare Hukuku**, s. 369.

¹⁸⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 374.

¹⁸⁷ **a.e.**, s. 374. Kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki tutum ve davranışlarının yanında onların hizmet içindeki ve hatta hizmetle ilgili bazı davranışları da kişisel kusur kabul edilebilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Günday, **a.e.**, s.374 vd.; Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1158 vd.

Görev kusuru ise Ozansoy tarafından “*Somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin ‘kendi davranışı’ sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin ‘kendi sorumluluğunu’ doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı ‘göreve ve idareye’ ilişkin sayılmasını engelleyen kusurun, somut personelde kişiselleşen gönüm biçimidir.*”¹⁸⁸ olarak tanımlanmaktadır. Anayasa’nın 40. ve 129. Maddeleri ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu 13. Maddesi gereğince kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan zararlardan dolayı açılacak davalar, kendilerine rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılabilir.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, idarenin görev kusurundan doğan sorumluluğu, özel hukuktaki adam çalıştıranların sorumluluğundan ayrı, idare hukukuna özgü bir sorumluluktur. Hizmet kusuru doğrudan, özel hukuktaki adam çalıştıranın sorumluluğu ise dolaylı bir sorumluluktur.¹⁸⁹ Dolayısıyla, idarenin sorumluluğu bakımından zarar verenin ajan olmasının veya anonim olmasının zarar gören bakımından bir farkı yoktur.

2-Zarar Veren Anonim Olması

Burada “anonimlik” ile kastedilen husus, yukarıda da açıkladığımız üzere, hizmetin kusurlu bir şekilde yürütüldüğü bazı hallerde kusurun belirli bir personele veya personellere indirgenememesi ve indirgenmesinin gerekmemesidir. Bu durumda, zarardan idarenin ilgili organı veya organları sorumlu tutulur.

Gözler, idarenin kamu görevlisinin kişisel kusurundan sorumlu olmasıyla, hizmet kusurundan sorumlu olmasında fark olduğunu, ilk halde idarenin tazminatı ödedikten sonra kamu görevlisine rücu edebileceğini, ikinci halde ise rücu edemeyeceğini belirtmektedir.¹⁹⁰ Aslında zarar gören bakımından bu durum bir önem arz etmez. Zira her iki durumda da dava sorumlu idareye karşı açılacaktır ve müterafik kusur değerlendirmesi idari yargı makamlarınca aynı şekilde yapılacak ve zarar

¹⁸⁸Cüneyt Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1989, s. 285.

¹⁸⁹ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 27; Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s.439.

¹⁹⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1160.

görenin zararı, idarece tazmin edilecektir. Sonrasındaki rücu meselesi, zarar görenin dışında, idare ve personeli ilgilendirmektedir.

3-Zarar Verenın Kamu Hizmetini Gören Özel Hukuk Kişisi Olması

İdare, bazen kamu hizmetini özel kişilere gördürebilir ve bu hizmetin görülmesi esnasında zarar oluşabilir. İdare, kamu hizmetini gören özel kişilerin hizmetin yürütülmesinden ve örgütlenmesinden sorumludur.¹⁹¹ Yani özel hukuk kişinin fiili, idareye isnat edilir.¹⁹² Bu hâlin zarar görenin kusuru bakımından önemli noktası, zararın meydana gelmesinde veya artmasında; idarenin, özel hukuk kişinin ve zarar görenin kusuru birlikte bulunduğu, kusur dağılımının nasıl yapılacağıdır. Bu hallerde, kusur değerlendirmesi, genellikle zarar veren idare ile zarar gören yönünden yapılmaktadır.

-Danıştay bir kararında, davalı idarenin işi bizzat yapmayıp imtiyazlı bir şirket veya şahsa ihale veya emanet usulü ile gördürmesinin hizmetin kamu hizmeti niteliğini ve davalı idarenin yakın gözetim ve denetim görevini ortadan kaldırmayacağını belirttikten sonra, davalı idarenin kusurlu şahsa rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, zararın davalı idareden tazminine karar vermiştir.¹⁹³

Zarar veren kamu hizmetlerini gören özel hukuk kişileri olsa da idarenin de hizmetin görülmesi sırasında ortaya çıkan bu zarardan sorumluluğu bulunmaktadır. Bu hallerde de idarenin, kusurlu şahsa rücu hakkı saklıdır. Zarar görenin kusuru bakımından değerlendirme, yine değişmemektedir. Kusur değerlendirmesi, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünden kaynaklı olarak zarar verene atfedilmektedir.

4-Zarar Verenın İdarenin Dışında Üçüncü Bir Kişi Olması

Bazı durumlarda, zararı doğuran eylemlerin asıl failleri, idareden tamamen bağımsızdır.¹⁹⁴ İdarenin dışında kalan kişi veya toplulukların yaptığı eylemler ve

¹⁹¹ CE, sect. 18, mai 1979, Assoc. Urbanisme Judaique Saint-Sevrin, Rec.218; CE, sect. 20 novembre 1992, Comm. Saint-Victoret Rec.418 Aktaran: Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 456.

¹⁹² Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 675.

¹⁹³ Dan. 6. D., T. 18.03.1970, E. 1966/2898, K. 1970/713. Aktaran: Esin, **Esas**, s.120-121.

¹⁹⁴ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 356.

verdikleri zararlar, kusuru olsun ya da olmasın, idarenin sorumluluğunu doğurabilir.¹⁹⁵ Bu hallerde, idare genellikle ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde, kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk esasına göre zararı tazmin etmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna dayalı olarak tazminata hükmedilirken, zarar görenin davranışı ve idarenin sorumluluğu gözetilmektedir. Öte yandan, idarenin kusurlu sorumluluğunun bulunduğu hâllerde kusur değerlendirmesi yalnızca idare ve zarar gören bakımından yapılabileceği gibi, çoğu zaman üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusuru ve idarenin kusuru birlikte ele alınmaktadır.¹⁹⁶

¹⁹⁵ **a.e.**, s.356.

¹⁹⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. s. 175 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI KAVRAMININ UNSURLARI VE GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Bu başlık altında zarar görenin davranışının unsurları ve görünüm biçimleri incelenecektir.

I-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI KAVRAMININ UNSURLARI

Zarar görenin davranışının unsurları; zararı doğuran davranış, zarar ve illiyet bağıdır. Hukuka aykırılık, zarar görenin davranışının bir unsuru değildir. Zira zarar görenin davranışının hukuka aykırı olup olmaması bir önem taşımamaktadır.¹

A-ZARAR GÖRENİN ZARARI DOĞURAN DAVRANIŞI

İdarenin sorumluluğunu etkileyen zarar görenin davranışı, kusurlu ya da kusursuz olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

1-Zarar Görenin Kusurlu Davranışı

a-Kusur Kavramı

Kusur, kanunlarda tanımlanan bir kavram olmadığından, bu kavramın tanımı, içtihatlarda ve öğretide yapılmıştır. Yargıtay'ın kusura ilişkin tanımı ve değerlendirmesi şu şekildedir:

“Genel kabul görmüş tanıma göre, kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır, kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Kusur, kast ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılır. Kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesidir. İhmâl ise, hukuka aykırı sonucu istememekle

¹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 85.

birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir.”²

Belirtmek gerekir ki AYM de pek çok kararında bu tanım ve açıklamaların yapıldığı Yargıtay kararlarına atıfta bulunmaktadır.³

Danıştay ise kusur kavramını, hizmet kusuru ile bağdaştırmakta ve kararlarında hizmet kusurunun tanımını yapmaktadır.⁴

İdare hukuku doktrinde de kusur kavramı ekseriyetle, hizmet kusuru ile bağdaştırılmakta ve hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olarak tanımlanmaktadır.⁵ ⁶ Bazı yazarlarca, kamu hukuku alanındaki kusurun özel hukuk alanındaki kusurdan farklı ve nesnel nitelikte olduğu; bu sebeple idare hukukunda kusura dayanıldığında kast, ihmal ve dikkatsizlik gibi öznel ögeler aranmadan idarenin sorumluluğuna gidildiği belirtilmektedir.⁷ Yani, hizmet kusurunun objektif nitelikte olduğu ve özel hukukta olduğundan farklı ele alınması gerektiği belirtilmektedir.⁸ Gözler ise hizmet kusurunun genel kusur kavramının yerine kullanılmasını geleneksel doktrin olarak nitelemekte ve bu kullanımı eleştirmektedir.⁹ Gözler, hizmet kusuru kavramının, yalnızca kişisel kusur- hizmet kusuru ayrımında kişisel kusurun zıddı olarak kullanılması gerektiğini,¹⁰ ve kusurun,

² YHGK, T. 10.12.2003, E. 2003/11-756, K. 2003/743. YHGK., T. 27.3.2015 E. 2013/1533, K. 2015/1099. Benzeri yönde; YHGK, T. 01.02.2012, E.2011/4-592, K.2012/25. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

³ Örn: AYM, Göktuğ Tolga Demiralp Başvurusu, T. 26.10.2016, BB No:2014/20219, paragraf 44; AYM, Mehmet Uçar Başvurusu, T. 10.03.2020, BB No: 2016/10568, paragraf 23. (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr>, 06.05.2022.

⁴ Örneğin Dan. 10. D., T. 08.03.2016, E. 2013/4661, K. 2016/1200 sayılı kararında, “İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.” (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵ Daha detaylı bir tanım için bkz. Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 858.

⁶ Bir diğer hizmet kusuru tanımı ise, “idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bozukluk aksaklık veya boşluktur.” Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s.26; Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s.439; Günay, **İdare Hukuku**, s.369.

⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s.26; Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 438.

⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 681.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II s. 1085 vd.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II s. 1085 vd.; Hizmet kusurunun kişisel kusurun zıddı olduğu hakkında bkz. Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 858-859.

modern doktrine göre mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik olarak tanımlandığını ifade etmektedir.¹¹

Kanaatimizce de kamu görevlilerinin kişisel kusuru, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru kavramları, idarenin sorumluluğu bakımından önemli kavramlar olduğundan, kusur kavramının ayrıca tanımının yapılması gerekmektedir. Zira kusurun tanımı için atıfta bulunduğumuz Yargıtay kararında da tanım, davada uyuşmazlık konusu olan kamu görevlisinin eyleminin, kişisel kusur mu yoksa hizmet kusuru kapsamında mı değerlendireceğini ortaya koymak için yapılmıştır. Yargıtay, kararlarında, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan hizmet kusuru-şahsi kusur ayrımını ortaya koymak için öncelikle kusur tanımının yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹²

Hizmet kusurunun idarenin sorumluluğu bakımından çok önemli bir yeri olduğu ve bu kavramın idare hukukuna özgü olarak değerlendirildiği açıktır. Ancak buna rağmen yukarıda izah ettiğimiz sebeplerin yanında idarelerin de özel hukuk ilişkilerinde de kusurlarının bulunabileceği ve idarenin de zarar gören olarak kusurunun olabildiği¹³ gözetildiğinde kusurun, hizmet kusurundan ayrıca tanımlanmasının daha makul olacağı kanaatindeyiz.

b-Kusur ve Hukuka Aykırılık İlişkisi

Kusur ve hukuka aykırılık ilişkisi, özel hukuk doktrininde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, kusurun ön koşulu hukuka aykırılıktır ve kusur, hukuka aykırılıktan bağımsız olarak tanımlanamaz. Bir diğer görüşe göre ise kusur, hukuka aykırılıktan bağımsız tanımlanmalıdır. Baysal, bu görüşünü şu şekilde açıklamaktadır:

¹¹ Chapus, **a.g.e.**, s.1294'den aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1297.

¹² YHGK., T. 27.3.2015, E. 2013/1533, K. 2015/1099. *"Uyuşmazlığın çözümünde Anayasa'nın 129/5 maddesinde yer alan 'yetkilerini kullanırken işledikleri kusur' ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada 'kusur' ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır."* (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

¹³ İdarenin müterafik kusurunun bulunduğu kararlar için bkz: Yar. 17. HD., T. 03.07.2006, E. 2006/3892, K. 2006/6022.; Yar. 4. HD., T. 2.6.2015, E. 2014/13767 K. 2015/7201. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 03.06.2022.

“Kişi, davranışıyla, hukuk düzeninin ondan makul olarak beklediği, gereken özeni göstermediği zaman kusurlu sayılır. Bu davranışın ayrıca hukuka aykırı olmasına gerek yoktur.”¹⁴

İdarenin faaliyeti çerçevesinde konuya bakıldığında, Fransız İdare Hukuku’nda da kusur ile hukuka aykırılık arasında her zaman doğrudan bir ilişkinin olmadığı belirtilmektedir.¹⁵ Bu noktada, idari işlem ve idari eylemler arasında bir ayırım yapılarak bu ilişki, ihtimaller bakımından detaylı şekilde değerlendirilmektedir.

16

Kanaatimizce kusur ve hukuka aykırılık birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Bu noktada, kusurun tanımı olarak yukarıda detaylarını açıkladığımız *“hukuken kınanabilir davranış”* tanımı yerine, *“zarar görenden makul olarak beklenen özeni göstermeme”* tanımı daha isabetli olacaktır.

c-Zarar Görenin Kusurunun Değerlendirilmesi

Özel hukukta, kusurun değerlendirilmesi, objektif kusur teorisi veya sübjektif kusur teorisine göre yapılmaktadır. Bu teoriler, hukuk düzeninin zarar gören kişiden beklediği makul özenin tespiti bakımından yani kusurun tespiti bakımından önemlidir.¹⁷

Bazı yazarlar, kusur değerlendirmesinin, objektif kusur görüşüne göre yapılması gerektiğini savunurken¹⁸, bazı yazarlar da sübjektif kusur görüşüne göre yapılması gerektiğini savunmaktadır.¹⁹

Objektif kusur görüşünde, kişi ile aynı şartlarda, aynı zamanda, aynı mekânda ortalama tipin sergileyeceği davranış esas alınır.²⁰ Bu görüşteki yazarlar, kusur değerlendirmesinde sübjektif özelliklerin dikkate alınmaması gerektiğini, aksi takdirde değerlendirmenin hukuk güvenliği ve eşitlik ilkesini zedeleyeceğini

¹⁴ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 104.

¹⁵ Chapus, **a.g.e.**, s. 1269. Aktaran: Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 629.

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz: Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 629 vd.

¹⁷ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 106.

¹⁸ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 107 vd.

¹⁹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 88; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C. II, s. 59.

²⁰ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 51.

belirtmektedir.²¹ Ancak, yazarlarca objektif kusur değerlendirmesine iki istisna tanınması gerektiği savunmaktadır.²² Bunlardan biri, ayırt etme gücünün olup olmadığının tespiti için sübjektif özelliklerin dikkate alınması, ikincisi ise kanunda açıkça sübjektif değerlendirmeye ilişkin düzenlenme bulunan hallerdir.²³

Sübjektif kusur görüşünde, kusurun değerlendirilmesinde kişinin şahsi özellikleri dikkate alınır. Bu görüşteki yazarlar, kusur değerlendirmesinde kişinin şahsi özelliklerinin dikkate alınmasının daha adaletli olacağını savunmaktadır.²⁴ Değerlendirmede, olayın özelliklerinden hareketle rastgele bir normal insan tipi değil o olayla ilgili normal insan tipinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır.²⁵ Oğuzman/Öz, bir diğer gerekçe olarak da BK'nın ayırt etme gücü bulunmayanların kural olarak haksız fiillerinden sorumlu olmayacaklarını kabul etmekle, kusurun objektifleştirilmesini kabul etmediğini ileri sürmektedir.²⁶

İdare hukukunda idare bakımından kusur değerlendirmesi, özel hukukta olduğundan daha farklı ele alınmaktadır. İdare hukukundaki kusur esası, özel hukuka göre farklılık arz eder. Bu kusur, şahıslarda aranan sübjektif nitelikte olmayıp objektif niteliktedir.²⁷ Dolayısıyla idarenin kusuru, objektif ölçütlere göre belirlenmektedir. Ancak şahısların kusuru bakımından bu durumu benimsemek mümkün olmayabilir. Gözler, kamu görevlisinin davranışları yönünden kusurun tanımından ziyade teşhisinin zor olduğunu belirtmektedir.²⁸ Bu tespite devamla da kamu görevlisinin davranışlarının kusurlu olup olmadığının anlaşılması için, o an içinde bulunulan yer ve zaman şartlarının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.²⁹ Bu sebeple, kamu

²¹ Annich Ahtarı, **Le devoir du lésé de minimiser son dommage**, Etude en droit des obligation, Zürich, 2008, N. 318. Aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 109.

²² Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 50-51; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 112.

²³ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 112; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 52.

²⁴ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 88; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 10.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 59.

²⁵ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C. II, s. 59.

²⁶ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C. II, s. 59.

²⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 24; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1695.

²⁸ Chapus, **a.g.e.**, C. I, s.1294. Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1087.

²⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 1087.

görevlisinin kusurunun değerlendirilmesinde kaçınılmaz bir sübjektiflik vardır.³⁰ Kanaatimizce bu yorum, zarar gören ve üçüncü kişi bakımından da yerindedir.

Sarıca, değerlendirme bakımından şu tespitte bulunmaktadır: “*Mahkeme herhangi bir hâdisede kusurun önemini, derecesini bir kere mutazarrır şahıs bakımından tevhit ettiği netayicin ehemmiyetine, ağırlığına, vahametine göre takdir ve tayin eylemektedir.*”³¹ Bu tespitine devamla, sonuç dikkate alınmadığında, hafif kusur olarak nitelendirilecek bir davranışın idare bakımından ağır kusur olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.³² Zarar gören bakımından somut netice, idarenin kusur derecesinin belirlenmesinde dikkate alınıyorsa, zarar görenin kendi kusuru bakımından da zarar görenin sübjektif durumu, dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce de kusur değerlendirmesinde, zarar görenin yaşı, tecrübesizliği, içinde bulunduğu durum, ayırt etme gücü gibi sübjektif unsurlar dikkate alınmalıdır.

Danıştay kararları incelendiğinde, sübjektif değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından da kusur değerlendirmesi genellikle yapılmamaktadır. Ancak kanaatimizce, Danıştay’ın doğrudan sübjektif kusur teorisini benimsediği de söylenemez.

- Örneğin Danıştay’ın bir kararına konu olayda, davacıların yakını, hapisanede, eşarpla kendini asarak intihar etmiştir. Açılan davada, idare mahkemesi, davacıların ölen yakınının intihar eğilimi göstermediği, intiharı ima edici herhangi bir söz ya da davranışının bulunmadığı, intihar ederken kullandığı eşyaların da insani ihtiyaçların karşılanması amacıyla zorunlu olarak içeriye girmesine izin verilen malzemeler arasında olması sebebiyle, davanın reddine karar vermiştir. Danıştay bu kararı onamıştır.³³ Ancak karşı oy sunan üyelerce, müteveffanın tutuklanma nedeninin, kızının intihar ederek hayatını kaybettiği olayda intihara yönlendirmek suçunu işlediği iddiası olduğu; bu sebeple, intihara meyilli olabileceği gerekçesiyle riskli bir tutuklu olduğunun açık olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, intihar eyleminin, tutukluların koğuş alanı içinde kalan bölümde olduğu, olay yeri krokisi ve formundaki

³⁰ a.y..

³¹ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 869.

³² Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 870.

³³ Dan. 10. D., T. 31.05.2021, E. 2016/2820, K. 2021/2909. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

tespitlerden anlaşıldığı üzere, yangın panosu yanında bulunan yangın su borusunun ası suretiyle intihar etmeye oldukça elverişli bir biçimde konumlandığı gerekçeleriyle, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu yönünde görüş bildirmişlerdir. Karşı oyda, kişinin tutuklu bulunmasına yol açan suçun niteliği de göz önüne alınarak ve müteveffanın intihara eğilim gösterilebilecek bir yapıda olması gerektiği belirtilerek sübjektif bir değerlendirme yapılmıştır. Devamında ise, kişiden bağımsız bir değerlendirme ile hapisanede boruların yapısının, suçlular için intihara elverişli olduğu tespit edilmiştir. Karşı oyda hem objektif hem de sübjektif değerlendirme yapılırken, üyelerin çoğunluğu objektif değerlendirmede bulunmuştur. Kararda, kişinin hapisanede bulunma nedeni özel olarak değerlendirmemiştir. AYM, bu konuda verdiği benzer kararlarında, her olayın somut olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermekte, bir hükümlü veya tutuklu açısından daha sıkı tedbirlerin gerekip gerekmediğini ve bunların uygulanmasının makul olup olmadığının başvuru konusu yapılan her bir somut olayın koşullarına göre değişeceğini vurgulamaktadır.³⁴ Kanaatimizce de bu kararda bu durumun tartışılmaması isabetli olmamıştır.

-Danıştay, bir başka kararında, davacılar yakınının kayak yaparken kaybolması ve sonrasında gerçekleşen ölüm olayı ile ilgili olarak açılan davada, birden çok idarenin hizmet kusurunun yanında, zarar görenin de kış sporları hakkındaki bilgi ve deneyimi ile hava şartları ve pist durumunu gereği gibi değerlendirmeksizin, gerekli ve yeterli ekipmana sahip olmaksızın hareket etmesi neticesinde kaybolması sonrasında cep telefonu ile irtibat kurulduğu, jandarma personelinin talimatlarına aykırı davrandığı, telefonun şarjını iktisatlı kullanmadığı, korunaklı alanlara ulaşmasına karşın buralarda beklemeyerek sürekli hareket halinde bulunmak suretiyle arama çalışmalarını zorlaştırdığı, arama çalışmaları sürecinde kendisini korumaya çalışmadığı, üzerindeki giysileri çıkartmak suretiyle can güvenliğini ciddi tehlikeye attığı dikkate alındığında meydana gelen ölüm olayında davacılar yakınının müterafik kusurunun bulunduğu karar vermiştir.³⁵

³⁴AYM, Sibel Duymaz Doğan Başvurusu, T. 16.6.2021, BB. No. 2017/4785. (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr>, 06.05.2022.

³⁵Dan. 10. D., T. 07.04.2016, E. 2015/4254, K. 2016/1847. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

Bu kararda, müteveffanın ölüme yol açan davranışları objektif olarak değerlendirilmiştir ancak kış sporları ile uğraşması ve bu konudaki deneyimlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilerek sübjektif değerlendirme de yapılmıştır. Burada da hem objektif hem de sübjektif kriterlerin dikkate alındığı görölmektedir.

d-Zarar Görenin Kusur Ehliyeti

MK Madde 15 gereğince bir kimsenin kusurlu sayılması ve kusura dayalı bir sorumluluğunun bulunması için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması aranmaktadır. Ancak TBK Madde 65 gereğince, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, hâkim, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin verdiği zararın tamamen ya da kısmen giderilmesine karar verebilir. TBK Madde 65, zarar veren bakımından düzenlenmiştir. Zarar gören için ise bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel hukuk doktrinde, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, zarar görenin kusuru için de TBK Madde 65'in kıyasen uygulanabileceği ve tazminatta indirim yapılabileceği kabul edilmektedir.³⁶

Danıştay da ayırt etme gücüne sahip olmayan kişileri, kural olarak kusurlu kabul etmemesine rağmen bu kişilerin davranışlarının, idarenin sorumluluğunu kaldırabileceği görüşündedir. Danıştay, bu hallerde zarar görenin davranışı sebebiyle idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği yönünde ya da doğrudan idarenin sorumluluğunun bulunmadığını yönünde karar vermektedir. Özel hukuktaki gibi TBK Madde 65'in kıyasen uygulanması söz konusu değildir. Ancak değerlendirmeler farklı olsa da her iki hukuk dalında da aynı neticeye varılmaktadır. Danıştay, küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde ise zarar gören küçüğün davranışı yerine, ailenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesini, müterafik kusur olarak dikkate alabilmektedir.

(1)-Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi kural olarak ayırt etme gücü olmayan kişilerin davranışları kusurlu olamaz. Bu durum, zarar gören bakımından da geçerlidir. Ancak bu durum, zarar görenin davranışı sebebiyle, tazminattan indirim yapılamayacağı

³⁶ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 128.

anlamına gelmemektedir. Hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, zarar görenin davranışı sorumluluğu tamamen ya da kısmen kaldırabilir.

Özel hukuk doktrinde, ayırt etme gücünü haiz olmayan zarar görenin davranışı, eğer ayırt etme gücünü haiz olsaydı kusurlu kabul edilebilecek nitelikteyse, tazminattan indirim yapılabileceği ileri sürülmektedir.³⁷ Kişinin ayırt etme gücünün olup olmadığının değerlendirilmesi ise somut olayın şartlarına göre yapılmaktadır. Danıştay ise bazen küçüğün olay tarihindeki yaşına göre değerlendirme yapmakta, bazen de somut olarak zarar görenin ayırt etme gücünün değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Danıştay, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük olduğu durumlarda, müterafik kusuru, genellikle bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne ve/veya babaya yüklemektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan diğer kişiler bakımından da kusur ifadesi yerine, zarar görenin davranışı, eylemi, fiili gibi ifadeler kullanmaktadır.³⁸

-Örneğin Danıştay, 2 yaşındaki müteveffanın sulama kanalına düşerek hayatını kaybetmesi üzerine açılan davanın; müteveffanın fiziksel, duygusal ve sosyal gelişimini henüz tamamlamadığı, kendisi için tehlikeli olabilecek koşulları kestirip, ortadaki riskleri atlatma yeteneğinin de bulunmadığı, ailenin bakım ve gözetim borcunu tam olarak yerine getirmediğinden kusurlu oldukları, bu haliyle davalı idarelerin meydana gelen ölüm olayında herhangi bir kusurunun bulunmadığı gerekçeleriyle reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁹

-Yukarıdaki karara benzer olarak, 2,5 yaşındaki çocuğun dere kanalına düşerek boğulmasında,⁴⁰ 3,5 yaşındaki çocuğun, kırık çöp konteyneri ile oynarken konteyner kapağına sıkışan sol el parmağının kopması olayında ⁴¹, 6 yaşındaki çocuğun

³⁷ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 117.

³⁸Örn: Dan. 12. D., T. 20.10.1980, E. 1978/2465, K. 1980/4023; Dan. 10. D. T. 09.11.1999, E. 1997/6014, K. 1999/5492 kararında; Zarar görenin 76 yaşında olay sırasında durgunluk ve unutkanlık halinde olduğu anlaşılan kişi bakımından kusur ifadesi yerine öldürülen kişinin davranışları ifadesi kullanılmıştır. **Danıştay Dergisi**, S. 103, 2001, s.891-892; Dan. İDDK, T. 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

³⁹Dan. 10. D., T. 07.10.2020, E. 2015/2969, K. 2020/3555. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁴⁰ Dan. 10. D., T. 06.01.2021, E. 2015/347, K. 2021/13. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁴¹ Dan. 8. D., T. 10.02.2021, E. 2016/12179, K. 2021/777. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

hastanede muayene için babasının yanından sıra beklerken, korkuluklardaki cam olmayan bölmeden düşerek beyin travması geçirmesi olayında⁴², 7 yaşındaki çocuğun annesi ile birlikte hastanede bulunduğu sırada röntgen çekim odasına giren ve çalışmakta olan vantilatöre parmağını kaptırması sonucu parmağının kopması olayında⁴³, 8 yaşındaki çocuğun ve diğer iki arkadaşının, köyde ikamet edenlerin günlük yaşantıları içinde gidebilecekleri mesafede bulunan ve davalı idarece projelendirilen ve idarenin denetim ve gözetiminde yürütülen proje sahasında inşaat çalışması yapılmakta iken, sahada toplanan çamurlu su birikintisinde boğularak vefat ettikleri olayda⁴⁴, 11 yaşındaki çocuğun köy arazisi içinde bulduğu fünüyeyi babasının, patlamadan önce fünüyeyi çocuğun elinde görmesi üzerine, bu fünüyeyi çocuğun elinden alarak götürmesi gerekirken, açık bir yere atması ve akabinde çocuğun fünüyeyi tekrar yerden alarak evin bahçesinde oynarken patlama olayının meydana gelmesi olayında⁴⁵ davalı idarelerle birlikte anne ve babaların müterafik kusurlu oldukları yönünde kararlar vermiştir.

- Danıştay tarafından 13 yaşında akli dengesi bozuk, sağır ve dilsiz çocuğun, koşarak tren yoluna çıkması ve trenin altında kalarak vefat etmesinde, ortaya çıkan zarara, bu çocuğun bedeni ve akli kusurları hareketiyle sebep olan çocuğun ve bu çocuğa gerekli bakım ve özeni göstermeyen davacı anne ve babanın kusurlu hareketlerinin sebep olduğu gerekçesiyle, zarar tazmin edilebilir bulunmamıştır.⁴⁶

Burada, hem ayırt etme gücü bulunmayan kişi hem de aile bakımından kusur ifadesi kullanılmıştır. Bu kararda yapılan nitelendirme, teknik açıdan tartışmaya açık olmakla birlikte, doğru bir nitelendirme yapılsaydı dahi, Danıştay'ın benzer uyuşmazlıklarda benimsediği yaklaşım gereği, kararın sonucunun değişmeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü Danıştay, küçüğün ayırt etme gücü olmadığı hallerde, zarar görene kusur atfetmese dahi kusuru aynı nispette anne ve babaya yüklemektedir.

⁴² Dan. 10. D., T. 30.3.2021, E. 2020/2067 K. 2021/147. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022

⁴³ Dan. 15. D., T. 02.06.2016, E. 2013/4001, K. 2016/3974. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁴⁴ Dan. 10. D., T. 18.04.2016, E. 2016/97, K. 2016/2054; Aynı yönde: 10. D., T. 19.11.2015 E. 2012/4355, K. 2015/5110; 10. D., T. 11.11.2015, E. 2015/925, K. 2015/4854. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁴⁵ Dan. 10. D., T. 29.1.2007, E. 2004/6176, K. 2007/227. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁴⁶ Dan. 12. D., T. 20.10.1980, E. 1978/2465, K. 1980/4023. Aktaran: Celal Karavelioğlu, **Açıklama ve Son İçtihatlarla: İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. I, 6. bs., Ankara, 2006, s. 338.

- Olay sırasında 76 yaşında olan zarar gören, füze komutanlığı mıntikasına elinde bir poşetle girmek istemiş, nöbetçi askerlerin sözlü ve silahlı dur çağrılarına rağmen karargâh binasının ana girişine doğru koşmaya başlamıştır. Görevliler, önce havaya uyarı ateşi açmış, şahıs durmayınca müdahale ederek vurmuş ve ölüme sebebiyet vermiştir. Açılan davada, idare mahkemesi, dosya kapsamında alınan ifadelerden, zarar görenin olay tarihinde 76 yaşında olduğu ve olay tarihinden 2-3 yıl kadar önce başına bir darpta bulunulması nedeniyle bir durgunluk hali ve unutkanlık meydana geldiğini, yolunu ve zamanını şaşırabildiğinin anlaşılma, olayın geliş şekli ve ölen kişinin davranışları dikkate alındığında idare personelinin hizmet gereklerine, yasa ve yönetmeliklere aykırı bir davranışının bulunmadığı sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir. Danıştay da mahkeme kararını onamıştır.⁴⁷

Bu kararda, yerel mahkeme tarafından zarar görenin davranışı ifadesi kullanılmıştır. Danıştay'ın ayırt etme gücü bulunmayan zarar görenin davranışlarının idarenin sorumluluğunu kaldırmadığı yönünde verdiği kararları da vardır.

-Örneğin bir kararda, Danıştay şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“İdare Mahkemesince; davacılar murisinin terör örgütü sempatizanı olması nedeniyle bir başka terör örgütü üyelerinin saldırısına uğraması nedeniyle meydana gelen zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında karşılanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; dosyada mevcut bilgi ve belgelerde davacılar murisinin 1989 yılında akli dengesinin iyice bozulması nedeniyle malulen emekliye sevk edildiği, olay nedeniyle ifadesine başvurulmuş kişilerin de davacılar murisinin akli dengesinin bozuk olduğunu belirttikleri görülmektedir.

Durum böyle olunca, olay tarihi itibarıyla akli dengesi yerinde olmadığı için cezai ehliyeti bulunmayan davacılar murisinin terör örgütü üyeliğinden/sempatizanlığından söz edilemeyeceğinden, davacılar murisinin öldürülmesine ilişkin olayın yörede yaşanan yaygın ve yoğun terör olayları nedeniyle gerçekleştiği ve bu haliyle 5233 sayılı Kanun kapsamında kaldığı sonucuna varıldığından aksi yöndeki dava konusu işlemde ve Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁴⁸

Danıştay, burada zarar gören kişinin ayırt etme gücü olmadığına karar vermiş ve tazminatta indirim yapılmasına da gerek görmemiştir.

(2)-Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük Olması

⁴⁷Dan. 10. D., T. 09.11.1999, E. 1997/6014, K. 1999/5492. **Danıştay Dergisi**, S. 103, 2001, s.891-892.

⁴⁸ Dan. 15. D., T. 21.12.2016, E. 2013/7971, K. 2016/6349. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

MK 16. Maddede, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların haksız fiillerinden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Zarar gören bakımından bu yönde bir düzenleme olmasa da bu hükmün, zarar görenin kusuru bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁹ Küçük, ayırt etme gücüne sahip değilse, bu durumda kendi kusurundan bahsedilemez.⁵⁰

Danıştay kararlarında da ayırt etme gücüne sahip zarar gören küçük bakımından müterafik kusur kabul edilmekte, bazı kararlarda bu husus açıkça tartışılmaktadır. Danıştay, ayırt etme gücünün tespitini, genellikle zarar görenin yaş grubuna göre yapmaktadır. Kararlarda, somut olaya göre; bazen ayırt etme gücüne sahip olması muhtemel olan zarar gören küçüğün doğrudan sorumluluğuna gidilmekte, bazen yalnızca anne ve babanın kusuru değerlendirilmekte, bazen de anne ve baba ile birlikte zarar gören küçüğün de kusurlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Danıştay, her üç ihtimal bakımından da kusuru, aynı şekilde değerlendirmektedir. Kanaatimizce, bu tutum isabetli değildir.

- Örneğin, olay tarihinde 12 yaşında olan zarar görenin, fünüye taşla vurması sebebiyle gerçekleşen patlama sonrası yaralanması olayında, zarar görenin fiili ile birlikte üzerindeki eğitim, denetim ve gözetim görevini gerekli ve yeterli şekilde yerine getirmeyen ebeveynlerin kusurunun da payı olduğuna hükmedilmiştir.⁵¹ Burada da zarar görenin fiiline işaret edilmiş olmakla birlikte kusur anne ve babaya atfedilmiştir.

- 13 yaşındaki müteveffanın jandarma komutanlığının atış poligonunun yakınında çalı toplarken, daha önceden o bölgede bulunan patlamamış bomba atar mühimmatına vurması sonucunda meydana gelen patlamada hayatını kaybetmesi üzerine açılan davada, İdare mahkemesi, olay tarihinde müteveffanın 18 yaşından küçük olması sebebiyle, olayın meydana gelmesinde anne babanın gözetim sorumluluğunu tam olarak yerine getirmemesinin de payı dikkate alınarak müterafik kusur değerlendirmesi yapmıştır. Danıştay ise kararı şu gerekçelerle bozmuştur:

⁴⁹ Dural ve Ögüz, **a.g.e.** s. 95.

⁵⁰ Tandoğan, **Türk Me'suliyet**, s. 57; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, C. II,-Kişiler Hukuku**, 12. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 52

⁵¹ Dan. 10. D., T. 09.03.2021, E. 2016/2404, K. 2021/1020.(Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

“Bakılan uyuşmazlıkta davacıların yakınının olay tarihinde 13 yaşında bir öğrenci olduğu, ilköğretim okuluna devam etmesi nedeniyle köyde yaşayan anne babasının yanında değil, Hizan ilçe merkezinde yaşayan dedesiyle birlikte yaşadığı ve insanların gelip geçmek suretiyle sürekli kullandıkları, yerleşim yerine yakın bir alanda patlamamış bombanın bulunduğu hususu dikkate alındığında davacı anne ve baba için müterafik kusurdan söz edilemeyecek olup, bu kusur oranı uygulanarak hükmedilen maddi tazminat miktarında hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmamaktadır.

Bu durumda; davacıların zararının tamamının davalı idarece karşılanması gerekirken müterafik kusur bulunduğundan bahisle belirlenen tazminat tutarlarının hukuka aykırı olduğu açık olup davacıların maddi ve manevi tazminat istemleri hakkında yeniden karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmektedir.”⁵²

Danıştay tarafından, ailenin çocuğunu okutmak için ilçeye göndermesi, bakım ve gözetim yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilmemiştir. Bu yorumun aksine, başka bir kararda, 15 yaşındaki bir çocuğun sınır kapısında Türk vatandaşlarının giriş çıkışının yasaklandığı bölgede çalıştığı esnada, terör eylemi nedeniyle meydana gelen patlama sonucu vefat etmesi üzerine açılan davada, küçüğün ailesinden uzakta çalışıyor olmasının anne ve babanın gözetim ve denetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.⁵³ Görüldüğü üzere burada, olayların özellikleri subjektif olarak değerlendirilmekte; anne ve babanın denetim ve gözetim yükümlülüğüne ilişkin değerlendirme somut olaya göre değişebilmektedir. Çocuğunu, şehir dışına aile büyüklerinin yanına yollayan anne ve babanın, bakım ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranmadığı, sınır kapısında çocuğunu çalışmaya gönderen anne ve babanın bakım ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davrandığı tespit edilmiştir.

- 13 yaşındaki çocuğun hayvanlarını otlatırken bulduğu yabancı cismi, evlerine getirerek çakmakla yakması nedeniyle patlamanın meydana geldiği; davacının bu olay nedeniyle zarara uğradığı; davacının söz konusu patlayıcı maddeyi köyde bulduğu dikkate alındığında, davacının yaşı itibarıyla, patlayıcı maddenin çakmakla yakılması halinde patlayabileceğini anlayabilecek durumda olduğu; söz konusu olayın gerçekleşmesinde davacının bakım ve gözetim sorumluluğunu yerine getirmeyen

⁵² Dan. 10. D., T. 09.12.2020, E. 2015/163, K. 2020/6015. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵³ Dan. 10 D., T. 12.10.2020, E. 2019/3027, K. 2020/3591. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

ailesinin de kusurunun bulunduğu; buna göre, davacının uğradığı zararın müterafik kusur da dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁴

Kararlarda görüldüğü üzere, kusurun yalnızca zarar görenin davranışına, yalnızca ailenin davranışına ya da ailenin davranışı ile birlikte zarar görenin davranışına atfedilmesine bağlanan sonuç aynıdır.

Zarar gören müteveffanın bir köy yakınlarında hayvan otlatırken bulduğu el bombasının pimini çekmesi sonucu yaşamını yitirmesi olayında, idarenin gerekli önlemleri almaması, patlayıcıları toplamaması nedeniyle meydana geldiği, bombanın pimini çekerek vefat eden 14 yaşındaki çocuğun da %50 oranında müterafik kusurunun olduğu sonucuna varılmıştır.⁵⁵

- 14 yaşında olan müteveffanın, arkadaşları ile birlikte balık tutmak için sulama kanalına gittiği esnada, ayağının kayması sonucu sulama kanalına düşerek vefat ettiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine açılan davada, idare mahkemesi tarafından olayın oluşumunu dikkate alındığında müteveffanın bakım ve gözetimi ile yükümlü olan ailenin kusurundan dolayı zararın meydana geldiği, olayda idareye izafe edilebilecek hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, Danıştay tarafından karar onanmıştır.⁵⁶

Danıştay 10. Dairesi'nin bir kararına konu olayda, Bingöl'de yerleşim yerine yakın askeri güvenlik sahasında patlamamış roket parçasının sahada bırakılması sebebiyle 11 ve 15 yaşlarında olan davacıların, söz konusu roket parçası ile oynayarak patlamasına neden olmuştur. İdare mahkemesi, çocukların kendilerinin ve olayın

⁵⁴ Dan. 15. D., T. 21.2.2013, E. 2011/9487, K. 2013/1480. Bu karara benzer olarak Dan. 10. D., T. 9.2.2011, E. 2007/6868, K. 2011/537 sayılı kararda, 13 yaşındaki çocuğun komando birliğinin yakınlarında, arkadaşlarıyla oyun oynarken yerde bulduğu patlayıcı maddenin patlaması sonucunda yaralanması üzerine açılan davada; çocuğun askeri bölgeye çok yakın olan alanda oynamasını engellememeleri nedeniyle, anne ve babanın müterafik kusurunun bulunduğu hükmetmiştir. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵⁵ Dan. 10. D., T. 20.05.2021, E. 2016/2276, K. 2021/2446. Dan. 8. D., T. 30.4.2013, E. 2012/11161, K. 2013/3463 sayılı kararda da olay tarihinde 14 yaşındaki bir çocuğun bisikletten düşerek yaralanması olayında, kusur değerlendirmesi yalnızca küçük yönünden yapılmıştır. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵⁶ Dan. 10. D., T. 19.11.2015, E. 2012/4355, K. 2015/5110. Dan. 10. D., T. 11.11.2015, E. 2015/925, K. 2015/4854 sayılı kararda ise 14 yaşındaki çocuğun yüzmek için girdiği kanalda boğularak ölmesi olayında ölen çocuğun ve ailesinin kusuru yanında davalı idarelerin de üstlendikleri kamu hizmetini kusurlu işlettiklerinin kabulü ile belirlenecek müterafik kusur oranına göre tazminle sorumlu tutulmaları gerekmektedir şeklinde karar verilmiştir. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

meydana gelmesinde gözetim ve denetim sorumluluğunu yerine getirmeyen anne ve babanın da müterafik kusurunun bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Danıştay kararı, bu yönüyle onanmıştır.⁵⁷

Kararda, 11 ve 15 yaşındaki küçüklerin kusuru, aynı şekilde değerlendirilmiştir.

Bir başka karara konu olayda, 15 yaşındaki bir çocuk, sınır kapısında Türk vatandaşlarının giriş çıkışının yasaklandığı bölgede çalışırken, bölgede terör eylemi nedeniyle meydana gelen patlama sonucunda vefat etmiştir. İdare mahkemesi, müteveffanın olay tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük olması nedeniyle anne-babanın velayet sorumluluğu da dikkate alarak olayda müterafik kusurlu oldukları gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Ancak Danıştay, davacılar murisinin sınır kapısından olayın meydana geldiği tampon bölgeye geçiş yapmadığı, dava konusu olayın meydana geldiği yere kaçak ve hukuk dışı yollarla girdiği, bu nedenle davacılar murisinin kendi kastıyla dava konusu olaydan zarar gördüğünü, müteveffanın 18 yaşından küçük olması nedeniyle müteveffanın çalışma yeri ve koşullarını bilen ve bu şekilde çalışmasına izin veren davacı anne ve babanın sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. Bu sebeple, davacıların manevi tazminat taleplerinin sosyal risk ilkesi kapsamında karşılanmasını hakkaniyete uygun görmeyerek, kararı bozmuştur.⁵⁸

Danıştay 6. Dairesi tarafından verilen bir kararda, olay tarihinde 15 yaşında olan ortaokul öğrencisi apartmanın çökmesi sonucu göçük altında kalarak yaralanmıştır. 6. Daire, zarar görenin, binanın kendi güvenliği açısından tehlike oluşturabilecek nitelikte olduğunu fark edebilecek durumda olup olmadığının göz önünde bulundurularak, yapılacak uzman incelemesi sonucunda meydana gelen olayda müterafik kusur varsa bu durumun gözetilerek yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁵⁹ Danıştay, aynı

⁵⁷ Dan. 10. D. T. 28.04.2021, E. 2016/3777, K. 2021/2144. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁵⁸ Dan. 10 D., T. 12.10.2020, E. 2019/3027, K. 2020/3591. Aynı konuda verilen Dan.10. D. T. 12.10.2020, E. 2019/3022 , K. 2020/3587; ve 2019/3021 E. , 2020/3586 K. kararlarında aynı olay sebebiyle yaralanan kişiler bakımından da 18 yaşından büyük olmaları sebebiyle müteveffaların kendi kusurları sebebiyle olaya sebep olduğu belirtilerek, idarenin sorumluluğunun bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

⁵⁹ Dan. 6. D. T. 03.03.2021, E. 2019/16719, K. 2021/2864; Aynı yönde, 6. D. T. 03.03.2021, E. 2019/15322, K. 2021/2863. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

göçük olayında vefat eden 17 ve 18 yaşlarında kişiler bakımından da aynı gerekçelerle yeniden bir karar verilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.⁶⁰

Görüldüğü üzere, Danıştay 6. Dairesi, doğrudan yaşa göre değerlendirme yapmamış, 15 yaşındaki küçük için de 17 ve 18 yaşındaki kişiler için de tehlike niteliğinin anlaşılabilir olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir ki kanaatimizce de bu yaklaşım isabetlidir. Zarar görenin idrak gücünün bulunup-bulunmamasına göre kusur değerlendirmesi yapılmalıdır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla kararlarda, genellikle 17 yaşındaki küçükler bakımından ise doğrudan zarar görenlerin kusuru değerlendirilmekte, anne ve babanın sorumluluğuna gidilmemektedir.

Örneğin, davacının, yasa dışı izinsiz gösteriye katıldığı ve bu esnada polis memurunun görev sınırını aşması suretiyle yaralandığı olayda, Danıştay, hizmet kusurunun bulunduğu tespit edilmekle birlikte olay sırasında 17 yaşında olduğu anlaşılan zarar görenin de yasa dışı izinsiz gösteriye katılmak suretiyle kusurlu olduğu değerlendirilmiştir.⁶¹ Burada, ayırt etme gücü değerlendirilerek 17 yaşındaki zarar gören bakımından kusur sorumluluğu gündeme gelmiş, anne ve babanın denetim ve gözetim görevine gidilmemiştir.⁶²

Aynı yönde, 17 yaşında olan zarar gören, hırsızlık amacıyla okul kantinine girmeye çalışırken olay yerine intikal eden polis memurlarından kaçarken dur ihtarına uymayarak, kaçmaya devam etmiş, bunun üzerine silahla ayak ve bacaklarına doğru ateş edilmesi neticesinde tek kurşunla yaralanmıştır. İdare mahkemesince %25 oranında zarar görene kusur atfetmiştir. Danıştay ise davacının karıştığı hırsızlık olayında polisler tarafından yapılan dur ihtarına riayet etmediğinden ve yakalanması amacıyla açılan ateş sonucunda yaralandığından davacının yaralanmasına neden olan olaydaki kusurunun % 25'ten daha fazla olduğu gerekçesiyle kararı kaldırmıştır.⁶³

⁶⁰ Dan. 6. D., T. 03.03.2021, E. 2020/10418, K. 2021/2861. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁶¹ Dan. 10. D., T. 11.11.2020, E. 2016/16010, K. 2020/4794. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁶² Bu yönde diğer kararlar için bkz. Dan.10. D., T. 26.10.2015, E. 2012/3275, K. 2015/4623; Aynı yönde, Dan. 10. D., T. 30.03.2016, E. 2014/5713, K.2016/1776. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁶³ Dan. 10. D., T. 28.12.2020, E. 2017/3235, K. 2020/7036. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, karşı oyda, zarar görenin yaşının olay tarihinde 17 olması, iki polis tarafından kovalanması ve arkasından birden fazla kez ateş açılmak suretiyle yaralanması ayrıca okul bahçesinin yeterli derecede ışıklandırılmış olması ve davacının önünde yüksek duvarın bulunması nedeniyle kaçma ihtimalinin az olması ile davacının bu olay nedeniyle % 100 iş gücü kaybına uğradığı da dikkate alındığında, KD talebinin reddi gerektiği yolunda görüş bildirmiştir. Yani idare mahkemesi ve karşı oya göre, kişinin 17 yaşında olması sebebiyle zarar görenin kusur oranının daha düşük takdir edilmesi gerekmektedir.

Bu görüş, özel hukukta da bazı yazarlarca savunulmaktadır.⁶⁴ Yargıtay'ın da çocuk işçiler konusunda bu yönde kararları bulunmaktadır.⁶⁵ Bazı yazarlar ise ayırt etme gücüne sahip kişiler bakımından böyle bir değerlendirmeye gerek olmadığını savunmaktadır.⁶⁶

Kanaatimizce de özellikle Danıştay'ın sübjektif değerlendirmeler yaptığı da göz önüne alındığında, bu görüşün uygulanmasında bir sakınca yoktur. Fakat Danıştay tarafından ayırt etme gücünden mahrum olan zarar gören küçükler bakımından dahi anne babanın sorumluluğuna gidilerek, ekseriyetle kusur oranı tespitinin aynı şekilde yapıldığı göz önüne alındığında bu görüşü uygulamak ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından daha hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilecektir. Şunu belirtelim ki, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin uğradığı zararlar bakımından idarenin sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin kararlar, AYM'nin bireysel başvuru kararlarında yaşam hakkını ihlal olarak değerlendirilebilmektedir.⁶⁷ Bu çerçevede Danıştay'ın ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan küçükler bakımından yaptığı müterafik kusur değerlendirmesini, farklılaştırılmış bir yaklaşımla ele almasının daha isabetli olacağı söylenebilir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla 17 yaşındaki küçükler bakımından ise genelde yalnızca zarar görenin kusuru esas alınmaktadır. Bu yöndeki değerlendirmenin yerinde

⁶⁴ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 96.

⁶⁵ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 118. Hatta Baysal, İsviçre Federal Mahkemesi'nin objektif kusur görüşünü benimsemesine rağmen, zarar görenin küçük olması durumunda, kusuru dikkate alırken daha ihtiyatlı davranılması gerektiği görüşünde olduğunu belirtmektedir.

⁶⁶ Baysal, **a.g.e.**, s.120.

⁶⁷ Bu yönde verilen kararlar, üçüncü bölümde s. 111 vd. incelenecektir.

olduğunu düşünmekteyiz. 17 yaşındaki küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması ve yaptığı fiillerin bilincinde olması gözetildiğinde anne ve babadan bağımsız olarak kusur değerlendirmesi yapılmalıdır.

Kanaatimizce, Danıştay'ın kusur ehliyeti bakımından yaptığı değerlendirmeler yerindedir. Ancak zarar görenin ve ailenin kusuru arasında bu yönden sonuca etkili bir fark gözetilmemektedir. Kanaatimizce burada, değerlendirme şu şekilde yapılmalıdır:

Öncelikle Danıştay'ın kararlarında, genellikle kabul edildiği üzere, 0-12 yaş aralığındaki küçüklerin kusur ehliyeti yoktur. Bu sebeple, bu yaş grubundaki çocukların uğradığı zararlarda, anne ve babanın kusuru, çocuklara izafe edilmemelidir ve anne ile babaya rücu etmek kaydıyla, idare çocuğun uğradığı zararın tamamını tazmin etmelidir. Ayrıca, kararları incelediğimizde çocukların uğradığı zararlar, çoğunlukla bedensel zararlar şeklinde ortaya çıkmakta ve zarar görenin bu zararı, ömrü boyunca kalıcı olabilmektedir. Ailenin kusuru sebebiyle zarar gören çocuklar yönünden kusur değerlendirmesinin, bir yetişkinle aynı şekilde yapılmasının hakkaniyete uygun olduğunu düşünmüyoruz.

13-15 yaş aralığındaki küçükler yönünden ise kusur değerlendirmesi yapılmalı ancak anne ve babanın kusuru da ayrıca takdir edilmeli ve zarar görene izafe edilmemelidir.

16-18 yaş aralığındaki küçükler yönünden ise yalnızca zarar görenin kusuru dikkate alınmalı ancak değerlendirme bir yetişkine göre daha fazla zarar gören lehine değerlendirilmelidir.

e- Zarar Görenin Kusurunun Derecelendirilmesi

(1)-Genel Olarak

Zarar görenin kusuru, kast veya ihmal sonucu meydana gelebilir. Zarar görenin, hukuka aykırı sonucu isteyerek davrandıysa kastı, hukuka aykırı sonucu istemediği halde bu hukuka aykırı sonuçtan kaçmak için iradesini kullanmadıysa ihmali vardır.⁶⁸

⁶⁸ Oğuzman, **Borçlar Hukuku**, s. 55. Bu tanımlar fail üzerinden yapılmıştır.

Danıştay kararlarında, zarar gören bakımından ağır kusur, hafif kusur, ihmal gibi kavramlar genellikle kullanılmamaktadır. Bunların yerine, doğrudan “kusur” ifadesi ya da davranış/fiil/eylem ifadesi kullanılmaktadır. Danıştay, derecelendirmeyi genellikle kavramı kullanım biçimiyle değil, kararın sonucu ile ortaya koymaktadır. Ancak kusurun ağırlığından bahsedildiği kararlar da vardır. Mülga AYİM ise “müterafik kusur”-“ağır müterafik” kusur ayrımı yapmaktadır.

(2)-Kast

Kast, kusurun en ağır derecesidir.⁶⁹ Kast, doğrudan veya dolaylı kast olarak ikiye ayrılır.⁷⁰ Zarar görenin kastının olduğu hallerde, sorumluluk kalkar. Örneğin, zarar görenin trenin önüne atlaması, buna verilen en tipik örnektir. İdareden bağımsız sebeplerle gerçekleşen intihar olaylarında da kast vardır.

(3)- İhmal

İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ayrılır. İhmalde, aynı durum ve şartlar altında her makul insanın göstereceği dikkat ve özeni gösterilmemesi ağır ihmal; dikkatli ve özenli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi ise hafif ihmaldir.⁷¹ İhmalin değerlendirilmesinde objektif bir ölçüye başvurulacağı, kıstasının objektif ve mücerret olduğu, yani kanunun talep ettiği tedbir ve ihtimamın şahsi özelliklere göre değil makul ve bir kimsenin alacağı tedbirlere göre belirleneceği savunulur.⁷²

i- Ağır Kusur (İhmal)

Ağır kusurla kastedilen, zarar görenin ağır ihmaliidir. Bununla birlikte bazen kast da bu kapsamda değerlendirilir.⁷³ Bu sebeple de ihmal için kullanılan ağır kusur ifadesi eleştirilmektedir.⁷⁴

⁶⁹ a.y.

⁷⁰ a.y. Failin sonucu doğrudan doğruya istememesi ancak meydana gelen sonucu göze alması halinde dolaylı veya ihtimali kasttan söz edilmektedir.

⁷¹ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 55.

⁷² Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 51.

⁷³ Eren, **Uygun İlliyet**, s.192.

⁷⁴ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, s. 57.

Özel hukuk doktrinde, zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkması için zarar görenin ağır kusuru aranmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinde de bu şartın arandığı görülmektedir.⁷⁵, Bazı kusursuz sorumluluk halleri bakımından yasal düzenlemeler de bulunmaktadır.⁷⁶

Danıştay kararlarında, genellikle ağır kusur ifadesi kullanılmamaktadır.⁷⁷ Bunun yerine, zararın zarar görenin kendi eyleminden doğması, zarara kendi kusuruyla sebebiyet verme gibi ifadeler kullanılmaktadır. İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran zarar görenin kusuru bakımından ağır kusur ifadesinin kullanılmasında bir sakınca yoktur.

Mülga AYİM ise bazı kararlarında “ağır müterafik kusur” ifadesini kullanmaktadır. Ancak AYİM’in bu kriteri, idarenin sorumluluğunu kaldıran nitelikte değildir. AYİM, bu ifadeyi kullandığı kararlarında, idarenin sorumluluğunu, cüzi de olsa kabul etmektedir. Kanaatimizce, AYİM’in bu uygulamasında zarar görene yüksek oranda kusur takdir edilmesine rağmen zarar görenin lehinedir. Zira, zararın tamamı zarar gören üzerinde bırakılmayıp, az bir kısım da olsa idare tarafından giderilmektedir.

ii-Hafif İhmal

Hafif ihmal, yukarıda da belirttiğimiz gibi dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstereceği özenin gösterilmediği hallerde ortaya çıkar. İhmalle gerçekleşen davranışlar yönünden kusur değerlendirmesi daha esnek yapılmalıdır. Zarar görenin ihmali, zarar görenin kusuruna göre önemsiz kaldığı hallerde, zarar görenin zararının tamamının tazminine karar verilebilir. Ancak yukarıda mesleki risk ilkesinde

⁷⁵ Örneğin 4. HD., T. 30.5.2005, E. 2004/11409 K. 2005/5780 sayılı kararında “Kusursuz sorumlulukta illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun bulunması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülme bir halin bulunması gerekmektedir.” demiştir. Yar. 11. HD., T. 19.09.2011, E. 2010/1525 K. 2011/10497; 11. HD., T. 23.06.2008, E. 2007/6785 K. 2008/8331. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

⁷⁶ Örneğin, KTK 86/1’de bu yönde bir düzenleme vardır.

⁷⁷ Ancak kullandığı bazı kararlar da vardır. Örneğin: Dan., 10. D., T. 23.3.2016, E. 2015/3763 K. 2016/1612. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

incelediğimiz kararlarda ihmal, idarenin sorumluluğunu kaldıran hal olarak değerlendirilebilmektedir.

2-Zarar Görenin Kusursuz Davranışı

Zarar görenin davranışının, idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmesi için kusurlu olmasına gerek yoktur. Zarar görenin kusursuz davranışları da idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilir. Kusursuz davranışlar, genellikle ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin davranışı sonucunda ortaya çıkmaktadır.⁷⁸ Bu konudaki açıklamalarımız, konu bütünlüğünün sağlanması için yukarıda kusurlu davranış başlığı altında incelenmiştir.⁷⁹ Bu sebeple, açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

3- Zarar Görenin Davranışının İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi

a-Genel Olarak

Zarar görenin davranışı, idarenin kusurlu sorumluluğuna etki ettiği gibi kusursuz sorumluluğuna da etki eden bir durumdur.⁸⁰ Ancak idarenin kusur sorumluluğunda, kusurların karşılaştırılması söz konusuysa, kusursuz sorumlulukta kusur karşılaştırması yapılamaz.⁸¹ Bu sebeple kusursuz sorumluluk hallerinde, zarar görenin kusuru, mahkeme tarafından tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınır.⁸²

Bu durumu, Yargıtay bir kararında şu şekilde ifade etmektedir:

“Mahkemece sürücülük ruhsatı olmayan işçiye araba sürdüren işveren kusurlu görülmüşse de, ölen işçinin müterafik kusuru gözönüne alınmamıştır. Her ne kadar Borçlar Kanununun 55inci maddesinde de 27.3.1957 tarih 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararında istihdam edenleri kusursuz sorumluluğu öngörülmüş ise de, bu kural mağdurun müterafik kusurundan dolayı onun isteyebileceği tazminattan aynı

⁷⁸ Eren, kişilerin ideal ve ortalama tipten ayrılan çok az bir ölçüde sapmış hallerde de kusursuz davranışın meydana gelebileceğini belirtmiştir. Örnek olarak zarar görenin davranışının çok önemsiz bir ölçüde sapmasını vermiştir. Bkz: Uygun İlliyet, s.194.

⁷⁹ Bkz. s. 50 vd.

⁸⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1721.

⁸¹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97. Nomer, burada munzam kusur olması halinin hariç olduğunu belirtir.

⁸² Şeref Gözübüyük, Turgut Tan , **İdare Hukuku**, C. I, Genel Esaslar, 13. Bs., Ankara, Doruk Kitabevi, 2019, s. 751; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 243.

*Kanunun 44üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca tenzilat yapılmasına engel olmaz”.*⁸³

Özel hukukta, kusursuz sorumluluk hallerinde, sorumlunun munzam kusurunun olup olmamasına göre zarar görenin kusurunun değerlendirilmesinin ayrı ayrı yapılacağı belirtilmektedir.⁸⁴ Şayet, zarar verenin kusuru yoksa kusur karşılaştırılması yapılamaz. Özel hukukta, özen sorumluluğu halinde, karşılaştırılabilir bir kusur bulunduğundan, bu durum daha ziyade tehlike sorumlulukları bakımından geçerlidir.⁸⁵ Tehlike sorumluluğunun bulunduğu hallerde, karşılaştırmının “sorumluluğa yol açan olayın zararı doğurmaya elverişliliği” ile “zarar görenin kusurlu davranışının zararı doğurmaya elverişliliği” arasında yapılacağı belirtilmektedir.⁸⁶ Tehlike arttıkça, zarar görenin kusurunun etkisi azalacaktır.⁸⁷ Zarar verenin hafif kusurunun bu karşılaştırmada daha az etkili olduğu belirtilmektedir.⁸⁸

Belirtelim ki Danıştay, özel hukuktaki bu uygulamanın aksine, zarar görenin davranışını, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hallerde, kusur sorumluluğuna göre daha farklı değerlendirmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunda, zarar görenin kusurunun bulunduğu hallerde, bazen idarenin sorumluluğunun tamamen kalkmasına, bazen tazminattan hiç indirim yapılmamasına bazen de tazminatta belli bir oranda indirim yapılmasına karar verilebilmektedir.

Özel hukukta, zarar verenin kusursuz sorumluluğu yanında kusuru da varsa zarar verenin ek kusuru da değerlendirmeye dâhil edilecektir.⁸⁹ Zarar verenin ek kusuru ne kadar artarsa, zarar görenin kusuru o ölçüde azalacaktır.⁹⁰ İdarenin sorumluluğu yönünden baktığımızda ise bir zararın kusurlu sorumluluk esasına göre

⁸³ YHGK, T. 23.11.1968, E. 1966/9-494, K. 1968/769. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 17.06.2022.

⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 248 vd; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97 vd.

⁸⁵ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 248.

⁸⁶ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97. Detaylı bilgi için bkz: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, 248 vd.

⁸⁷ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 99.

⁸⁸ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 248.

⁸⁹ Franz Werro, **Responsabilité civile**, 2. bs, Berne, 2011.N. 1231. Aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 249.

⁹⁰ Werro, **a.g.e.**, N. 1231. Aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 249.

tazmin edilebilmesi mümkünse, idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamaz.⁹¹ Bir başka deyişle, zararı doğuran olay sebebiyle, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğuna gidilemez.⁹² Asli olan hizmet kusurudur ve değerlendirme kusurlu sorumluluk üzerinden yapılır. Dolayısıyla, idarenin sorumluluğu bakımından munzam kusur değerlendirmesi yapılmaz.

İdarenin kusursuz sorumluluk halleri, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerinden farklıdır. İdarenin kusursuz sorumluluğu, yazarlarca, genellikle iki ana başlık altında incelenmektedir. Bu haller risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

b- Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Bakımından⁹³

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre idarenin bünyesinde tehlike barındırmayan faaliyetlerinden doğan zararlar tazmin edilir.⁹⁴ Bu ilkeye göre idarenin eylem ve işlemlerinden tüm toplum yararlandığından, külfetlerini de tüm toplum paylaşmalıdır.⁹⁵ Ancak zararın meydana gelmesinde, zarar görenin de kusuru varsa, bu durum, idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir neden olarak görülmelidir. Danıştay da bu hususu kararlarında belirtmektedir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi bakımından, müterafik kusurla ilgili detaylı değerlendirme yapılan bir karara konu olayda, davacının taşınmazının bulunduğu alanda transit trafiğin güvenli ve kesintisiz akışını sağlamak amacıyla yapılan köprülülük kavşak nedeniyle taşınmazında meydana geldiğini ileri sürdüğü değer

⁹¹ Gözler, burada ek olarak zararın kusurlu sorumluluk esasına göre ya da sosyal güvenlik sistemi gibi bir başka usulde karşılanıyorsa kusursuz sorumluluğa başvurulamayacağını belirtir. Bkz: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s.1188.

⁹² Dan. 10. D., T.10.04.1996, E. 1995/53, K. 1996/1913. “İdare mahkemesince, davalı İdarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.” (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 17.06.2022.

⁹³ Bazı yazarlar kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kavramını kullanmaktadır. Bkz: Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 658 vd.; Bkz: Gözler, **İdare Hukuku**, s.1261.

⁹⁴ Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 658.

⁹⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, s.1262.

kaybının ödenmesi istemiyle dava açılmıştır. Danıştay, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...davacının, dava konusu taşınmazı edindiği tarih itibarıyla köprülülük kavşak düzenlemesi ile ilgili imar planı ve notlarındaki durumun ne olduğunun tespit edilmesi, şayet imar düzenlemesinde söz konusu yapı (köprülülük kavşak) öngörülmüş ve davacı tarafından buna rağmen taşınmaz edinilmiş ise idarenin herhangi bir tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı, aksi durumun geçerli olması halinde ise, taşınmazın meri imar planındaki kullanım fonksiyonu, üzerindeki yapının hukuki durumu ve köprülülük kavşağın taşınmaz üzerindeki etkisi, taşınmazın kullanımı ve ulaşım olanaklarına göre değer kaybı tespit edilerek, ayrıca davacının gerekli yapı ruhsatı bulunmayan binayı kullanması nedeniyle oluşan kusur durumunun değerlendirilmek suretiyle bulunacak kusur oranları (müterafik kusur) çerçevesinde, herhangi bir zarar söz konusu ise, zararın özel ve olağan dışı bir zarar olup olmadığı hususları da araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken...”⁹⁶

Danıştay kararında, zarar bakımından, doğrudan tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınır ifadesini kullanmamış, “kusur durumunun değerlendirilmek suretiyle bulunacak kusur oranları (müterafik kusur) çerçevesinde” karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada esasen doğru ifade, kusur oranlarının belirlenmesi değildir. Zira dava konusu olay sebebiyle idarenin bir kusuru yoktur. Danıştay’ın burada zarar görenin kusurunun tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağına işaret etmesi daha isabetli olurdu.

c-Risk İlkesi Bakımından

Risk ilkesi gereğince sorumlulukta, idare, bünyesinde risk taşıyan faaliyetlerden dolayı meydana gelen zararlardan sorumlu olmaktadır.⁹⁷ Risk ilkesi gereğince sorumluluk başlığı altında birçok durum sayılmaktadır.⁹⁸ Ancak konu bakımından önemi dolayısıyla yalnızca mesleki risk ilkesi ve sosyal risk ilkesini inceleyeceğiz. Bu durumlarda, Danıştay’ın zarar görenin davranışına karşı farklı yaklaşımları olabilmektedir.

(1)-Mesleki Risk İlkesi

⁹⁶ Dan. 10. D., T. 16.9.2020, E. 2017/1428, K. 2020/3029; Aynı yönde: 10. D., T. 19.1.2021, E. 2016/431 K. 2021/72; 10. D., T. 16.9.2020, E. 2015/2754 K. 2020/3033; 10. D., T. 16.9.2020E. 2015/1744 K. 2020/3032. (Çevrimiçi), www.danistay.gov.tr, 17.06.2022.

⁹⁷ Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 646.

⁹⁸ Örneğin: Bkz: Gözler, **İdare Hukuku**, C:II, s. 1192 vd.

Mesleki risk ilkesi, risk ilkesinin meslek kazalarında uygulanma biçimidir.⁹⁹ Mesleki risk ilkesi bakımından Danıştay ve Mülga AYİM'in yaklaşımlarını zarar görenin kamu görevlisi olması başlığı altında detaylı incelemiştik.

Danıştay, idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesi için zarar gören kamu görevlilerinin kusursuz olması şartını arayabilmektedir. Ancak bazı hallerde, zarar görenin kusuruna rağmen idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Mülga AYİM'in yaklaşımının ise Danıştay'a göre daha zarar gören lehine olduğunu söylemek mümkündür. Danıştay bu sebeple açılan davaları bazen reddederken bazen de kabul etmektedir. Mülga AYİM ise genellikle müterafik kusur indirimi yaparak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmektedir.

(2)-Sosyal Risk İlkesi

i-Genel Olarak

Danıştay, sosyal risk ilkesini şu şekilde açıklamaktadır:

“Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir.

Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekte yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir.”¹⁰⁰

Danıştay, bu kararında sosyal risk ilkesini daha çok terör eylemleri üzerinden açıklamışsa da sosyal risk ilkesi nedeniyle sorumluluk daha geniştir.¹⁰¹ Sosyal risk ilkesine, başka sebeplerle gerçekleşen toplumsal olaylar da dâhil edilmelidir.

⁹⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 380.

¹⁰⁰ Dan. 10. D., E. 1992/3372 K. 1993/3777 T. 13.10.1993; Aynı yönde: Danıştay 10. D., T. 11.10.2000, E. 1999/2162, K. 2000/5120; (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 22.06.2022.

¹⁰¹ Örneğin, öfke, heyecan, topluluk güdüsü, holiganizm, fanatizm gibi nedenlerle aniden gelişen kitlesel hareketlerle de insanların zarar görebileceği belirtilmektedir. Bkz: Bülent Küfüdür, “Terör Olaylarından Kaynaklanan Zararların Tazmininde 5233 Sayılı Kanundan Doğan Sorunların Işığında Sosyal Risk İlkesine Geri Dönülmesi Konusuna Genel Bir Bakış”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 2, 2015, s. 143.

Gözler, Danıştay'ın sosyal olaylar sebebiyle yerleşik bir içtihadı olmadığını, idarenin bazen kusurlu sorumluluk esasına, bazen kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olduğuna karar verilirken bazen de sorumlu olmadığına karar verildiğini belirtmektedir.¹⁰² Ancak doktrinde bu durum, genellikle kusursuz sorumluluk başlığı altında değerlendirilmektedir. Günday ise sosyal risk ilkesinin salt kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığını belirtmektedir.¹⁰³ Nitekim Danıştay da sosyal risk ilkesinin uygulandığı bazı kararlarında, terör olaylarının önlenmesinin idarenin en başta gelen görevlerinden biri olduğunu ve idarenin herhangi bir nedenle bu görevi yerine getirememesinin hizmet kusuru oluşturacağını belirtmektedir.¹⁰⁴ Biz de sosyal risk ilkesi bakımından zarar görenin kusurunun, idarenin kusur sorumluluğundaki gibi değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Doktrinde, sosyal risk ilkesi gereğince idarenin sorumluluğunun doğması için idari faaliyet ile zarar arasında illiyet bağının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. İdarenin sosyal risk ilkesinde, hem illiyet bağının hem de idarenin kusurunun aranmayacağını savunan Atay'a göre bu ilkedan doğan sorumluluk için idarenin kusuru ve idari faaliyet ve zarar arasında illiyet bağı aranmadığından, bu ilke gereğince sorumluluğun doğabilmesi için, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun olmaması gerekmektedir.¹⁰⁵ Aynı yönde, Danıştay tarafından onanan bir idare mahkemesi kararında da dava konusu olayın meydana gelişinde, davacının kusuru bulunduğundan olaya objektif sorumluluk hallerinin de uygulanamayacağı, dolayısıyla doğan zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.¹⁰⁶

¹⁰² Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1237.

¹⁰³ Günday, **İdare Hukuku**, s. 381.

¹⁰⁴ **a.e.**, s.381. Aynı yönde: Yıldırım da sosyal risk ilkesinin geniş anlamda hizmet kusuru olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 843.

¹⁰⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s. 702. Yazar bu düşüncesine gerekçe olarak, bu ilkeyle vatandaşların, asıl hedefi toplum veya devlet olan idareye yabancı unsurların eylemleri sonucu uğradıkları zararın topluma pay edilmesini amaçladığını ve bu nedenle sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için derecesi ne olursa olsun zarar görenin zararın ortaya çıkmasında hiçbir kusurunun bulunmaması gerektiğini savunur. Bu koşulun göz ardı edilmesinin, kişilerin kendi kişisel kusurları sonucu uğradıkları zararın topluma pay edilmesi sonucu doğuracağını bunun da sosyal risk amacına uygun düşmeyeceğini belirtmektedir.

¹⁰⁶ Dan. 10. D., T. 24.11.1998, E. 1997/4889, K. 1998/6084. www.kazanci.com, 02.06.2022.

Yine Danıştay bir kararında şu şekilde değerlendirme yapmaktadır:

“Dairemizin yerleşik içtihatları doğrultusunda, anayasal düzene, devlete ve toplumun bütününe yönelik bulunan terör eylemlerinin, ayrıca yığın hareketleri şeklinde oluşan toplumsal olaylardan zarar gören bireylerin uğradıkları özel ve olağanüstü zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerektiği kabul edilmektedir. Ancak sosyal risk ilkesi doğrultusunda idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilebilmesi için zarar gören bireyin olayın oluşumunda herhangi bir katkısının olmaması, bir toplumsal olayın tahrikçisi veya faili olmaması gerekir.”¹⁰⁷

Kanaatimizce, buradaki olayın oluşumundaki katkı ifadesi ile zararın meydana gelmesine katkı ifadesini birbirinden ayırmak gerekir. Zarar görenin, zararın meydana gelmesine ya da artmasına katkısı bulunabilir ancak zarara sebep olan olaya katkısı olmayabilir. Örneğin, polisle bir grubun çatışmaya girdiği esnada, zarar görenin olaya yakın bir yerden geçmesi sebebiyle yaralanması olayında, zarar gören kişi zararın doğumuna katkıda bulunmuştur ancak olayın doğumuna katkıda bulunmamıştır. Burada, kişinin tedbir alarak başka bir yoldan geçmemesi kusur olarak değerlendirilebilir ancak bu kusur, idarenin sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak değil azaltan bir sebep olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu hallerde, zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesi ya da zarar görenin doğrudan olayın meydana gelmesinde katkısının olması hallerini ayırmak gerekmektedir.

Kaldı ki, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce, sosyal olaylar sebebiyle doğan zararlar, idarenin hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmelidir. Bu sebeple de zarar görenin kusuru, doğrudan sorumluluğu kaldıran bir neden olarak değerlendirilmemelidir.

Burada, şunu da belirtmek gerekir ki, Danıştay’ın terör olayları sebebiyle doğan zararın tazmini için zarar görenin zarara sebep olan olaya katılmaması şartını araması yerindedir. Bu durum, idarenin sorumluluğunu azaltan değil kaldıran bir sebeptir. Aksinin kabulü, kişinin kendi hukuka aykırı durumundan yararlanması anlamına gelecektir. Bunun da hukuken korunabilir yanı yoktur. Ancak zarar görenin olaylara zorla dahil edilmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

¹⁰⁷ Dan. 10.D., T. 26.12.2005, E. 2004/10461, K. 2005/8092. Aktaran: Halim Alperen Çıtak, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında: Sosyal Risk İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 90.

ii- Terör Faaliyetlerinden Kaynaklı Sorumluluk ve 5233 Sayılı Kanun

5233 Sayılı Kanun, konumuz bakımından önemlidir. Zira bu kanunun “*Zararın Tespiti*” başlıklı 8. Maddesi’nde, zarar görenin kusuru bakımından özel bir düzenleme bulunmaktadır. Hükmün detaylı incelemesine geçmeden önce, kanundan önceki süreçte, Danıştay’ın terör olaylarındaki tutumunu kısaca ele almanın isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Danıştay tarafından 1990 yılı öncesinde terör olayları sebebiyle doğan zararlardan, devletin sorumsuz olduğuna yönelik kararlar verilmiştir. Danıştay tarafından, 1993 sonrasındaki kararlarında ise artan terör olayları sebebiyle doğan zararlardan devletin kusursuz sorumlu (sosyal risk ilkesi) olduğuna yönelik kararlar verilmiştir.

Danıştay’ın geliştirdiği sosyal risk ilkesinin bir sonucu olarak terör eylemleri sebebiyle zarar uğrayanların zararlarını tazmin amacıyla 27.07.2004 tarihinde, 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun kapsamında, idarenin terörle mücadele ettiği esnada masum kişilerin uğradığı zararlar ve terör suçlusu zarar verenin masum üçüncü kişilere verdiği zararlar tazmin edilmektedir. Kanunun gerekçesinde vurgulandığı üzere, 5233 Sayılı Kanun, sosyal risk ilkesinin bir sonucudur. Sosyal risk ilkesinin, bu kanunun çıkmasıyla uygulama alanı kalmadığını belirten yazarlar bulunmaktadır.¹⁰⁸ Ancak Danıştay, 5233 Sayılı Kanunu, sosyal risk ilkesinin bir görünüm biçimi olarak uygulamaktadır. Yani sosyal risk ilkesini, bu kanunla sınırlamak doğru değildir.

5233 Sayılı Kanun’un Zararın Tespiti başlıklı 8. Maddesi’nde; zararın belirlenmesinde zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Yani zarar görenin

¹⁰⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 706.

¹⁰⁹ **8. Madde:** 7’nci maddede belirtilen zararlar, zarar görenin beyanı, adli, idarî ve askerî mercilerdeki bilgi ve belgeler göz önünde tutularak olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle, hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun biçimde komisyon tarafından doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile belirlenir.

kusuru, doğrudan sorumluluğu kaldıran bir durum olarak değerlendirilmemiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sosyal risk ilkesinden doğan zararların tazmini için zarar görenin kusurunun bulunmaması şartı, kanun koyucu tarafından aranmamıştır.

Danıştay, bu kanuna dayanılarak açılan davalarda, zarar görenin kusurunu da dikkate alarak, özellikle de terör örgütü faaliyetlerine katılım sağlayıp sağlamadığını araştırarak değerlendirme yapmaktadır. Örneğin bir kararında şu yönde değerlendirmede bulunmuştur:

“Dava konusu olayda; zararın doğmasına neden olan mayınlar, ülke sınır güvenliğinin sağlanması amacı doğrultusunda, ülke sınırının diğer dış tehditler yanında, yasadışı terör örgütü mensuplarına karşı da terörle mücadele kapsamında korunması maksadıyla kolluk kuvvetlerince yerleştirildiğinden, olayın 5233 sayılı Kanun kapsamında olduğu ve ortaya çıkan zararın idarece tazmini gerektiği hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, 5233 sayılı Kanunun 8. maddesinden de anlaşılacağı üzere; anılan Kanun kapsamında uğranılan maddi zararın tespitinde, zarar görenin kusurunun da göz önünde bulundurulması gerektiğinden; zararı doğuran olayda, zarar gören kişinin müterafik kusuru bulunup bulunmadığı hususunun da irdelenmesi gerekmektedir.”¹¹⁰

- Davacıların da aralarında alacak verecek ilişkisi bulunduğu, aralarından bir kişinin davacılarından diğerini terör örgütüne şikâyet etmesi nedeniyle uğradıkları zarar sebebiyle açılan davada, Danıştay, şu şekilde değerlendirmiştir:

“Dosyanın incelenmesinden; davacıların dava konusu zararlarının meydana gelmesinde yasadışı terör örgütünün sözde Adalet Divanı olarak adlandırılan mahkemesine gitmeleri nedeniyle yaşandığı; davacıların yasadışı bu yola her ne şekilde olursa olsun tevessül etmeleri nedeniyle varsa meydana gelen zarara kendilerinin sebep olmaları da gözönünde tutularak hiç kimsenin kendi kusuru ile sebep olduğu bir zararın karşılanmasını hele de incelediğimiz dava konusu olay gibi idarenin sosyal risk ilkesi gereği tazmin ettiği zararlar açısından beklemenin yukarıda belirtilen 5233 Sayılı Kanun'un 8. maddesine aykırı olacağı açıktır.

Bu durumda, davacıların kendi kusurlarıyla zarara sebep olmaları nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekmekte ise de, idare mahkemesi tarafından davacıların 5233 Sayılı Kanun kapsamında zarara uğradıklarının sübuta ermediği gerekçesi ile davanın reddine karar verildiğinden, İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.”¹¹¹

¹¹⁰ Dan. 15. D., T. 24.03.2016, E. 2016/1562, K. 2016/2016. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 02.06.2022.

¹¹¹ Dan. 15. D., T. 18.12.2018, E. 2016/5577, K. 2018/8343. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 18.06.2022.

Danıştay, bu kararında, “kimsenin kendi kusuruyla sebep olduğu bir zararın karşılanmasının hele de dava konusu olay gibi idarenin sosyal risk ilkesi gereğince tazmin ettiği zararlar” ifadesini kullanmıştır. Danıştay’ın burada kullandığı hele de ifadesinden, zarar görenin kusurunun sosyal risk ilkesi durumunda daha katı değerlendirileceği sonucu çıkarılabilir.

Bir başka kararda şu yönde karar verilmiştir:

“Olayda, davacının, güvenlik güçleriyle protestocu grup arasında meydana gelen çatışma kapsamında yaralandığı; meydana gelen olayın, 5233 sayılı Yasa kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Davacının protesto eylemlerine karışmış olması, yaralanma olayının meydana gelmesinde tek başına etken olarak değerlendirilemez.

5233 sayılı Yasada öngörülen "kendi eylemleriyle zarara sebep olma" hali, ancak zararın doğrudan ilgililerin davranışına bağlı gerçekleşmesi hali olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, güvenlik güçlerine ateş açan ya da zarara doğrudan etki eden kişilerin uğradığı zararın, anılan Yasa uyarınca tazminine olanak bulunmamaktadır.

Uyuşmazlıkta ise, davacının, güvenlik güçlerine ateş ettiği ya da saldırıda bulunduğu yolunda somut bir tespit bulunmadığına göre, davacının uğradığı zararın, 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmini gerekirken, aksi yöndeki ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹¹²

Olayda, zarar gören kişinin protesto eylemine karışmasının zararın doğmasında tek etken olmadığı belirtildikten sonra, doğrudan güvenlik güçlerine ateş eden kişi ya da zarara doğrudan etki eden kişilerin uğradığı zarar ile yalnızca protestoya katılan kişilerin uğradığı zarar ayrı değerlendirilmiştir. Protestoya katılma eylemi, idarenin tazmin sorumluluğunu kaldırır nitelikte görülmemiştir. Nitekim bu konuda verilen AİHM kararlarında bu ayrımlar gözetilmektedir. Bu sebeple, bu kararın AİHM’in ihlal kararları dikkate alınarak verildiği söylenebilir.

B- ZARAR

1- Kavram

Zarar, genel olarak zarar görenin değerlerinde ya da malvarlığında istemi dışında meydana gelen azalma, eksilme şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹³ Zarar görenin

¹¹² Dan. İDDK., T. 21.5.2018, E. 2016/4709, K. 2018/2447. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 12.06.2022.

¹¹³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 5; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 146; Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 323.

davranışından bahsedebilmek için öncelikle zarar görenin tazmini gereken bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Ortada tazmini gereken bir zarar yoksa idarenin tazmin borcu ortadan kalkar.¹¹⁴

Zarar, kişi malvarlığına ya da kişilik varlığına ilişkin olabilir.¹¹⁵ Türk Hukuku'nda zarar, geniş ve dar olarak iki şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar, yalnızca maddi zararı kapsarken, geniş anlamda zarar hem maddi hem de manevi zararı kapsar.¹¹⁶ Zarar görenin kusuru, her iki zarar bakımından da dikkate alınır.

2-Zararın Şartları

Zararın, idarece tazmin edilebilir olması için bazı şartlar taşıması gerekmektedir. Bunlar; ortada tazmini gereken bir zarar bulunması, meşru olması, zararın gerçekleşmiş ve kesin, özel olması şartıdır.

a-Ortada Tazmini Gereken Bir Zarar Bulunması Şartı

Zarar görenin uğradığı her mağduriyet, bir zarar teşkil etmez.¹¹⁷ Bunun sebebi, mağduriyet kavramının zarar kavramından daha geniş olmasıdır.¹¹⁸ Sorumluluğa yol açan şey mağduriyet değil, zarardır.¹¹⁹

Örneğin, Fransız Danıştay'ının bir kararına konu olayda, zarar gören kişi çocuğunu aldırarak için devlet hastanesine başvurmuş ancak hastanede yapılan gerekli operasyonun başarısız olması üzerine, davacı istemediği halde çocuğunu dünyada getirmiştir. Bu sebeple açtığı tazminat davası, çocuğun bir zarar olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir.¹²⁰

b-Zararın Meşru Olması Şartı

İdarenin sorumluluğunu doğuran bir zarardan bahsedebilmek için, zararın meşru olması, yani zarar görenin durumunun hukuka aykırı olmaması ve zararın

¹¹⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1715.

¹¹⁵ Atay ve Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu**, s. 40.

¹¹⁶ Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 63; Gürsel Kaplan, "Danıştay Kararları Çerçevesinde; Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1993, s. 4.

¹¹⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1298.

¹¹⁸ Gözler, **a.e.**, s.1298.

¹¹⁹ **A.e.**, 1298.

¹²⁰ Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1321.

hukuken korunan bir menfaate ilişkin olması gerekir.¹²¹ Aksi takdirde zarar gören uğradığı zarara katlanacaktır.

-Örneğin, bir Danıştay kararına konu olayda, hazine arazisi üzerinde bulunan kavak ağaçlarını, idarenin uyarısı üzerine keserek götüren davacı, uğradığını öne sürdüğü zararlar için idareye karşı dava açmıştır. İdare mahkemesi, olayın niteliği gereği idari eylem ya da işleminden doğan ve hukuken korunması gereken bir zarardan söz edilemeyeceği, idarenin hizmet kusurunun olmadığı, hazine arazisi üzerinde izinsiz olarak ağaç yetiştiren davacının kendisinin kusurlu olduğu gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiş karar, Danıştay tarafından onanmıştır.¹²²

-Davacı şirketin köy sınırları içerisinde, Maden Yasası'nın 57. maddesinden yararlanma hakkına sahip olduğu sahadan idarece üretime engel olunması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zararın tazmini için açtığı dava, şirketin orman içerisindeki krom madeni sahasında idarenin izni olmadan krom madeni çıkarttığı ve durumun idarece saptanarak ocağın kapatılması işleminde idarenin kusurunun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.¹²³

Görüldüğü üzere bu kararlarda, zarar fiilen mevcut olmasına rağmen, hukuken korunabilir kabul edilmemekte ve zarar, zarar görenin kusuru sebebiyle zarar gören üzerinde bırakılmaktadır. Kanaatimizce de idarenin sorumluluğunun bu çerçevede sınırlandırılması isabetli ve yerindedir.

c-Zararın Gerçekleşmiş ve Kesin Olması Şartı

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için, zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşmesi muhakkak olmalıdır.¹²⁴ İhtimale dayalı sebeplerle tazminat talep edilemez.¹²⁵

¹²¹ Chapus, **a.g.e.**, C. I, s. 1228 Aktaran: Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 676.

¹²² Dan.10. D., T. 6.11.1995, E. 1994/4415 K. 1995/5152. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 17.06.2022

¹²³ Dan. 8. D., T. 21.09.1984, E. 1982/2256, K. 1984/1193. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 17.06.2022.

¹²⁴ Günday, **İdare Hukuku**, s. 383; Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 459; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 677.

¹²⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1715; Atay, **İdare Hukuku**, s. 665.

Zararın kesinliği, zararın talep anında gerçekleşmiş olması demek değildir. Bazen, gelecekte oluşacak ve para ile takdir edilebilecek zararlar da kesin ve gerçekleşmiş zarar sayılabilir ve tazmin borcu doğurabilir.¹²⁶ Önemli olan zararın, gelecekte ortaya çıkmasının muhtemel olması değil, kesinlikle ortaya çıkacak olmasıdır.¹²⁷

d-Zararın Parayla Ölçülebilir Olması Şartı

Bir zararın idare tarafından tazmin edilebilmesi için, parayla ölçülebilir olması gerekir.¹²⁸ Adli yargıdan farklı olarak idari yargıda mahkeme, aynen tazmine hükmedemez.¹²⁹ Zira aynen tazmin yani eski hale getirme, idareye emir verilmesi anlamına gelir ki idare hukukunda hâkimin idareye emir verme yetkisi yoktur.¹³⁰ Bunların sonucu olarak da hâkim, yalnızca belli bir miktar para ödenmesine karar verebilir. Aslında, zarar görenin kusurunun olduğu hallerde aynen tazmin ilkesinin uygulanabilirliğinin olmadığı da söylenebilir. Çünkü bu hallerde, tazminattan zarar görenin kusuru oranında indirim yapılır.

e-Zararın Özel Olması Şartı

Zararın tazmini için aranılan bir diğer şart da zararın özel olmasıdır. Zarar, topluma değil de yalnızca bir kişiye ya da kişi topluluğuna yöneliyorsa yani topluma yönelik bir zarar değilse, zarar özeldir.¹³¹ Bu şart, idarenin yalnızca kusursuz sorumluluğu bakımından aranmaktadır.¹³²

3-Zararın Çeşitleri

a-Maddi Zararlar

Maddi zarar, malvarlığında oluşan eksikliğin veya çoğalma imkânının ortadan kalkması yani kar mahrumiyeti karşılığıdır.¹³³ İdarenin sorumluluğunu doğuran zarar

¹²⁶ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, s. 1716; Atay, **İdare Hukuku**, s. 665.

¹²⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C:II, s. 1325.

¹²⁸ Chapus, **a.g.e.**, C. I, 1233. Aktaran:Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1335.

¹²⁹ Chapus, **a.g.e.**, C. I, 1233. Aktaran:Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1335.

¹³⁰ Chapus, **a.g.e.**, C. I, 1233. Aktaran:Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1335.

¹³¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1718.

¹³² Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1335.

¹³³ Onar, **İdare Hukukunun**, C. III, s. 1715.

bakımından yapılan bir başka tanıma göre, “*Maddi zarar, zarara uğrayanın fiziki duygusunu etkileyen ve gözle görünen zarardır. Kişilerin sahip oldukları fiziki varlıkları ile taşınır ve taşınmaz mallarına idari bir faaliyet dolayısıyla yapılan tecavüzler bu sınıfa girer.*”¹³⁴

Maddi zararlar, kişilik haklarının ihlali ile veya eşyaya verilen zarar şeklinde ortaya çıkabilir.¹³⁵ Mala verilen zararlar, zarar görenlerin taşınır ve taşınmaz mallarına verilen zararlardır. Şahsa verilen zararlar ise ölüm veya bedensel zararlardır. Bedensel zararlar; tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya kaybı, bakıcı ücreti ya da ekonomik geleceğin zorlaşması şeklinde ortaya çıkabilir.

Bazı kararlarda, uğranılan bedensel zararlar nedeniyle evlenme şansının azalması, yapılabilecek meslek sayısının azalması gibi sebepler de maddi zarar olarak değerlendirilebilmektedir.¹³⁶

Kişinin ölümü de maddi zarardır. Ölüm sebebiyle doğan zararlar, ölümden önceki tedavi giderleri, cenaze ve defin giderleri ve yansıma zarar olan destekten yoksun kalma zararı, maddi zarardır.¹³⁷

b-Manevi Zararlar

Manevi zarar, bir kişinin kişilik varlığında iradesi dışında meydana gelen bir eksilmedir.¹³⁸ Manevi zararlara örnek olarak; şöhret, ölümden kaynaklanan elem, acı, hayat hakkı, bedensel bütünlük, bedensel zararlardan kaynaklanan üzüntü ve acı gibi zararlar sayılabilir.¹³⁹ Danıştay da manevi zararı şu şekilde açıklamaktadır:

“Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ızdırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi

¹³⁴ Xavier Delcros, Bertrand Delcros, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çev. Turgut Candan, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984, s. 105.

¹³⁵ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 145.

¹³⁶ Dan 10. D. 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266. Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1300.

¹³⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1301.

¹³⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1302.

¹³⁹ Sait Güran, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12- 13 Mayıs 1980, İÜHFY, İstanbul, 1980, s. 154.

bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir."¹⁴⁰

Bir görüşe göre, bu değerlere yapılan saldırıların, herhalde bir manevi zarara yol açtığı varsayılmalıdır. Ayrıca bu saldırıdan doğan ızdırabın kanıtlanması gerekmemektedir.¹⁴¹ Diğer bir görüşe göre ise manevi zararın tazmini için haksız bir saldırının (objektif unsur) yanında acı elem ve ızdırıp duyma durumunun da (sübjektif unsurun) aranacağı belirtilmektedir.¹⁴² Kanaatimizce de bu tür zararların ayrıca ispatı aranmamalıdır. Saldırının, manevi tazminat gerektirir zararlara yol açıp açmadığı, hâkim tarafından her olayın özelliklerine göre, objektif olarak değerlendirilmesi gereken bir husustur. Manevi değerlere saldırı sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmini gerekmektedir.

Manevi zararlar, parayla ölçülebilir nitelikte kabul edilmekte ve manevi zararlara uğrayanların da tazminat talep edebilmektedir.¹⁴³ Danıştay da aynı yönde başka türlü giderim yollarının bulunmayışının manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirdiğini belirtmektedir.¹⁴⁴ Manevi zararlar bakımından zarar görenin kusurunun nasıl değerlendirildiği, manevi tazminat başlığı altında incelenecektir.

C-İLLİYET BAĞI

1-Kavram

¹⁴⁰ Dan. 10. D., T. 16.02.2021, E. 2019/10269, K. 2021/530. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

¹⁴¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1302.

¹⁴² Mustafa Serkan Ayakçıoğlu, "Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Haller" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 2011, s. 24.

¹⁴³ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1302.

¹⁴⁴ Örneğin Dan. 2. D., T. 13.7.2007, E. 2007/1297, K. 2007/3247 sayılı kararında: "İdare Hukukunun yerleşik ilkelerine göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmesi veya kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerekmekte olup; doktrinde de kabul edildiği üzere manevi tazminat ilgilinin mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibarıyla uğradığı manevi zarara karşılık takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır." (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 17.06.2022

İlliyet bağı, ortaya çıkan zararlar, sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisidir.¹⁴⁵ Bazı hallerde zararı doğuran tek bir olay veya davranış olabilir. Bu durumda sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasındaki illiyet bağı kolaylıkla kurulabilir. Ancak bazı hallerde, zararı ortaya çıkaran birden fazla sebep bulunabilir. Bizim konumuz bakımından da temel olarak zararı ortaya çıkaran sebeplerden biri zarar görenin davranışı, diğeri idarenin sorumluluğunu doğuran olaydır. Ya da zararın tek sebebi zarar görenin davranışdır. Zarar görenin davranışı ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı kurulamadığı zaman, zarar görenin kusurlu davranışına bir sonuç yüklenemez.¹⁴⁶

Danıştay; zarar görenin kusuru, idarenin sorumluluğu ve illiyet bağı arasındaki ilişkiyi şu şekilde değerlendirmektedir:

*“İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetin eksik ya da kötü işlemesi nedeniyle meydana gelen zararın idare tarafından tazmini için varlığı gerekli ön koşullardan olan nedensellik bağının, zarar gören kişinin kusurlu olması durumunda ortadan kalkması veya idarenin kusur oranını azaltacak ölçüde zayıflaması mümkündür. Bu bağlamda zarar görenin kusuru sonucunda, kısmen sorumlu olan idarenin sorumluluğundaki azalma, zarar görenin kusuru oranındadır”.*¹⁴⁷

Zarara sebep olan davranış ve zarar arasındaki bağ, öncelikle mantık kurallarına göre kurulmaktadır.¹⁴⁸ Mantık kurallarına göre, bir sebebe sonsuz netice bağlanabilir.¹⁴⁹ Zararı doğuran her sebep, tazminat sorumluluğuna yol açmaz.¹⁵⁰ Zararın, tazmin sorumluluğunu doğurabilmesi için hangi sebebin gerekli ve yeterli

¹⁴⁵ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 61; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.607.

¹⁴⁶ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 322, dn. 29; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 84; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 158; Yargıtay, 4. HD., T. 31.03.1959, E. 5331, K. 2812 sayılı kararında: “Uygun sebep ve netice bağının gerçekleşmiş sayılması için hâdiselerin tabii seyrine ve hayat tecrübelerine göre sebep denilen hâdisenin meydana gelmesi sonunda netice denilen hâdisenin meydana gelmesinin gerekmesi şarttır. Bir kimsenin binilmesi yasak edilmiş olan devlet arabasına binmesi sonunda bir kazaya uğraması veya ölmesi hâdiselerin tabii seyrine ve hayattaki tecrübelerine göre beklenen bir durum değildir- O halde ölenin kanuna aykırı hareketi ile zararın meydana gelmesi arasında hukukî mânada bir sebep ve netice bağı yoktur. Ölen kimse kanuna aykırı davranarak arabaya binmemiş olsa idi şüphesiz o gün ölmeyecekti. Buna dayanılarak kanuna aykırı hareketle ölüm vakıası arasında sebep ve netice münasebeti olduğu iddia edilemez. Zira az yukarıda da açıklandığı üzere hukuk sahasında kabul edilen sebep ve netice münasebeti mantiki veya tâbiî sebep ve netice münasebetinin aynı değildir. Mantık bakımından ölüm ile binilmesi yasak arabaya binilmesi arasında hiç şüphesiz sebep ve netice münasebeti vardır. Fakat hukukî bakımdan böyle bir münasebet kabul edilemez.” demiştir. **Adalet Dergisi**, 1960, Y:51, S:11-12, s.1086-1087.

¹⁴⁷ Dan. 10. D., T. 06/01/2021, E. 2016/2608, K. 2021/5. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 02.06.2022

¹⁴⁸ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s.72.

¹⁴⁹ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s.74.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, s. 45.

olacağını hukuk düzeni belirleyecektir.¹⁵¹ Bu sebeplerin, tazminat sorumluluğuna etkisini belirlemek için çeşitli teoriler üretilmiştir. Bunlardan en önemlileri, şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisidir.¹⁵²

Şart teorisine göre, zararı doğuran her sebep, o zarara yol açmış olduğundan, şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişi, zarardan sorumludur.¹⁵³ Bu görüşün çok taraftarı bulunmamaktadır. Doktrinde genel kabul gören teori ise uygun illiyet bağı teorisidir. Danıştay'ın da kararlarında yalnızca “illiyet bağı” yerine, “uygun illiyet bağı” ifadesini tercih edilebilmektedir.¹⁵⁴ Uygun illiyet bağı, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla, söz konusu amaç arasındaki bağıdır.¹⁵⁵ Yani kısaca zararda etkili olan tüm nedenlerin değil yalnızca olayların normal seyrine ve genel tecrübelerine göre zararı meydana getirmeye elverişli olan sebep, zararın doğrudan nedeni kabul edilecektir.¹⁵⁶ Bu teori, zararın çevresini sınırlamak için geliştirilmiş bir teoridir.¹⁵⁷ Gözler, bu teorinin tamamıyla objektif bir teori olmadığını, olayların seyri ve genel tecrübeler gibi kavramların ne olduğunu aslında hâkimin takdir ettiğini belirtmektedir.¹⁵⁸ Gerçekten de bu durumun takdirinde sübjektif değerlendirmeler yapılabilmektedir. Aynı somut olay sebebiyle, zarar ile zararı doğuran sebepler arasındaki illiyet bağının değerlendirmesi, hâkimden hâkime değişebilmektedir.

2-Zarar Görenin Davranışının (Kusurunun) İlliyet Bağını Kesmesi

¹⁵¹ Tandoğan, , **Mes'uliyet**, s.74.

¹⁵² Daha detaylı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.605 vd.

¹⁵³ **a.g.e.**, s.608.

¹⁵⁴ Örneğin Dan. 10. D., T. 31.3.2014, E. 2009/4428, K. 2014/2011; Dan.15. D., T. 3.10.2017, E. 2016/261 K. 2017/5035; Dan. 10. D., T. 28.9.2021, E. 2016/3102, K. 2021/4374; Dan. 1. D., T. 16.2.2007, E. 2006/1303 K. 2007/163. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 25.06.2022.

¹⁵⁵ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 610.

¹⁵⁶ Chapus, **a.g.e.**, s. 1245. Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1339.

¹⁵⁷ Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, 1996, s. 33.

¹⁵⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1339-1340.

İdari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağı; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru kesebilir.¹⁵⁹ Hatta bu durumlar bazı eserlerde, idarenin sorumluluğunu etkileyen haller yerine illiyet bağı başlığı altında incelenmektedir.

Zarar görenin davranışının, illiyet bağı kesecek ağırlığa ulaşmasının tespiti için kusurun ve illiyet bağına iç içe girdiği bir tartışma bulunduğu belirtilmektedir.¹⁶⁰ Bu tür tartışmalara, illiyet bağı kesen bir davranışın mutlaka kusurlu olmasının gerekip gerekmediği sorusu yol açmıştır.¹⁶¹ Birinci görüşe göre, zarar görenin davranışının illiyet bağı kesip kesmemesi, kusur değerlendirmesine göre belirlenmelidir.¹⁶² Yani zarar görenin davranışının, illiyet bağı kesebilmesi için ağır ihmal veya kast aranmaktadır. İkinci görüşe göre ise, kusur karşılaştırması ve derecelendirmesi yapılmaksızın, sorun, öncelikle salt illiyet bağı üzerinden değerlendirilmez.¹⁶³ Bu görüşe göre, kusur, illiyet bağı kurulduktan sonra, sorumluluğun paylaşılması aşamasında değerlendirilecektir.¹⁶⁴ Danıştay ve Mülga AYİM de ikinci görüştedir. Yani illiyet bağına kesilmesi, kusurdan bağımsız olarak değerlendirilmektedir.¹⁶⁵ Kararlarda, sorumluluğu azaltan zarar görenin davranışı için kusur kavramı kullanılırken, sorumluluğu kaldıran davranış, illiyet bağı üzerinden değerlendirilmektedir. Dolayısıyla AYİM ve Danıştay'a göre zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağı kesen davranışın, kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim Gözler de aynı kanaattedir.¹⁶⁶

Baysal, illiyet bağı kurulduktan sonra ise sorumluluğun yalnızca illiyet bağına göre paylaştırılamayacağını, bu sebeple de sorumluluğunun paylaştırılmasında hem

¹⁵⁹ Özel hukukta ise bu haller arasında mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusuru sayılmaktadır. Bkz: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 568; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 160.

¹⁶⁰ Baysal, **a.g.e.**, s.165.

¹⁶¹ Baysal, **a.g.e.**, s.165.

¹⁶² Eren, **Uygun İlliyet**, s. 192.

¹⁶³ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C. II, s. 48; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s.167.

¹⁶⁴ Baysal, **a.g.e.**, s. 167-168.

¹⁶⁵ Danıştay'ın ve AYİM'in kullandığı şu cümleleri bunu gösterir niteliktedir: “Zararın doğuşunda, çoğalmasında veya önlenmemesinde idare yanında zarar görenin de eşlik eden (müterafik) kusuru varsa, bu durum ödenecek tazminat tutarını eksiltici bir neden olur. Zarar görenin eyleminin, zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde ise, zararlı idari faaliyet arasında nedensellik bağı kalmaz ve idare sorumluluktan kurtulur.”

¹⁶⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, C: II, s. 1359.

illiyet bağının hem de kusurun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁶⁷ Kanaatimizce de kusur değerlendirmesi, illiyet bağı kurulduktan sonra yapılmalıdır.

3-İdarenin Sorumluluğu Bakımından İlliyet Bağının Aranmadığı Sosyal Risk İlkesi

İlliyet bağı, tazminat sorumluluğu için olmazsa olmaz bir unsurdur.¹⁶⁸ İdarenin sorumluluğu bakımından da kural olarak illiyet bağı aranmakla birlikte, idarenin kusursuz sorumluluk hallerinden olan sosyal risk ilkesi bakımından bu durum tartışmalıdır.

Danıştay’a ve bazı yazarlara göre, illiyet bağının aranmadığı tek ilke, idarenin kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan sosyal risk ilkesidir.¹⁶⁹ Danıştay, bu yaklaşımı kararlarında açıkça ifade etmektedir. Nitekim bir kararında şu tespitte bulunmuştur:

“Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan. nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kollektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.”¹⁷⁰

Danıştay, bazı kararlarında ise bu yaklaşımı daha da ileri götürerek: “... zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından ...”¹⁷¹ ifadesiyle sosyal risk ilkesinden

¹⁶⁷ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 159.

¹⁶⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 607.

¹⁶⁹ Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, s.137; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III; s. 1744; Atay, **İdare Hukuku**, s. 702; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 366.

¹⁷⁰ Dan. 10. D., E. 1992/3372 K. 1993/3777 T. 13.10.1993; Aynı yönde 10. D., T. 11.10.2000, E. 1999/2162, K. 2000/5120. Benzer ifadelerin bulunduğu diğer kararlar; 10. D., T. 18.9.2007, E. 2005/4493, K. 2007/4199. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

¹⁷¹ Dan. 10. D., E. 2010/8274 K. 2013/1387 T. 19.2.2013. Aynı yönde: Dan. 15. D., T. 30.1.2014, E. 2011/7323, K. 2014/303 kararında “Görüldüğü üzere; 5233 sayılı Kanun yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen “sosyal risk” ilkesinin yasalaşmış halidir. Bu nedenle, adı geçen Kanunun uygulama alanı yalnızca “sosyal risk ilkesi” uyarınca tazmini mümkün olan uyumsuzluklarla sınırlı bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle; “zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.” (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

kaynaklı sorumlulukta illiyet bağının kesinlikle aranmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

Bununla birlikte, Danıştay'ın bu görüşünü eleştiren ve idarenin sorumluluğu için illiyet bağının olmazsa olmaz bir unsur olduğunu ileri süren aksi yönde görüşler de vardır.¹⁷² İdarenin kusursuz sorumluluğunda, yalnızca kusurun aranmayacağını, illiyet bağının ise aranacağı belirtilmektedir.¹⁷³ Akyılmaz, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğuna dair anayasal ilke karşısında idarenin sorumluluğu için illiyet bağının aranmamasının kabul edilemez olduğunu savunmaktadır.¹⁷⁴ Gülan da hukuk sistemi bütünlüğü içinde illiyet bağı olmadan tazminat sorumluluğunu kabul etmek gibi kavramın içeriğini boşaltan bir yaklaşımdan vazgeçilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁷⁵ Bu durumun tutarlılığının ise, illiyet bağı nasıl anlaşıldığı ve kurulduğunu göstermek yerine, “karine” olarak kabul edildiği durumu açıklamakla sağlanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁶

II-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

A-GENEL OLARAK

Zarar görenin kusuru, temel olarak, zararın doğumuna veya zararın artmasına etki şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁷⁷ Ya da daha geniş olarak, zararın doğmasına, çoğalmasına veya önlenememesine etki şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁷⁸

¹⁷² Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1343; Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, C: IX S:1-2, 2004, s. 192.

¹⁷³ Gözler, **İdare Hukuku**, s. 1343.

¹⁷⁴ Akyılmaz, **Sosyal Risk İlkesi**, s. 192.

¹⁷⁵ Gülan, **Müterafik Kusur**, s. 17.

¹⁷⁶ **a.y.**

¹⁷⁷ Dan. 10. D., T. 16.06.2021, E. 2016/2401, K. 2021/3378; 10. D. T. E. 2019/10269, K. 2021/530; 6. D., T. 03.03.2021, E. 2020/10418 , K. 2021/2861; 8. D., T. 01.06.2021, E. 2020/663, K. 2021/2780. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

¹⁷⁸ Dan. 14. D., E. 2018/1563 K. 2018/3511 T. 9.5.2018; Dan. 13. D., T. 10.4.2014, E. 2014/359, K. 2014/1380; Dan. 8. D., T. 15.2.2017, E. 2014/3574, K. 2017/827; 10. D., T. 28.5.1998, 1996/9113 K. 1998/2308 sayılı kararında “...bütün bu iddiaların araştırılması ve idarenin ajanlarının söz konusu olayın gerçekleşmesinde kusurlu olup olmadığının dolayısıyla idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının ortaya konulması ve zarar gören kişinin de olayın doğuşunda, önlenememesinde kusuru olup olmadığının tekrar incelenmek suretiyle hükmün tesis edilmesi gerekirken...” diyerek bu duruma işaret edilmiştir. Dan. 6. D., T. 30.05.1966, E. 1965/4120, K. 1966/2262 sayılı kararında ise, kendisine bildirilmesine rağmen gerekli tedbirleri almaması sonucunda evi yıktırılan kişinin açtığı dava reddedilmiştir. Aktaran: Esin, **Esas**, s. 221. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022.

Zararın önlenememesine etki eden zarar görenin davranış, bazen ayrı bir görünüm biçimi kabul edilirken, bazen de zarar görenin kusurunun doğumuna etki eden zarar görenin davranış başlığı altında incelenmektedir. Bu hallerin sonuca etkisi bakımından bir fark bulunmadığından ve hepsi zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirildiğinden, bu hususta detaylı tartışmaya girmeye gerek görmedik. Baysal, zararın ortaya çıkmasına sebep olan kusur (müterafik kusur) ile zararı arttırma şeklinde gerçekleşen kusur arasındaki temel farkın zamansal açıdan olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁹

Biz de zarar görenin kusurunun görünüm biçimlerini, Danıştay kararlarında yapılan ayırmada olduğu gibi; zararın doğumuna etki eden, zararın artmasına etki eden ve zararın önlenememesine etki eden kusur olarak üç başlık altında inceleyeceğiz.

B-ZARARIN DOĞMASINA ETKİ EDEN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI

Zarar görenin kusurlu davranış, genellikle zararın doğmasına katılma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu davranış, idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırabileceği gibi kısmen de kaldırabilir.

Birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, özel hukuk doktrininde, gerçek müterafik (birlikte, ortak) kusur kavramının kelime anlamı itibariyle yalnızca bu hali kapsadığına, zararı arttırma şeklinde gerçekleşen davranış ise kapsamadığına ilişkin görüşlere değinmiştik.¹⁸⁰ Danıştay ve AYİM ise müterafik kusur bakımından bu yönde bir ayırım yapmamakta, her üç hal için de müterafik kusur kavramını kullanmaktadır. Bu hal, zarar görenin kusurunun ortaya çıkmasının en yaygın görünüm biçimi olduğundan, Danıştay kararlarında birçok örneği vardır.

-Örneğin bir kararında Danıştay şu yönde karar vermiştir:

“...gece saat 23.30 sıralarında çatıya çıkan yurt görevlisinin davacıdan su istemesi, yurttaki o saatte görevli olan personelin de davacının çatıya çıkmasına engel olmaması karşısında, olayın oluşumunda müterafik kusur bulunduğu, davacının kusuru yanında, yurttaki gerekli düzenin kurulamaması, görevlilerin ihmal ve kayıtsızlıkları nedeniyle idarenin de hizmet kusuru olduğunun kabulü gerekmektedir. Sonuç olarak, davacı ile davalı idarenin kusur oranları belirlenip, belirlenecek oran dahilinde olayda hizmet kusuru olan davalı idarenin hukuken sorumlu sayılması gerekirken

¹⁷⁹ a.y.

¹⁸⁰ Detaylı açıklamalar için Bkz: s. 40.

*olayın bütünüyle davacının kusurundan kaynaklandığı kabul edilerek davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır”.*¹⁸¹

-Bir diğer kararda, davacı, öğrencisi olduğu lisenin atölyesinde teneke içinde ateş yakmaya çalışırken tinerin alev alması neticesinde maruz kaldığı yanıklar sebebiyle yaralanmıştır. Danıştay, dava konusu olayda, idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ancak olayın meydana gelmesinde, olay tarihi itibarıyla 18 yaşını doldurmuş olan davacının da kusurunun bulunup bulunmadığı yönünden yapılacak değerlendirme sonucunda davacının uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.¹⁸²

C- ZARARIN ARTMASINA ETKİ EDEN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI

Bazen zarar gören kişinin kusurlu davranışı, ortaya çıkan zararı artırır. Zararın arttıran davranış, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilir ya da azaltabilir. Baysal, zararın doğumundan sonra gerçekleşen davranışın, sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmasının oldukça zor olduğunu belirtmektedir.¹⁸³

Zarar görenin kusurunun bu görünüm biçimine, zararın doğumuna katılım şeklinde gerçekleşen kusura göre daha az rastlanmaktadır. Bu durum, daha çok beden bütünlüğünün ihlali (cismani zarar) ile oluşan zararın artmasını önleyecek tedbirlerin alınmadığı hallerde ortaya çıkar.¹⁸⁴ Mala gelen zararlarda, gerekli tadilat-tamirat işlemlerinin yapılmaması da bu kapsamdadır.

Özel hukuk doktrininde, zararı arttıran davranış bakımından, zararı arttırmama külfeti kavramı¹⁸⁵ ya da zararı azaltma külfeti¹⁸⁶ kavramı kullanılabilir. Ancak zararı arttırmama külfeti ve zararı azaltma külfetinin kapsamı, bu iki kavram arasındaki ilişki ve bunların zarar görenin kusuru bağlamında ne şekilde

¹⁸¹ Dan. 10. D. T. 22.12.2006, E. 2004/1690, K. 2006/7348. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 06.06.2022.

¹⁸² Dan. 8. D., T. 30.12.2020, E. 2019/10098, K. 2020/6271. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 06.06.2022.

¹⁸³ Baysal, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁸⁴ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C:II, s. 121.

¹⁸⁵ Bkz: Nomer, **Maddi Tazminat**, s.85; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 30 vd., Pınar Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma Külfeti**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 15 vd.

¹⁸⁶ Ormancı, **Zararı Azaltma Külfeti**, s. 10.

değerlendirileceği tartışmalıdır.¹⁸⁷ Baysal, zararı arttırmama külfetinin, zararı azaltma külfetinin doğal bir sonucu olduğunu ve zarar görenin, zararın azaltılması için gerekli ve makul önlemleri almaması durumunda zararın artmasına kişisel olarak katlanması gerektiğini savunur.¹⁸⁸ Ormancı da “zararın artmasında etkili olma” ifadesinin zararı azaltma külfetine işaret ettiğini belirtmektedir.¹⁸⁹ Zararı azaltma külfetinin, zararın arttırılmamasını da içine alan daha geniş bir kavram olduğunu belirten yazarlar da vardır.¹⁹⁰ Bu görüşlerde, terim ve kapsam bakımından farklılık olsa da özel hukukta zararın azaltılmaması, zarar gören bakımından kusur kabul edilmektedir. Nitekim:

Bir YHGK kararında da bu durum, kusur kabul edilmiştir:

*“Alacaklının mamelekindeki artmanın engellenmesi anlamında olan bu tazminatı belirlemek hâkime ait bir görevdir. BK.nun 98/son fıkrası yolu ile sözleşmelerde de uygulanması gereken BK.nun 42. maddesi uyarınca, hakim zararın tutar ve kapsamını doğrudan doğruya (resen) araştırmak ve tesbit etmek zorundadır. Bu zararı tesbit ederken de halin mutad cereyanı yanında, zarar görenin zararın azaltılması ve çoğalmasının önlenmesi için aldığı veya alması gereken tedbirleri de gözönünde bulunduracak ve gerektiğinde BK.nun 44. maddesini uygulayacaktır.”*¹⁹¹

Zararı azaltma külfetine aykırılığa örnek olarak kişinin zarara uğramış eşyasını tamir ettirmemesi, bedensel bir zarara uğradığı hallerde tedavi olmaması ya da zarara uğradıktan sonraki durumuna uygun olarak meslek değiştirmemesi verilmektedir. Tabi bu durum, zarar görenden koşulsuz şartsız beklenmemelidir. Örneğin kişinin malını tamir ettirmesinin beklenmesi için maddi durumunun uygun olup olmadığına bakılır.¹⁹² Yani kişiden bu zararları azaltma külfetinin beklenebilir olup olmadığı değerlendirilir.

Kanaatimizce, zararı azaltma külfeti, zararı arttırmama külfetinden daha geniş bir kavramdır ve zarar gören bakımından daha aleyhe bir durumdur. Bu tartışmanın, idarenin sorumluluğu bakımından da önemi vardır. Burada zarar görenin davranışının,

¹⁸⁷ Baysal, TBK 52/1’de zararın doğumundan sonra ortaya çıkan zarar verenin kusurunun, zararı arttırmama külfeti olarak ifade edildiğini belirtmektedir. Avrupa özel hukuku uyumlaştırma çalışmalarında ise zarar görenin zararı arttırmama külfetinden değil “zararı azaltma külfetinden” bahsedildiğini belirtmektedir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 40 vd.

¹⁸⁸ Baysal, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁸⁹ Ormancı, **Zararı Azaltma Külfeti**, s. 10.

¹⁹⁰ Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 110. Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **AÜHFD**, C. III, S. 64, s. 776.

¹⁹¹ YHGK, T. 12.6.1997, E. 1996/372, K. 1996/485. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

¹⁹² Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 114.

zarar görene zararı arttırmama yönünde mi külfet yüklediği yoksa zararı azaltma külfetini de mi yüklediği sorusuna verilecek cevaba göre kusur değerlendirmesi değişecektir. Kurt, zararı azaltma külfetinin kamu hukukunda da geçerli olduğunu belirtmiştir.¹⁹³ Ancak yazar, bu görüşün dayanağını detaylı olarak izah etmemiştir.

Danıştay kararlarında da zararı önleyememe ve zararın artmasına etki etme halleri, zarar görenin kusuru olarak kabul edilmektedir. Ancak zararı azaltmaya yönelik doğrudan bir karar ve bu konuya ilişkin doktrinde bir tartışmaya rastlayamadık. Bunun iki nedeninin olabileceği kanaatindeyiz. Birincisi; Danıştay, bu durumu zarar görenin zararı arttırması kapsamında değerlendirmiyor, zarar görene aşırı bir yük getireceğini düşünüyor olabilir. İkinci neden ise bu durumun resen gözetiliyor olması olabilir. Kanaatimizce Danıştay, bunu resen gözetiyor ve uyguluyor. Ancak örneğin, zarar görenin zarara uğradıktan sonra meslek değiştirmesine ilişkin özel hukukta pek çok tartışma varken Danıştay'ın böyle bir olay bakımından, zarar görenden beklenen davranışın sınırını nasıl çizebileceği hususu muğlaktır. Bu konunun idare hukuku bağlamında da tartışılmaya açılması gerektiği açıktır. Kanaatimizce, zararı arttırma şeklinde gerçekleşen zarar görenin kusuru kapsamına, doğrudan zararı azaltma külfeti girmemektedir. Zararı arttırmama külfetinin çok geniş yorumlanması, zarar görenin durumunu ağırlaştırabilir. Bu sebeple, zararı azaltma külfetinin sınırları çizilmelidir. Bu sınırının da Medeni Kanun 2. Maddesi'ne, dürüstlük kuralına göre çizilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁹⁴

-Danıştay'ın bir kararında, davacı şirket adına kayıtlı olup, 1918 sayılı Kanun uyarınca el konulan ancak ağır ceza mahkemesinin kesinleşen kararı ile iadesi gereken tır ve dorse, davacı tarafından mahkeme kararı sonucunda yasal süresinde alınmadığından bahisle tasfiyeye tabi tutulacağı yolunda idari işlem tesis edilmiştir. Davacının tasfiye işlemlerinin durdurulması istemiyle idareye yaptığı başvuru reddedilmiştir. Davacı, işlemin iptali ve tır ve dorsede olduğu ileri sürülen zararın tazmini için dava açmıştır. İdare Mahkemesi, tazminat istemine yönelik olarak, davacıya ait tır ve dorsenin uzun süre açık havada kalması nedeniyle çalışamaz ve

¹⁹³ Kurt, **a.g.e.** s. 777, dn.3.

¹⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 110 vd.; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 151 vd.

tahrip edilmiş durumda olmasından dolayı gözetim ve denetim görevini yapmayan, aracın korunmasını sağlamayan davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu, müsadere kararının kaldırılmasından sonra gümrük idaresince yapılan bildirimle rağmen aracı ve dorseyi zamanında almayan davacının da zararın artarak oluşmasında müterafik kusurunun bulunduğuna karar vermiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır.¹⁹⁵

-Başka bir karara konu olayda, davacıların yakını, zehirli bir mantar yiyerek zehirlenmiş ve ölmüştür. Açılan davada, idare mahkemesi, görevli doktorun taksirle ölüm ve yaralamaya sebebiyet vermekten dolayı yargılandığını ve mahkum edildiğini gözeterek, olayın hizmet kusurunun bulunduğunu; bunun yanında davacılar yakının ölüm riski bulunmasına ve bunu bilmesine karşın doğada topladığı mantarları yediği, zehirlenme belirtileri görülür görülmez sağlık kuruluşuna müracaat etmeyerek tedavinin başlamasını geciktirdiği, bu gecikmenin ölüm riskini artırdığı, böylelikle ölüm olayında müterafik kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Danıştay, verilen kararı onamıştır.¹⁹⁶

Burada idarenin sorumluluğuna yol açan olay, kötü işleyen hizmet sonucu gerçekleşen ölümdür. Ancak kişinin zararı arttırmama külfeti, , zarar doğduğunda başlamakta ve burada önemli bir zaman faktörü devreye girmektedir. Bu noktada tartışılması gereken başka bir husus daha bulunmaktadır: Ölüm ile zamanında başvurmama ve tıbbi hata arasındaki illiyet bağı. Eğer kişi zamanında sağlık kuruluşuna başvursaydı, yine aynı hatalı tedavi uygulanacak ve ölüm gerçekleşecek olsaydı, bu durumda zarar görenin davranışı ile illiyet bağının kesilmesi gerektiği yönünde bir yorum yapılabilirdi.

D- ZARARIN ÖNLENEMEMESİNE ETKİ EDEN ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI

¹⁹⁵ Dan. 10. D., E. 2008/3278 K. 2013/1403 T. 19.2.2013. İşlemin iptali talebi yönünden ise, yapılan tebligata rağmen 45 günlük yasal süre içerisinde tır ve dorsenin teslim alınmamasından kaynaklı olarak dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından dava reddedilmiştir. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

¹⁹⁶ Dan. 10. D., T. 07.12.2020, E. 2019/6537 K. 2020/5892. (Çevrimiçi), www.danistay.gov.tr, 17.06.2022.

Danıştay, zarar görenin zararın önlenememesine etkisini de zarar görenin kusuru olarak değerlendirmektedir.¹⁹⁷ Özel hukuk doktrinde bu hâl bazen zarar görenin zararın doğmasına katkısı başlığı altında bazen de zarar görenin kusurlu sayılabileceği bazı özel haller başlığı altında incelemektedir.¹⁹⁸

Bu görünüm biçimi bakımından sorulacak önemli soru, zarar görenin zararın önlenmesi için gerektiği tedbirleri almasının sınırının ne olacağıdır. Bazı yazarlar, dürüstlük kuralı uyarınca, zarar görenin makul önlemleri alabileceğinin kabul edildiği anda zararı arttırmama külfetinin doğacağını kabul eder.¹⁹⁹ Bu önlemin sınırının da Medeni Kanun 2. Maddesi'ne göre çizilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁰⁰ Bu kapsamda, zarar görenden, kendisini önemli bir masrafa ve riske sokmayan tedbirler beklenebilir.²⁰¹ Bir diğer görüşe göre ise zararın doğmadığı bir aşamada, zararı önleme külfetinden bahsedilemez.²⁰²

Bu hususlar, idare hukuku doktrini bakımından da tartışılmalıdır. Zarar görenden tedbir almasının beklenip/beklenemeyeceği, beklendiği takdirde bunun sınırının nasıl çizileceği soruları önemli ve cevaplanmaya değerdir. Bu durum, öğretide tartışılmasa da Yargıtay ve Danıştay kararlarına konu olabilmektedir. Kanaatimizce, önlem alma bakımından zarar görenden beklenecek tedbirlerin sınırının, somut olayın koşulları dikkate alınarak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde dar yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir. Örneğin Danıştay bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Bu itibarla, davalı idarenin yetkisi dahilinde bulunduğu bölgede çıkacak yangınlara müdahale için itfaiye aracını müdahaleye hazır halde bulundurması gerekirken, itfaiye aracının çalışır vaziyette olmadığı ve suyunun da yetersiz olduğu açık olup, söndürme faaliyetlerinden sorumlu olan idarenin yangına zamanında müdahale etmemek suretiyle hizmetin geç işlemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu, her ne kadar 23/04/2012 tarihli yangın raporunda, yangının çıkış nedeninin bilinmediği belirtilmekte ise de; yangının çıkmasında gerekli önlemleri almayan davacının da

¹⁹⁷ Örneğin; 10. D., T. 8.10.1996, E. 1995/1508 K. 1996/5887; 10. D., E. 1996/9113 K. 1998/2308 T. 28.5.1998. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 25.06.2022.

¹⁹⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 110; Nomer, Zararın doğmasına veya artmasına engel olacak tedbirleri almamak başlığı altında bu hali değerlendirmektedir.

¹⁹⁹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 110; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 151.

²⁰⁰ Detaylı bilgi için bkz: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 110 vd.; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 151 vd.

²⁰¹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 121.

²⁰² Achтары, **a.g.e.**, N. 213; BGE 97 II 221, JdT 1972 I 365. Aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 151.

olayın meydana gelmesinde kusurlu olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin belirlenecek eşlik eden (müterafik) kusur oranına göre tazminle sorumlu tutulması gerektiğinden kusur oranlarının bilirkşi marifeti ile tespiti gerekmektedir.”²⁰³

Kanaatimizce, yangının çıkış nedeninin bilinmediği hâllerde, zarar görenin gerekli önlemleri almamış olmasına dayanılarak kusur izafe edilmesinin, somut olayın özellikleri yeterince değerlendirilmeden yapılması tartışmaya açıktır. Yangının, zarar gören tarafından makul tedbirlerle önlenmesinin mümkün olmadığı hâllerde, bu durumun zarar görene kusur olarak izafe edilip edilemeyeceğinin dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişinin, evin yangın çıkmasına elverişli bir hâlinin bulunduğunu bilmesi durumunda kendisinden önlem almasının beklenebileceği açıktır; ancak böyle bir durumun bulunmaması hâlinde, bu anlamda genel bir önlem alma külfetinden söz edilmesi güçtür. Karar içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla, yangının 23.00–23.30 saatleri arasında çıktığı ve itfaiyeye ihbarın 23.30’da yapıldığı belirtilmektedir. Zarar görenin itfaiyeye geç haber vermesinin zararın artmasına etkisi bulunması hâlinde, bu durumun müterafik kusur kapsamında değerlendirilmesi mümkündür; ancak yangının çıkmaması için zarar görene genel bir önlem alma külfeti yüklenmesi yerinde değildir.

Danıştay İDDK da bir kararında, önlem alıp almama halinin zarar görenin kusuru çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir:

“Bu durumda; davalı idarenin hizmet kusuru ile zararın meydana geldiği deponun ruhsatsız olduğu ve depoda su basmasına yönelik olarak geri tepme önlemi veya buna benzer önlemlerin alınıp alınmadığı durumlarının birlikte değerlendirilmesi ve bilirkşi incelemesi suretiyle bulunacak kusur oranları çerçevesinde (müterafik kusur çerçevesinde) bir karar verilmesi gerekmektedir.”²⁰⁴

-Davacının taşınmazının tren yolu yapımı nedeniyle zarar gördüğünden bahisle açılan davada, idare mahkemesince davanın kabulüne dair verilen karar, Danıştay tarafından, evin 1999 depreminden sonra hasar gördüğüne ilişkin dosyadaki bilgiden yola çıkılarak, belirtilen hasardan sonra, şayet ev için 1999 depremi sonrasında yapıda güçlendirme çalışması yapılmamış ise meydana gelen hasarın artmasında davacının

²⁰³ Dan. 8. D., T. 15.2.2017, E. 2014/3574, K. 2017/827. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 25.06.2022.

²⁰⁴ Dan. İDDK, T. 27.6.2018, E. 2016/4715, K. 2018/3587. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 25.06.2022.

müterafik kusurunun olup olmadığı hususlarının ayrıntılı olarak araştırılması ve değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.²⁰⁵

Bu kararda, güçlendirme faaliyeti yapılmamış olmasının bir ölçüt olarak değerlendirilmesi, zarar görene zararı arttırmama külfeti yüklendiği izlenimini doğurmaktadır. Ancak bu tür bir önlemin zarar görenden beklenip beklenemeyeceği, somut olayın koşulları çerçevesinde ayrıca tartışılmalıdır. Özellikle zarar görenin yapıyı güçlendirme faaliyetine girişebilecek ekonomik ve mali güce sahip olup olmadığı hususu göz ardı edilmemelidir. Zarar görenin bu tür bir önlemi almasının fiilen mümkün olmadığı hâllerde, güçlendirme faaliyetinin yapılmamış olmasının kusur olarak izafe edilip edilemeyeceğinin dikkatle değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın bir kararında da zarar görenin kusuru bu çerçevede değerlendirilmiştir:

*“Davalı, elektrik şebekesindeki dalgalanmaların varlığını kabul etmiş bu dalgalanmaların kaçak kullanımlardan ve diğer sebeplerden kaynaklandığını savunmuştur. Bilirkişi raporunda da, davaya konu tesislerin kurulu bulunduğu Kızıltepe bölgesinde binlerce tarımsal sulama kuyusunun bulunduğu, mevcut enerji nakil hatlarının eski ve bakımsız oldukları, enerjideki dalgalanmaların bu nedenlerden kaynaklandığı bildirilmiş, davacı bu rapora itirazda bulunmamıştır. Davacının elektrik kesintilerinden ve voltaj dalgalanmalarından haberdar olduğu gözetildiğinde, buna rağmen 481 dekardan fazla tarlaya sulu ekim yapması halinde zararın oluşacağını öngörmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu durumda davacının müterafik kusurlu bulunduğu kabul edilerek kusur indirimi yapılması gerekir”.*²⁰⁶

Yargıtay'ın bu kararı, Baysal tarafından şu gerekçelerle eleştirilmiştir:

“Kararda zararın doğmasından önceki bir aşamada zarar görenin konumuna ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır. Olayda alacaklının enerji dalgalanmalarına karşı önlem almak gibi yasal bir yükümlülüğü bulunmadığı gibi, bunu yapmamasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna da varılamaz. Her ne kadar elektrik kesintilerinden ve voltaj dalgalanmalarından alacaklı haberdar olsa da, borçlusunun ondan değil, onun borçlusundan bunlara karşı önlem alınmasını bekleme hakkı vardır, borçlunun sözleşmedeki taahhüdü bunu gerektirir. Elektrik şebekelerindeki dalgalanmaların kaynağındaki kaçak kullanımları ve diğer sebepleri engellemek tamamen borçlunun risk alanında yer alır. Olayda, alacaklının kusurlu davranışını kabul etmek, adeta sözleşme ile borçlunun yüküm altına girdiği bir edimin

²⁰⁵ Dan. 10. D., T. 26.04.2021, E. 2016/540, K. 2021/1915. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022

²⁰⁶ Yar. 13. HD, T. 14.6.2011, E. 2010/18907, K. 2011/9437. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 25.06.2022.

sorumluluğunu alacaklıya yüklemektir. Bu nedenle kararda varılan sonuç isabetli değildir.”²⁰⁷



²⁰⁷ Daha detaylı eleştirisi için bkz: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 153.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ İŞLEV VE ETKİSİ

I- ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ İŞLEVİ

Zarar görenin davranışı, zarara sebep olduğu ölçüde idarenin sorumluluğunu azaltır ya tamamen ortadan kaldırır. Sorumluluğun hangi hallerde azaldığının hangi hallerde arttığının nasıl belirleneceği çok önemlidir.

Danıştay kararları bir bütün olarak incelendiğinde, idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran sebepler bakımından bazı ölçütlerin şekillendiğini söylemek mümkün olmakla birlikte, bu ölçütlerin yeknesak ve açık bir kriter seti hâlinde ortaya konulduğunu söylemek güçtür. Konunun doğası gereği esnek bir değerlendirme alanı içermesi, hâkime tanınan takdir yetkisinin genişliği ve İYUK'ta konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bu alanda kesin ve genel geçer kriterlerin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Nitekim aynı olay bakımından idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağının değerlendirilmesinin, farklı yargı mercilerince farklı sonuçlara bağlanabildiği; hatta aynı yargı mercii bünyesinde dahi karşı oy gerekçelerinde bu farklılığın açıkça görülebildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay, bu durumun nasıl değerlendirileceğini, şu şekilde açıklamaktadır:

“Zarar görenin kusurlu davranışları derecesi açısından iki tür etki gösterebilir: zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağına kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır.”¹

Yargıtay başka bir kararında da şu şekilde açıklamada bulunmaktadır:

¹ Yar. 10. HD., T. 12.11.2012, E. 2012/21455 K. 2012/21185. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 22.06.2022.

“... ortak kusurun varlığı hâlinde; hâkim, ortak kusurun tazminata etkisini, başka bir anlatımla, bunun bir “tenkis sebebi” mi, yoksa, “zarar ziyan hükmünden tamamen sarfınazar edilecek bir sebep” mi olduğunu takdir edecektir. Hâkim, bu yolda takdir hakkını kullanırken, hak ve adalete uygun bir sonuca varacak yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden evvel, maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Türk pozitif hukukunda, Borçlar Kanunu’nun 44/I. Maddesinin (hiçbir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir(...)Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek amacın, ortak kusur hâlinde, zararın bu kusura isabet payının indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir (...) yapılacak bir değerlendirme sonucu, olayda ortak kusurun etki ağırlığı, o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağına tamamen kesmemekle beraber), ikinci plâna itsin; istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hâle gelsin”²

Yargıtay, kararında, bu değerlendirmeleri yaparken Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeden de yola çıkmıştır. Hükmün amacının ise aslında tazminatın indirilmesi olduğunu, zarara sebep olan davranışın tazminatın tamamen kaldırılmasının ise istisnai nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ancak Yargıtay, burada illiyet bağına kesilmesini, bu değerlendirmeden ayrı tutmuştur. Bu çerçevede, illiyet bağına tamamen kesilmediği hâllerde dahi, zarar görenin kusurunun ağırlığına bağlı olarak tazminatın tamamen kaldırılmasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir. BK. Madde 44/1 hükmünün (TBK Madde 52) zarar görenin kusurunun zararlandırıcı eylem ya da olayı (olguyu) tümüyle geri plana itmemesi, eş değişle uygun nedensellik bağına kesmemekle birlikte, buna yakın yoğunlukta gerçekleşmesi durumunda uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.

Danıştay’ın kararlarında ise bu durum, genellikle bu şekilde değerlendirilmez, idarenin zarardan sorumlu olmaması illiyet bağı üzerinden açıklanır. Ancak bazı kararlarda idarenin ağır kusurunun zarar görenin kusurunu önemsiz hale getirdiğine dair kararlar da vardır. Yine de Danıştay, bu yaklaşımı doğrudan kullanmayı genellikle tercih etmemektedir. Bu kararlar aşağıda incelenecektir.

A- ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTMASI

1-Genel Olarak

² Yar. 4. HD, 30.4.1984, 1984/3198, 1984/3471. Aktaran: Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku**, C. I (Maddi Tazminat), İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1996, s.493.

Zarar görenin kusuru, zararın meydana gelmesinde artmasında veya önlenememesinde, idarenin sorumluluğunu doğuran sebeple birlikte etkili olmuşsa idarenin sorumluluğu azalır. Zarar görenin kusurunun, zararın oluşmasında ya da artmasında ne ölçüde etkili olduğunun belirlenmesi, somut olayın özelliklerine göre değişebilmektedir. Zarar görenin kusuru, idarenin sorumluluğunu kaldıracak nitelikte değilse, zarar görenin kusurunun ve idarenin faaliyetinin zarar üzerindeki etkisinin tespitinde bilirkişiden yararlanılır. Nihai değerlendirmede ise hâkimin takdir yetkisi önemlidir.³ Hâkim, zarar görenin eyleminin zarara katkısı bulunması halinde, somut olayın şartlarına göre, tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına karar verebilir.

2-Danıştay Kararlarında Durumun Değerlendirilmesi

a-Zarar Görenin Davranışının (Kusurunun) Değerlendirildiği Kararlar

Zarar görenin dikkatsizliği ve tedbirsizliği, zarar görenin yükümlülüklerine uymaması veya kural ihlali yapması idarenin sorumluluğunu azaltan haller olarak değerlendirilmektedir.

(1)-Zarar Görenin Dikkatsizliği ve Tedbirsizliğinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması

Zarar görenin tedbirsizliği ve dikkatsizliği, zararın meydana gelmesinde etkiliyse, etkili olduğu ölçüde idarenin sorumluluğunu azaltır.

- Davacı, halı yıkarken evinin damından düşmesi nedeniyle meydana gelen kaza sonucu uğradığı zararların tazmini talebiyle dava açmıştır. Davacı, yıkadığı halıların okul müdürünün talimatı doğrultusunda okul kayıt ve aidat ücreti karşılığında yıkadığını iddia etmiştir. İdare mahkemesi, dosyanın incelenmesinden çıkan sonuca göre, okul kayıt ve aidat ücreti karşılığında okul halılarını yıkattırılmadığı, halılarının gönüllülük esasına göre yıkandığı, dolayısı ile ortada davalı idarenin hukuka aykırı bir işlem ya da eyleminin bulunmadığı, diğer yandan zarara yol açan eylemin, damdan

³ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, C. I, s. 751-752.

düşme sonucunda meydana geldiği, bu neticenin ise davacının kişisel kusuru sonucunda olduğu gerekçeleriyle davayı reddetmiştir. Danıştay, kararı, şu gerekçelerle bozmuştur:

“Dava konusu olay üzerine Diyarbakır Valiliği tarafından durumun incelenmesi için soruşturma başlatıldığı ve hazırlanan ... tarih ve ... sayılı soruşturma raporu sonucunda okulun müdürünün kendi ifadesiyle de halıları öğrenci velilerine gönüllük esasına göre yıkattığını kabul ettiği, bu sebeple görev, yetki ve sorumluluğu tanımında uhdesine verilen görevleri yapmadığı, (...) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca kınama cezasıyla cezalandırılmasına karar verildiği görülmektedir.

Bu kapsamda, davacılardan ...'ın 14.10.2009 tarihinde evinin damında ayağının kayması sonucu düşerek ağır yaralanmasına neden olan ... Köyü İlköğretim Okulu Anasınıfına ait halıların iddia edildiği gibi oğlunun anasınıfına kaydı sırasında istenilen kayıt ve aidat parasını ödeyememesi nedeniyle müdürün talimatı gereği kayıt parası karşılığı yıkattırıldığına dair yeterli bilgi ve belge bulunmadığı ve adı geçenin damdan düşerek yaralanması olayında kusurlu bulunduğu açık ise de, yaralanma olayının oluşunda, davacının kusuru yanında, ilköğretim okulunda kurallara dayalı yeterli bir düzen kurulamayışının, ihtiyaçlarının mevzuat çerçevesinde Milli Eğitim Bakanlığı Okul-Aile Birliği Yönetmeliği uyarınca kurulan okul-aile birliğinin gelirlerinden karşılanması gereken okula ait halıların yıkanmasında yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak öğrenci velisi tarafından yıkanmasına olanak tanıyan veya göz yuman görevlilerin bu tutumlarının da etkili olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Bu durumda, okula ait halının davacılardan ...'a yıkatıldığıının anlaşılması karşısında, olayın oluşumunda müterafik kusur bulunduğuunun, adı geçen davacının kusuru yanında, okulda gerekli düzenin kurulamaması, görevlilerin kayıtsızlıkları nedeniyle idarelerin de hizmet kusuru olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, davacılardan ... ile davalı idarelerin kusur oranlarının belirlenerek, bu oran dâhilinde olayda hizmet kusuru olan davalı idarelerin hukuki sorumluluğuna gidilmesi ve tazminat isteminin karara bağlanması gerekirken, olayın bütünüyle adı geçen davacının kusurundan kaynaklandığının kabulü suretiyle davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁴

-Davacının kendisine ait konutun, "Ankara - İstanbul Hızlı Tren Projesi" kapsamında yürütülen çalışmalar sırasında zarar gördüğünden bahisle açtığı davada, idare mahkemesi; 1999 yılında meydana gelen depremde az hasarlı hale gelen davaya konu yapıda, meydana gelen hasar artışının, hızlı tren yolu inşaatı faaliyetleri sırasında, ağır tonajlı araçlar tarafından oluşturulan titreşimlerden kaynaklandığı sonucuna varılarak maddi zararın tazminine, manevi tazminat talebinin ise reddine karar vermiştir. Danıştay'ın bozma kararında; 1999 depreminde hasarlı hale geldiği tespit edilen yapıda, hasarın giderilmesi için güçlendirme çalışması yapılıp yapılmadığı,

⁴ Dan. 8. D., T. 20.01.2021, E. 2020/3697, K. 2021/166. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 06.06.2022.

yapılmamış ise bu durumun hasarın artmasına etkisi, hızlı tren güzergahında yer alan yapıya yakın olan ve benzer inşai özelliklere sahip yapılarda hasar oluşup oluşmadığı, yapıda meydana geldiği iddia olunan zararın davalı idarenin hızlı tren inşaatı çalışmalarından mı kaynaklandığı, yapıdaki mevcut hasarın güçlendirme ile giderilip giderilemeyeceği, yapının ruhsatsız olması da dikkate alınarak 1999 depremi sonrasında yapıda güçlendirme çalışması yapılmamış ise meydana gelen hasarın artmasında davacının müterafik kusurunun olup olmadığı hususları ayrıntılı olarak araştırılmaksızın ve değerlendirilmeksizin verildiği gerekçesi kurulmuştur.⁵

Danıştay, zarardan önce gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığının ve yapının ruhsatlı olup olmadığının da araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Sonucun ortaya çıkmaması için alınması gereken tedbirlerin alınmamış olması zarar görenin kusuru sayılabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, burada güçlendirme çalışmasının yapılmaması, doğrudan zarar görene kusur olarak atfedilmemelidir. Kişinin güçlendirme faaliyeti yapması için mali durumunun buna elverişli olup olmadığı, hasar varsa hasarın derecesinin ne olduğu gibi durumların da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yapının ruhsatsız olması, bazı davalarda ret sebebi sayılabilmektedir. Danıştay bu kararında, bu durumu ret sebebi olarak görmemiştir.

-Telefon dolandırıcısı olduğu sonradan anlaşılan şahsın yönlendirmeleri sonucunda, davacı ve adliye kapısında görevli polis memuru, bir terör operasyonu yürütüldüğü düşüncesiyle istenilen hesaba para aktarmıştır. Daha sonra olayın dolandırıcılık olduğu anlaşılmış ve davacı uğradığı zararın tazmini istemiyle dava açmıştır. Danıştay, davacıya eşlik eden polis memurunun görev ve yetkisinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunun oluştuğunu; bununla birlikte davacının da olayın başından itibaren gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle zararın meydana gelmesinde müterafik kusurunun bulunduğunu kabul etmiştir.⁶

⁵ Dan. 10. D., T. 26.04.2021, E. 2016/540, K. 2021/1915. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022.

⁶ Dan. 10. D., T. 14.03.2016, E. 2015/5305, K. 2016/1348. telefon dolandırıcısı olduğu sonradan anlaşılan şahıs, davacıya kendisini komiser olarak tanıtarak acilen adliyeye gitmesi gerektiğini söylemiştir. Aynı şahıs, adliye kapısındaki polis memurunu da dâhili hattan arayarak ve davacının adını vererek, onu bir terör operasyonu sebebiyle bankaya götürmesini ve para yatırmasına nezaret etmesini söylemiştir. Bankadan paranın çekildiği esnada, bankada çıkan tartışma neticesinde, şube müdürü, iki polis çağırmış ancak dolandırıcı tarafından kandırılan polis diğer iki polisi de gizli bir görev sebebiyle

Bu kararda görüldüğü üzere, zarara doğrudan sebebiyet veren fiil dolandırıcı şahsa ait olmakla birlikte, polis memurunun olay sürecindeki dikkatsiz ve özensiz davranışlarının da zararın meydana gelmesine katkı sağlaması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilerek idare zarardan sorumlu tutulmuştur.

-Davacıların köyde buldukları anti tank roketine sert bir cisimle vurarak yaralanması olayında, Danıştay, davacıların günlük yaşantıları içinde gidebilecekleri mesafede, kamuya açık bir alanda mühimmat bulunmasında ve sonrasında meydana gelen patlamada, güvenlik hizmetinin yeterince işlememesi sebebiyle hizmet kusurunun bulunduğunu tespit etmiştir. Aynı zamanda, anti-tank roketine sert bir cisimle vuran ve olay tarihinde on yedi yaşında olan davacılardan birinin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek olayın meydana gelmesinde müterafik kusurlu olduğuna karar verilmiştir.⁷

- Davacını, mayınlı alan olması sebebiyle lağvedilen jandarma karakol komutanlığı hizmet binası ve üs bölgesinde meydana gelen patlama sonucu yaralanması üzerine dava açmıştır. İdare mahkemesince, davaya konu olayın gerçekleştiği mayınlı alanın, güvenliğinin sağlanamaması nedeniyle 22 yıldır temizlenemediği, karakolun etrafına çekilen dikenli tellerin bir kısmının toprağa gömülü, bir kısmının yüzeyde olduğu, yaralanma olayının olduğu gün patlamadan sonra bile köylülere ait küçükbaş hayvanların halen arazide otlatıldığı, idare tarafından lağvedilen karakola girişi engelleyecek yeterli emniyet tedbirlerinin alınmadığı gözetilerek idarenin kusurlu olduğuna karar verilmiştir. Öte yandan, çoban olarak çalışan davacının olay tarihinden önce köylülerce karakol civarına gitmemesi konusunda uyarıldığına ilişkin ifadeler tutanak altına alındığından, olayın meydana gelmesinde davacının da %50 oranında kusurlu olduğuna karar verilmiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır. Karşı oyda, davalı idarenin yeterli tedbirleri almadığı ve hizmet kusuru bulunduğu, geçimini çobanlık yaparak temin eden, olay günü de sürünün yönünü değiştirmek için lağvedilmiş karakol arsasına girmek zorunda kalan

para çektiğini söyleyerek göndermiştir. 40.000 TL'nin istenilen hesaba aktarılmasından sonra polis memuru, teyit için savcıyı aradığında, olayın dolandırıcılık olduğunu anlamıştır. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 13.06.2022.

⁷ Dan. 10. D., T. 26.10.2015, E. 2012/3275, K. 2015/4623; Aynı yönde, 10. D., T. 30.03.2016, E. 2014/5713, K.2016/1776. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022

davacının ise herhangi bir müterafik kusuru bulunmadığı gözetilerek davacı lehine maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu değerlendirmede yargıcın takdir yetkisi önemlidir. Bu kararda da aynı olay sebebiyle, Danıştay'ın bazı üyeleri, idarenin zarar görenin kusurunun olmadığı belirtilerek, tazminatta indirimle gidilmemesi yönünde karşı oy bildirilirken, çoğunluk ise olayda zarar göreni %50 kusurlu bulan mahkeme kararını isabetli bulmuştur. Kanaatimizce, burada zarar görenin kusurunun bulunmadığını ileri sürmek, tartışmaya açıktır. İfadelere göre zarar görenin mayınlı araziye gitmemesi için uyarıldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla burada zarar gören, bilerek araziye girmiş olabileceği gibi dalgınlıkla da girmiş olabilir. Kanaatimizce bunun tespiti, bu değerlendirme bakımından önemlidir. Ayrıca, yalnızca zarar görenin daha önce uyarılmış olması olgusuna dayanılarak %50 oranında kusur izafe edilmesi, kusurun ağırlığı ve idarenin güvenlik önlemlerindeki eksiklikler dikkate alındığında, ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri bakımından tartışmaya açıktır.

(2)-Zarar Görenin Yükümlülüklerine Uymamasının İdarenin Sorumluluğunu Azaltması

Zarar görenlerin, bazen yasal düzenlemeler gereğince, bazen de hayatın olağan akışı çerçevesinde uyması gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. Örneğin anne ve babanın çocuğun üzerindeki denetim ve gözetim yükümlülüğü böyledir. Bu yükümlülükler aykırılıklar, zarar görene kusur olarak izafe edilmektedir.

- Örneğin, kışla çevre güvenlik yolu inşaatı bölgesinde yürütülen yol çalışmaları sırasında yuvarlanan kaya parçalarının davacılarından birinin üzerine düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle açılan davada; idare mahkemesi, Jandarma Genel Komutanlığı'nın sorumluluk sahasında bulunan bölgede, İl Özel İdaresine ait araç ve personel tarafından gerçekleştirilen çalışmalar sırasında, kayaların mezra yoluna kadar inmesini engelleyecek herhangi bir fiziki güvenlik tedbirinin alınmadığını, şerit ve benzeri uyarıcı levhaların bulunmadığını tespit ederek, gerekli güvenlik önlemlerini almayan davalı idarelerin olayda kusurlu olduklarına, bununla birlikte maddi tazminat isteminin yalnızca davacıların çocuğu için talep edildiğini gözeterek, 12 yaşını doldurmamış çocuk için belirlenecek tazminat miktarında ana-

babanın gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle indirim yapılmasının olanaklı olmadığı yönünde karar vermiştir. Bölge İdare Mahkemesi, olayın meydana gelmesinde idarenin %50 oranında kusurlu olduğunu, kalan kusurun ise bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali nedeniyle anne ve babaya ait bulunduğunu kabul ederek ilk derece mahkemesi kararını kaldırmıştır. Bu karar, Danıştay tarafından tazminat bedeli ve diğer hususlar yönünden düzeltilerek, kusur oranı yönünden ise onanmıştır. Karşı oy kullanan üyeler ise; olayın askeri bölge içerisinde yürütülen çalışmalar sırasında yuvarlanan kayanın askeri bölge dışına çıkarak kamuya açık mezra yolunda gerçekleştiğini, yaralanan çocuğun olay anında hukuken bulunmasında sakınca olmayan bu yolda yer aldığını ve dosyada zarar görenin kendisine veya anne babasına kusur izafe edilmesini gerektirecek somut bir tespitin bulunmadığını belirterek, zararın tamamının davalı idareler tarafından karşılanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.⁸

Kararlar ve karşı oylardan, olay ve zararın meydana geldiği yer bakımından bir tartışma olmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, karşı oylardaki yorum ve değerlendirmeler daha isabetlidir. Ancak olay yeri bakımından aksi kabul edilse dahi, anne ve babanın kusurunun davacı küçüğe yüklenemeyeceği yönündeki idare mahkemesi kararına biz de katılmaktayız.

- Hastanede muayene için sıra beklerken babasının yanında olan 6 yaşında bir çocuk, korkuluklardaki cam olmayan bölmeden düşerek beyin travması geçirmiştir. Açılan davada, idare mahkemesi, somut koşullar sebebiyle idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğunu, 6 yaşındaki küçük çocuğun ebeveyninden beklenen gözetim sorumluluğunun; çocuğun ebeveyn tarafından görülebilecek, ulaşılabilir ve kontrol edilebilecek bir mesafede ve güvenli alan dâhilinde gözetimi olduğunu, çocuğun her an bire bir her adımda yakın takip edilmesi, fiziken kontrolü şeklinde bir gözetim ve denetim beklemenin hayatın olağan akışına uygun bir durum olmadığı, ortalama bir ebeveynin göstermek zorunda olduğu tedbir ve gözetim sorumluluğu olduğu, olayda ise çocuğun ailesinin 2-3 metrelik alanda gözetimi ve kontrolü altında iken düşme olayının meydana geldiği görülmekle meydana gelen düşme olayında davacı velisine

⁸ Dan. 10. D. T. 21.06.2021, E. 2021/833, K. 2021/3455. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

atfedilebilecek herhangi bir kusurun olmadığı gerekçesiyle davalı idarenin %100 kusurlu olduğuna karar vermiştir. Ancak Danıştay, TMK hükümlerine atıfla olay tarihinde henüz 6 yaşında olan çocuğun babasından yaklaşık 2-3 metre uzakta olduğu bir sırada meydana gelen olayda, bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen babanın da kusurlu olduğunun tartışmasız olduğunu gerekçe göstererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁹ Danıştay bozma kararında, 6 yaşındaki çocuk yönünden kusur değerlendirmesi yapmamış, anne ve babanın kusurunu değerlendirmiştir, bu değerlendirme yerindedir ancak burada idare mahkemesinin kararına katılmaktayız. Karar içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla, olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunmaktadır. Ayrıca anne ve babanın kontrolünün her an çocuk üzerinde olamayacağına dair kurulan gerekçe de yerindedir.

(3)-Zarar Görenin Hukuk Kuralları İhlal Etmesinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması

Zarar görenlerin hukuk kurallarını ihlal etmesi, somut olayın özelliklerine göre idarenin sorumluluğunu azaltır veya kaldırır.

- Danıştay'ın konuya dair bir kararında; olayda, davacılarından biri yasa dışı gösteriye katılmış ve kolluk görevlisi tarafından silah dipçisiyle kafasına vurulması sonucu yaralanmıştır. Danıştay, polis memurunun görev sınırını aştığından olayda hizmet kusurunun bulunduğunu tespit etmekle birlikte, davacının da yasa dışı izinsiz gösteriye katılmak suretiyle kusurlu olduğunu ve tazminat miktarının hesaplanmasında bu durumun değerlendirilmesi gerektiğini gerek göstererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.¹⁰

-Diğer bir karara konu olayda; İSKİ'ye ait su borularının ve kanallarının patlaması sonucu taşan suların, davacıya ait işyerinin bodrum katını basması nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebiyle dava açılmıştır. İdare mahkemesince; olayda, davacının işyerinin önünde mevcut kanal arızalarının giderilmesi için İSKİ'ye ait makina ve araçların 7.5.1992 günü çalışıp işi tamamladıkları kanısıyla ayrılmalardan

⁹ Dan. 10. D., T. 30.3.2021, E. 2020/2067 K. 2021/147. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 06.06.2022

¹⁰ Dan. 10. D., T. 11.11.2020, E. 2016/16010, K. 2020/4794. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 12.06.2022.

sonra aynı günün gecesi davacıya ait işyerinin, kanalların patlaması ve taşan sulardan zarar görmesinin sebebinin idarenin arızayı eksik gidermesi olduğu, bununla birlikte davacıya ait işyerindeki bodrum kat deposunun aydınlatılması için bırakılan aydınlık boşluklarının belediyece tasdik edilen projede yer almadığı, eğer projeye uygun inşaat yapılmış olsaydı zararın tespit edilen boyuta ulaşamayacağı gerekçesiyle olayın meydana gelişinde davacının da % 50 oranında müterafik kusurunun olduğu yönünde karar verilmiştir. Danıştay tarafından bu karar onanmıştır.¹¹

Burada, projeye aykırı inşaat yapılması Danıştay tarafından müterafik kusur olarak nitelendirilmiştir. Kararda, hukuk kuralı ihlalinin, zararın ağırlaşmasına sebep olup olmadığının tespitine bağlanması, diğer bir ifade ile salt projeye aykırılığa bir kusur izafe edilmemiş bulunması, bizce de isabetlidir.

- Başka bir karara konu olayda; davalı idare tarafından atış ve tatbikat alanında icra edilen tatbikatın sona ermesi üzerine, davacıların atış alanına girerek topladıkları hurda içerisinde bulunan patlamamış roket mermisinin infilak etmesi sonucunda, davacılarından ikisi yaralanmış ve davacıların çocuğu hayatını kaybetmiştir. İdare mahkemesince, 10. Daire'nin verdiği 25/05/2015 tarih ve E:2011/5295, K:2015/2536 sayılı bozma kararına uyularak; atış yapılan alanda, patlamamış mühimmat artıklarının bırakılarak hurdacılık faaliyetiyle geçimini sağlayan adı geçen şahısların oraya gelmelerinin özendirildiği, davalı idare ekiplerinin atışlardan sonra arama çalışmalarını yaşanabilecek olumsuz durumların niteliği göz önüne alarak yeterli titizlikte yapmadığı, atış alanının köye uzaklığının 1350 metre olduğu da dikkate alındığında, yer seçiminde ve bölgenin güvenliğinin sağlanmasında yeterli dikkatin gösterilmediği gerekçesiyle davalı idarenin olayda hizmet kusurunun bulunduğunu tespit etmiştir. Öte yandan, dosyada mevcut ifadelerin değerlendirilmesinden, davacıların ilgili bölgede atış yapıldığını bildikleri, sırf bu nedenle bölgeye geldikleri ve askeri birliklerin bölgeyi terk etmelerinin ardından mühimmat artıklarını toplamak için bölgeye girdikleri de dikkate alındığında, zarara uğrayan davacılarından, patlamamış roket mermisini barındırdıkları çadırın yakınına getiren davacının kendisi için şahsen, davacılarından ... ve ... için de 3. kişi sıfatıyla takdiren %50 oranında

¹¹ Dan. 8. D., T. 12.11.1997, E. 1995/2637, K. 1997/3313. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 18.06.2022.

müterafik kusurunun varlığının kabulü gerektiği gerekçesiyle; davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Bu karar, Danıştay tarafından onanmıştır.”¹²

- Danıştay, başka bir kararında ise yol genişletme çalışmaları sırasında yol seviyesinin yükseltilmesi ve duvar örülmesi nedeniyle taşınmazda meydana gelen değer kaybının tazmini talebiyle açılan davada; konuyu, İmar mevzuatı yönünden ikili değerlendirmeye tabi tutmuştur:

“Bu kapsamda, davacının taşınmazında ve üzerindeki evinde meydana geldiği ileri sürülen değer kaybına yönelik değerlendirme yapılırken, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı örneği ile taşınmazın tapu kaydındaki beyan ve takyidatlar da getirtilerek taşınmazın imar planındaki yapılaşma koşullarının, ayrıca taşınmazın arsa mı, yoksa arazi vasfında mı olduğunun, uyumsuzluğa konu taşınmaz üzerindeki mevcut yapının ise yapı kullanma izin belgesinin bulunup bulunmadığı, şayet yapı ruhsatsız ise ruhsata bağlanma imkanlarının olup olmadığı veya davacının başvurusu kapsamında imar affi uyarınca ruhsata bağlanıp bağlanmadığı araştırılarak, bu bağlamda yol genişletme çalışmalarının taşınmaz üzerindeki etkisinin yapıların kullanımı ve ulaşım olanaklarına göre değer kaybına sebep olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu tespitlerin ardından;

1) Yapının bulunduğu parselin imar mevzuatı uyarınca yapılaşmaya yasak yerlerden olduğu ve söz konusu yerde fiili olarak da yapılaşmanın olmadığı ortaya konulursa, söz konusu yerde yasak olmasına rağmen davacının izinsiz yapı yaptığı tespit edilmiş olacağından, yol yapım çalışmaları nedeniyle bu yapıda değer kaybı olduğundan bahisle idarenin herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmayacaktır.

2) Yapının bulunduğu parselin imar mevzuatı uyarınca yapılaşmaya izin verilen yerlerden olduğunun ortaya konulması durumunda ise, yapıya ilişkin olarak yapı kullanma izin belgesinin bulunmadığı, ruhsat alınmadığı veya imar affi uyarınca ruhsata bağlanmadığı tespit edilirse, meydana gelen zararda davacının müterafik kusuru olduğu kabul edilerek bu kusur durumu dikkate alınarak tazminatın belirlenmesi gerekmektedir.”¹³

Bu kararda, yapılaşmanın yasak olduğu arsa/araziye yapı yapılması ile imar izni olan yerde yapılan yapının ruhsatsız ve iskansız olması, kural ihlalinin derecesine göre farklı sonuçlara bağlanmıştır. Kararın gerekçesinde; zarar görenin kural ihlallerinin ağırlığına göre, hangi halin müterafik kusur, hangi halin idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran ihlal olarak nitelendirileceği somut şekilde ortaya konulmuştur.

¹² Dan. 10. D., T. 28.04.2021, E. 2016/2634, K. 2021/2139. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022.

¹³ Dan. 10. D., T. 16.2.2022, E. 2021/6103, K. 2022/774. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 12.06.2022.

Kanaatimizce, meydana gelen olay bakımından yapı yasaklı alanda yapı yapılması ile imar hakkı verilen alanda ruhsatsız (izinsiz) yapı yapılması arasında kural ihlali bakımından fark olduğu kabul edilebilir. Ancak belirtelim ki yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında, her iki yapı da hukuken “yok” hükmünde olduğundan, böyle bir ayırım yapılmasının isabetli olmadığı da düşünülebilir.

(4)-Zarar Görenin İhmalinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması

Müterafik kusurun, sağlık hizmetleri bakımından değerlendirildiği bir kararda:

- Davacının 2006 yılında sağ böbreğinde ağrı şikayetiyle gittiği ilk hastanede yapılan operasyonda sağ böbreğine dj stent takılmış, 2008 yılında böbrekte ağrı şikayetiyle gittiği bir başka hastanede ise sağ sistem enfeksiyonu bulunduğu anlaşılmış, sonrasında davacının sağ böbreği alınmıştır. Bunun üzerine davacı gittiği ilk hastanede böbreğine stent takıldığı yönünde ikaz ve bilgilendirme yapılmadığı gerekçesiyle uğradığı zararın tazmini için dava açmıştır. Danıştay kararı değerlendirirken, *“Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün hizmet kusuruna dayanması asli prensip olmakla beraber, zararın idarenin de dahil olduğu bir faaliyet sırasında meydana gelmesi ve öncesinde ya da sonrasında aksayan bazı durumların tespiti de önem arz etmektedir.”* dedikten sonra bu durumda mahkemece, davalı idare tarafından davacıya, 2006 tarihinde gerçekleştirilen ameliyatın sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve adı geçen bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı hususu ile davacının dj stent takıldığı hususunda bilgilendirilip bilgilendirilmediği hususunun araştırılması, zarar görenin 2 yıllık süreçte hastaneye başvurusunun olmamasının olayda müterafik kusur teşkil edip etmeyeceğinin, oluşan zarar ile eylem arasındaki illiyet bağının kesilip kesmeyeceğinin de değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.”¹⁴

Burada zarar görenin kusurlu hareketiyle, zararı arttırıp arttırmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Başvurunun geciktirilmesi, bu halde zararı

¹⁴ Dan. 10. D., T. 9.2.2021, E. 2019/6556, K. 2021/341. sayılı kararı. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 04.06.2022.

arttırmışsa dikkate alınmalıdır ancak zarar görenin bu iki yıl içinde başvurmaması zararı arttıran bir durum değilse, dikkate alınmamalıdır.

b-Zarar Görenin Kusurlu Davranışının Değerlendirilmediği Kararlar

Bu başlık altında, kanaatimizce zarar görenin kusurunun değerlendirilebileceği halde, değerlendirilmediği bazı kararlara yer vermek istiyoruz.

-Örneğin, bir karara konu olayda, müteveffa, yolda yürürken düşmüş ve kaşında yaralanma şikâyetiyle hastaneye başvurmuştur. Hasta; rutin muayene ve tetkikleri yapıp, gereken grafileri de çekilerek, tetanoz aşısı ve cilt kesisi sütüre edilerek, acildeki takiplerin ardından taburcu edilmiştir. Hasta, olaydan 40 gün kadar sonra evinde ölü bulunmuştur. Otopsi raporunda; sol kaş üstü lateralde bir adet mermi çekirdeği giriş deliği yarası olduğu, buradan giren mermi çekirdeğinin kafatasını hafif aşağıdan kav ederek beyin dokusuna girip sol temporal lob önde gömlek ve kurşun nüve ayrılmış şekilde sonlandığı, beyin dokusu içinden bir adet mermi çekirdeği nüvesi ile bir adet mermi çekirdeği gömlek parçası tespit edildiği; kişinin ölümünün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı kafatası kırığı ile müterafik beyin dokusu harabiyeti sonucu meydana geldiği tespit edilmiştir. Doktor hakkında başlatılan cezai soruşturmada alınan ifadesinde; hastaya yaralanmanın nedenini sorduğunda, yolda yürürken ayağının takıldığını ve düşüp kafasını taşa çarptığını beyan ettiğini, bilinci yerinde olan hastanın yarası incelendiğinde yara etrafında barut, is ve asarı olmadığından tipik bir kurşun yarasına benzemediğini, hastanın kendisine kurşun sarf edilen bir çatışmadan bahsetmediğini ve düşme sonucu vücutta oluşabilecek muhtemel yaralanmaların kontrol ve muayenesini yaptığını, hastada baş ağrısı, bulantı, kusma, unutkanlık şeklinde nörolojik bulgular olmadığından tomografisinin çekilmediğini, yine de hastayı 4-5 saat acil serviste takip ettiğini, hastanın sık sık yanına gittiğini ve olayın nasıl gerçekleştiğini, darp olayına maruz kalıp kalmadığını sorduğunda, hastanın darp olayını kabul etmediğini ve kimseden şikâyetçi olmadığını belirttiğini beyan etmiştir. Danıştay, açılan davada, idarenin kusurlu olduğunu kabul ile verilen kararı onamıştır. Ancak karşı oyda; müteveffanın ölüm olayının gerçekleşmesinde yaralanmaya sebebiyet veren durumun oluş şekli ve

acil serviste müteveffanın gerçeğe aykırı beyanlarda bulunduğu dair doktor beyanları dikkate alınarak, müteveffanın müterafik kusurunun bulunup bulunmadığının yönünden incelenmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.¹⁵

Karşı oylarda işaret edilen; müterafik kusur olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine dair tespit, kanaatimizce de yerindedir. Çoğunluk görüşü, idarenin ağır hizmet kusurunun, zarar görenin kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağıını kestigi nitelmesine dayalı olabilir ise de ölüm olayının meydana gelmesinde, yaralanmanın sebebi ile ilgili doktora verilen yanlış ve yanıltıcı bilgilerin, uygulanan muayene, tetkik ve tedaviye dair etkisi ve ölüm neticesine katkısı olup olmadığının araştırılmamasının, dolayısı ile müterafik kusur olup olmadığının değerlendirilmemesinin eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca kararda, illiyet bağıının tartışılmamış olması da eksiklik olarak görülebilir. Zira, ölüme yol açan yaranın niteliği göz önüne alındığında, doğru bilgi verilse ve gereken tıbbi müdahaleler eksiksiz olarak yapılmış olsa bile, kişinin iyileşme şansının bulunmaması da ihtimal dâhilindedir.

-Diğer bir kararda, kavgaya karışan davacıların yakını, kavgayı ayırmaya çalışan polis memurunun silahından çıkan kurşunun nedeniyle hayatını kaybetmiştir. İdare mahkemesi, olayla ilgili asliye ceza mahkemesince verilen kararda, polis memuruna ceza verilmiş olmasını dikkate alarak, hizmete uygun personel istihdam etmek durumunda bulunan davalı idarenin, olayın meydana gelmesinde hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır.¹⁶ Karşı oyda, zararı doğuran olay öncesinde; davacıların yakını olan müteveffanın kavgaya karışması, bilahare kardeşleri ve karşı grubun yakınlarının kavgaya müdahil olmaları nedeniyle olayların büyümesinde müteveffanın da %50 oranında müterafik kusuru bulunduğu gözetilerek, maddi tazminata hükmedilmesi gerektiğine yönünde görüş bildirilmiştir.

Karar, somut gerekçelerin yeterince detaylandırılmamış olması nedeniyle değerlendirmeye çok uygun değildir. Ancak karşı oyda %50 oranında müterafik kusur değerlendirmesi yapıldığı da gözetildiğinde, zarar görenin kusurunun bulunup

¹⁵ Dan. 15. D., T. 21.2.2018, E. 2018/373, K. 2018/1979. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

¹⁶ Dan. 10. D., T. 30.06.2021, E. 2016/2197, K. 2021/3738. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022

bulunmadığının, kusurun varlığının kabulü hâlinde ise idarenin ağır hizmet kusuru karşısında müterafik kusurun tazminattan indirim yapılmasını gerektirip gerektirmediğinin ayrıca irdelenerek gerekçelendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim, idarenin hizmet kusurunun zararın tamamının tazminini gerektirecek ölçüde ağır olduğu kabul ediliyorsa, bu sonuca hangi nedenlerle ulaşıldığının da açık ve somut gerekçelerle ortaya konulması gerekmektedir.

- Hırsızlık suçundan aranan bir kişinin, polisler yakalanmamak için kaçarken vurularak öldürülmesi üzerine açılan davada, idare mahkemesi, daha önce verilen bozma ilamına uyarak; hırsızlık suçundan aranan ölenin, ikametgahının bulunduğu yerde yakalanacağını anlaması üzerine kaçmaya başladığı; ceza dosyasından, kovalama sırasında komiserin ayağının tökezleyerek düşmesi nedeniyle gayri iradi olarak elindeki tabancanın patlaması nedeniyle çıkan kurşunun murise isabet ettiğinin ve aksini gösteren bir kanıtın da bulunmadığının anlaşıldığı; olayda hizmet kusuru bulunmadığı; olayın, genel güvenliği sağlama ve adli zabıta görevi çerçevesinde yürütülen kamu hizmetinin ifası sırasında meydana geldiği ve zararlar ile eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu; dolayısıyla idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun olduğu belirtilerek, idarenin bu olay sebebiyle kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararları tazmin etmesi gerektiğine karar verilmiştir. Karar, Danıştay tarafından onanmıştır.¹⁷

Kararda, olayın meydana gelmesinde zarar görenin hafif kusurunun olduğu sonucuna varıldığı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce, zarar görenin olayın meydana gelmesinde kusuru bulunsa da, bu kusurun tazminattan indirim yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, zarar görenin kusurunun tazminata etkisi yönünde açık bir değerlendirme yapılmasının ve bu hususun gerekçelendirilmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

-Danıştay başka bir kararında şu değerlendirme ve nitelemelerde bulunmuştur:

“cezaevinde meydana gelen olaylar bir bütün olarak irdelendiğinde, davalı idarelerce, kendilerine verilen görev ve yetki çerçevesinde, cezaevinde güvenlik ve aşıyaşın sağlanması, tüm tutuklu ve hükümlülerin can güvenliğinin korunması amacıyla operasyon gerçekleştirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak

¹⁷ Dan. 10. D., T. 01.07.1998, E. 1998/2828, K. 1998/3479. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

bu tür bir operasyonun gerçekleştirilmesi sırasında kolluk kuvvetlerine saldırıda bulunan, kamu malına zarar veren kişilerle, pasif direnişte bulunan kişilere aynı şekilde müdahale edilmesi, onların can ve mal güvenliğinin gözardı edilerek onlara zarar verilmesi hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Davacının F Tipi cezaevlerinin faaliyete geçirilmesini önlemek amacıyla pasif direniş gösterdiği açık olmakla birlikte, bulunduğu Kadınlar Koğuşunda yangın çıkarttığı, olaylar sırasında kolluk kuvvetleriyle (silahla veya herhangi bir kesici aletle saldırıda bulunduğu) çatışmaya girdiği, kendini yaktığına ilişkin dava dosyasında somut bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Dolayısıyla pasif direnişteki mahkum ve tutukluların can güvenliğinin sağlanması yönünde gerekli önlemler alınmaksızın cezaevinde operasyon yapılması ve bu operasyon sonucu aktif direnişe katılmayan davacının yanması olayında, idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.”¹⁸

Danıştay, bu kararda, idarenin ağır hizmet kusuru sebebiyle müterafik kusur değerlendirmesi yapmamıştır ve pasif direnişi kusur olarak kabul etmemiştir. Kararda, bu husus, açıkça belirtmiştir. Kanaatimizce, karar yerindedir ve bu değerlendirmenin aşağıda inceleyeceğimiz AİHM kararlarına da uygun bir yorum olduğunu belirtmek gerekir.

3-Mülga AYİM Kararlarında Konunun Değerlendirilmesi

a-Zararı Azaltan Hallerin Örneklendirilmesi

(1)-Zarar Görenin İhmalinin İdarenin Sorumluluğunu Azaltması

Zarar görenin ihmali, AYİM kararlarında genellikle sorumluluğu azaltan bir neden olarak değerlendirilmektedir.

-Örneğin AYİM, bir kararında, zorunlu atlayış esnasında paraşütü açamaması sonucu yere çarparak sakatlanan astsubayın, yedek paraşütü açmamaktaki ihmalini, müterafik kusur kabul ederek, zararın idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazminine hükmetmiştir.¹⁹

-AYİM başka bir kararında, arkadaşının arazide bulup silahına sürdüğü mermiyi çıkaramaması üzerine tornavida ile çıkarmaya çalışan erin mühimmatın patlaması sonucu sakatlanması olayında, adalet, eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri

¹⁸ Dan. 10. D., T. 23.1.2014, E. 2012/8650, K. 2014/255. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

¹⁹ AYİM 2.D., T. 7.12.2000, E. 2000/453, 2000/875. Aktaran: Işıklar, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller” **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, 2009, s. 576.

gereğince idarenin sorumluluğuna karar verirken, davacının ihmalini, müterafik kusur saymıştır²⁰

(2)-Zarar Görenin Zarar Vereni Tahrik Etmesinin Sorumluluğu Azaltması

-AYİM, bir kararında; nöbete giderken arkada kalan erle küfürleşip yumruklaşan onbaşının, bu kişi tarafından olay mahallinden uzaklaşıp tehditle elde ettiği silahla ateş etmesi sonucu öldürülmesi olayında, müterafik kusur değerlendirmesi yapmıştır.²¹

Bu kararda, onbaşının, kendisini öldüren eri tahrik ettiği ve bu tutumun müterafik kusur teşkil ettiği kabul edilmiştir.

(3)-Zarar Görenin Hatasının İdarenin Sorumluluğunu Azaltması

- Askeri uçağın havalanmasından birkaç dakika sonra sağ motorunda meydana gelen yağ kaçağı ve bilinmeyen başka teknik arızalar sebebiyle düşmesi sonucu, uçakta bulunan tüm personel ölmüştür. Pilotun yakını tarafından açılan davada AYİM:

“Olayın bir kamu hizmetinin ifası sırasında meydana geldiği, konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak 2 Hava İkmal Bakım Merkezi K. lığı Flb. Md. lüğü tarafından düzenlenen teknik raporda belirtildiği üzere arızalanan sağ motor durdurulduktan sonra düz uçuşa devam edilerek 100 knotslık suratın korunması ve daha sonra sürat arttırılarak emniyetli irtifanın korunması gerekir iken, sola dönüşü devam edilerek pilot tarafından rüzgar altı yaparak bu hata sonucu uçağını düşüren DK. Pilot Yzb.' in hatalı bu davranışı müterafik kusur kabul edilmiştir.”²²

AYİM, zarar görenlerin kusurlu davranışlarının bulunduğu hallerde de mümkün mertebede kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu ilkelerince tazmin etmeye çalışmıştır.

b-Mülga AYİM’in “Ağır Müterafik Kusur” Kriterini Kullandığı Karar Örnekleri

²⁰ AYİM 2.D, T. 31.01.2007, E. 2004/416, K. 2007/116. Aktaran: Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s.592.

²¹ AYİM 2.D., T. 25.3.2006, E. 2003/97, K. 2006/26. Aktaran Işıklar, “AYİM Kararlarında” s. 583.

²² AYİM 2. D. T. 19.10.1994, E. 1994/160, K. 1994/1648. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 24.06.2022.

Mülga AYİM, bazı kararlarında “ağır müterafik kusur” kriterini kullanmaktadır. Özel hukuk doktrininde, zarar görenin ağır kusuru, genellikle zarar verenin sorumsuzluğunu doğuran bir sebeptir. AYİM’in bu kriterle verdiği kararları incelendiğinde, idarenin sorumsuz olduğundan ziyade idarenin az da olsa sorumlu olduğu yönünde kararlar verildiği görülmektedir. Danıştay’ın ise, benzer bazı olaylarda, aksi yönde, idarenin sorumsuzluğuna dair kararlar verebildiği görülmektedir. Dolayısıyla, AYİM’in “ağır müterafik kusur” kriteri ilk bakışta zarar gören aleyhine bir durum gibi görünse de, bu kriterin idarenin tamamen sorumsuz tutulması sonucunu doğurmadığı, aksine idarenin az da olsa zarardan sorumlu tutulması gerektiği yönündeki eğilimi yansıttığı dikkate alındığında, zarar görenleri koruyucu bir nitelik taşıdığı kanaatindeyiz.

Ağır müterafik kusur kriteri, hem hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluklarda, hem de kusursuz sorumluluk hallerinde kullanılmaktadır. Bu kriter başvurulduğunda, bazı kararlardan anlaşıldığı kadarıyla oransal olarak 2/3, 7/8, 9/10 gibi oranlarda zarar görenin kusuruna hükmedilebilmektedir. AYİM’in nasıl değerlendirme yaptığını, konuya dair birkaç kararla incelemeye çalışacağız.

- Davacıların yakının askerlik hizmetini yerine getirirken intihar etmesi olaylarında idarenin kusuru varsa ağır müterafik kusur kriteri kullanılmaktadır.²³

AYİM, bir kararında, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Davaya konu ölüm olayının davacıların yakını J.Er ...’in birliğinde koğuşların bulunduğu binanın 6 ncı katındaki pencerenin dış tarafındaki çıkıntıya çıkarak tüm müdahalelere rağmen kendisini boşluğa bırakarak intihar etmesi neticesinde meydana geldiği hususunda tereddüt yoktur. Normal koşullarda mahkemenizin yerleşmiş uygulamalarına göre intihar eylemi sonucunda meydana gelen ölüm olaylarında idarenin sorumluluğu, dolayısıyla da tazmin yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Ancak intihar eyleminin gerçekleşmesine bazı durumlarda idarenin ajanlarının kusurlu davranışları ile katkıda bulundukları, intihar kararının verilmesinde etkili oldukları (Dayak, hakaret, kötü muamele v.s) hallerde veya intihar eyleminin vuku bulacağına aleni olarak bilinmesine rağmen bunun önüne geçebilecek yeterli tedbirlerin alınmaması durumlarında idarenin ölüm olayından sorumlu tutulduğu, hizmet kusurunun varlığı sebebiyle idare aleyhine tazminata hükmedilmesinin gerekliliği de izahtan varestedir. Nitekim, müteveffanın 1 gün önce sıkıntılarını amirine anlattığı, amiri tarafından psikoloğa sevk edildiği, psikolog tarafından da durumu ciddi görülerek psikiyatri servisine sevkinin kararlaştırıldığı,

²³ AYİM 2. D., T. 6.10.2010, E. 2009/1305, K. 2010/1084; AYİM 2. D. E. 1996/450, K. 1997/857 T. 5.11.1997. (Çevrimiçi) www.kazanci.gov.tr, 10.06.2022.

ayrıca da intihar edebileceği düşüncesiyle gerekli önlemlerin alınması için amirlerinin bilgilendirildiği, ancak araya hafta sonunun girmesi nedeniyle müteveffanın hastaneye sevk edilemediği, amirlerince sıkıntılarını untabilmesi için kendisiyle görüşme yapıldığı, silahlı nöbet verilmeyip samimi olduğu asker arkadaşlarının takip ve kontrolüne verildiği görülmekle, davalı idare ajanlarınca müteveffanın intihara eğiliminin olduğundan haberdar olunduğu ve aslında bu zararlı sonucun ortaya çıkmasının önüne geçmek için çaba da sarfedildiği, ancak, sarfedilen bu çabanın yetersiz kalması sonucunda intihar olayının meydana geldiği anlaşılmaktadır.

(...) Somut olayda idarenin ajanlarının davacılar yakınının intihar etmeye meyilli olduğunun anlaşılmasını müteakip en kısa sürede davacılar yakınına hastaneye sevk etmeleri veya hastaneye sevk edilene kadar birlik içerisinde yeterli tedbirlerle gözlem altına almaları gerekirken bu tedbirleri tam olarak almamakla hizmet kusuru içinde oldukları, ölüm olayının müteveffanın kendi eylemi sonucu olması nedeniyle müteveffanın da ağır müterafik kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır.”²⁴

Burada zararın doğmaması için idare tarafından çaba sarf edilmesine rağmen çabanın yetersiz bulunması nedeniyle idareye kusur atfedilmiştir. Ancak zarar görenin de ağır müterafik kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır.

-AYİM tarafından verilen bir karara konu olayda, davacılar yakınının astsubay tarafından dövülmesi ve müteveffanın bu dövme olayından sonra aynı gün intihar etmesi nedeniyle dava açılmıştır. AYİM, davacılar yakınının intiharının, kendisine uygulanan kötü muamele ve dayak olayına dayandığını gösterdiği, bu durumun askeri hizmetten soyutlanmasının mümkün olmadığı, astsubayın, idarenin kamu hizmetini yürütmekle görevli bir ajanı olduğundan, eyleminin idareye yüklenebilir bir eylem olduğu sonucuna varılmış ve zararlı sonucun meydana gelmesinde davacılar yakınının da ağır müterafik kusurlu olduğuna karar verilmiştir.²⁵

Kanaatimizce, bu kararda zarara sebep olan ajanın etkisi de gözetilerek ağır müterafik kusur yerine müterafik kusur değerlendirmesi yapılması da düşünülebilirdi.

Bir diğer kararda:

²⁴ AYİM 2. D., T. 6.10.2010, E. 2009/1305, K. 2010/1084. (Çevrimiçi) www.kazanci.gov.tr, 10.06.2022.

²⁵ AYİM 2. D., T. 24.9.2008, E. 2005/614, K. 2008/916; Benzer yönde: AYİM 2. D. T. 5.11.1997, E. 1996/450, K. 1997/857 sayılı kararında davacıların desteği müteveffa erin idare ajanı astsubay tarafından dövülmesi ve fena muameleyle maruz kalması nedeniyle intihar etmesi şeklinde gelişen olayda davalı idarenin, ajanı gereği gibi yetiştirmemesinden doğan bir hizmet kusurunun varlığı dolayısıyla davacının uğradığı zararın tazminine karar verilmiştir. (Çevrimiçi) www.kazanci.gov.tr, 10.06.2022.

“...askerlik hizmeti sırasında kolonya içtiği için birlik revirince asker hastanesine, oradan da hastaneye kaldırılarak burada vefat eden müteveffanın rahatsızlığının teşhis ve tedavisinde hata olduğu, Yüksek Sağlık Şurası kararıyla ortaya konduğundan, davacıları uğradıkları zararın hizmet kusuru ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerekir. BT çektirmediği ve metil alkol zehirlenmesine yönelik gerekli tedavileri yapmadığından, Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesinde görevli Dr ...'ın 1/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Taraflara tebliğ edilen hesap bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş olup bilirkişi tarafından düzenlenen raporun, Mahkememizce kabul edilen kıstaslara ve ilmi verilere uygun olduğu anlaşıldığından, müteveffanın ağır müterafik kusuru da dikkate alınarak bilirkişi raporu doğrultusunda uygulama yapılmıştır.”²⁶

Görüldüğü üzere bu kararda, zarar görene 7/8 oranında kusur atfedilmiştir. Davacının kusuru, ağır müterafik kusur olarak değerlendirilmiştir.

-Davacının onarım için görevlendirildiği çatıdan aşağıya inmek isterken yere düşüp sakatlanması olayında AYİM; olayda 30 erin çalıştırmak üzere çatıya çıkarıldığını, nezaret için asteğmenin görevlendirildiğini; olayın, asteğmenin nezaret görevini yerine getirmemesi sonucunda meydana gelmesi sebebiyle hizmet kusurunun bulunduğu karar vermiştir. Ancak verilen emirler gereği ikinci kat tabiyesinden çatıya çıkıp buradan kavak ağacı vasıtasıyla aşağıya inmeye çalışan davacının fiili de ağır müterafik kusur olarak kabul edilmiş, maddi ve manevi tazminat miktarlarının tayin ve takdirinde bu husus göz önünde bulundurulmuştur.²⁷

- AYİM'in başka bir kararına konu bir olayda; askerlik hizmetini yaparken çıkan yangın sonucu ağır şekilde yaralanarak vefat eden kişinin yakınları tarafından dava açılmıştır. AYİM; müteveffanın ve arkadaşlarının komutanlığa ait araç garajında olay günü temizlik yapmaya karar verdikleri, diğer zamanlarda temizlik işlemi için arap sabunu kullanmalarına karşın sabun bulunmaması üzerine müteveffanın benzinle temizlik yapmayı önerdiği ve bilahare bir bidon benzini araç garajına getirip diğer askerlerle temizlik yapmaya başladıkları esnada benzinin alev almasıyla yangın çıktığı, neticede erlerden ikisinin ağır surette yaralandıkları, müteveffanın sevk edildiği hastanede vefat ettiğini tespitle, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...İlk bakışta olayın idare ajanının kusurundan ileri geldiği görünüyor ise de; ajanın, idarenin yürüttüğü hizmetin bir parçası olduğu, bunun hizmetin yapısal özelliğinden kaynaklandığı bir başka deyişle ajani idarenin yürüttüğü hizmetten ayırmanın mümkün olmadığı düşünüldüğünde, birlikteki hizmetin iyi işlemediği, hizmetin

²⁶ AYİM 2. D., T. 30.11.2005, E. 2002/672, K. 2005/849. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.06.2022.

²⁷ AYİM 2. D., T. 10.11.1998, E. 1992/277, K. 1993/672. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.06.2022.

yürütülmesi sırasında yeterince denetlenmediği, dolayısıyla idarenin hizmet kusuru içinde bulunduğu sonucuna varılmıştır. Ancak davacıların murisi müteveffa Erin tüm emir ve direktiflere rağmen, temizlik yapmak için bir bidon benzin temin ederek kademeye getirmesi, söz konusu temizlik ameliyesinin benzin ile yapılmasına ön ayak olması, temizlik esnasında benzin kullanıldığı zaman nelerin olacağına idraki içinde bulunmaması ve sonuçta kademede yangın çıkmasına sebebiyet vermesi şeklindeki fiili Kurulumuzca müterafik kusur olarak kabul edilmiştir.²⁸

Karardaki hükmedilen maddi tazminat tutarına bakıldığında, zararın yaklaşık 1/3'ü karşılanmıştır. AYİM, askerin fiilini, müterafik kusur olarak değerlendirmiş ve zararın çoğunu zarar gören üzerinde bırakmıştır.

Bir diğer kararda; davacıların yakınının askerlik hizmeti sırasında pişirici olarak görev yaptığı esnada, ısınmak amacıyla bir arkadaşıyla birlikte fırına girdiği, fırının içerisindeyken fırının otomatik olarak çalışması nedeniyle kapıyı içeriden açamayan davacıların murisi ile arkadaşının yanarak hayatını kaybettikleri olayda; adalet, eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine daha uygun düşeceği belirtilerek, davacıların zararlarının, müteveffanın büyük orandaki müterafik kusuru da dikkate alınmak suretiyle, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.²⁹

Kanaatimizce, somut olayda idarenin ne hizmet kusuruna ne de kusursuz sorumluluğa dayalı bir sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak AYİM, özellikle askerlik hizmetinin niteliği ve zarar görenlerin içinde bulunduğu durum dikkate alındığında, bu tür olaylarda adalet, eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine dayanarak zarar gören lehine bir yorum benimsemektedir. Bu yaklaşımın, olayda ölümün gerçekleşme şekli gözetildiğinde, zarar görenlerin uğradıkları zararın ve olayın kişiler üzerindeki etkisinin son derece ağır olmasından kaynaklandığı değerlendirilebilir. Böyle bir ölümün yakınlar üzerinde bırakacağı psikolojik ve sosyal etkinin daha yoğun olması da bu yöndeki değerlendirmeyi güçlendirmektedir.

B-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRMASI

²⁸ AYİM 2. D., T. 4.5.1994, E. 1993/462, K. 1994/1429. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

²⁹ AYİM 2. D., T. 15.3.1995, E. 1994/1334, K. 1995/192. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.06.2022.

1- Genel Değerlendirme-İlliyet Bağının Kesilmesi

Zarar görenin kusurunun, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için zararın doğumunda esaslı bir rol oynaması, idarenin fiili ve davranışıyla illiyet bağıni kesecek nitelikte olması gerekir.³⁰ Eğer zarar görenin kusuru bu nitelikte değilse, idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz.³¹

Danıştay, kararlarında, bu durumu aynı ifadelerle değerlendirmektedir:

*“Zarar görenden kaynaklanan fiil ve davranışın idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için, zararın doğumunda esaslı rol oynaması, idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasındaki nedensellik bağıni tamamen kesecek bir nitelikte bulunması gerekir.”*³²

AYİM ise bir kararında, zarar görenin kusurunun idari faaliyeti ve zarar arasındaki illiyet bağıni kesmesi ile ilgili şu şekilde bir ölçüt benimsemiştir:

*“İlgilinin hukuka aykırı sonucu açıkça ve bildiği ve istediği veya hukuka aykırı sonucu öngörmekle beraber açıkça istemediği ya da aynı koşullarda makul bir kişiden beklenen en basit dikkat ve özeni göstermediği hallerde, artık görev ile maluliyeti doğuran eylem arasındaki nedensellik bağıni bulunduğundan bahsedilemez.”*³³

AYİM’in bu kararında; neticenin açıkça bilinmesi ve istenmesi, kastı; sonucu istememekle birlikte öngörmüş bulunması, bilinçli taksiri; en basit özen ve dikkati göstermemenin ise ağır ihmali-kusuru ifade ettiği, bu üç halde zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağıni kesilmesi sebebiyle, idarenin sorumluluğunun kalktığı kabul edilmektedir.

İdarenin sorumluluğunun kalktığı hallerde, zarar gören için asli fail ifadesi de kullanılabilir. ³⁴ İlliyet bağıni kesen zarar görenin kusuru, “ağır kusur” olarak nitelendirilebilirse de Danıştay, genellikle ağır kusur ifadesini kullanmamaktadır. Bunun yerine, kararlarda illiyet bağıni kesildiği ya da idarenin zarardan sorumlu olmadığı değerlendirilmesi yapılmaktadır. Mülga AYİM ise yukarıda belirttiğimiz üzere, “ağır müterafik kusur”u idarenin sorumluluğunu kaldıran sebep olarak değil,

³⁰ Anayurt, “Türk Hukukunda İdarenin”, s. 126-127.

³¹ Anayurt, “Türk Hukukunda İdarenin”, s. 127.

³² Dan. 14. D., T. 9.5.2018, E. 2018/1563 K. 2018/3511; Dan. 13. D., E. 2014/359 K. 2014/1380 T. 10.4.2014.

³³ AYİM 3. D., T. 27.09.2007, E. 2007/955, K. 2007/1021. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.06.2022.

³⁴ Işıklar, “Danıştay Kararlarında”, s. 141.

idarenin sorumluluğunu ciddi oranda azaltan kusur olarak nitelendirmektedir. Sorumluluğu kaldıran durumu ise Danıştay gibi illiyet bağı ile açıklamaktadır.

İllyet bağının kesilmesinin çeşitli şekillerde ortaya çıkabildiği görülmekle birlikte, iki ana başlık altında incelenmesi mümkündür. Bu hallerden biri, zarar görenin hukuk dışı konumu, diğeri ise zarar görenin riskleri üstlenmesidir.

2-Yargı Kararlarında Zarar Görenin Davranışının İdarenin Sorumluluğunu Kaldırması

a-Zararla İdari Faaliyet Arasındaki İllyet Bağını Kesen Çeşitli Haller

(1)- Danıştay ve AYM Karar Örnekleri

Bu başlık altında, zararlar idari faaliyet arasındaki illiyet bağının kesilmesine dair Danıştay kararları ile AYM kararlarını inceleyeceğiz. Bazı Danıştay kararlarında karşı oy bulunduğundan, mümkün olduğunca bu görüşlere de yer vereceğiz.

- Danıştay'ın bir kararında; fıtık şikayeti ile hastaneye kaldırılan ve kendisine su içmemesi söylenmesine rağmen gizlice çok miktarda su içmesi sebebiyle ölen birerin, gözetim ve denetim altında tutulmamasına karşın, kendi ölümüne sebep verdiği belirtilerek idarenin kusurunun bulunmadığına karar verilmiş ve tazminat talepleri reddedilmiştir.³⁵

Kanaatimizce, idare burada gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Dolayısıyla bu olayda, idarenin zarardan tamamen sorumsuz tutulması yerine, kusur oranının belirlenerek sorumluluğun paylaştırılmasının da değerlendirmeye açık olduğu söylenebilir.

-Mayınlı yeri korumak için görevlendirilen bir askerin, vurulmuş bir hayvanı almak için mayınlı sahaya girmesi ve ölmesi üzerine açılan dava; zararın, askerin kendi kusurlu eyleminden doğduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.³⁶

³⁵ Dan. 12. D., T. 22.12.1969, E.1968/2899, K. 1969/2312, Aktaran: Esin, **Esas**, s. 524-525.

³⁶ Dan. 12. D., T. 31.05.1977, E.1976/179, K. 1977/454. **Danıştay Dergisi**, S: 28-29, 1978, s. 675-676.

-Bir belediye binasında bulunan, yük ve personel için kullanılan 3 kişilik ve toplam kapasitesi 240 kg olduğu belirtilen asansöre, davacının da aralarında bulunduğu 6 kişi birlikte binmiş ve asansör, aşırı ağırlık sebebiyle hızla yedi kat aşağı düşerek zemine çarpmıştır. Açılan davada BİM, olayın davalı idareye ait hizmet binasındaki asansörün davacının da aralarında yer aldığı 6 kişinin ikaz ve talimatlara aykırı davranışı nedeniyle düşmesi suretiyle gerçekleştiği, yapılan ceza yargılamasında da davalı idarenin görevlilerine herhangi bir kusur atfedilmediği gözetilerek, kişilerin olaya katılımının idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağıını kestiği nitelendirmesi yapılarak dava reddedilmiştir. Bu karar, Danıştay tarafından onanmıştır.³⁷ Karşı oy sunan üyeler ise; zararı meydana getiren olayda, davacının ve diğerlerinin kusurlu olduklarını ancak olay sırasında aşırı yük ikaz alarının çalışmadığı için asansörün uyarı vermediği ve asansörün periyodik bakımının yapılmasında sorumluluğu bulunan idarenin de bu eksikliği tespit ederek gidermemesi sebepleriyle hizmet kusurunun bulunduğu yönünde görüş bildirmişlerdir.

Kanaatimizce bu olayda, zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağının kesildiğini kabul etmek güçtür. Karşı oyda ifade edildiği gibi, idarenin hizmetteki eksikliklerinin de olayda etkisi vardır. Asansöre binenlerin kusurunun, zararın meydana gelmesinde tek başına belirleyici unsur olmadığı değerlendirilebilir. İdarenin görevlilerinin ceza davasında beraat etmeleri de her zaman tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz nitelikte sayılamaz. Mali sorumluluk ile cezai sorumluluğun birbirinden ayrılması gerekmektedir. TBK Madde 74 hükmüne göre ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı, hukuk hâkimini bağlamaz.³⁸ Bu hüküm, idarenin sorumluluğu bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Dolayısıyla, idarenin kusurlu davranışları ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmediği kanaatindeyiz.

³⁷ Dan. 8. D., T. 23/03/2021, E. 2019/869, K. 2021/1758. (Çevrimiçi), www.danistay.gov.tr, 17.06.2022.

³⁸“ Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

- Bir terör olayı sebebiyle davacının iş yerinin zarar görmesi üzerine açılan davada, Danıştay şu yönde karar vermiştir:

“Terör olayında yaşamını yitiren kişinin murisleri tarafından olayda hizmet kusuru bulunduğu bahisle İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı ve Kadıköy Belediye Başkanlığı'na karşı açılan davada Mahkemenin verdiği kararda, Kadıköy Belediyesinin yangın merdiveni bulunmayan binaya Yönetmelik hükümleri hıfına inşaat ve iskan ruhsatı vermesi nedeniyle hizmet kusuru bulunduğuna karar verilmiş ise de, davacı şirket aleyhine açılan ve Yargıtay tarafından onanarak kesinleşen tazminat davasında Mahkemece; davalı şirketin müessir terör olayının meydana gelmesini önlemek adına alması gerekli tedbir ve önlemleri tam ve noksansız olarak yerine getirmediği, olayda kusurlu olduğu belirlenmiş yine dava dosyasında mevcut İstanbul İli Özel Güvenlik Teşkilatı İl Koordinasyon Kurulu Kararında, davacı şirket tarafından yapılan yazılı müracaat ile, kuruluşun Yönetim Kurulunun aldığı kararla özel güvenlik teşkilatına gerek kalmadığı bu nedenle 2495 sayılı Kanun kapsamında çıkartılması ve bünyesinde tahsis edilen 8 özel güvenlik ile 3 adet silah kadrosunun iptalinin talep edildiği ve bu talebinde Kurulun 06.07.1998 tarih ve 1998/90 sayılı kararı ile kabul edildiği görülmekte olup, işleticiliğini üstlendiği çarşıda yangın ve güvenlik ile ilgili hiç bir önlem almadığı sabit olan davacı şirketin kusuru, olay ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağımlı kesecek ölçüdedir.”³⁹

Danıştay, bu kararda; yangın merdiveni yapılmayan binaya ruhsat verilmesini hizmet kusuru olarak değerlendirmiş ancak davacının davranışlarının illiyet bağımlı kestiği sonucuna da varmıştır. Kanaatimizce, burada bir ayırım yapılmalıdır; kişilerin ölümünde yangın merdiveninin olmamasının etkisi varsa, illiyet bağımlı kesilmediği kabul edilmelidir. Yangın merdiveni olsa da olayının gerçekleşeceğinin söylenebildiği durumda ise illiyet bağımlı kesildiği ve idarenin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmelidir.

-Davacının yasak yere park etmesi üzerine çıkan tartışma sonucu polis, tabancasının kabzası ile davacının parmaklarını kırmıştır. Açılan davada, Danıştay şu yönde karar vermiştir:

“Fertlerin mevcut düzene ve kurallara uyarak polisin vazifesini kolaylaştırması görevi iken, davacı bu kurallara uymadığı gibi uyması yolundaki ikazı da kabul etmek istememiştir. Bu sebeple davacının kendi kusuru ile sebebiyet verdiği münakaşa ve kavgadan zarar gördüğü iddiası ile tazminat istemeğe hakkı olmayacağından davanın reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.”⁴⁰

Kanaatimizce Danıştay'ın bu kararının, ölçülülük ilkesi bakımından tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Zira davacının kusuru, polisin eylemi ve zarar arasındaki

³⁹ Dan. 10. D., T. 8.2.2012, E. 2008/5366, K. 2012/423. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

⁴⁰ Dan. 12. D., T. 24.11.1970, E. 1968/2276, K. 1970/2088. Aktaran: Esin, **Esas**, s. 229.

illiyet bağımlı kesilecek nitelikte değildir. Burada ölçülülük değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. Kararın verildiği tarih gözetildiğinde, bugün benzeri bir olaya ilişkin bir karar verildiğinde, aynı değerlendirmenin yapılmayacağı kanaatindeyiz. Zira son yıllarda insan hakları hukukundaki güncel gelişmeler, AYM ve AİHM kararı gözetilerek bu tür olaylarda ölçülülük değerlendirmesi yapılmasını gerektirmektedir.

-18 yaşındaki davacı ile yanındaki arkadaşının, buldukları fünüyey merak ederek parçalaması üzerine gerçekleşen patlamadan dolayı davacının sağ el parmakları ampute olmuş, sağ gözünde görme kaybı oluşmuştur. Açılan davada, idare mahkemesi; olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığını ancak olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde terör örgütü mensuplarına karşı yapılan operasyonlarda kullanıldığı anlaşılan el bombasını bulan davacının, el bombasının fünüyesinin patlatması sonucu ortaya çıkan olağandışı zararının illiyet bağı aranmaksızın ve sosyal risk ilkesine göre idarece tazmini gerektiğine karar vermiştir. Danıştay, olayda sosyal risk ilkesine başvurulamayacağını belirttikten sonra şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Olayda, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır; ancak meydana gelen zarar, davacı ve arkadaşının kişisel kusurlarından kaynaklandığından, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılması, idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağımlı kesmektedir. Zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağımlı bulunmadığı olayda, idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir”.⁴¹

⁴¹ Dan. 10. D., T. 18.9.2007, E. 2005/4493, K. 2007/4199. Kararın detayları şu şekildedir: “Dosyanın incelenmesinden, 24.4.2001 tarihinde, Hakkari İli, Bağışlı Köyü, Temo Tepesi Mevkiinde, çobanlık yapan 18 yaşındaki davacının arkadaşlarından ...'in davacı ve 19 yaşındaki diğer arkadaşı ...'ye tuzağa benzer bir madde bulup uzağa attığını söylediği, davacı ve ...'nin merak etmeleri sonucunda, maddeyi bulup, yerden aldıkları; ...'nin el bombasını parçalayarak gövde kısmını elinde tuttuğu, davacının merak etmesi sonucunda ayrılan fünye kısmını davacıya verdiği, davacının, arkadaşlarından 3 metre kadar uzakta, bombanın fünye kısmı ile oynarken ateşleme mekanizmasını çıkarması sonucunda fünüyenin patladığı; davacının, patlama sonucunda sağ el 1., 2. ve 3. parmağının ampute olduğu, sağ gözünde görme kaybı olduğu, bu nedenle uğranılan zararın tazmini istemiyle idareye yapılan başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı; olay nedeniyle ... hakkında, dikkatsizlik ve tedbirsizlikle davacının yaralanmasına sebebiyet vermek suçundan Hakkari Asliye Ceza Mahkemesinde dava açıldığı, yargılama sırasında, olayla ilgili olarak bomba imha uzmanı tarafından mahkemeye sunulan raporda; “Fünüyelerin el bombalarının ateşleme mekanizmasında bulunduğu, ateşleme mekanizmasında bulunan emniyet: piminin yatağından çıkarılmadığı müddetçe fünüyenin patlamayacağı, ateşleme mekanizması üzerinde takılı fünüyenin darbelere hassas olduğu ve üzerine sert bir cisimle vurulduğu takdirde patlama meydana geleceği, olaydaki bombanın MKE tarafından savaşlarda mevzi değiştirmek için ve eğitim

Kararda, somut olayın detaylarının irdelenmesinden anlaşıldığı üzere, karara konu olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ancak davacının ve arkadaşının kusurunun, zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağıını kestiği kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu kararın isabeti tartışmaya açıktır. Zarar görenlerin kusuru ağır olsa da yerleşim yerine çok yakın bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasının zararın meydana gelmesinde etkili olduğu, dolayısıyla zarardan idarenin sorumlu olduğu açıktır. Burada müterafik kusur değerlendirmesinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Kusur oranı değerlendirilmesinde zarar görene daha fazla kusur atfedilebilirse de zararın tamamından zarar göreni ve üçüncü kişiyi sorumlu tutmak yerinde değildir.

- Emniyet müdürlüğünde görevli olan davacının görevli olarak gittiği karakolda, sabit masa telsizi ile antenini monte ederken binanın üzerinden geçen yüksek gerilim hattına değen direktten elektrik akımına kapılması sonucunda direktten elektrik akımına kapılması sonucunda sağ kolunun kesilmesi, sol kolunun da işlevini yitirmesi nedeniyle uğradığı zararların tazmini için açtığı davada, idare mahkemesi dosyaya gelen ara karardan davacının halen emniyet müdürlüğü muhabere ve elektronik şube müdürlüğü kadrosunda çalıştırıldığının anlaşıldığından, bu durumda davacının maddi tazminat isteminin dayanağının bulunmadığına, olayda davacının uzuv kaybı nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabı bir ölçüde de olsa giderebilmek amacıyla manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Danıştay ise,

amacıyla üretilen taarruz tipi el bombalarından olduğu, olayda ise ... tarafından gövde kısmından ayrılan ateşleme mekanizmasının, davacı tarafından piminin yatağından çıkarılması sonucu patladığının" belirtildiği; Asliye Ceza Mahkemesince, olayda kusur derecesinin belirlenmesi amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporda; "Arazide bulunduğu cismin el bombası olduğunu ve patlaması halinde tehlikeli olabileceğini bilen ...'nin, insanların bulunduğu bir ortamda bombayı alıp kurcalaması, parçalarına ayırıp, fünüye kısmını başkasına vermesi gibi dikkatsiz ve tedbirsiz davranışları ile olayın meydana gelmesinde hazırlayıcı ortamı oluşturduğu, 3/8 oranında kusurunun olduğu, davacının ise eline aldığı fünüye ile oynamak ve fününin telini çıkarmak suretiyle patlamaya neden olduğu, 5/8 oranında kusurunun bulunduğu, olayda başka kişi veya kişilerin kusurlarının bulunmadığının" belirtildiği; yargılama neticesinde, Hakkari Asliye Ceza Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E:2001/472, K:2002/397 sayılı kararı ile ...'nin dikkatsizlik ve tedbirsizlikle yaralanmaya neden olma suçundan cezalandırılmasına ve cezanın ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır." (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 22.06.2022.

kişilerin kendi kusurları nedeniyle oluşan zararların idareye atfı mümkün bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.⁴²

- Davacı; idarenin süne mücadelesi programı gereğince ilaçlama yapacağı sahada bulunan arı kovanı kapaklarını kapatmış, ilaçlamanın belirtilen saatte yapılmaması ve gecikmesi sonucu arıların ölmesi sebebiyle uğradığını öne sürdüğü zararın ödenmesi için dava açmıştır. İdare mahkemesi, davacının adli yargı yerinde yaptırdığı tespit, telef olan arıların zehirlenme nedeniyle değil havalandırma kapaklarının kapalı olması sebebiyle havasızlıktan ve sıcaktan öldüğünün belirlendiğini, alınan bilirkişi raporunda da arıların ilaçlamadan doğrudan etkilenmeyecekleri bir mevkide olmasına karşın uçuş mesafesi içinde kalması sebebiyle uçuşun önlenmesi için kovan kapaklarının usulüne uygun olarak kapatılması gerekirken kovanların ağızlarının hava sirkülasyonunu sağlayacak şekilde elek teliyle kapatılmayıp, tamamen kapatıldığını ve sıcaktan korunmak için gölge yere de çekilmediğinin veya üzerine gölgelik yapılmadığını, belirtilen önlemlerin alınması halinde 48 saat hatta daha uzun süre arıların korunabileceğinin belirtildiğini, bu itibarla da zararın davacının kendi kusuru sonucu oluştuğunun anlaşıldığını ve davalının tazmin sorumluluğunu gerektirecek bir kusurunun görülmediğini gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır.⁴³

-Bir başka kararda, davacı tarafından, iki savaş uçağının uçuş sırasında çarpışarak düşmesinden sonra etrafa yayılan parçalardan pilot koltuğundaki roketleme düğmesine basılması nedeniyle pilot koltuğunun infilak etmesi ve bu sebeple ayağının kopmasıyla uğradığını öne sürdüğü zararlar için dava açılmıştır. İdare mahkemesi, olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğunu, kaldı ki, zararın objektif sorumluluk esaslarına göre de tazmininin zorunlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Danıştay ise; uçak enkazının çevre emniyetinin jandarma tarafından sağlandığı, köylülerin enkaza yaklaşmamasının ikaz edildiği, sakatlanmanın davacının

⁴² Dan. 10. D., T. 30.10.1996, E. 1995/5846, K. 1996/6434. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 22.06.2022.

⁴³ Dan. 10. D., T. 16.10.1995, E. 1994/1724, K. 1995/4411. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

kendi kusurlu hareketi sonucunda meydana geldiği, idareye yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur. KD talepleri de reddedilmiştir. ⁴⁴

- Danıştay kararına konu olayda, davacıların 2 yaşındaki çocuğu, lojmanın açık olan kapısından dışarı çıkarak vagonların altına girmiştir. Çocuk, oyun oynarken harekete geçen vagonların altında kalmış ve ayakları kesilmiştir. Bu olay üzerine açılan davada, Danıştay, olayda bir hizmet kusurunun olmadığını, lojman civarında hemzemin bir geçidin bulunduğunu ve olayın geçitten geçildiği esnada vuku bulmadığını, lojman etrafında duvar bulunmaması sebebiyle, davacının her türlü ihtimali göze alarak daha dikkatli davranması gerektiğini, bu sebeplerle hizmet kusurunun bulunmadığına, zarar ile idarenin sorumluluğu arasındaki illiyet bağının kesildiğine karar vermiştir. ⁴⁵ Karşı oydaki üyeler, lojmanda oturan davacıdan çocuğa göstermesi gereken makul dikkat ve özen dışında, her an dikkat ve özen göstermesinin beklenemeyeceğini; bu nedenle olayın davacının kusuru nedeniyle meydana geldiğinin kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Bu değerlendirme sonucunda, zararın idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bizce de, kararın isabeti bu açıdan tartışılabilir: Lojman etrafında duvar bulunmaması, idareye atfedilebilir bir kusurdur. Zira lojmanlar idareler tarafından sağlandığından, gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması, idarenin hizmet kusurunu oluşturur. Bu nedenle, tüm sorumluluğu davacıya yüklemek isabetli değildir. Nitekim AYM de aşağıda inceleyeceğimiz bu karardaki olaya benzer olaylarda ihlal kararı vermektedir.

- Danıştay kararına konu olayda, davacının oğlu, olay tarihinde yanında bulunan diğer çocuklarla birlikte koyun otlatmak amacıyla mayın döşenmiş sahaya girmiş; sahadaki mayın patlamış ve sol ayağı kopmuştur.

Açılan davada, idare mahkemesi; mayının döşendiği tarihten bir gün sonra, sahaya girilmemesi konusunda davacının ve diğer köylülerin yazılı ve sözlü olarak uyarıldığını tespit etmiştir. Bu nedenle, olayda davalı idareye yüklenebilecek herhangi

⁴⁴ Dan. 10. D., T. 24.11.1992, E. 1991/4305, K. 1992/4111. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

⁴⁵ Dan. 12. D., T. 18.06.1970, E. 1968/1797, K. 1970/1337. Aktaran: Esin, **Esas**, s. 228-229.

bir hizmet kusuru bulunmadığı, olayın meydana gelmesinde davacının kusurunun bulunduğu ve dolayısıyla objektif sorumluluk hallerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay tarafından bu karar onanmıştır.⁴⁶

Gözler; Danıştay'ın bu kararının eleştirisini yaparken, köylülerin bir kez uyarılmış olmasının idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağını, mayın sahanın tel örgüyle çevrilmesi gerektiğini, küçük bir çocuğun mayınlı bölgeye girme uyarısını dinlememesinin bir kusur olmayacağını, çocuğun anne ve babasının çocuğu gözetim görevini yerine getirmediğini için kusurlu olabileceğinin belki düşünülebileceğini belirtmiştir.⁴⁷ Kanaatimizce de bu karar eleştiriye açıktır. Danıştay, benzeri olaylarda, bu kararın aksine müterafik kusur sebebiyle tazminatta indirim yapmaktadır. Kaldı ki, bu karardaki olaya çok benzer bir olaya ilişkin açılan ve reddedilen davada, AYM, aşağıdaki kararıyla, ihlal kararı vermiştir. Hatta belirtmek gerekir ki ihlal kararından anlaşıldığı kadarıyla, somut olayda, davalı idare, bu olayda alınan önlemlere nazaran daha fazla önlem almıştır. AYM, buna rağmen ihlal kararı vermiştir.

- Örneğin; bireysel başvuru konusu yapılan bir uyuşmazlıkta, 13 yaşında Salih Ülgen, 11 ve 12 yaşlarındaki iki arkadaşıyla birlikte hayvan otlatıldığı sırada, sınır güvenliği için oluşturulmuş mayınlı araziye girmiş ve burada buldukları bir mayının patlaması sonucu sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafı kopmuş, vücudunun çeşitli yerlerinden yaralanmıştır. Açılan davada, idare mahkemesi; söz konusu zararın meydana gelmesinde mayınlı saha olduğu bilinen ve etrafında uyarı levhaları ve tel örgüler bulunan alana girerek çakıyla mayını kurcalayan davacıların çocuğu ile bakım ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen anne ve babanın tam kusurlu olduğu

⁴⁶ Dan. 10. D., T. 24.11.1998, E. 1997/4889, K. 1998/6084. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 22.06.2022.

⁴⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s.1362.

gerekeciyle davayı reddetmiştir.⁴⁸ Karar, Danıştay tarafından onanmıştır.⁴⁹ Bunun üzerine yapılan bireysel başvuru sonucunda, AYM, yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek çocukların yaşam hakkının, pozitif yükümlülük yönünden ihlal edildiğine karar verirken şu gerekçelere dayanmıştır:

“45. Somut olayda, birinci başvuruçunun yaralanmasına neden olan anti personel mayınlar Türkiye-İran sınırında bulunan Ziyaret Hudut Takım Karakolunu koruma amacıyla yerleştirilmiştir. Dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerden Bakanlık görüşüne ek olarak sunulan Genelkurmay Başkanlığının 7/2/2014 tarihli yazısında, mayınlı arazinin yerel halk tarafından mera olarak kullanılmadığı, hayvanların mayınlı arazi sınırlarından yüz metre uzaklıktan başlayacak şekilde otlatıldığı, mayın tarlasının çevresinin bir metre yüksekliğinde tel üstüvane ve dikenli tel ile çevrildiği ve bölgenin mayınlı olduğunu belirten mayın ikaz levhalarının mevcut olduğu, bölge halkının mayın tarlaları hakkında bilgilendirilerek kendilerine talimat tebliğ edildiği, arazisinde çalışmak için veya hayvanları otlatmak için gelen halkın mayınlı araziler konusunda uyarıldığı belirtilmiştir.

46. Bununla birlikte, yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemlerin ve nöbetçi askerin uyarılarının sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan başvuruçunun ve arkadaşlarının mayınlı sahaya girmesini engelleyemediği, koyun sürüsünün dahi tel örgülerin üzerinden aşabildiği, dolayısıyla başvuruçulardan Salih Ülgen’in kalıcı şekilde yaralanmasına neden olan mayın patlamasının meydana gelmemesi için alınması gerekli güvenlik tedbirlerinin somut olayda yeterli düzeyde bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

47. Açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının pozitif yükümlülük yönünden ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”⁵⁰

⁴⁸ İdare mahkemesi kararında ayrıca şu detaylara da yer verilmiştir: Olay yeri çevresinin tel örgü ile çevrili ve üzerinde mayın yazılı levhaların bulunduğu, olay yeri keşif tutanağında mayınlı saha içerisinde koyun sürülerinin mevcut olduğu, bu sürülerin yaralanan çocuklar tarafından getirildiği, olayın tanığı olan Piyade Onbaşı olan kişinin alınan ifadesinde olay günü karakolda nöbetçi olduğu, koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarısından aşağı inerken peşinden gelen üç çocuğu dört kez düdük çalarak mayınlı bölgeye girmemeleri konusunda uyardığı, ancak çocukların uyarıyı dikkate almadan mayınlı bölgeye girdikleri, sonra da çocukları düdükle ikaz ettiği, mayınlı bölgeden çıkmamaları üzerine durumu karakol komutanlığına bildirdiği, çocukların ellerinde bir şeyle oynarken patlamanın olduğunu beyan ettiği anlaşılmıştır. Çocukların görevlinin ikazına uymadıkları ve davacı vekilinin de kabulü ile askeri yasak bölgeye girerek mayınlı saha içerisinde bulunan mayınlı oyun oynadıklarının sabit olduğu, Başsavcılığının kararında, alınan ekspertiz raporunda davacılar ait çakı bıçağı üzerinde TNT ihtiva eden patlayıcı madde artığının bulunduğu tespit edildiği ve bu yerde benzer olayların daha önce de yaşandığı anlaşıldığından, bu bölgenin mayınlı saha olduğunun ailelerce bilinmemesinin söz konusu olmadığı ve olayın davacıların kendi kusurundan kaynaklandığı sonucuna varılmış olup, olayda idareye atfedilecek herhangi bir kusur veya olayın gelişimi de dikkate alındığında sosyal risk ilkesine göre idarece tazmini gereken bir zarar bulunmamaktadır.

⁴⁹ Dan. 10. D. T. 8.5.2013 tarih ve E.2009/4372, K.2013/4251. (AYM kararından alınmıştır.)

⁵⁰ AYM, Salih Ülgen ve Diğerleri, T. 18.9.2014, B. No. 2013/6585, RG: 4.12.2014-29195; Aynı konuyla ilgili verilen bir diğer karar için bkz. AYM, Adem Ülgen ve Diğerleri, T. 25.2.2015, B. No. 2013/6581, R.G: 27/5/2015-29368. Benzeri yönde verilen bir karar için bkz: AYM, Ayfer Demirel ve Diğerleri, T. 09.01.2020, B. No. 2016/8011, RG: 19.2.2020-31044 (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, 22.06.2022.

İdare mahkemesinin kararındaki gerekçelerine baktığımızda, idarenin, güvenlik için bazı önlemler aldığı görülmektedir. Bu önlemler, idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması için Danıştay tarafından yeterli görülürken, AYM tarafından yeterli görülmemiştir. Kanaatimizce AYM'nin bu kararı, çocukların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülük anlayışıyla uyumludur.

-AYM'nin diğer bir kararına konu olayda; zihinsel engelli bir çocuk, demir yolu hattı üzerinde bulunan yüksek gerilim hattından elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralanmıştır. Açılan davayı, idare mahkemesi, zarar görenin tam kusurlu olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.⁵¹ Bu karar, Danıştay tarafından onanmıştır. AYM ise idarenin gereken önlemleri almaması sebebiyle zarar görenin yaşam hakkının ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılması gerektiğine karar vermiştir.⁵² İhlal kararı sonrası yapılan yargılamada, idare mahkemesi, zararın tazminine karar vermiştir. Danıştay ise davacı küçüğün uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazminine karar verilirken; olayın meydana gelmesinde, davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu gözetilerek, ebeveynlerin kusur oranının takdiren belirlenmesi gerektiğini

⁵¹ Mahkeme, ayrıca şu tespitleri yapmıştır: “... Üniversitesi öğretim elemanlarınca yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda da; olayın girilmesi yasaklanmış, güvenlik tedbiri ile sınırlandırılmış bir bölgeye girilmesi ve eline geçirdiği 5 metre boyundaki boruyu yüksek gerilim hattına tehlikeli bir şekilde yaklaştırması sonucu meydana geldiği, bu şekilde meydana gelen bir olayda alınabilecek bir tedbirin bulunmadığı, bu hali ile mağdurun 8/8 [tam] kusurlu bulunduğu belirlendiği, verilen ifadeler ile polislerin tuttuğu tespit tutanağından da anlaşılacağı üzere, Gürkan Kaçar'ın, olay tarihinde bahsi geçen bölgeye tren raylarını çevreleyen duvarın yıkılmış olan kısmından girdiği, Muttalıp Köprüsü ayaklarında bulunan topraklama iniş borusu ve kablolarından birisini kopmuş vaziyette bulduğu veya oynamak için kopararak yerinden aldığı, bu boruyu tren yolu üzerindeki kataner hattına düşürmesi sonucu, elektrik çarpması nedeniyle yaralandığı görülmektedir. Davalı idarenin her ne kadar tren yolu çevresindeki duvarların bakım ve onarımından sorumlu olduğu kabul edilse de, duvarların asıl amacının insanların ve diğer canlıların tren yoluna girmesi sonucu oluşabilecek tren kazalarını önlemek olduğu, davacı Gürkan Kaçar'ın ise 15 yaşında ve zihinsel özürli bir çocuk olmasından bahisle sürekli bakım ve gözetim altında olması gerektiği halde olay tarihinde yalnız olarak girilmesi yasak bölgede oynadığı, metal boruyu elektrik hatlarına yaklaştırmak suretiyle kendi fiili sonucu bahsi geçen olaya sebebiyet verdiği göz önüne alınarak, bu durum Eskişehir Asliye 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin verilen kararı ile birlikte değerlendirildiğinde, uğranıldığı ileri sürülen zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmadığı ve olayda maddi ve manevi tazminat koşullarının oluşmadığı görüldüğünden, davanın reddi gerektiği (sonucuna ulaşılmıştır).”

⁵² AYM, Gürkan Kaçar ve Diğerleri, T. 13.9.2017, B. No. 2014/11855, R.G. 27/10/2017 – 30223. “Olaylara ve özelde kendisine yönelen tehlikeye karşı herhangi bir engeli bulunmayan yetişkinlerden göstermesi beklenen asgari davranışları sergileyerek belli ölçülerde tedbirli olması kendisinden beklenemeyecek olan zihinsel engelli çocuk başvuru Gürkan Kaçar'ın yıkılmış şekilde bırakıldığı anlaşılan güvenlik duvarından tehlikeli bölgeye girebildiği ve buradaki açıkta bırakılan elektrik kablolarından elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralandığı başvurusu konu olayda, idarenin gerekli güvenlik tedbirlerini almadığı gözetilmeksizin tedbirsiz davrandığından bahisle tam kusurlu olarak görülmesi ve meydana gelen ağır zarara katlanmasının gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.” demiştir. (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, 22.06.2022.

ve ebeveynlerinin kusuru dolayısıyla davacı küçüğe düşen kusur (müterafik kusur) oranında da hükmedilecek tazminat miktarından indirimine gidilmesi gerektiği gerekçeleriyle kararı bozmuştur.⁵³

AYM, değerlendirmeyi zarar gören üzerinden yapmıştır. Kanaatimizce bu yaklaşım, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin korunması bakımından isabetli görünmektedir. Zira zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olan ya da olmayan küçük olması durumunda, anne ve babanın kusuru zarar görene izafe edilmemeli, kusur değerlendirmesi zarar gören bakımından yapılmalıdır.

-2 yaşında bir çocuğun sulama kanalına düşerek hayatını kaybetmesi üzerine açılan davada, verilen kısmi kabul kararını, Danıştay şu gerekçelerle bozmuştur:

“..mahkemece davalı idarelere gerekli güvenlik önlemleri alınmadığından bahisle % 20 oranında kusur verilmiş ise de; davacıların çocuğunun meskun mahal dışında bulunan sulama kanalına düşerek vefat ettiği, etrafında herhangi bir yerleşim yerinin bulunmadığı, davalı idarenin gördüğü yatırımların boyutu ve maliyeti ile teknik özellikleri dikkate alındığında yerleşim alanları dışında sulama kanalında gerekli önlemler alınmadığından bahisle DSI'nin sorumluluğuna gidilemeyeceği ve olay tarihinde 2 yaşında olması nedeniyle, fiziksel, duygusal ve sosyal gelişimini henüz tamamlamamış olan müteveffanın tehlikeli olabilecek koşulları kestirip ortadaki riskleri atlatma yeteneğinin bulunmaması nedeniyle ailenin bakım ve gözetim borcunu tam olarak yerine getirmede, bu haliyle davalı idarelerin meydana gelen ölüm olayında herhangi bir kusurunun bulunmadığından davacıların maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.”⁵⁴

Yine benzeri bir olayda Danıştay, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Dava konusu olayda, boğulma olayının meydana geldiği yerin, köy yerleşim alanına 400 metre mesafede, meskun mahal dışında olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin yürüttüğü hizmetin teknik özellikleri dikkate alındığında yerleşim alanları dışında davalı idarenin önleyici tedbirleri alması beklenemeyeceğinden olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.”⁵⁵

Görüldüğü üzere, Danıştay, meskûn mahal dışında meydana gelen zararlar bakımından idarenin önlem alma yükümlülüğünü daha esnek yorumlayarak bu hallerde idarenin sorumsuzluğu yönünde karar vermektedir.⁵⁶

⁵³ Dan.10. D., T. 10.10.2019, E. 2019/10359, K. 2019/6510. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.06.2022.

⁵⁴ Dan.10. D., T. 07.10.2020, E. 2015/2969, K. 2020/3555. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

⁵⁵ Dan. 10. D., T. 05.11.2020, E. 2020/951, K. 2020/4577. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022.

⁵⁶ Bu yönde: Dan. 10. D., T. 05.10.2020, E. 2020/2605, K. 2020/4578 sayılı kararda dava konusu olayda, idare mahkemesince olayın meydana geldiği yerin, yerleşim yeri dışında kaldığı, davalı idarenin

- AYM'nin, diğer bir kararından anlaşıldığı kadarıyla, başvuruçuların yakınları olan çocuğun, tarlalarda çalışmak için mevsimlik işçi olarak gelen ailesinin sulama kanalı kenarına kurduğu çadırda yaşarken sulama kanalına düştüğü ve boğularak vefat ettiği anlaşılmıştır. İdare mahkemesi, açılan davayı şu gerekçeyle reddetmiştir:

"...7-8 yaşlarında olan [Ş.İ.nin] kanala düştüğü yerin meskun mahal dışında olduğu, etrafında herhangi bir yerleşim yerinin bulunmadığı, davalı idarenin gördüğü yatırımların boyutu ve maliyeti ile teknik özellikleri dikkate alındığında yerleşim alanları dışında sulama kanalının üzerinin kapatılmasının davalı idareden beklenmesinin objektif iyi niyet kurallarına aykırı olduğu, öte yandan davacının ailesinin sulama kanalına çok yakın bir yerde çadır kurarak konakladığı ve müteveffanın 7-8 yaşlarında bir çocuk olması nedeniyle velayeti altındakilerin bakım ve gözetim sorumluluğu bulunduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

Karar, Danıştay 10 Dairesi'nin 28/5/2013 tarihli kararıyla onanmış ve kesinleşmiştir. Bireysel başvuru üzerine, AYM tarafından verilen karardaki değerlendirmeler önemlidir:

"52. Öncelikle ifade edilmelidir ki başvuruya konu olay, bir çocuğun su kanalına düşüp boğulmasıdır. Çocukların yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmamalarından dolayı özel olarak korunmaya muhtaç oldukları açıktır. Dolayısıyla onlardan kendilerine yönelik tehlikeye karşı yetişkinlerin göstermesi beklenen asgari davranışları göstermeleri beklenemez. Bu nedenle kamu makamları, kişilerin yaşamının korunması için gerekli tedbirleri alırken bu kişileri de dikkate alarak davranmalıdır (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. Gürkan Kaçar ve diğerleri, B. No: 2014/11855, 13/9/2017, §§ 69, 70).

53. Olay Yeri Tutanağı'na göre çocuğun ailesi geçici işçi olarak çalışacakları tarlaların yakınından geçen su kanalına 10 metre yakınlıkta bir yere, D-200 kara yolundan 100 metre içeriye çadır kurmuştur. İdarenin savunmalarında belirttiğine göre de olayın gerçekleştiği açık su kanalıyerleşim yeri dışında bulunmaktadır, yerleşim yerlerinden geçen kısımları ise kapalı olarak inşa edilmiştir. Ayrıca kanalların tamamının kapalı olarak inşasının yerleşim yerlerinde ve zorunlu görülen

yerleşim yeri dışında dahi kanalın etrafına tel örgü yapmak suretiyle gerekli güvenlik tedbirlerini aldığı, davalı idareye yükletilecek hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği, istinaf başvurusu üzerine Bölge İdare Mahkemesi ise, olayın meydana geldiği yerin meskun mahal içinde kalıp kalmadığı hususu irdelenmeden davalı idarenin güvenlik amacıyla yaptırdığı tel örgü ile kanal üzerinde bulunan köprü geçişi arasında bırakılan yaklaşık 50 cm'lik boşluk nedeniyle olayın meydana geldiği, olayda davalı idarenin alması gereken tedbirleri tam olarak almaması nedeniyle %50 oranında, davacı anne babanın ise Medeni Kanun hükümlerine göre velayet yetkisinden kaynaklı bakım ve gözetim görevlerini/yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle %50 oranında müterafik kusurlu oldukları belirtilerek davanın kabulüne karar verildiği görülmektedir. Bu durumda, yukarıda yer verilen hususlar gözetilerek, öncelikle olayın meydana geldiği yerin meskun mahal sınırları içinde kalıp kalmadığının açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya konulmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, Bölge İdare Mahkemesince davalı idarece alınan güvenlik tedbirlerindeki eksikliğin kusur kabul edilerek, davanın kabulüne karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı" gerekçesiyle karar bozulmuştur. Benzeri yönde Dan. 10. D., T. 07.10.2020, E. 2015/435, K. 2020/3553. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022.

noktalar haricinde bakım, onarım ve temizlik çalışması yapılması gerekliliğinden teknik olarak mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

54. Teknik veya başka sebeplerle üzeri açık olarak inşa edilmek zorunda kalınan sulama kanallarının kişilerin yaşamı ve vücut bütünlüğü açısından tehlike arz ettiği ortadadır. Fakat bu nokta da tespit edilmesi gereken husus, kamu makamlarının gerekli tedbirleri alması yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için gerekli olan tehlikenin idarece bilinip bilinmediği ya da bilinmesinin gerekip gerekmediğidir.

55. Somut olayda, başvuruçuların mevsimlik işçi olarak gelip yerleşim yeri dışındaki bir yerde su kaynağına yakın olması amacıyla sulama kanalına çok yakın olarak çadır kurmuşlardır. Dosya kapsamında söz konusu yerde her sene bu şekilde çadır kurulduğuna veya olayın gerçekleştiği sulama kanalının açık olması nedeniyle kişilerin yaşamı bakımından tehlike arz ettiğine yönelik olarak olay tarihine kadar idareye herhangi bir başvuruda bulunulduğuna ilişkin bilgi ve belge bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu yerde belirli mevsimlerde mutat şekilde, bu nitelikte bir yerleşimin söz konusu olduğunun ilgili idarece bilindiğine veya bilinmesi gerektiğine ilişkin bir bilgi veya belgeye de rastlanmamıştır.

56. Bu durumda geçici olarak gelip yerleşim merkezinin dışında olan sulama kanalının çok yakınına kendi inisiyatifleriyle çadır kuran ailenin varlığı ve sulama kanalının açık olmasının hayati tehlike arz ettiği yönünde idareye yapılmış bir başvuru bulunmadığından, ayrıca bu yerde belirli mevsimlerde mutat şekilde, bu nitelikte bir yerleşimin söz konusu olduğunun idarece bilindiğine veya bilinmesi gerektiğine ilişkin bir bilgi veya belgeye de rastlanmadığından idarenin söz konusu tehlikenin varlığından haberdar olduğunun ya da tehlikenin varlığını bilmesi gerektiğinin kabulü makul görünmemektedir. Dolayısıyla olayın öngörülemez nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır.

57. Bu noktada devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün tehlikeye karşı aşırı tedbirsiz davranan kişiler bakımından sınırsız bir şekilde söz konusu olmayacağı, her durumda ve koşulda tehlikeye karşı mutlak bir güvenlik sağlamayacağı da ifade edilmelidir (benzer yöndeki değerlendirmeye için bkz. Gürkan Kaçar ve diğerleri, §75).⁵⁷

Görüldüğü üzere, AYM, somut olayın şartlarını da gözeterek somut olay özelinde meskûn mahal dışında meydana gelen zarar bakımından davacıların hiçbir önlem almadığını ve bu durumun idare tarafından öngörülemez nitelikte olduğunu belirterek çocuğun yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. AYM, idarenin sorumluluğu bakımından bir kriter olarak, tehlikenin idare tarafından bilinir olup olmadığını aramıştır. Zarar gören bakımından ise aşırı tedbirsizliğin sınırsız bir şekilde korunmasının her koşulda mümkün olmadığını da belirtmiştir. Burada, zarar gören küçük vefat etmiş olmasaydı ve diğer olaylardaki gibi yaralanmış olsaydı kanaatimizce AYM'nin değerlendirmesi, diğer kararlardaki değerlendirmelere benzer olabilirdi.

⁵⁷ AYM, Hakan İzci ve diğerleri Başvurusu, T. 21.3.2019, B. No: 2015/9364. (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr> 22.06.2022.

Çünkü bu hallerde, zarar gören küçük, zarara tüm hayatı boyunca katlanmaktadır. Ancak somut olay bakımından AYM'nin değerlendirmesi yerinde olmuştur.

(2)-AİHM Karar Örnekleri

Çalışma konumuz bakımından idarenin sorumluluk sebepleri, yüksek oranda AİHS ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Tam yargı davalarında verilen kararlar ya da aynı olaya ilişkin ceza yargılamasında verilen kararlar, AİHM'e taşındığında, AİHS Madde 2'nin (yaşam hakkı) veya Madde 3'ün (işkence yasağı) ihlali çerçevesinde ele alınmakta ve ihlal kararları verilebilmektedir.

-Örneğin, AİHM'in bir kararına konu olayda, güvenlik güçleri, aralarında Bayrampaşa Cezaevinin de bulunduğu yirmi kadar cezaevine eş zamanlı müdahalede bulunmuştur. "Hayata Dönüş" adı verilen bu operasyon sırasında şiddetli çatışmalar yaşanmıştır. Bayrampaşa Cezaevine yapılan operasyonda on iki mahkûm hayatını kaybetmiş; başvuran da dâhil olmak üzere yaklaşık elli kişi yaralanmıştır. AİHM'in karar içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla, açılan tam yargı davasında, idare mahkemesi, yangının nasıl ve kim tarafından çıkarıldığının tespit edilmesinin imkânsız olduğu ve başvuranın adının güvenlik güçlerine direnen mahkûmlar arasında yer aldığı ve idareye atfedilebilir nitelikte herhangi bir kusurun bulunmaması nedeniyle başvuranın tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Danıştay, bu kararı, onamıştır. AİHM ise iddiaları çeşitli noktalardan değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 3. Maddesinde yer alan *"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."* hükmü gereğince ihlal kararı vermiştir.⁵⁸ İhlal, ceza yargılaması yönünden verilmişse de karar gerekçeleri tam yargı davası bakımından da önemlidir. Kararda, dosyada doğruluğu araştırılabilir hiçbir unsurun, başvuranın güvenlik güçlerine aktif olarak direndiğini ya da onlara saldırdığını düşündürmediği; ihtilaf konusu yangının sebebi konusunda halen bir açıklama yapılmadığı; başvuranın yangının, kaldığı koğuştaki güvenlik güçleri tarafından atılan el bombaları nedeniyle çıktığını ileri sürdüğünü ve buna Hükümetin itiraz etmediği; bu iddianın da, yangının nedenini kesin olarak belirlemenin mümkün olmadığını düşünen Adli Tıp Kurumu tarafından

⁵⁸ AİHM, Ebru Dinçer/Türkiye, T. 29.01.2019, B. No. 43347/09. (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur# 27.06.2022>.

çürütülmediği, yalnızca itfaiyecilerin, yangının, mahkûmlar tarafından bilerek başlatıldığı yönünde tahminde bulunduğu; dolayısıyla, hâlihazırda, başvuranın maruz kaldığı yaraları haklı kılacak, yani fiziksel ve ruhsal acılarının kökenindeki şiddetin kullanılmasını kendi davranışları nedeniyle kaçınılmaz hale geldiğini gösterecek bilgiler ibraz etmeye imkân vermediğinin tespiti gerektiğini belirtilmiştir.

AIHM, davacının maruz kaldığı yaraları haklı kılacak şiddetin kullanılmasını kendi davranışlarının kaçınılmaz hale getirildiğini gösterecek bilgilerin sunulamadığını belirtmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, kişilerin zarara sebep olan davranışları, idare yönünden doğrudan sorumsuzluk sebebi olarak görülmemeli, zararı doğuran idarenin davranışı da değerlendirilmelidir. Burada, orantılılık değerlendirmesi önemlidir. Kişilerin isyan ederek zarara sebep olmuş olmaları, yani aslında kişilerin hukuk dışı durumları doğrudan idare yönünden sorumsuzluk sebebi olarak görülmemektedir. Kanaatimizce de bu değerlendirme yerindedir.

-AIHM yukarıdaki AYM kararı ile benzer olarak verdiği bir kararında; bir köyde askeri karakolun korunması amacıyla mera olan bölgeye yerleştirilen, etrafı tel örgülerle çevrilen alana, olay tarihinde dokuz yaşında olan Erkan Erol ve arkadaşlarının hayvanlarının mayınlı bölgeye girmesi üzerine başvuran ve yaşları yedi ila on üç arasında değişen diğer çocuklar hayvanları takip ederek dikenli telleri aşmışlardır. Erkan Erol yerde gördüğü metal parçasını (mayını) topraktan çıkarmak isterken bir patlama olmuş ve Erkan, sol bacağına kaybetmiştir. Açılan davada; idare mahkemesi, köylülerin yazılı ve sözlü olarak uyarıldığını, mayınlı bölgenin tel örgü ile çevrildiği ve uyarı levhaları asıldığı, buna rağmen önlemler aşılarak alana girilip mayın ile uğraşıldığı ve çocuğun babasının mayınlı arazi hakkında köyde yaşayanları bilgilendiren muhtar olduğu, çocuğun yaralanmasında ebeveynin gözetim eksikliği bulunduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay da idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı, kusursuz sorumluluktan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle mahkeme kararını onamıştır. AIHM ise konuyla ilgili verdiği kararında, mayınlı bölgenin iki sıra dikenli telle çevrildiği ve ölüm tehlikesi olduğunu belirtmek için mayınlı bölgenin etrafına uyarı levhaları yerleştirildiğinin anlaşıldığını ancak, belge olarak sunulmuş fotoğraflardan, iki sıra dikenli teller arasında büyük mesafe olduğu görüldüğünü, bu nedenle yetersiz bir koruma olduğunu, ailelerin toprağa mayın gömülmesi hususunda

kendilerine tebligat yapıldığını ve çocuklarına söz konusu bölgeye girmeyi yasakladıklarını belirttiklerini ancak çocukların hayvan otlatmak gibi gündelik işlere aktif bir biçimde katıldığı kırsal yaşam koşullarının hüküm sürdüğü bir köyde böylesi tehlikeler karşısında sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyeceği, nitekim bir alana mayın yerleştirilerek yalnızca birbirinden görece uzak iki sıra dikenli telle çevrilmiş olmasının çocukların oraya girmesini engellemek bakımından yetersiz kaldığı, AİHM’in 2. Maddesinin, devletin pozitif yükümlülük ilkesini yerine getirmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. AİHM, baba yönünden ise ebeveynlik sorumluluğunu gözeterek kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁵⁹

AİHM’in bu değerlendirmeleri, sözleşmenin koruma amacı ve pozitif yükümlülük anlayışı ile uyumlu görünmektedir. Babanın kusurlu davranışlarının zarara sebep olduğunu gözeterek baba yönünden idarenin sorumluluğu olmadığına karar verirken, zarar gören küçük yönünden ihlal kararı vermiş ve babasının kusuru, çocuğun zararı bakımından değerlendirilmemiştir.

-İDDK tarafından verilen bir karara konu olayda, davacıların yakınlarının da içinde bulunduğu otuz kadar hükümlünün, cezaevinde güvenlik güçleri ile karşı karşıya gelmeleri üzerine arbede çıkmış ve hükümlülerden ölenler ve yaralananlar olmuştur. Belirtelim ki olayla ilgili yapılan ceza yargılamasında verilen karar, AİHM’e taşınmış ve AİHM, AİHS’in 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁰ Konuyla ilgili verilen Danıştay 10. Daire kararı ise şu şekildedir:

“ (...) cezaevinde asayiş ve disiplinin sağlanması amacıyla zorunlu hale gelen müdahaleyi idarenin hizmetin işleyişinde kusurlu davrandığının bir göstergesi olarak kabul etmeye olanak bulunmadığı; olayda, davacıların yakınının ölümüne neden olan olaylarda ölen kişinin de aktif rol aldığı, cezaevine müdahale sırasında davalı idarelerin personeli tarafından yapılan uyarı sonrası hükümlü ve tutuklulardan eyleme katılmayanların güvenli bir şekilde olay yerinden uzaklaştırıldığı dosyada mevcut tüm bilgi ve belgelerden anlaşıldığı; cezaevi idaresine karşı katıldığı eylem sonucu kişisel kusuru nedeniyle davacıların yakınının ölmesinin, idarenin eylemi ile zarar arasında bulunması gereken nedensellik bağıını kestiği; bu durumda, zararın, idarenin hizmet kusurundan doğduğu gerekçesiyle, davalı idarelerce tazmini yolunda

⁵⁹ AİHM, Paşa ve Erkan Erol/Türkiye, T. 10.07.2012. B. No. 51358/99. (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur# 27.06.2022>.

⁶⁰ Konuyla ilgili verilen karar: AİHM, Perişan ve Diğerleri/Türkiye, T. 20.05.2010, B. No:12336/03. (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur# 27.06.2022>.

verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmediğine karar vermiştir.”⁶¹

10. Daire’nin bu kararına, idare mahkemesinin direnmesi üzerine dosya, İDDK önüne gelmiştir. İDDK, kararında, öncelikle AİHM’in verdiği ihlal kararında; hükümlülerin saat 13.20’den itibaren takındıkları tavırların giderek ayaklanma girişimine dönüştüğünün kabul edildiğini ayrıca güvenlik güçlerinin müdahalesinin AİHS’nin 2. maddesinin 2/ (c) paragrafı anlamında bir isyan ya da başkaldırıyı bastırmak amacını taşıdığının kabul edilmesi gerektiği, davacıların yakının ölümüne sebep olan olaylar sonucunda mahkûmlara karşı yapılan müdahalenin, cezaevinde huzur ve sükûnun sağlanması için zorunlu hale geldiğinin anlaşıldığını ancak belirtilen amaçla bağdaşmayacak şekilde aşırı güç kullanıldığını, bu boyutta bir müdahalenin ise gereksiz ve ölçüsüz olduğu sonucuna varıldığını belirterek şu yönde karar vermiştir:

“... davacılar yakının ölümüne sebep olan olaylar sonucunda mahkumlara karşı yapılan müdahalenin, cezaevinde huzur ve sükunun sağlanması için zorunlu hale geldiğinin anlaşıldığı; ancak belirtilen amaçla bağdaşmayacak şekilde aşırı güç kullanıldığı, bu boyutta bir müdahalenin gereksiz ve ölçüsüz olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir. Buna göre, davacıların yakının ölümüne sebep olan olay, zorunlu hale gelen müdahale değil, müdahale esnasında kullanılan aşırı güçtür. Zarara neden olan ölüm de bu aşırı güç nedeniyle gerçekleşmiştir. Dosyada, gereksiz ve ölçüsüz şekilde aşırı güç kullanılmasına, davacıların yakının sebep olduğu yolunda bir saptama bulunmamaktadır.”⁶²

Karşı oylardan birinde⁶³, davacıların murisinin ölümüne neden olan müdahalede aşırı güç kullanıldığının ve bu boyutta bir müdahalenin gereksiz ve ölçüsüz olduğunun anlaşıldığı bununla beraber, zararın ortaya çıkmasında davacıların ölen yakının da etkisi olduğunun kabulü ile müterafik kusurun değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce, İDDK kararında AİHM’in ihlal kararında ortaya konulan ölçütlerin dikkate alındığı görülmektedir ancak kararda illiyet bağı değerlendirmesi eleştiriye açıktır. Zira olayların meydana gelmesinde, davacıların yakınının da içinde bulunduğu hükümlülerin isyan hareketinin etkisi vardır. Bu noktada, idarenin eylemlerinin ölçsüzlüğünün (ağır kusurun), hükümlülerin kusurlu davranışlarının

⁶¹ Dan. 10. D., T. 16.02.2009, E. 2006/2635, K. 2009/1029. (İDDK karar içeriğinden alınmıştır.)

⁶² Dan. İDDK., T. 2.12.2013, E. 2010/2741, K. 2013/4312 (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

⁶³ Kararda iki tane gerekçede karşı oy, üç tane de karşı oy bulunmaktadır.

hukuki etkisini sınırladığı yönünde bir değerlendirme yapılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Karar, netice itibariyle isabetli ise de değerlendirme kısmının tartışmaya açık olduğunu düşünmekteyiz.

-AİHM'in bir diğer kararına konu olayda; askerlik hizmetini yaparken hırsızlık suçundan yakalanarak adliyeye götürülen ve çıkışta elleri kelepçeli olarak araç bekleyen şahıs kaçmaya başlamış, kendisini kovalayan jandarmanın sözlü uyarılarına ve uyarı ateşi açmasına rağmen kaçmaya devam ederken jandarma tarafından vurularak yaralanmış, hastaneye sevk edilmiş, bir gün sonra ölmüştür.⁶⁴ Bu olay neticesinde idare mahkemesinde açılan dava, idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karar, Danıştay tarafından onanmıştır.⁶⁵

Konuya ilişkin ceza yargılamasında verilen karar, şu şekildedir:

« (...) Olay günü [sanıklar] müteveffayı Keşan Adalet Sarayına götürmüşlerdir (...) Duruşmanın ardından, elleri kelepçeli sanık jandarma görevlisini itmiş ve omuz darbesi ile yere düşürmüştür. (...) Olay yerinin krokisinden ve olay yeri keşif tutanağından, İ. Ülüfer'in 250-300 metre koştuğu ve sonra dar bir ara sokağa girdiği anlaşılmaktadır. Kendisini kovalayan M.D. iki kez havaya uyarı ateşi açmıştır. Ancak, M.D. kendi ifadesiyle maktulün açık kapıdan kaçmasını engellemek amacıyla şahsı kasten hedef almadan ateş açmıştır. Her ateş edildiğinde yere eğilen müteveffaya kurşun isabet etmiş ve ölmüştür. Eldeki delillerden İ. Ülüfer'in ihtara uymaması göz önünde tutularak sanığın silahını kullanma hakkının olduğu ve silahını gerekli hallerde ateşli silah kullanımını düzenleyen kuralara uygun olarak kullandığı görülmektedir (...) »

AİHM'in ihlal kararında ise mahkeme kararları ve konuya ilişkin yasal düzenlemeler açıklandıktan sonra somut olayda, jandarmanın İ. Ülüfer'in şiddet içeren suçlar işlemiş olduğunu ve tehlike arz ettiğini ve yakalanamamasının geriye dönüşü mümkün olmayan olumsuz sonuçlar doğuracağını düşünmelerini gerektirecek herhangi bir neden olmadığını ayrıca kelepçeli ve silahsız olduğunu ve jandarmalar veya üçüncü şahıslar için gerçek bir tehdit teşkil edecek bir davranışta bulunmadığı, açık bir kapıdan bahçeye girmeye yeltenmesi hareketinin jandarma görevlileri tarafından şüpheli bir fiil olarak değerlendirilse dahi ağır ceza mahkemesinin kararından, bu değerlendirmenin dava sonucunda verilen kararla

⁶⁴ Karardaki şu detaylar önemlidir. Jandarma tarafından ölen kişinin ayağına ateş edilmiştir. Ancak kişi ilk iki uyarı ateşinde olduğu gibi üçüncü ateşte de yere eğildiğinden kurşun, müteveffanın sırtına isabet etmiştir.

⁶⁵ Olayla ilgili açılan ceza davasında verilen beraat kararı da kesinleşmiştir.

ilişkilendirilmediğinin anlaşıldığı, bu davanın koşullarında Sözleşmenin 2. maddesinin, İ. Ülfer’in kaçma riski bulunmasına rağmen muhtemel ölümcül güç kullanımına başvurmayı yasakladığı, yakalanmak istenen kişinin kimsenin hayatını veya bedensel bütünlüğünü hiçbir şekilde tehdit etmediği ve şiddet içeren bir suç işlememiş olduğu bilindiği halde ölümcül güç kullanımının “mutlak zorunluluk kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu sebeple de öncelikle davalı devletin, güvenlik güçleri tarafından ateşli silah ve güç kullanımına ilişkin uygun bir yasal çerçeve oluşturarak yaşam hakkını güvence altına almasını öngören Sözleşme’nin 2. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini genel itibarla yerine getirmediğini, ikinci olarak da koşulların ölümcül güç kullanmayı mutlak şekilde gerekli kıldığının tespit edilmediğini, dolayısıyla, bu koşullarda aşırı ve gerekçesiz biçimde ölümcül güç kullanımı söz konusu olduğunu tespitle, Sözleşmenin 2. Maddesi’nin esas bakımından ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁶⁶

AİHM kararında, kolluk kuvvetleri tarafından yakalanılması istenen kişinin, başka bir kimsenin hayatını veya bedensel bütünlüğünü hiçbir şekilde tehdit etmediği ve şiddet içeren bir suç işlememiş olduğunun bilindiği bu tür hallerde, ölümcül güç kullanımının mutlak zorunluluk olarak kabul edilemeyeceğine vurgu yapılmıştır. Bu tür olaylarda, silah kullanımı, sadece başka bir kişinin hayatını veya bedensel bütünlüğünü korumak amacıyla kullanıldığında meşru görülmüştür.

(3)-Mülga AYİM Karar Örnekleri

AYİM’in, zarar görenin kusurunun, zararlı idari faaliyet arasındaki illiyet bağıını kestiği gerekçesiyle verdiği eski kararlarında, daha “sert” bir tutum izlerken, sonraları daha “yumuşak” bir tutum izlemeye başladığı belirtilmektedir.⁶⁷ Kanaatimizce de Mülga AYİM’in yakın tarihli kararlarında, eski tarihli kararlara göre idarenin sorumluluğunun daha geniş yorumlanarak karar verildiği görülmektedir.

AYİM’in yakın tarihteki yaklaşımının aksi yönünde verdiği kararlarını incelemek gerekirse;

⁶⁶ AİHM, Ülfer/Türkiye, T. 5.06.2012, B. No. 23038/07. (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#27.06.2022>.

⁶⁷ Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 319.

-Örneğin, tahrip dersi verirken meydana gelen patlamada sakat kalan subayın açtığı dava, zarara, subayın kendi dikkatsizliğinin yol açtığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁶⁸

- AYİM, ranzasında uyurken düşerek sakatlanan erin davasını, zararın uyurken kendiliğinden düşen erin kendi eyleminden kaynaklandığı, askeri hizmetin sebep ve tesirinden kaynaklanmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.⁶⁹

Çağlayan, söz konusu kararı, gerçekleşen zarar bakımından idarenin kusur sorumluluğunun söz konusu olabileceğini, bu koşulların bulunmaması hâlinde dahi idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebileceğini belirterek eleştirmiştir.⁷⁰ Kanaatimizce de somut olayda idarenin kusur sorumluluğunun varlığı tartışmaya açıktır. Nitekim ranzanın düşmeyi kolaylaştıracak bir yapıda olması, örneğin koruyucu korkuluk bulunmaması, hizmetin kusurlu işlediğine işaret edebilir. Böyle bir kusur unsuru bulunmasa dahi, AYİM'in benzer kararlarında, davacının ihmali bulunsa bile bunun idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağı yönünde bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Bu nedenle söz konusu kararın isabeti kanaatimizce tartışmalıdır.

-AYİM, üstlerinin bilgisi dışında ve görevi olmadığı halde yanan ampulü değiştirirken elektriğe kapılarak ölen erin⁷¹, şakalaşan arkadaşlarından sakınmaya çalışırken gözünü tüfekliğin kancasına çarparak sakatlayan erin⁷², tuttuğunu bildiği halde nöbet odasındaki sobayı yaktırarak yatan ve karbonmonoksit gazından zehirlenerek ölen astsubayın⁷³, yerde bulduğu fünüyle oynarken meydana gelen patlama sonucu sakatlanan astsubayın⁷⁴, koğuştan ranzadan arkadaşıyla şakalaşırken

⁶⁸ AYİM 3.D., T. 11.12.1975, E. 1975/363, K. 1975/2257. Aktaran: Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 319.

⁶⁹ AYİM 2. D. T. 03.11.2004, E. 2002/172, K. 2004/824. Aktaran: Çağlayan: **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 204.

⁷⁰ Çağlayan: **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 204.

⁷¹ AYİM, 3. D. T. 16.01.1975, E. 1974/3061, K. 1975/283. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319.

⁷² AYİM, 3. D. T. 16.06.1977, E. 1976/105, K. 1977/8790. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319.

⁷³ AYİM, 3. D. T. 13.10.1977, E. 1977/9802, K. 1977/11105. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319.

⁷⁴ AYİM, 3. D. T. 12.02.1980, E. 1980/35, K. 1980/44. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319.

denmesini kaybedip yere düşen deniz lisesi öğrencisinin⁷⁵ açtıkları davaları, zararın zarar görenlerin kendi eylemlerinden doğduğu gerekçesiyle reddetmiştir.⁷⁶

Görüldüğü üzere, yukarıda aktardığımız ve bunlara benzer yakın tarihli kararlarda AYİM, bazen kusursuz sorumluluk esasına göre bazen de kusur sorumluluğu esasına göre idareyi, zararın bir kısmından sorumlu tutmaktadır. Kanaatimizce, AYİM'in zaman içinde yaklaşımında görülen değişiklik isabetli olmuştur.

b-Zarar Görenin Hukuk Dışı Konumu

İdarenin sorumluluğu kaldıran özel sebeplerden biri de zarar görenin hukuk dışı (gayrimeşru) konumda bulunmasıdır. Zarar görenin gayrimeşru durumunun varlığı halinde, zarara, zarar gören katlanmalıdır.⁷⁷ Fransız Danıştay, zarar görenin hukuk dışı durumda olduğu durumlarda doğan zararlar için açılan davaları reddetmektedir.

Örneğin Fransız Danıştay bir kararında, güvenlik tedbirleri kuralını ihlal ederek işletilen bir eğlence mekânında çıkan yangından doğan zararda, idarenin denetleme görevini ihmal etmiş olmasına rağmen sorumluluğunun olmadığına karar vermiştir.⁷⁸ Lebreton, Danıştay'ın bu tutumunun, *“Hiç kimsenin kendi rezilliğinden faydalanma hakkı yoktur.”*⁷⁹ atasözünün doğruladığını belirtmektedir.⁸⁰ Ayrıca Lebreton, zarar görenin hukuk dışı durumundan doğan zararlarda, idarenin ağır kusuru olsa dahi idarenin sorumluluğundan söz edilemeyeceğini belirtmektedir.⁸¹ Ancak belirtelim ki Türk Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, bu durumun her koşulda geçerli olmadığı görülmektedir. Türk Danıştay, zarar görenin hukuk dışı durumunu, genellikle idarenin sorumluluğunun kaldıran bir sebep olarak kabul etmektedir ancak

⁷⁵ AYİM, 2. D. T. 07.10.1987, E. 1987/128, , K. 1987/152. Aktaran: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 320.

⁷⁶ Daha fazla karar için bkz: Özgüldür, **a.g.e.**, s. 319-320.

⁷⁷ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 197.

⁷⁸ Conseil d'Etat, T. 7.03.1980, Sarl Cing-Sept, AJDA 1980. Nakleden: Lebreton'dan Aktaran: Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 198.

⁷⁹ “nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans”.

⁸⁰ Lebreton, **a.g.e.**, s. 329. Aktaran: Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 198.

⁸¹ Lebreton, **a.g.e.**, s. 329. Aktaran: Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 198.

bazı hallerde, bilhassa idarenin ağır kusurlu olduğu hallerde, idarenin de zararın bir kısmından sorumlu olduğunu kabul edebilmektedir.

(1)-Zarar Görenin Hukuk Dışı Durumunun İdarenin Sorumluluğunu Tamamen Kaldırması

Örneğin Fransız Danıştayı, bir kamu arazisinin izinsiz işgal edilmesi sebebiyle uğranılan zararı⁸², balıkçılık kurumundan izin almadan ırmakta balıkçılık yapan şirketin ırmağın kirlenmesi sebebiyle uğradığı zararı⁸³, mahkumların ayaklanmasına iştirak eden kişinin uğradığı zararı⁸⁴ mağdurun hukuk dışı davranışlarından doğduğu gerekçesiyle tazmin edilebilir bulmamıştır.

Türk Danıştay'ın da aynı yönde verdiği kararları vardır. Örneğin, Danıştay, bir kararda şu şekilde tespitlerde bulunmuştur:

“Olayda, cezaevine silah sokulmasını engelleyemeyen idarenin hizmet kusuru bulunmakla birlikte, davacının cezaevine silah soktuğu ve kendisini koğuş sorumlusu ilan edip, aynı cezaevinde bulunan bir sanığı hizmetinde kullanmak ve kumar komisyonu toplatmak için yardımcı olarak belirlediği dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Cezaevi düzenini bozan yasak eylem ve davranışlar içinde olan davacının, hakaret edip, tahrik ettiği yardımcısı tarafından yaralanması karşısında, olayın bütünüyle davacının ve yardımcısının kusurundan kaynaklandığının kabulü zorunlu bulunmaktadır.”⁸⁵

Burada, Danıştay, illiyet bağının kesildiğinden bahsetmeden, zararın davacının ve yardımcısının kusurundan kaynaklandığını belirterek karar vermiştir. Dolayısıyla, Danıştay'ın da Yargıtay'ın kabulü ile aynı yönde bazen zarar ile idarenin sorumluluğunu doğuran davranış arasındaki illiyet bağı kesilmese dahi zarar görenin kusurunun, idarenin sorumluluğunu kaldırdığını kabul ettiği görülmektedir.

- Davacının seyyar satıcılık yapmanın yasak olduğu turizme açık bir alanda, lahitlerden birinin kapağının düşmesi sonucu iki bacağı kaybetmesi üzerine uğradığı

⁸² Conseil d'Etat, T. 2.06.1980, Commune d'Ax-les Thermes, AJDA 1980. Nakleden Lebreton, **a.g.e.**, s. 328'den Aktaran: Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 197.

⁸³ Cour Administrative d'Appel Nantes, T. 09.12.1993, Société Morlaisienne des eaux, AJDA 1994, Nakleden Lebreton, **a.g.e.** s.328-329'dan Aktaran: Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 197.

⁸⁴ Conseil d'Etat, 12 Févr. 1971, Rebatel, AJDA 1971. Nakledem Charles Debbasch, Droit Administratif, 6. Éd, Paris, 2002, s.589'dan Aktaran: **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 197.

⁸⁵ Dan. 10. D., T. 15.3.2006, E. 2003/646, K. 2006/1932. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

zararın tazmini için açtığı dava, zararın zarar görenin kendi kusurundan doğduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.⁸⁶

-Danıştay, tehlikeli durumu nedeniyle mesken yapımına elverişli olmayan ve imar planında yeşil alan olarak belirlenen yerde inşa edilen evin, tehlikenin giderilmesi için yürütülen faaliyet sırasında zarar görmesi sebebiyle⁸⁷, kamulaştırılan arazide ekili bulunan pamuğun idare araçlarının tahrip etmesi sebebiyle⁸⁸, odun kesmek amacıyla gizlice girilen yasak bölgede mayın patlaması sonucu gerçekleşen ölüm sebebiyle⁸⁹, uğranılan zararlar için açılan davaları reddetmiştir.

-Danıştay'ın bir diğer kararında, ruhsatsız depoya ilişkin şu yönde bir karar verilmiştir:

“Davacı şirketin sigortalısının, davalı idareye ait su borusunun patlaması sebebiyle su basması nedeniyle zarara uğradığını belirttiği eşyalarının bulunduğu işyeri için alınmış işyeri açma ve çalışma ruhsatı bulunmadığı anlaşıldığından, mevzuata uygun olarak faaliyette bulunulmayan işyerindeki eşyalarda meydana gelen zarar nedeniyle idarenin tazminatla sorumlu tutulmasına hukuki olanak bulunmamaktadır.

Davalının temyiz istemine gelince, mahkemece ara kararı ile sorulması üzerine gönderilen belgelerden, söz konusu deponun ruhsatsız olarak işletildiği açıklığa kavuşmuştur.

Bu hale göre, mevzuat gereği alınması zorunlu olan ruhsat alınmaksızın faaliyete geçilmesi, davalı idarenin hizmet kusuru ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağıını kesmektedir.”⁹⁰

-Danıştay'ın bir kararında, davacıların yaylada meydana gelen sel ve heyelan sonucunda yakınlarını kaybetmeleri sebebiyle uğradıkları zararların tazmini için açtıkları davada, idare mahkemesince davacının yapısının ruhsatsız olduğu, sel olayına sebep olan yağışın mücbir sebep teşkil ettiği, bu hususların idarenin hizmet kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağıını kestiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay tarafından bu karar, onanmıştır.⁹¹ Karşı oy sunan üyeler ise ilgili belediye tarafından olay tarihine kadar ruhsatsız yapı hakkında herhangi bir işlem

⁸⁶ Dan. 10.D. T. 29.03.2001, E:1999/ 77, K: 2001/1228. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

⁸⁷ Dan. 12. D., T. 13.01.1969, E.1966/1857, K.1967/29. Aktaran Esin, **Esas**, s. 221.

⁸⁸ Dan. 12. D., T. 15.01.1970, E.1968/149, K.1970/3. Aktaran Esin, **Esas**, s. 227.

⁸⁹ Dan. 12. D., T. 17.03.1970, E.1967/2077, K. 1970/479. Aktaran Esin, **Esas**, s. 227.

⁹⁰ Dan. 8. D., T. 16.9.2005, E. 2005/1331, K. 2005/3668. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

⁹¹ Dan. 8. D., T. 21.06.2021, E. 2016/6206, K.2021/3267. (Çevrimiçi), www.danistay.gov.tr, 17.06.2022. Belirtelim ki hem Danıştay'ın kararında hem de karşı oy sunan üyelerce benzeri olaylarda verilen kararlara ve bilirkişi raporlarına atıfta bulunulmuştur.

yapılmamasının hizmet kusuru olduğu ve olay nedeniyle meydana gelen zararın tamamına davacıların katlanmasını beklemenin idarenin sorumluluğunun yok sayılması anlamına geldiği, bu durumun Anayasa'ya, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete aykırı olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

(2)-Zarar Görenin Hukuk Dışı Konumunun İdarenin Sorumluluğunu Kısmen Kaldırması

Danıştay, bazı kararlarında, davacının hukuk dışı konumda bulunmasına rağmen idarenin sorumlu olduğu yönünde karar vermektedir.

Örneğin İDDK, davacının ruhsatsız işyerinin zarar görmesi üzerine açılan davada, şu yönde karar vermiştir:

“Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından işletilen işyerinin mevzuatta öngörülen ruhsatları bulunmadığı halde, davalı idare tarafından su ve kanalizasyon hizmetlerinden faydalandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu taşınmazda anılan hizmetlerden faydalanan davacının, yoğun yağış nedeniyle kanalizasyon şebekesinden gelen pis suyun işyerini basması sonucu meydana gelen zararın tamamına katlanmasını beklemek, davalı idarenin yürüttüğü hizmetten kaynaklanan sorumluluğunun yok sayılması anlamına gelmektedir. Bu durum ise, yukarıda aktarılan Anayasal hüküm ve hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu gibi hakkaniyete de uygun değildir.

Bu itibarla, davalı idarenin hizmet kusuru ile davacının mevzuata aykırı şekilde ruhsatsız olarak faaliyetini yürütmesi nedeniyle oluşan kusur durumlarının birlikte değerlendirilmek suretiyle bulunacak kusur oranları çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, davalı idarenin tazmin sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁹²

Bu kararda, ruhsatsız yapıya idare tarafından hizmet sunulması nedeniyle idareye de kusur atfedilmiştir. Buna karşılık, yukarıda incelediğimiz 8. Daire kararında⁹³, idarenin yapıya hizmet sunduğuna ilişkin herhangi bir bilgi bulunmayan ruhsatsız yapıda meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olmadığına karar verilmiştir. Kararda bu bilgiye yer verilmediğinden doğrudan kıyaslama yapmak yerinde değildir ancak idare tarafından ruhsatsız yapıya hizmet veriliyor olması halinde konuyu İDDK kararında olduğu gibi değerlendirmenin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

⁹² Dan. İDDK., E. 2012/1657 K. 2014/3421 T. 3.11.2014. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 24.06.2022.

⁹³ Dan. 8. D., T. 21.06.2021, E. 2016/6206, K.2021/3267.

-Danıştay, bir kararında, davacının kaçak olarak sınırdan giriş yaptığı esnada meydana gelen zararlar ilgili şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Uyuşmazlıkta, yasa dışı yollarla girdikleri İran İslam Cumhuriyeti'nden kaçak olarak aldıkları sigaraları yine yasa dışı yollarla Türkiye'ye sokmaya çalışan davacı ve beraberindeki atlı gruba tespit edildikleri sınır hattındaki birinci derece askeri yasak bölgede müdahale eden Piyade Uzman Çavuş H.İ.'nin, kaçakçı grubu durdurmak ve yakalamak amacıyla önce "dur" ihtarında bulunduğu, kaçakçıların uyarıya riayet etmeyerek kaçmaya devam etmesi üzerine "havaya üç el ateş" ettiği, kaçakçıların yine kaçmaları sebebiyle kendisine karşılık vermemelerine, ateşli silahlarının bulunmamasına, dolayısıyla meşru müdafaa halinde olmasını gerektirecek bir konumda bulunmamasına rağmen kaçakçıların önlerine doğru ateş ettiği, bu suretle kanuni silah kullanma yetkisinin sınırlarını aştığı ve davacının yaralanmasına neden olduğu görüldüğünden, olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim, olay ile ilgili olarak sanık Piyade Uzman Çavuş H.İ. hakkında kanun hükmünü icrada sınırı aşmak suretiyle bir kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermek suçundan açılan kamu davasında, (...) kararı ile 1 yıl 8 ay 25 gün hapis cezasına hükmedildikten sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, davalı idare personelinin hizmeti kusurlu işlettiği bu kararlar da ortaya konulmuştur.

Öte yandan, davacının sınır ihlali yaparak ülkeye giriş yaptığı ve beraberinde kaçak sigara getirdiği, ayrıca dur ihtarı ile uyarı atışlarına rağmen kaçmaya devam ettiği hususu dikkate alındığında, olayın meydana gelmesinde davacının %50 oranında müterafik kusurunun bulunduğu kanaatine varılmıştır.”⁹⁴

Buradaki kişilerin hukuk dışı davranışları, zarar ile idari faaliyet arasındaki bağı kesecek nitelikte görülmemiştir. Danıştay bu kararında, olayı AİHM kararları ile benzer yönde değerlendirmiştir.

-Danıştay kararına konu bir olayda, ilçe merkezinde yapılacak olan canlı kalkan yürüyüşü kapsamında toplanan grubun Jandarma Komando Tabur Komutanlığı timlerince durdurulduğu ve yapılan eylemin yasadışı olduğu, eylemlerine son vererek bölgeden ayrılmaları, ayrılmadıkları takdirde müdahale edileceğinin gruba bildirildiği ancak grubun bölgeyi terk etmediği, bunun üzerine, güvenlik güçlerince gaz bombaları ile gruba yönelik müdahaleye başlandığı, bu esnada davacıların yakınının vücuduna isabet eden bir cisim sonucu yaralandığı, hastaneye sevk edilirken de yolda vefat ettiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine açılan davada, idare mahkemesi, kabul kararı verirken, Danıştay, kararı, maddi tazminata ilişkin kısım yönünden şu gerekçelerle bozmuştur:

⁹⁴ Dan. 10. D., T. 21.10.2021, E. 2016/2259, K. 2021/4991. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

“Davacıların uğradıkları zararı doğuran olay her ne kadar davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklanmışsa da dava konusu olay öncesinde davacılar yakınının da dahil olduğu izinsiz gösteri grubunun dağılması yönünde yapılan ikazlara grubun riayet etmemesi, bilahare görevli kolluk güçlerine taş atışlarıyla karşılık vermesi neticesinde kolluk güçlerinin gösterici grubu dağıtmaya yönelik gaz bombası atması neticesinde gerçekleşen olayda davacılar yakını Yıldırım A.'ın da grup içerisinde yer almak suretiyle müterafik kusuru bulunduğu gözetilerek maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken müteveffanın müterafik kusuru dikkate alınmaksızın verilen kararın maddi tazminat isteminin kabulü yönünden hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁹⁵

Bu kararda, Karşı oy sunan üyeler ise:

“güvenlik güçlerince durdurulan grubun dağıtılması sırasında, amaçlanan sonuca götürecek uygun yöntemlerle, göstericilerin can güvenliği gözetilerek, ölçülü bir müdahaleyle grubun dağıtılması mümkün iken bunun sınırları aşarak, atılan gaz bombasının göstericilerin vücutlarına isabet etmemesi hususunda gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, güvenlik güçlerince atılan gaz fişeginin davacıların yakını Yıldırım A.'a isabet etmesi sonucu hayatını kaybetmesine sebebiyet verildiği olayda, davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu grup içerisinde yer almaktan öte herhangi bir kusuru bulunmayan davacılar yakınının ise müterafik kusurundan bahsedilemeyeceği, davacıların oluşan maddi zararlarının hizmet kusuru ilkesi gereğince karşılanması gerektiği oyuyla Daire kararının maddi tazminat miktarının müteveffanın olaydaki müterafik kusuru dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönündeki kararına katılmıyoruz.” yönünde görüş bildirilmiştir.

Bu kararlarda görüldüğü üzere, Danıştay, davacının hukuk dışı durumda olmasını, her halde idarenin sorumluluğunu tamamen kaldıran bir sebep olarak görmemektedir. Dolayısıyla, yukarıda aktardığımız Lebreton'un zarar görenin hukuk dışı durumunun, idarenin ağır hizmet kusurundan doğan sorumluluğunu dahi kaldıracağı görüşü, Danıştay tarafından kabul görmemektedir. Bazı hallerde zarar görenin hukuk dışı durumu müterafik kusur olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce de Danıştay'ın bu yaklaşım yerindedir. Nasıl ki zarar gören bakımından *“kimse kendi kusurundan yararlanamaz”* ilkesi kabul edilmekteyse, zarar veren idare bakımından da kusurunun bulunduğu hallerde kusur sorumluluğuna gidilmesinin gerektiği açıktır.

c-Zarar Görenin Riskleri Üstlenmesi

Zarar gören, giriştiği faaliyet sonucunda riskleri bilerek ve bunları üstlenerek davranışta bulunmuş ise meydana gelen zarara katlanmak durumundadır.⁹⁶ Belirtelim

⁹⁵ Dan.10. D., T. 30.6.2021, E. 2016/2223, K. 2021/3736. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 30.06.2022.

⁹⁶ Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 198-199.

ki riskin üstlenilmesi kavramı, geniş bir kavramdır. Bu duruma sonuç bağlamak için hukuken bir sınırlandırma yapılması gerekmektedir.

Gözler, Fransız Danıştay'ının, zarar görenlerin uğradığı bazı zararlar bakımından, başlıca sorumsuzluk adacıkları oluşturulduğunu ve idarenin bazı zararları tazmin yükümlülüğü bulunmadığını kabul ettiğini belirtmektedir.⁹⁷ Bu sorumsuzluk adacıklarından biri de riskin göze alınmasıdır ve Fransız Danıştay'ınca, kabul edilmiş risklerin, tazmin edilmesi gereken bir zarara yol açmadığı kabul edilmektedir.⁹⁸

Örneğin Fransız Danıştay, çığ düşebileceğine ilişkin uyarılara ve alternatif yollara rağmen kullanılan yolda düşen çığdan dolayı uğranılan zararı, riskin üstlenildiği gerekçesiyle tazmin edilebilir bulmamıştır.⁹⁹

Fransız Danıştay, bir başka kararında, aşırı trafik gürültüsü bulunan yerdeki bilerek evi satın alan kişinin bunu bilmediğini ileri süremeyeceğini ve bundan idarenin sorumlu olmadığı yönünde karar vermiştir.¹⁰⁰

Ülkemizde, Yargıtay ve Danıştay'ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır.

-Örneğin, Yargıtay, bir kararında, davacının davaya konu taşınmazı davalıların haksız eyleminden sonra zararlı halini bilerek satın almış olduğunu tespitle, satın alma tarihinden önceki haksız eyleminden kaynaklanan zararın tazmininin istenemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰¹

-Danıştay'ın bir kararına konu olayda, davacının icra dosya alacağına mahsuben ruhsat süresi sona erecek olan taş ocağı ruhsatnamesini borçlu şirketten aldığı, daha sonra davacının ruhsatnamenin süresinin uzatılması için idareye yaptığı başvurunun reddedildiği anlaşılmıştır. İşlemin iptali için açılan davanın reddine dair idare mahkemesi kararı, Danıştay tarafından şu gerekçelerle onanmıştır:

⁹⁷ Aktaran:Gözler, **a.e.**, s. 1322.

⁹⁸ **a.y.**

⁹⁹ Conseil d'Etat, 11.04.1975, Département de la Haute –Savoie AJDA 1975. Aktaran: Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 199.

¹⁰⁰ Conseil d'Etat, 09.07.1991, Syd. Des. Coprop. De la résidence de la Défence Exprodef,RDP, 1991, Nakleden Lebreton'dan Aktaran Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 199.

¹⁰¹ Yar. 4. H.D., T. 19.2.2015, E. 2014/4878, K. 2015/1804. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.06.2022.

“...davacı şirket tarafından ruhsat süresinin bitim tarihi bilinerek satın alındığını, şirketin basiretli bir tacir olarak, yatırım yaparken ruhsat süresinin değişen mevzuat ve koşullar karşısında davalı idare tarafından uzatılabileceği olasılığını öngörerek hareket etmesi gerektiğini, nitekim davalı idare tarafından ruhsatın süresinin mevzuat değişikliği sebep gösterilerek reddedilmesi üzerine, idare mahkemesinde açılan dava reddedilmiş, bu ret kararı Dairemiz tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bu itibarla, ruhsatname satın alma bedeli ve buna bağlı yapılan masraflar yönünden davanın reddi kararı usul ve hukuka uygun bulunmuştur.”¹⁰²

Danıştay, davacının ruhsatnameyi devralırken ruhsatnamenin yenilenmeme ihtimalini, basiretli bir tacir olarak öngörmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada davacının zarar gören olarak riskleri üstlendiği değerlendirilmesi yapılması mümkündür.

-Davacının kanal yapımı nedeniyle topraklarının susuz kaldığını iddia ederek açtığı dava, Danıştay tarafından reddedilmiştir:

“Hernekadar, davacı bu gayrimenkullerin daha önceki tarihlerde haricen satın alındığını iddia etmişse, tapuda kayıtlı gayrimenkullerin haricen satın alınması mülkiyet bakımından bir hak bahsetmez. Bu itibarla, kanal sebebiyle ve kanalın inşaat tarihinde mülkiyet hakkının zarara uğradığını kabul etmek mümkün değildir.”

Arazinin tapuda adına tescili anında ise, tahliye kanalı inşaatı bitmiş ve işlemeye başlamış bulunduğu ve davacının durumu bizzat görerek ve bilerek gayrimenkulleri iktisap etmiş olduğu cihetle, arazinin sulanamadığından bahisle tazminat talebini kabule keza cevaz bulunmamaktadır.”¹⁰³

Kanaatimizce bu kararın isabeti tartışmaya açıktır. Bu zararın, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre tazmin edilmesi gerekmektedir. Eski malikin mülkiyete dayalı talep hakkı, mülkiyetin devri ile birlikte yeni malike devredilmektedir. Burada, zarar gören kişinin taşınmazı elde etme tarihi ya da bu hususu bilmesinden ziyade mülkiyet hakkına bağlı olarak devredilen hakka üstünlük tanınmalıdır. Bu sebeple, davacının kötü niyeti yoksa (örneğin sırf bu sebeple taşınmazı, değerinin çok altında satın almamışsa), uğranılan zararın giderilmesi gerekmektedir.¹⁰⁴

¹⁰² Dan. 8. D., T. 10.04.2013, E. 2012/5442, K. 2013/3009. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

¹⁰³ Dan. 12. D., T. 21.05.1969, E. 1968/1004, K. 1969/979. Aktaran: Esin, **Esas**, s. 224-225.

¹⁰⁴ Belirtelim ki Danıştay bu yaklaşımını, hukuki el atma davalarında da uygulamaktadır. Danıştay, idarenin Kamulaştırma Kanunu’ndan doğan kamulaştırma görevini azami 5 yıl içinde yerine getirmemesi şartına ek olarak yeni malikin devraldığı taşınmazın hukuken kısıtlı olduğu durumlarda da edinim tarihinden itibaren 5 yıl geçmesini aramaktadır. Aksi takdirde, hukuki el atmaya dayalı kamulaştırmaz el atma davası açılmayacağı yönünde kararlar vermektedir. Bu yaklaşım da kanaatimizce yerinde değildir ve mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir.

3-Zarar Görenin Davranışının İşlevi Bakımından Tespit ve Değerlendirmeler

Yargı kararları incelendiğinde, zarar görenin kusurunun, hangi hallerde sorumluluğu ortadan kaldıracağına, hangi hallerde azaltacağına ilişkin genel bir kriter bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte değerlendirmelerde tespit edebildiğimiz bazı hususları belirtmekte fayda vardır:

1-İllyet bağının değerlendirilmesinde, hâkimin takdir yetkisinin önemli olduğu verilen kararlarda görülmektedir. Aynı olaya ilişkin yargı makamlarının değerlendirmelerinde önemli farklılıklar gözlenmektedir. Örneğin, Danıştay'ın, idari faaliyet ile zarar arasında illyet bağının kesildiğini kabul ettiği bazı kararlarında, AYM ve AİHM farklı değerlendirmelerde bulunabilmektedir. Danıştay'ın bazı kararlarında çoğunluk tarafından idarenin zarardan sorumlu olmadığı yönünde görüş bildirilirken; karşı oy sunan üyeler tarafından, idare, %50 oranında hatta %100 oranında kusurlu bulunulabilmektedir. Zarar görenin kusurunun değerlendirilmesinin net bir kritere bağlanması çok mümkün görülmemektedir.

2-AİHM'in ve AYM'nin ihlal kararlarına konu olaylarda, zarar görenin küçük olduğu hallerde, somut olayın koşulları da gözetilerek, idareden daha fazla tedbir alması beklenebilmektedir.

3-Bedensel zararlara ilişkin verilen AİHM'in ve AYM'nin ihlal kararları, bu konularda daha hassas değerlendirme yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Bedensel zararlar, kanunkoyucu için de önemli görülerek özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. (TBK Madde 55/2) Dolayısıyla bu konunun daha hassas bir değerlendirmeyi gerektirdiği açıktır.

4-İdari yargı makamlarının kararlarında, bir taraftan idarenin sanki prim ödemesiz kendisiyle ilişkili herkese tazmin sorumluluğu yüklenmesine engel olarak bir çeşit sigorta şirketi gibi çalışmaması gerektiği, diğer taraftan ise idarenin özelliği gereği herhangi bir kişinin ve muhatabının ilişkisinden farklı olarak idarenin varlık sebebi, gücü, kapasitesi, sağlaması gereken kamu düzeni, kanunla kendisine verilmiş görevleri karşısında, muhatabının her kusuru, ihmali, hatasında tazminattan

kurtulabilecek bir hukuki durum içinde bulunmasının isabetli görülmediği anlaşılmaktadır.¹⁰⁵

5-İdarenin sorumluluğunu azaltan sebepler arasında, zarar görenin; kanundan kaynaklı yükümlülüklerini ihmal etmesi, zarar vereni tahrik etmesi (genellikle kamu ajanlarının tahriki), kuralları ihlal etmesi, gereken dikkat ve özeni göstermemesi sayılabilir.

6-İdarenin sorumluluğunu kaldıran sebepler arasında; zarar görenin riski üstlenmesi ve zarar görenin hukuk dışı durumu sayılabilir. Bu durumlar, mutlak olarak sorumluluğu kaldıran sebep olmayıp bazen de sorumluluğu azaltan sebepler olabilir.

7-Danıştay, zararda etkili olan zararın görenin hukuk dışı durumunun, genellikle idarenin sorumluluğunu kaldırdığını kabul etmektedir. Bazı hallerde ise idarenin kusuru veya ağır kusuru varsa zararın bir kısmının tazminine karar verebilmektedir. Ancak benzeri olaylarda farklı değerlendirmeler yapılması, hakkaniyetli olmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, davacının taşınmazının yapı ruhsatına sahip olmaması, idarenin de kusuru olmasına rağmen bazı hallerde zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağını kesen bir sebep olarak değerlendirilirken, bazı hallerde müterafik kusur olarak değerlendirilmektedir. Bu durumlarda, farklı sonuçlara ulaşılması ile ilgili makul gerekçeler varsa kararlarda gerekçeler daha detaylı açıklanmalı ya da bu durumlar, benzer değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

8-Dava konusu olaylara ilişkin ceza davalarında verilen kararlar, idari yargı hâkimini etkilemektedir. Ceza davalarındaki hükme göre idarenin mali sorumluluğunun bulunduğu ya da bulunmadığına dair karar verilebilmektedir. Ancak mali sorumluluk ile ceza sorumluluğunu ayırmak gerekmektedir. TBK Madde 74 uyarınca, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı, hukuk hâkimini bağlamaz. Mali sorumluluk bakımından bu kararların daha az etkili olması gerektiği kanaatindeyiz.

9-Danıştay, mayın fünye vb. maddelerin patlaması sonucunda meydana gelen yaralanma ve ölüm olaylarında, kanal, dere vs. gibi idarenin sorumluluğunda olan

¹⁰⁵ Gülan, “Müterafik Kusur”, s. 16.

yerlerde gerçekleşen boğulma olaylarında, idarelerin sorumluluğunu belirlerken olay yerinin meskun mahal olup-olmadığını önemsemektedir. Genellikle, olayın meydana geldiği yer meskun mahal dışındaysa zararlar idari faaliyet arasındaki illiyet bağının kesildiği kabul edilmektedir.

10-AYİM, hizmetin içinde uğranılan ve ortaya çıkmasında zarar görenin katkısı bulunan zararlardan, müterafik kusuru da gözeterek idareyi sorumlu tutma eğilimindedir.

11-Gölan, kusur değerlendirmesinde ihtimalleri gözeterek şu yönde bir değerlendirme ölçütü sunmaktadır:

a-Mahkemeler, idarenin kasti bir davranışı olması halinde, ihmal niteliğindeki zarar görenin durumunu bir indirim gerekçesi yapmamalıdır.

b-Zarar görenin doğrudan sonuca yönelik kasti bir davranışı varsa (intihar etmek için trenin önüne atlama gibi) illiyet bağı kesileceği için idare tazminat ödememelidir.

c-Zarar görenin dikkat ve tedbirsizliği, özensiz davranışı sadece indirimi gerektirmeli, idarenin tazminat sorumluluğunu kaldırıcı nitelikte sayılmamalıdır.

d-İhtimallere göre değerlendirildiğinde, zararın meydana gelmesi için tek sebebin yeterli olması halinde ve bu sebep de idareye bağlıyorsa artık müterafik kusur indirimi yapılmamalıdır. İkinci ihtimal bir zararın iki sebebi olmasıdır. İdareye izafe edilebilen sebep zararın doğumu için yeterli olmasına rağmen, zarar görenin durumunun da buna eşlik etmesidir. Bu durum, zararın artmasına yol açmamışsa, tazminat yükümlülüğünü de azaltıyor sayılmamalıdır. Üçüncü ihtimal, her ikisi de birleşmeseydi bu zararın meydana gelmeyecek olduğu durumdur. Bu durumlarda, tazminat miktarında müterafik kusur indirimi mutlaka gereklidir.¹⁰⁶

Kanaatimizce Gölan'ın aşağıdaki düşünceleri de konu bakımından son derece önemlidir:

“İdarenin, illiyet bağı olduğu durumlarda, görevlerini yerine getirmedeki eksikliklerden dolayı sorumluluğuna gidilmesi aslında idarenin güçlenmesi, hassas ve

¹⁰⁶ Gölan, “Müterafik Kusur”, s. 18.

görevlerini getiren bir cihaza dönüşmesinin sağlayıcı mekanizma olarak ön plana çıkarılması gereken çok boyutlu bir kabul olacaktır. İdare toplum halinde yaşayan insanların ortak ve genel ihtiyaçları gereğince karşılamak için vardır. Bu misyonu yerine getirdiği oranda güçlenecek ve toplumun gelişmesini, kuvvetlenmesi sağlayabilecektir.”¹⁰⁷

II-ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A-MADDİ ve MANEVİ TAZMİNATTA ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ ETKİSİ

1-Maddi Tazminatta Zarar Görenin Kusurunun Etkisi

a-Genel Olarak

İdari yargıda, idarenin sorumlu olduğu tazminat miktarının hesabında, dava tarihi itibarıyla gerçekleşmiş zarar dikkate alınmaktadır.¹⁰⁸ Maddi tazminat bakımından dikkate alınan “*gerçek zarar*” kapsamında, idarenin eyleminin sonucunda doğan; mal varlığındaki eksilme, yapılan onarım ve yenileme masrafları, malın değerinde veya gelirden meydana gelen azalma veya kaybı, tedavi için gerekli muayene, ameliyat, ilaç, protez ve sair tedavi masrafları, defin giderleri, yoksun kalınan ekonomik destek, zararın tespiti için yapılan giderler, faiz dikkate alınmaktadır.¹⁰⁹

Maddi tazminatın hesabında, zarar görenin kusurunun derecesi dikkate alınmaktadır.¹¹⁰

Zarar başlığı altında yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, maddi zararlar, kişiye verilen zararlar veya mala verilen zararlar olarak ortaya çıkabilir. Kişiye verilen zararlardan bedensel zararlar ve destekten yoksun kalma zararları konu bakımından önemli görüldüğünden, bu iki zarara zarar görenin kusurunun etkisi işlendikten sonra mala verilen zararlara etkisi de incelenecektir.

¹⁰⁷ Gülan, Müterafik Kusur, s.18-19.

¹⁰⁸ Turgut Candan, **Açıklamalı: İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2012. s. 203.

¹⁰⁹ Candan, **a.g.e.**, s. 203-204.

¹¹⁰ Candan, **a.g.e.**, s. 204.

b-Bedensel Zararların Tazmini ve Ölüm Sebebiyle Uğranılan Zararlar

Bedensel zararlar, ölüm veya yaralanma sonucunda ortaya çıkmaktadır. TBK 55/2. Maddesi gereğince, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı bedensel zarar ve destekten yoksun kalma zararlarına ilişkin istem ve davalar için Borçlar Kanunu hükümleri ve sorumluluk hukuku ilkeleri uygulanmaktadır. Kanun koyucu, bu zararlar bakımından özel bir düzenleme yapmıştır. Baysal, bu özel düzenlemenin sebebini, *“Vücut bütünlüğü üzerindeki mutlak hakkı ihlâl edilen kişiden beklenecek özen ile mülkiyet hakkı gibi bir malvarlığı hakkı ihlâl edilen kişiden beklenecek özenin niteliği ve kapsamı farklıdır.”*¹¹¹ şeklinde izah etmektedir.

Bu başlık altında zarar görenin kusuru bakımından önemi dolayısıyla inceleyeceğimiz alt başlıklar; destekten yoksun kalma tazminatı, Mülga AYİM’in müterafik kusur kapsamında değerlendirebildiği bünyesel zayıflıklar ve tedaviyi ret hakkıdır.

(1) Bünyesel Zayıflık (Yapısal Yatkınlık) Zarar Görenin Kusuru Olarak Değerlendirilebilir mi?

i. Genel Olarak

*“Yapısal yatkınlık, zarar görenin bünyesinden kaynaklanan, zarar meydana gelmeden önce var olan, zararın doğmasına veya artmasına etki eden durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.”*¹¹² Bünyesel zayıflık, hem fiziki hem de ruhsal halleri kapsamaktadır.¹¹³ Bünyesel zayıflık sebebiyle doğan zararların tazmininin değerlendirilmesine ilişkin çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır.

Mülga AYİM’in kararlarında, bünyesel zayıflık, bazen illiyet bağıını keserek idarenin sorumluluğunu kaldırmaktayken bazen de doğan zararlardan idarenin

¹¹¹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 190.

¹¹² Alexandre Dumery, **La faute de la victime en droit de la responsabilité civile**, Paris, 2011, N. 936’den aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 194.

¹¹³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 144.

sorumlu olduğu kabul edilmekte ve bu durum “müterafik kusur” olarak değerlendirilerek tazminatta indirim sebebi yapılmaktadır.

Bünyesel zayıflık ya da yapısal yatkınlık olarak ifade edilen bu durumun, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği özel hukuk doktrininde tartışmalıdır. Doktrinde hâkim olan görüşe bünyesel zayıflık, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilemez.¹¹⁴ Diğer görüşe göre ise bu hâl, beklenmeyen hâl kapsamında değerlendirilmektedir.¹¹⁵ Bu kabul, idare hukuku bakımından geçerli değildir. Çünkü beklenmeyen hâlin unsurlarından biri olan içsellik, zarara yol açan olayın idari faaliyetin bünyesinden kaynaklanmasını gerektirmekte olup, yapısal yatkınlık bu unsuru taşımamaktadır.

Yapısal yatkınlık için mücbir sebep bakımından değerlendirme yapıldığında ise idare hukukunda mücbir sebebin günümüzde yalnızca doğa olaylarıyla sınırlı görülmediği; toplumsal olaylar ve ihtilal gibi durumların da bu kapsamda ele alındığı görülmektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce kişinin kendi bünyesinden kaynaklanan zararların mücbir sebep olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bu tür zararların mutlak surette önlenemez nitelikte olduğu söylenemez. Nitekim zarara yol açan davranışın gerçekleşmemesi hâlinde, zararın meydana gelmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu doğrultuda Baysal, söz konusu durumun beklenmeyen hâl veya mücbir sebep kavramlarıyla açıklanamayacağını; meselenin yalnızca illiyet bağı çerçevesinde incelenmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁶ Danıştay da kararlarında benzer bir yaklaşım benimsemekte ve yapısal yatkınlığı zarar görenin kusuru, mücbir sebep ya da beklenmeyen hâl kapsamında değil, illiyet bağı kapsamında değerlendirmektedir. Kanaatimizce de bünyesel zayıflık, zarar görene kusur olarak atfedilemez. Kişinin kendi iradesi ve denetimi dışında kalan bir sebepten ötürü kusurlu sayılması, kusur kavramının temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Bu hâlin zarar görene kusur olarak atfedilememesinin birtakım sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle, bünyesel zayıflığın zarar görene kusur olarak yüklenmesi

¹¹⁴ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 194; Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 144; Karan, “Zarar Görenin Kusuru”, s. 75

¹¹⁵ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 143 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 327/328

¹¹⁶ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 196-197.

hakkaniyete uygun olmadığı gibi, zarar vereni öngöremediği veya kendisinden öngörmesi beklenemeyecek bir sonuçtan sorumlu tutmak da hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Bu noktada doktrinde, bünyesel zayıflığın tazminata etkisi bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bünyesel zayıflık hâlinde zarara, zarar verenin fiili sebebiyet verdiği için, zararın tam olarak tazmin edilmesi gerekmektedir.¹¹⁷ Buna karşılık diğer bir görüş, bu durumda tazminattan indirim yapılmasının uygun olacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre indirim yapılmasının gerekçesi, zarar görenin bünyesindeki rahatsızlığa zarardan önce de katlanmakta olmasıdır. Bu sebeple zarar meydana geldikten sonra da zararın bir kısmına zarar görenin katlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, zarar verenin hukuka aykırı davranışı olmasaydı zararın hiç meydana gelmeyeceği söylenebiliyorsa, tazminatta yapılacak indirim belirlenirken bu hususun da dikkate alınması gerekmektedir.¹¹⁸ Neticede, zarar, taraflar arasında paylaştırılmalıdır.¹¹⁹ Özel hukuk doktrinindeki hâkim görüşe göre bu sebeple tazminatta yapılacak indirim, zarar görenin kusuruna değil, hal ve mevkiin icabına dayandırılabilir.¹²⁰ Yani bu halde indirim sebebi, TBK Madde 51/1¹²¹'e dayandırılacaktır ve durumun gereği olarak değerlendirilecektir.¹²²

Danıştay, bu halleri, illiyet bağı çerçevesinde değerlendirmektedir. Zararla idarenin faaliyeti arasında bağ kurulabiliyorsa, zararın kısmen ya da tamamen tazminine karar verebilmektedir.

AYİM'in yaklaşımına gelince; Işıklar, AYİM'in sağlığa ilişkin uyuşmazlıklarda zarar görenin bünyesinde önceden mevcut bir hastalık veya arıza bulunması hâlinde illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle açılan davaları reddettiğini; buna karşılık teşhis ve tedavide gecikme, hata veya imtina gibi durumları hizmet kusuru kapsamında değerlendirdiğini belirtmektedir.¹²³ Bununla birlikte AYİM,

¹¹⁷ Geneviève Viney, Patrice Jourdain, **Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité**, 3. bs., Paris, 2006.N. 434'den aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 200.

¹¹⁸ a.y.

¹¹⁹ a.y.

¹²⁰ a.e., s. 144.

¹²¹ **TBK Madde 51/1** – “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*”.

¹²² Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 202.

¹²³ Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s.597.

hizmet kusuru bulunmasa dahi askerlik hizmetinin bünyesinden kaynaklanan etkenlerin, zarar görenin bünyesel zayıflıklarıyla birlikte zarara yol açması hâlinde, söz konusu bünyesel zayıflıkları müterafik kusur olarak kabul etmektedir. Aslında, AYİM'in vardığı sonuç ile özel hukukta hâkim olan görüşün vardığı sonuç aynıdır. Zira her iki yaklaşımda da bünyesel zayıflık, tazminatta indirim yol açmaktadır. Ancak kanaatimizce AYİM'in vardığı sonuç yerinde olmakla birlikte, bu sonucun hukuki nitelendirilmesi isabetli değildir. AYİM, muhtemelen bünyesel zayıflık hâlini mücbir sebep veya beklenmeyen hâl kavramları içerisinde değerlendirme imkânı bulamadığından, meseleyi müterafik kusur çerçevesinde ele almıştır.

AYİM'in bünyesel rahatsızlığın illiyet bağı kestigi sonucuna ulaştığı kararlarına bakıldığında;

-Örneğin AYİM, davacıların yakınının silah altında bulunduğu sırada vefat etmesi üzerine açılan davayı, ölüme yol açan bünyesel nitelikteki mide kanseri ile zararlı sonuç olan ölüm arasında illiyet bağı kurulamadığı gerekçesiyle reddetmiştir.¹²⁴

-AYİM'in bir kararına konu olayda, davacı askerlik hizmetini yerine getirdiği sırada hastalandığını; askerlik hizmetine sağlıklı ve sağlam olarak başlamasına rağmen davalı idarenin kusuru nedeniyle zamanında ve gerekli teşhis ile tedavinin yapılmaması sonucu böbreklerinde kalıcı hasar meydana geldiğini ileri sürerek uğradığı zararın tazmini istemiyle dava açmıştır. AYİM, davacının yakalandığı hastalığın¹²⁵ bünyesel olduğunu, hastalığın meydana gelmesinde ve ilerlemesinde askerliğin sebep ve tesirinin bulunmadığını tanı ve tedavisinde gecikme, hata veya ihmal bulunmadığı, zararlı sonuçla idarenin davranışı arasında illiyet bağı kurulamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.¹²⁶

¹²⁴AYİM 2.D., 2.10.2002, E.2000/797, K.2002/736. Aktaran Işıklar, "AYİM Kararlarında", s. 598.

¹²⁵ "Proteinüri (Pauci İmmun Kresentik Glomerulonefrite Bağlı)" hastalık

¹²⁶AYİM 2. D., T. 20.12.2006, E. 2006/139, K. 2006/1268. Benzer yönde, AYİM 2. D., T. 11.10.2006, E. 2006/111, K. 2006/1036 sayılı kararda, AYİM, askerlik görevine başladığı tarihten itibaren Hepatit B virüs enfeksiyonu rahatsızlığı bulunan davacının askerlik hizmeti sırasında maruz kaldığı ağır eğitim koşullarına bağlı olarak karaciğer enzimlerinin yükseldiğini, görev yeri ve koşullarını belirleyen idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ileri sürülerek açılan davayı, bilirkişi raporunu dikkate alarak, davacının mevcut hastalığının askerlik hizmeti sırasında yapılan takipler esnasında tespit edilen klinik tablosunun askerlik hizmeti ile ilişkilendirilmesinin mümkün olmadığı, davacının zararı doğuran rahatsızlığı ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 20.07.2022.

AYİM'in, bünyesel rahatsızlığı, müterafik kusur olarak değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır.

-Örneğin bir kararda AYİM:

"Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalı Başkanlığından re'sen seçilen bilirkişiler (...) tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda; Akut miyokard infarktüsünün (kalp krizi) en sık ate rosklerotik koroner arter hastalığı sonucunda geliştiği, genç yaşta olan kalp krizlerinin ise konjenital koroner arter anomalisi, koroner vaskülit, kokain kullanımı, travma ve hızlanmış aterosklerroza neden olan ciddi disipidemilerde geliştiği, koroner anjiyografileri normal olarak bulunan kalp krizleri geçirmiş olan hastalarda ise sebep olarak sıklıkla uzamış koroner spazmin veya koroner trombüsün (pıhtı) sorumlu olduğu, koroner anjiyografileri normal olarak bulunan genç hastalarda kalp krizinin istirahatte veya efor sonrası olabildiği, ... 'ün vefatına neden olan kalp krizinin bünyesel nedenlerle bağlı olduğu, yavaşık düzen eğitiminin sebep ve tesirinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda karar vermenin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

(...)

*Meydana gelen ölüm olayında idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmasa dahi ölüm olayının askerlik görevinin ifası sırasında eğitim alanında yapılan yavaşık düzen eğitiminin akabinde meydana geldiği, hizmetle ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunduğu dikkate alınarak davacıların zararlarının, davacılar üzerinde bırakılmayarak tüm topluma yayılmasının hakkaniyete uygun olacağı düşünülmüş ve meydana gelen zararın idarece kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmış, ancak müteveffanın ölümüne neden olan kalp krizinin bünyesel olması müterafik kusur olarak kabul edilmiştir."*¹²⁷

-AYİM, diğer bir kararda;

*"Davacıların eşi ve babası olan J.Er 'nın ölüm olayının, müteveffanın doğuştan meydana gelen aort duvarındaki anormali nedeni ile aort rüptürüne bağlı olarak gelişen dolaşım yetmezliğinden kaynaklandığı, ölüm olayında idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun bulunmadığı, ancak ölüm olayının bir kamu görevi olan askerlik hizmetinin ifası sırasında, pusu görevinden dönüşte karakola yürüyerek giderken hizmetin ifası sırasında meydana geldiği dikkate alınarak hizmetle ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu değerlendirilerek davacıların zararlarının, davacılar üzerinde bırakılmayarak tüm topluma yansıtılmasının hakkaniyete uygun olacağı düşünülmüş ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca ve müteveffanın bünyesel rahatsızlığının müterafik kusur olarak kabulü ile davalı idare tarafından karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır."*¹²⁸

-AYİM'in kararına konu olayda, birliğin eğitim programına katılan bir er, 2400 metre koşuktan sonra rahatsızlanarak hastaneye kaldırılmış ve hastanede bünyesel sebeplerle akut miyokard infarktüs meydana gelmesi nedeniyle ölmüştür. Bu olay

¹²⁷ AYİM 2. D., T. 3.11.2004, E. 2003/30, K. 2004/827. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 20.07.2022.

¹²⁸ AYİM 2. D., T. 16.6.2004, E. 2000/494, K. 2004/571. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 20.07.2022.

sebebiyle açılan davada, AYİM, ölümün, kamu görevinin ifası esnasında meydana geldiğini belirterek idarenin zarardan kusursuz sorumlu olduğuna karar verirken, erin bünyesel rahatsızlığını da müterafik kusur olarak değerlendirmiştir.¹²⁹

AYİM'in kararlarında bünyesel rahatsızlığın müterafik kusur olarak nitelendirilmesinin teknik açıdan doğru olmadığını düşünüyoruz. Bu haller illiyet bağıını kestiği ölçüde indirim sebebi olarak değerlendirilebilir ancak kişiye kusur olarak izafe edilemez. Ancak AYİM'in bu sebeple verdiği kararlardaki sonuçlar, isabetlidir. Zira, hizmetten kaynaklı bir sebebin de zararın ortaya çıkmasında etkili olduğu durumlarda, idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir.

Danıştay ise bizim de isabetli bulduğumuz üzere, bu durumları illiyet bağı çerçevesinde değerlendirmektedir:

-Örneğin Danıştay, bir kararında, bir erin hastanede tedavi edildiği sırada yapılan enjeksiyon sonucu şok geçirerek hayatını kaybetmesi üzerine uğranılan zararın, kişinin bünyesel yapısının itibariyle anormal olması ve enjeksiyona karşı aşırı hassasiyet göstermesinden kaynaklandığı gerekçesiyle idarenin kusurunun bulunmadığına hükmetmiş ve tazminat taleplerini reddetmiştir.¹³⁰

- Danıştay, bir diğer kararında ise şu yönde değerlendirme yapmıştır:

“Davacının kalp ameliyatı sonrasındaki kontrollerinin (...) Hastanesinde yapıldığı idarenin bilgisi dahilindedir. Ayrıca, davacının nakil işleminin iptali istemiyle açtığı davada, kalp hastası olduğunu Ağrı İlinin rakımının yüksek oluşu nedeniyle sağlığının olumsuz etkileneceğini ve Ağrı İli'nde tedavi olanaklarının sınırlı olması nedeniyle İstanbul'da görev yapmasının uygun olacağını dava dilekçesinde belirttiği anlaşılmaktadır. Davacının, sağlık sorunlarının yarattığı olumsuz koşulların naklen atama işleminin tesisinde göz önüne alınması, görev yaptığı yerden bir başka yere atanması zorunlu ise, sağlık durumuna en uygun bir yere atanması gerekirken, sağlık hizmetlerinin yetersiz olduğu bir yere atamasının yapılmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim, söz konusu naklen atama işlemine karşı açmış olduğu davada, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun sözü

¹²⁹ AYİM 2. D., T. 01.06.2005, E. 2002/377, K. 2005/479. Aktaran: Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s.586-587. Benzeri yönde: AYİM 2. D., 20.12.2006, 488/1294sayılı karada, nöbet sırasında rahatsızlığın başlamasının kişinin içinde bulunduğu stres ortamının hastalığın ortaya çıkmasını tetikleyebileceği, tedavi ve bakım hizmetlerinin de idareye yüklenebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmamakla birlikte zararlı sonucu doğuran olay ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğundan zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak tüm topluma yayılması adalet hakkaniyet ve eşitlik esaslarına uygun düşeceğinden davacıların zararlarının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarece karşılanması sonucuna varılmıştır.” denilmiştir. Aktaran: Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s. 587-588.

¹³⁰ Dan. 12. D., T. 28.04.1971, E.1969/2929, K. 1971/1107. Aktaran: Esin, **Esas**, C: II, s. 526.

edilen kararıyla davacının sağlık özrü dikkate alınmadan (...) naklen ataması yolunda tesis edilen işlemin hukuka uygun olmadığı saptanmıştır.

İdarenin hizmet kusuruna dayalı işleminden doğan zararın tazmini için ayrıca işlem ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Konu olaya özgü olarak incelendiğinde, atama işleminin tesisinde davacının içinde bulunduğu sağlık sorunlarının gözetilmediği, dolayısıyla atamasının yapıldığı yer olan Ağrı'da yeterli tıbbi müdahalenin zamanında yapılamamış olması karşısında, atama işlemiyle, davacının sağlık sorunlarının ortaya çıkmış olması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacının Ağrı İli'ne atanmış olması nedeniyle, naklen atama işlemi sonrasında meydana gelen sağ bacağının diz üstünden kesilmesi nedeniyle uğradığı maddi zararın belirlenerek ve yaşadığı üzüntü ve sıkıntıdan dolayı uğradığı manevi zararın Mahkemece takdir edilerek, tazminine karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”¹³¹

-Danıştay'ın bir diğer kararına karşı oy sunan üyelerce, bünyesel rahatsızlık ile ilgili şu tespitlerde bulunulmuştur:

“İlgin'a nakledilen davacılar murisinin aradan bir yıla yakın bir süre geçtikten sonra kalp rahatsızlığı nedeniyle ölümü olayıyla nakil işlemi arasında neden sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bünyevi rahatsızlıktan kaynaklanan ölüm olayı nedeniyle idarenin tazminle sorumlu tutulmasına olanak görülmemektedir.

Öte yandan, ölüm olayında idarenin tazmin sorumluluğu olmamakla birlikte, davacılar murisinin hukuka aykırı nakil işlemi nedeniyle İlgin'a gitmek zorunda bırakılması ve bünyevi rahatsızlığı sonucunda İlgin'da ölmesi nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşadıkları açık olan davacıların manevi zarara uğradıklarının kabulü gerekir. Davacıların ölüm olayı nedeniyle değil, murislerinin İlgin'a gitmek zorunda bırakılması, orada ölümü nedeniyle duydukları üzüntü ve sıkıntıdan dolayı hükümlenilecek manevi tazminatın idareden tahsili gerektiği sonucuna varılmaktadır.”¹³²

ii-İntihar Vakıalarında Zarar Görenin Davranışının (Kusurunun) Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği gibi, bünyesel zayıflık, ruhsal eğilimleri de kapsamaktadır. Bu nedenle intihar olayları da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bazı kişiler doğuştan intihar eğilimine sahiptir ve bu durum, bazen intiharın tek sebebi olabilmektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda, kişinin eğilimi belirli koşullarla birleşerek intihara yol açmaktadır. Örneğin askeriye, hapishane, karakol vb gibi yerlerdeki, olumsuz ve zorlayıcı koşullar, hizmetin kötü işlemesi gibi durumlar da intihar düşüncesini

¹³¹ Dan. İDDK., E. 2011/1165 K. 2014/1786 T. 22.4.2014. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 20.07.2022.

¹³² Dan. İDDK., E. 2007/1884 K. 2011/88 T. 24.02.2011 sayılı kararın karşı oyu. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 20.07.2022.

tetikleyebilmekte veya kişinin bu yönde düşünmesine zemin hazırlayabilmektedir. Bu tür durumlarda, idarenin faaliyeti ile zarar görenin intiharı arasındaki ilişkiyi doğru şekilde değerlendirmek büyük önem taşımaktadır. Yapılacak incelemede, somut olayın özellikleri ortaya konularak, intihar eğiliminin yalnızca zarar görenin bünyesel zayıflığından mı kaynaklandığı yoksa idarenin de bunun ortaya çıkmasında payının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Nitekim AYM, Danıştay ve Mülga AYİM kararlarında da benzer yaklaşım benimsenmiştir. Kararlarda, intiharın meydana gelmesinde idarenin hizmet kusuru varsa müterafik kusur da gözetilerek idare, zarardan sorumlu tutulmaktadır.

-AYİM, intihar vakıalarına genel yaklaşımını şu şekilde açıklamaktadır:

“Normal koşullarda mahkemenizin yerleşmiş uygulamalarına göre intihar eylemi sonucunda meydana gelen ölüm olaylarında idarenin sorumluluğu, dolayısıyla da tazmin yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Ancak intihar eyleminin gerçekleşmesine bazı durumlarda idarenin ajanlarının kusurlu davranışları ile katkıda bulundukları, intihar kararının verilmesinde etkili oldukları (Dayak, hakaret, kötü muamele v.s) hallerde veya intihar eyleminin vuku bulacağına aleni olarak bilinmesine rağmen bunun önüne geçebilecek yeterli tedbirlerin alınmaması durumlarında idarenin ölüm olayından sorumlu tutulduğu, hizmet kusurunun varlığı sebebiyle idare aleyhine tazminata hükmedilmesinin gerekliliği de izahtan varestedir.”¹³³

Dolayısıyla AYİM’e göre idare, intihar sebebiyle doğacak zararlardan kural olarak sorumlu değildir ancak idare tarafından gereken tedbirleri alınmadığı ve ajanların kusurlu davranışlarının intihara katkıda bulunduğu durumlarda idarenin sorumluluğu doğacaktır.

-AYİM, bir kararında, yanında bir asker arkadaşının öldürülmesi olayının etkisi ile asabi şoka girdiği ve akabinde felç geçirdiği anlaşılan erin zararına, hizmetin içinden gelen etkenlerin neden olmadığını, zararlı sonucun tamamen davacıda mevcut bünyesel rahatsızlıktan kaynaklandığını dolayısıyla zararlı sonuç ile idarenin davranışı arasında illiyet bağı bulunmadığını belirterek açılan davayı reddetmiştir.¹³⁴

-AYİM, açılan bir davayı, yargılama esnasında alınan rapordaki “müntehirin daha önceden psikiyatrik bir rahatsızlığının (Distimik Bozukluk) olduğu, bu

¹³³ AYİM 2. D., T. 6.10.2010, E. 2009/1305, K. 2010/1084. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.06.2022.

¹³⁴ AYİM 2.D., T. 16.5.2001, E.1999/851, K. 2001/422, **AYİMD**, S.16, s. 666.

*rahatsızlığın intihar düşüncelerine yol açabildiği, bunun bünyesel bir durum olduğu, askerliğin buna neden olmamakla birlikte stres sıkıntısını arttırabildiği” şeklindeki tıbbi kanaati esas alarak başka bulguya rastlanmayan intihar olayı ile ilgili tazminat istemini reddetmiştir.*¹³⁵

-AYİM; ölen nişanlısını unutamadığı için bunalıma girip kendisini vurduğunu ölmeden önce ifade eden erin¹³⁶, tartıştığı arkadaşı ile arasında geçen olayın bölüm komutanına intikalinden sonra üzüntüye kapılarak intihar eden erin¹³⁷, kız arkadaşı ile yaşadığı problem nedeniyle bunalıma girip nöbet yerinde intihar eden erin¹³⁸ yakınları tarafından açılan davaları reddetmiştir.

Bu kararların aksine bazı kararlarda ise idarenin intihar olaylarından sorumluluğu kabul edilmektedir.

-Örneğin, “silahlı görev yapmaması uygundur” kararı verilen müteveffaya koğuş ve silahlık nöbeti yazılmış, bu görevden istifade ederek silahlığa giren müteveffa ise silah alarak kendisini vurmuştur. Bunun üzerine açılan davada AYİM, davacılar yakınının intihara meyilli olabileceğini ve silah verilmemesini gerektirecek boyutta bir psikolojik rahatsızlığı olduğunun tespit edilmesine rağmen, silahlık nöbeti yazılması suretiyle ajanların hizmeti yürütmede zafiyet göstermesi sonucu meydana gelen intiharda, idarenin de sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir.¹³⁹

- Bir diğer karara konu olayda, davacıların yakını olan erin, hastane raporuyla, birliğinden refakatli olarak hava hastanesi psikiyatri kliniğine sevkine karar verildiği günün gecesinde, denize atlayarak intihar ettiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine açılan davada, AYİM, müteveffanın birliğince intibak eğitimine alınması, eğitim sırasında yanında nezaretçi bulundurulmaksızın eğitim yerini terk etmesine izin verilmesi

¹³⁵ AYİM 2.D., 8.10.2008, 293/967. Aktaran Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s. 620. Benzeri yönde, AYİM 2. D., T. 02.05.2001, E. 2001/854 K. 2001/426 sayılı kararda, psikolojik rahatsızlığı hizmetteki baskıdan değil bünyesel olduğu belirlenen ve askerliğe elverişsiz bulunan erin açtığı dava reddedilmiştir. Aktaran: Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s. 609.

¹³⁶ AYİM 2. D., T. 25.04.2001, E. 2000/550, K. 2001/423. Aktaran: Işıklar, “AYİM Kararlarında”, s. 620.

¹³⁷ AYİM 2. D., T. 16.10.2002, E. 2002/718, K. 2002/816. Aktaran: Işıklar “AYİM Kararlarında” s. 620.

¹³⁸ AYİM 2. D., T. 2.10.2002, E. 2002/597, K. 2002/7732. Aktaran: Işıklar “AYİM Kararlarında..” s. 620.

¹³⁹ AYİM 2. D., T. 14.10.2008, E. 2007/921, K. 2008/1002, **AYİMD**, S. 24, 2009.

hususları birlikte değerlendirildiğinde, hizmetin iyi işlemediği sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte, ölüm olayına müntehirin eylemi sebep olduğundan müterafik kusur değerlendirmesi yapılmıştır.¹⁴⁰

-AYİM tarafından, bir astsubay tarafından küfredilip arkadaşlarının önünde tekme, tokat ve yumrukla dövülüp başı askeri aracın kasasına çarpılan, hakarete maruz kalan, bu onur kırıcı davranışların etkisiyle intihar eden erin ölümünde¹⁴¹, intihar ettiği gün ve öncesinde, üstlerince müteaddit defa müessir fiile maruz kalan, spor ve atıştaki başarısızlığı nedeniyle bölük önünde kendisine yuh çektirilen, bu nedenle bunalıma girerek nöbet sırasında intihar eden erin ölümünde¹⁴², astsubayın dövmesi sonucu erin hayatına son vermesinde¹⁴³, müteveffanın izin tecavüzü durumunda iken muhafızlı olarak birliğine sevki sırasında yolda intiharının müteveffanın kendi eylemi dışında muhafız jandarma personelinin suç teşkil eden emre itaatsizlikte ısrar ve görevi ihmallerinden de kaynaklandığı anlaşılan olayda¹⁴⁴, zarar görenlerin kusuru ile birlikte, ajanları idarenin yürüttüğü hizmetten ayırmanın mümkün olmadığı, zira intihara sebep olan ajanın yürütülen hizmetin bir parçası olduğu, bunun hizmetin yapısından kaynaklandığı, bu durumda askerî birlikteki hizmetin iyi işlemediği, ajanların yeterince eğitilemediği, tam olarak denetlenemediği gibi gerekçelerle idarenin hizmet kusurunun olduğuna karar verilmiştir.¹⁴⁵

Danıştay'ın bu konuda verdiği kararlara bakıldığında ise,

-Örneğin bir karara konu olayda, intihar girişimi sonrası hastane acil servisinde gerekli cerrahi müdahale yapılarak taburcu edilen ve aynı zamanda Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi'ne sevk edilen şahıs, aynı gün intihar ederek hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine açılan davada, idare mahkemesi, davalı idareye atfedilebilir bir kusur bulunmadığı sonucuna varmış ve davacıların maddi ile manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde, müteveffanın ilgili doktor tarafından sosyal hizmet uzmanı veya psikiyatri uzmanına sevk edilmemesi varsayılsa

¹⁴⁰ AYİM 2. D., T. 27.10.2004, E. 2004/128, K. 2004/798. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

¹⁴¹ AYİM 2. D., T. 15.11.2000, E. 1998/316, K. 2000/847. Aktaran: Işıklar "AYİM Kararlarında" s. 618.

¹⁴² AYİM 2.D., T. 5.4.2000, E. 1998/268, K. 2000/425. Aktaran: Işıklar "AYİM Kararlarında" s. 618.

¹⁴³ AYİM 2.D., T. 5.04.2000, E.1998/268, K.2000/425, **AYİMD**, S. 15, s.952.

¹⁴⁴ AYİM 2.D., T. 4.6.2004, E.2000/694, K.2004/553, **AYİMD**, S. 20, s.1114.

¹⁴⁵ Işıklar, "AYİM Kararlarında" s. 618.

bile, bu fiil ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının kurulamayacağı, yani sevk edilmemesinin doğal sonucu olarak intiharın meydana gelmediği; dolayısıyla fiil ile sonuç arasında illiyet bağı bulunmayan zararlı neticeden davalı idarenin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Karar, Danıştay tarafından onanmıştır.¹⁴⁶

- Başka bir karara konu olayda, davacılar yakını, yaptırdığı HIV testinin pozitif çıktığını öğrenmiş ve bir mektup bırakarak intihar etmiştir. Yapılan doğrulama testinin sonucunun, müntehirin ölümünden sonra negatif olduğu anlaşılmıştır. Açılan dava, idare mahkemesi tarafından ölüm ve zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bununla birlikte Danıştay, laboratuvar teknisyeni tarafından mevzuata aykırı biçimde doğrulama testi yapılmadan testin pozitif olarak açıklanmasının, davacılar yakınının intiharında etkili olduğunu; olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının intiharında idarenin ağır hizmet kusurunun etkisinin bulunduğunu; dolayısıyla zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağının mevcut olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁷

Görüldüğü üzere, aynı intihar olgusu idare mahkemesi kararında somut olayın şartları dikkate alınarak idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağını kesmiş sayılırken Danıştay kararında idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle müterafik kusur indirimi dahi uygulanmamıştır. Kanaatimizce, burada Danıştay'ın değerlendirmesi daha isabetlidir.

-Danıştay'ın diğer bir kararına konu olayda, davacıların yakını nezarethanede intihar etmiştir. Bu sebeple uğranılan zararların tazmini talebiyle dava açılmıştır. İdare mahkemesi, davalı idarenin nezarethane içini gösteren kamera düzeneğinin kontrole yeter ve uygun şekilde takılmaması, güvenlik görevlisince nezarethane içerisinin uygun zaman aralığında kontrol edilmemesi sebebiyle olayda hizmet kusurunun bulunduğuna, müteveffanın ise kendisine kanunlara uygun şekilde verilen korunma amaçlı battaniyeyi sökmek suretiyle ası aleti haline getirerek intiharı gerçekleştirdiği

¹⁴⁶ Dan. 10. D., T. 21.9.2020 E. 2019/6366, K. 2020/3081. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 25.06.2022.

¹⁴⁷ Dan. 10. D., T. 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526. Karar içeriğinde, Danıştay, hastanede yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, ilgili mevzuat gereğince, doğrulama testi yapılmadan, davacıların yakını da dâhil olmak üzere hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerektiğini belirtmiştir. (Çevrimiçi), www.lexpera.com, 25.06.2022.

dolayısıyla asli kusurun müteveffaya ait olduğuna, davalı idarenin ise olayda ikincil derecede daha hafif kusurunun bulunduğu gerekçesiyle uğranılan zararda müterafik kusur nedeniyle takdiren 3/4 oranında indirim yapılarak maddi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar, Danıştay tarafından onanmıştır.¹⁴⁸

(2)-Tedaviyi Ret, Zarar Görenin Davranışı (Kusuru) Olarak Değerlendirilebilir Mi?

Yukarıda izah edildiği üzere, zarar görenin kusurunun görünüm biçimlerinden biri, zarar görenin zararı arttırmasıdır. Zararı arttırma şeklinde gerçekleşen zarar görenin davranışının en yaygın görüldüğü durumlardan biri, bedensel zararlardır. Örneğin, kişinin zarar gördükten sonra, tedavisini geciktirmesi veya aksatması zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak doktrinde, tedaviyi ret hakkının, özellikle Anayasa'nın 17/2. Maddesi¹⁴⁹ ile korunduğu da göz önüne alındığında, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilip değindirilemeyeceği tartışmalıdır.¹⁵⁰ Bu konuda doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır.¹⁵¹ Birinci görüşe göre, tedaviyi reddetme, hiçbir şekilde zarar görenin kusuru olarak kabul edilemez.¹⁵² İkinci görüşe göre tedaviyi ret hakkı, anayasal koruma altındadır ve mutlak olarak tanınır ancak bu hale istisnalar tanınabilir ve istisnai durumlarda zarar görenin kusurlu olduğu değerlendirilebilir.¹⁵³ Üçüncü görüşe göre ise kişinin gerekli tıbbi yardımı almaması kişisel nedenlerden kaynaklanıyorsa bu sebepler dikkate alınmamalı ve bu durum zarar görenin kusuru olarak değerlendirilmez.¹⁵⁴

Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesi, doktrindeki ikinci görüşle aynı yöndedir. Yargıtay, bu konuyu şu şekilde değerlendirmiştir:

“Zararın ve dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde, mağdurun çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak bir ameliyata ya da tedaviye rıza gösterip göstermemesi

¹⁴⁸ Dan.10. D., E. 2018/2679 K. 2020/5299 T. 24.11.2020. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

¹⁴⁹ “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

¹⁵⁰ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 217.

¹⁵¹ a.e., s. 218.

¹⁵² a.e., 218;

¹⁵³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 112 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 288-289.

¹⁵⁴ Marcroft v. Scruttons (1954) 1 Lloyd’s Rep. 395 CA; Harvey McGregor, **On Damages**, 18. bs., London, 2009, N. 7-059. Aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 221.

yönü, özellikle göz önünde tutulması gereken bir husustur. Ancak mağdurun rıza göstermesinin beklenebilmesi için a) Ameliyatın tehlikeli olmaması, b) Ameliyatın çok ızdırıp verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonunda iyileşmesinin kuvvetle umulur ve beklenir olması, d) Özellikle de, ameliyat giderlerinin sorumlu kişi tarafından önceden ödenmiş bulunması, şarttır.”¹⁵⁵

Yaptığımız karar incelemelerinde, Danıştay’ın bu durumu, zarar görenin kusuru çerçevesinde tartıştığı bir karara rastlayamadık. Ancak Danıştay’ın bir kararından anlaşıldığı kadarıyla, idare mahkemesi, müteveffanın bazı tetkik ve tahlilleri kabul etmediğini ve yaptırmadığını dikkate alarak, ölümle sonuçlanan olayda müteveffanın %50 oranında müterafik kusurlu olduğu sonucuna varmıştır.¹⁵⁶ Danıştay, konuya ilişkin verdiği bozma kararında, bu gerekçe yönünden bir değerlendirme yapmamış, kararı usuli eksiklikler sebebiyle bozmuştur.¹⁵⁷

Kanaatimizce konuya ilişkin Anayasa hükmü ve diğer yasal düzenlemeler gözetildiğinde, herhangi bir kimse bir tedaviye zorlanamaz. Ancak kişi, kendisi için makul, tehlike arz etmeyen, iyileşme şansının yüksek olduğu bir tedaviyi reddederse, bunun olumsuz sonuçlarına kendisi katlanmalıdır.¹⁵⁸ Bu duruma, zarar verenin katlanmasını beklemek hakkaniyetli olmayacaktır. Bu konuda, Yargıtay’ın öğretiyeye atıfla benimsediği şartlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Yargıtay tarafından benimsenen yaklaşıma göre, zarar görenin tedaviyi kabul etmesinin kendisinden beklenebilir olması için; tedavinin tehlikeli olmaması, tedavi sürecinin çok ızdırıp

¹⁵⁵ Yar. 4. HD., T. 18.09.1979, E. 1979/5480, K. 1979/9818. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 17.06.2022.

¹⁵⁶ İdare Mahkemesi: “Dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; Adli Tıp Kurumu raporunda, şiş saplanması sonucu yaralanarak Aralık Devlet Hastanesi’ne kaldırılan ve burdan da İğdır Devlet Hastanesi’ne sevk edilen müteveffa ...’a uygulanan tedavilerde, pratisyen hekim Dr. ... tarafından delici alet yaralanması öyküsü ile getirilen hastanın genel cerrahi uzmanı ile zamanında konsülte edilmemiş olduğu, vital bulguların (tansiyon, nabız) takibinin uygun ve sık aralıklarla yapılmamış olduğu, tıbbi takip ve tedavi kayıtlarının yapılmamış olduğu, pratisyen hekimin uygulamalarının tıp kurallarına uygun olmadığı ve kusurlu olduğu, kişinin ölümüne neden olan yaralanmanın niteliği ve ağırlığı dikkate alındığında zamanında tanı konularak tedavisine başlanılmış olması halinde de kurtulması kesin olmadığından, hekimin kusurlu eylemi ile ölüm arasında kesin bir illiyet bağı kurulamayacağı, sağlık personeline atfı kabil kusur bulunmadığı yönünde verilen görüşe istinaden, İdare Mahkemesi’nce yapılan yargılamada, bilirkişi raporundaki açıklamanın davalı idarenin olayda kusursuz olduğu sonucunu doğurmayacağı, zamanında tanı konularak kişinin tedavisine başlanması halinde kişinin kurtarılma olasılığının %50 olarak kabulü gerektiğinden idarenin hizmet kusuru bulunduğu, öte yandan davacının oğlu müteveffa ...’ın yapılması gerekli olan bazı tetkik ve tahlilleri kabul etmediği ve yaptırmadığı da dikkate alındığında, ölümüyle sonuçlanan olayda %50 oranında müterafik kusurlu bulunduğu sonucuna varılarak; taleple bağlı kalınarak ortaya çıkan zararın davalı idarece kusuru nispetinde tazmini gerektiğine karar verildiği anlaşılmaktadır.” demiştir.

¹⁵⁷ Dan. 10. D., E. 2019/6859, K. 2021/1748, T. 12.4.2021. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 19.06.2022.

¹⁵⁸ Kurt, **Zararı Azaltma Külfeti**, s. 786.

verici olmaması, mağdurun tedavi sonunda iyileşmesinin kuvvetle umulur ve beklenir olması gerekmektedir.

(3)- Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Zarar görenin kusuru, destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan kişiler bakımından da dikkate alınmaktadır. Zarar gören kişinin vefatı üzerine yakınları tarafından talep edilecek tazminatlarda, zarar görenin kusuru nispetinde tazminattan indirim yapılmaktadır. Yansıma zarar taleplerinde ise zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru olarak nitelendirilebilmektedir.¹⁵⁹ Destekten yoksun kalan kişi, zararın doğumunda bizzat kusurlu ise o halde de müterafik kusur değerlendirilecektir. Örneğin, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun vefatından dolayı anne ve babanın kusuru olması halinde, bu durum doğrudan indirim sebebi yapılmalıdır. Danıştay da bu durumu, kararlarında bu yönde değerlendirmektedir.¹⁶⁰

Özel hukuk doktrininde, destekten yoksun kalan davacıların zararı arttırmamak için gerekli önlemleri almamasının da kusur olarak değerlendirilebileceği ve bu durumda değerlendirmenin, kişilerin önceki yaşam standartları gözetilerek yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶¹ Örneğin, bir eşin desteğin vefatından önce çalışmadığı durumda, zararı arttırmama külfeti çerçevesinde desteğin vefatı sebebiyle eşten çalışmasının beklenemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁶² Bu konudaki ölçüt, dürüstlük kuralıdır.¹⁶³

Danıştay tarafından ölen kişinin kusuru, destekten yoksun kalma tazminatında indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir. Zararın arttırılmaması için desteğin

¹⁵⁹ Werro, **a.g.e.**, N. 1229. Aktaran Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 234.

¹⁶⁰ Dan. 10. D., E. 2018/614 K. 2018/2191 T. 26.6.2018 sayılı kararda: “... Diğer taraftan, davacılar tarafından adli yargıda açılan tazminat davasında, (...) Mahkemesinin (...) dosyasında ölen kişi ile polis memurunun kusur oranlarının belirlenmesi amacıyla yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen (...) bilirkişi raporunda, ölen K5'ın olayda %30 oranında, polis memuru K2'in ise %70 oranında kusurlu olduğu belirlenmiş ise de, idare mahkemesince karara esas alınan (...) bilirkişi raporunda (5. sayfa) "dava konusu olayda hizmet kusuruna dayanılmış olduğundan tam kusur üzerinden hareket edildiği" belirtilerek idarenin %100 kusurlu olduğu kabul edilmiş, ölenin kusuru dikkate alınarak %30 oranında müterafik kusur indirimi yapılmamış olması hukuka aykırı bulunmaktadır.” (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

¹⁶¹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 237.

¹⁶² Achтары, **a.g.e.**, N. 840. Aktaran: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 237.

¹⁶³ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 238.

yakınlarından bu yönde bir tedbirin beklendiğine ilişkin Danıştay kararına rastlayamadık. Zararın artmaması için, destekten, bu yönde bir tedbir beklenmesine bir engel yoktur ancak kanaatimizce davacılar beklenene makul önlemler, çok geniş yorumlanmamalıdır.

c-Mala Verilen Zararların Tazminine Zarar Görenin Kusurunun Etkisi

Mala verilen zararlarda, zarar görenin kusuru, oranı nispetinde tazminattan indirim sebebidir. Zarar görenin kusuru, zararın ortaya çıkmasına veya artmasına yardım şeklinde ortaya çıkabilir.

-Örneğin, davacıların taşınmazı üzerinde bulunan meyve ağaçlarının, sulama kanalındaki su akışının kesilmesi sonucunda kuruyarak zarar görmesi üzerine açılan dava, idare mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Danıştay ise kararı şu gerekçelerle, bozulmuştur:

“Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri uyarınca sulama tesislerini kurmanın ve işletilmelerini sağlamanın davalı idarenin görevinde bulunduğu açık olup, sulama kanalındaki su akışının kesilmesi sonucunda davacıların meyve ağaçlarının kuruyarak zarar gördüğü, davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu iddiası karşısında, Mahkemece, ... Sulh Hukuk Mahkemesinin meydana gelen zarar tutarının ve taşınmaz durumunun tespitine ilişkin sunulan bilirkişi raporlarıyla yetinilmeyerek uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için; davacıların taşınmazının, akışı kesilen sulama kanalından istifade edip etmediği, davacılar ile ilgili Kurum arasında mezkur sulama kanalından istifade etme hususunda sözleşme yapılıp yapılmadığı, sulama kanalında su akışının kesilmesinden sonra sulama talebi ile davalı idareye başvuru yapılıp yapılmadığı, başvuruda bulunulmuş ise davalı idareye cevap verilip verilmediği; diğer bir ifadeyle gelişen sorunun yetkililere resmi olarak iletilmesi ve çözüm istenmesinin en doğal yol olacağı, bu noktadan hareketle davacıların, bu sorunu yetkililere resmi kanallardan zamanında ileterek çözüm bulunmasını ve tedbir alınmasını talep edip etmediği, zararın meydana gelmesinde veya zararın artmasında davacıların ihmal veya kusurunun bulunup bulunmadığı, aynı sulama kanalından istifade eden emsal taşınmazlarda, sulama kanalındaki su akışının kesilmesinden sonra motopomplar vb. yöntemler uygulanarak sulama yapılıp yapılmadığı, davacıların taşınmazının bu yöntemler uygulanarak sulama imkanının bulunup bulunmadığı, su akışının hangi tarihte kesildiği ve davacıların taşınmazındaki ürün ve ağaçların hangi tarihten itibaren kurumaya başladığı hususlarının araştırılarak tazminat istemi hakkında bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucunda verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”¹⁶⁴

¹⁶⁴ Dan. 10. D., T. 20.9.2021, E. 2016/11999, K. 2021/4115. Aynı yönde: Dan. 10. D., E. 2016/1614, K. 2021/4116, T. 20.9.2021. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 17.06.2022.

Bu kararda, Danıştay, davacının ağaçlarının sulama sorununu için çözüm arayıp aramadığının irdelenmesi gerektiği belirtilerek, kusur değerlendirilmesi yapılmadan karar verilmesini eleştirilmiştir. Kanaatimizce idare mahkemesinin bu araştırmayı yapmadan eksik incelemeyle karar vermesi hatalıdır ancak Danıştay'ın araştırılmasını istediği hususlara bakıldığında da davacıdan beklenen önlemlerin geniş kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.

Danıştay'ın başka bir kararında, şu şekilde karar verilmiştir:

“Bakılan uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince, taşkınının neden olduğu hasar durumunun ve hangi idarelerin hangi oranda kusurlu olduğunun tesbitinin olay tarihinden sonra ve şu anki durumu ile tesbitinin güç olması, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasının uyuşmazlığın çözümüne bir katkı sağlamayacağı ve dosyadaki bilgilere göre değerlendirilme yapılması gerektiği belirtilerek, olayda gerekli ıslah çalışmalarını yapmayan ve menfezlerin denetimini yapmayan DSİ Genel Müdürlüğü'nün, ıslah çalışmaları yapılmadan bu alanı iskana açarak yerleşime müsaade eden ve dere üzerini kapatarak yol olarak kullanımını sağlayan Kuşadası Belediyesi'nin, yağmur sularının tahliyesini ve bir yerde toplanmasını sağlamayan Aydın Büyükşehir Belediyesi ile Aydın Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün sorumluluklarının bulunduğundan bahisle davacıların maddi tazminat istemlerinin kısmen kabulü ile (...) davalı idareler tarafından müteselsilen davacılara ödenmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat ile davacı ... için talep edilen manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Ancak, davalılardan DSİ Genel Müdürlüğü'nce, dereye kendileri dışında başka bir idare tarafından menfez yerleştirmek suretiyle müdahalede bulunulduğu ve davacılar tarafından imar planında yeşil alan olarak gösterilen yerin bahçe olarak kullanıldığı, zararın artmasında davacıların da etkisinin olduğu yönünde iddiaların öne sürüldüğü görülmektedir.

Bu durumda, davalı idarenin söz konusu iddialarının değerlendirilmesi ve konunun özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle, Bölge İdare Mahkemesince davalı idarelerin ve varsa davacıların müterafik kusurlarının tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerektiği açıktır.”¹⁶⁵

Danıştay, bu kararında da zarar görenin zararı artmasına katkısının bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerekli görmüştür. Biz de bu karara katılmaktayız.

2- Manevi Tazminata Zarar Görenin Kusurunun Etkisi

Danıştay, manevi tazminata ilişkin değerlendirmesini genellikle şu şekilde yapmaktadır:

“Manevi tazminat, mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı

¹⁶⁵ Dan. 10. D., T. 6.1.2021, E. 2019/658 K. 2021/14. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 30.06.2022.

kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline veya ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır.”¹⁶⁶

Zarar görenin kusuru, maddi tazminatın belirlenmesinde dikkate alındığı gibi, manevi tazminatın belirlenmesinde de göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki maddi tazminat hesaplanırken, manevi tazminat ise takdir edilmektedir.¹⁶⁷ Manevi tazminatı, mahkeme takdir eder. Bu sebeple de zarar görenin kusurunun, maddi ve manevi tazminat üzerinde etkili olma biçimi birbirinden farklıdır.

Danıştay’a göre, zarar görenin kusur oranı, davacılar tarafından talep edilen tazminat miktarına göre değil hâkim tarafından takdir edilen manevi tazminat miktarına uygulanarak dikkate alınmaktadır. Danıştay, bu durumu kararlarında şu şekilde izah etmektedir:

“...Dava konusu olayda olduğu gibi müterafik kusurun bulunduğu durumlarda ise, mahkemelerce, idarenin kusur oranı, davacıların talep ettiği tazminat miktarına değil, mahkemece takdir edilen tazminat miktarına uygulanarak hükmedilecek manevi tazminat miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, mahkemelerce takdir edilen manevi tazminat miktarının davacıların talep ettiği miktardan fazla olması halinde, takdir edilen miktara idarenin kusur oranının uygulanması durumunda, davacıların talep ettiği manevi tazminat miktarının tamamına dahi hükmedilmesine olanak bulunmaktadır.”¹⁶⁸

Gözler, Danıştay’ın bir kararına¹⁶⁹ atıfla manevi tazminatta zarar görenin kusuru oranında indirim yapılmayacağını ifade etmiştir.¹⁷⁰ İlgili kararının özetinde, “Manevi tazminata hükmedilirken kusur oranında indirim yapılması gerekmez.” denilmektedir. Kanaatimizce, karar içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla manevi tazminatta müterafik kusur indirimi yapılamayacağı sonucu çıkmamaktadır. Danıştay 10. Dairesi’nin yukarıda atıfta bulunduğumuz yöndeki kararları da gözetildiğinde,

¹⁶⁶ Dan. 10. D., T. 23.11.2020, E. 2019/6503, K. 2020/5269. (Çevrimiçi), www.danistay.gov.tr, 17.06.2022.

¹⁶⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1412.

¹⁶⁸ Dan. 10. D., T. 25.11.2021, E. 2016/2564, K. 2021/5829. Aynı yönde: 10. D., T. 18.4.2016, E. 2016/97, K. 2016/2054; 10. D., T. 9.2.2011, E. 2007/6868, K. 2011/537. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 17.06.2022.

¹⁶⁹ Dan. 10. D., T. 8.10.1996, E. 1995/1508, K. 1996/5887. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 17.06.2022.

¹⁷⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1401.

Danıştay tarafından olayda muhtemelen yukarıdaki durumlara örnek bir durum olduğu ve talep edilen tazminat miktarına indirim uygulanmasının hakkaniyetli olmayacağı düşünüldüğünden, bu yönde karar verildiği kanaatindeyiz. Çünkü Danıştay tarafından verilen birçok kararda, manevi tazminatta zarar görenin kusuru oranında, tazminattan indirim yapılması gerektiği belirtilmektedir.

AYİM kararlarında ise manevi tazminat, müterafik kusur göz önüne alarak takdir edilmekte ve takdir edilen tazminata kusur oranını uygulanmamaktadır:

“Davacının olay nedeniyle duyduğu ve ömürboyu duyacağı acı ve ıstırapı “kısmen de olsa karşılayabilmek amacıyla, olayın meydana geliş şekli, davacının askerlik statüsü, paranın alım gücü, işleyecek yasal faiz ve müterafik kusuru dikkate alınarak uygun miktarda manevi tazminat verilmesine hükmedilmiştir.”¹⁷¹

Yargıtay’ın uygulamasına bakıldığında ise manevi tazminatta müterafik kusur indiriminin kabul edildiği görülmektedir. Ancak Yargıtay’ın uygulaması, Danıştay’ın uygulamasından farklıdır. Yargıtay, manevi tazminatta kusur indiriminin, talep edilen miktar üzerinden ve matematiksel olmayacak şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, Yargıtay’ın bir karardaki değerlendirmeleri şu şekildedir:

“Davacılar dava dilekçesinde, davalı yanın tam kusurlu olduğunu belirterek istemde bulunmuşlardır. Yapılan yargılama sonucunda davacıların desteğinin %75 , davalı sürücünün ise %25 oranında kusurlu olduğu belirlenmiştir.

Davacılar tam kusura dayanarak istekte bulunduğuna ve davalının da bölüşük kusurlu olduğu anlaşıldığına göre, davacı ...’ın manevi tazminat isteminin aynen kabul edilmiş olması doğru değildir.

Bu nedenle istenen miktardan matematiksel olmamak üzere uygun bir indirim yapılmamış olması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”¹⁷²

Yargıtay, aynı yönde verdiği başka bir kararda, şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Ceza mahkemesince verilen ve kesinleşen kararda, olayın meydana gelmesinde davacının .../... oranında müterafik kusuru olduğu kabul edilerek haksız tahrik indirimi yapılmasına rağmen, davacı taraf lehine verilen maddi ve manevi tazminatlardan indirim yapılmaması doğru görülmemiştir. Şu halde, kararın temyiz eden davalı yararına, maddi tazminat açısından haksız tahrik oranında ve manevi

¹⁷¹ AYİM 2. D., E. 2009/667, K. 2011/1462, T. 30.11.201; Aynı yönde: AYİM 2. D. T. 22.10.2008, E. 2006/1352, K. 2008/1043; AYİM 2. D. T. 15.10.2008, E. 2007/263, K. 2008/1059. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 30.06.2022.

¹⁷² Yar. 4. HD., T. 13.3.2012, E. 2011/587, K. 2012/4030. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 30.06.2022.

tazminat açısından da matematiksel oranda olmamak üzere uygun bir miktar indirim yapılarak karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.”¹⁷³

Özel hukuk doktrininde, zarar görenin kusurunun manevi zararda uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olduğu belirtilmektedir.¹⁷⁴ Doktrindeki baskın görüş, zarar görenin kusurunun manevi tazminatta göz önüne bulundurulacağı yönündedir.¹⁷⁵

Kanaatimizce, bu konuda Danıştay’ın uygulaması yerindedir. Manevi tazminat belirlenirken, talep edilen bedele kusur indirimi uygulamak yerine, mahkeme tarafından takdir edilen bedele kusur indirimi uygulamak daha adaletlidir. Zira maddi tazminat talepleri ıslahla arttırılabilirken, manevi tazminatta kural olarak ıslahla artırım kabul edilmemektedir. Bu durumun sonucu olarak, hâkim tarafından olayın değerlendirmesi sonucunda takdir edilen manevi tazminatın talep edilen tutarla aynı olması ya da daha yüksek olması halinde, taleple bağlı kalınarak tazminata hükmedilmesi mümkündür.

B-DANIŞTAY KARARLARINDA, ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİNDE KUSUR ORANI ÖLÇÜTÜ SORUNU

Zarar görenin kusuru bakımından önemli konulardan biri de tarafların kusur oranlarının belirlenmesidir. Hâkim, kusur oranını doğrudan kendi takdir edebileceği gibi kusur oranının takdiri için uzman bilirkişilerden görüş de alabilir. Hâkim, her durumda bu görüşlerle bağlı olmayıp, serbestçe takdirde bulunabilir.¹⁷⁶ Bununla birlikte, hâkimin, kusur oranının takdir ederken dayandığı makul gerekçeleri ortaya koyması gerekmektedir.

Bu konuda, Yargıtay ve Danıştay’ın içtihadı farklıdır. Adli yargı uygulamasında, özellikle trafik ve iş kazaları ile hekimin kusurunun tespitine ilişkin olaylarda olmak üzere, kusur oranı, bilirkişi raporlarıyla tespit ettirilmektedir.¹⁷⁷

¹⁷³ Yar. 4. HD., T. 3.12.2013, E. 2013/1092 K. 2013/18990. Aynı yönde: 4. HD., T. 15.10.2014, E. 2013/18655 K. 2014/13059. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 30.06.2022.

¹⁷⁴ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 240.

¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C. II, s. 266; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 240.

¹⁷⁶ Adli Kısagün, “Müterafik Kusur”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 19, S. 1, 1962, s. 11; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 95. Yargıtay’ın uygulaması ise aksi yöndedir.

¹⁷⁷ Tiftik, **Maddi Tazminat**, s. 134; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 95.

Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.¹⁷⁸ Özel hukuk doktrinde, karara gerekçe olarak bilirkişi raporlarının dayanak alınması eleştirilmekte; bu hallerde, bilirkişilerin takdir yetkisinin, hâkimin takdir yetkisinin yerine geçmesine sebep olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁹

Danıştay ve Mülga AYİM, bazı hallerde kusur oranını re'sen takdir etmektedir. Teknik konularda ise alınan bilirkişi raporlarındaki kusur oranları hükme esas alınabilmektedir. Bu durum, hukuk mantığı bakımından kabul edilebilir olsa da bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Danıştay kararlarında görülebilmektedir. Danıştay, zarar görenin kusur oranını re'sen takdir ettiği hallerde, zararın meydana gelmesinde yalnızca zarar veren idare ve zarar gören kişinin kusuru varsa genellikle %50 oranında kusur paylaşımı yapmaktadır. Ancak benzer olaylara ilişkin farklı kusur oranları tespit edilerek verilen kararlar da Danıştay tarafından onanabilmektedir. Bu farklı oran tespiti, bazen bilirkişi raporlarından bazen de karar veren hâkimin takdir yetkisinden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce bu durum, eşitlik ilkesini zedeleyebilecek niteliktedir. Bununla birlikte, kararlarda genellikle uygulanan %50 oranındaki kusur formülünün, her olay bakımından uygun olmadığı kanaatindeyiz.

1- Danıştay'ın %50 Kusur Paylaşım Formülünü Kullandığı Karar Örnekleri

- Örneğin, davacıların yakınının, su kanalına düşerek vefat etmesi üzerine açılan davada, idare mahkemesince ölüm olayının meydana gelmesinde davalı Erciş Belediyesi ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü yanında ebeveynlerin de %50 oranında müterafik kusurları bulunduğu kabul edilerek karar verilmiştir. Danıştay, kararı, bu yönden onamıştır.¹⁸⁰ Karşı oyda ise olay tarihinde vefat eden çocuğun 2 yaş 7 aylık olduğu ve olay sırasında anne ve babanın evde olduğu, evin etrafının 1.20 cm

¹⁷⁸ Örneğin, 4. HD., E. 2012/15690 K. 2013/11807 T. 18.06.2013 kararda mahkemenin kusur oranını resen takdirinin olaya uygun düşmediği, alınan bilirkişi raporundaki kusur oranının ise yerinde olduğuna karar verilmiştir.

¹⁷⁹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 95.

¹⁸⁰ Dan. 10. D., T. 6.1.2021, E. 2015/3477, K. 2021/13. Aynı yönde: Dan. 10. D., T. 21/06/2021, E. 2017/2632, K. 2021/3457: Müteveffanın olay tarihinde üç yaşında olduğu, olayın meydana gelmesinde gözetim ve denetim sorumluluğunu gereğince yerine getirmeyen davacı anne ve babanın da kusuru bulunduğu, bu davacıların 1/2 oranında müterafik kusurunun bulunduğu sonucuna varılmış, Danıştay'ca da karar onanmıştır. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 26.06.2022.

uzunluğunda duvarla çevrili olduğu ve bahçe kapısı yapılmak suretiyle güvenlik önlemi alan ebeveynlerin tali kusurlu olduğu, asli kusurun can ve mal güvenliğine zarar gelmeyecek tedbirler almakla sorumlu olmasına rağmen yeterli tedbirleri almayan idarelerde olduğu gerekçeleriyle ebeveynlere % 50 oranında müterafik kusur yüklenmesinin fazla olduğu ifade edilmiştir.

-Zarar görenin, hayvan otlatırken bulduğu merminin elinde patlaması sonucu yaralanması olayında, idare mahkemesince, zarar görenin ve ailesinin idare ile birlikte yarı yarıya kusurlu olduğu sonucuna ulaşılarak karar verilmiş ve karar Danıştay’ca onanmıştır.¹⁸¹

-Davacıların yakını olan küçük, ot biçerken bir adet tanksavar mermisini bulup akşam eve götürmüş, ertesi gün mermiyi bir topluluk önünde yere çarparak veya ellinden düşürerek patlamasına sebep olmuş ve küçük bu patlama sonucu ölmüştür. Olay üzerine dava açılmıştır. İdare mahkemesince, ölen küçüğün kusurlu olduğu, öte yandan idarenin askeri tatbikattan sonra tatbikat alanındaki can ve mal güvenliğini tehlikeye sokacak her türlü patlayıcıyı toplaması temizlemesi ve imha etmesi gerekirken bu hizmeti gereği gibi yapmadığı, bu sebeple idarenin de zarar görenle aynı oranda kusurlu bulunduğu sonucuna varılmış ve karar onanmıştır.¹⁸²

- Müteveffa çocuğun iki arkadaşıyla birlikte, evlerin 15-20 metre yakınındaki inşaat sahasında bulunan tersip bendi ve ıslah sekileri önünde toplanan çamurlu su birikintisi içine serinlemek amacıyla girmeleri sonucunda boğularak hayatlarını kaybetmeleri üzerine dava açılmıştır. İdare mahkemesince, ölüm olayının meydana geldiği yerde, DSİ Genel Müdürlüğünce, taşkın ve rusubat kontrolü inşaatı yapım işinin şirkete ihale edildiği, inşaatın yapım sırasında yapılan incelemeler sonucunda yüklenici şirket tarafından tersip bendinin yapımı sırasında malzeme alarak çukurların oluşmasına ve bu çukurların tekrar doldurulmayarak düzeltici faaliyette bulunmaması sebebiyle olayın meydana gelmesinde kusurlu görüldüğü, bu meskun mahal bölgesinde bulunan tersip bendinin etrafında uyarı ikaz levhalarının olmadığı ve bu bölgenin etrafının çitlerle çevrilmediğinin anlaşıldığı, bu şartların yerine

¹⁸¹ Dan. 10. D., T. 20.5.2021, E. 2016/3294, K. 2021/2448. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 26.06.2022.

¹⁸² Dan. 10. D., T. 8.10.1996, E. 1995/1508, K. 1996/5887. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 26.06.2022.

getirilmemesinin DSİ tarafından denetlenmemiş olması sebebiyle, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ve meydana gelen zararın davalı idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Danıştay, kararı, davacılar yakınının olay tarihi itibarıyla sekiz yaşında olduğundan hareketle, olayın meydana gelmesinde gözetim ve denetim sorumluluğunu gereğince yerine getirmeyen anne ve babanın da %50 oranında kusuru bulunduğu ve hükmedilecek maddi tazminatta bu durumun da dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.¹⁸³

- Davacıların yakınının, yolun karşısına geçmek için girdiği demiryolunda vefat etmesi üzerine uğranılan zararın tazmini için açılan davada, idare mahkemesi, meskun mahalden geçen çift yönlü demiryolu hattının etrafının beton duvar veya tel örgüyle çevrilmediği, yayaların karşıya geçmesini teminen herhangi bir üst veya alt geçit de yapılmadığı, mevcut haliyle etrafının tümüyle açık olduğu ve demiryolunun kenarına yayaların demiryolundan geçmesini sağlayacak beton tabliyelerin konulduğu bu sebeple idarelerin kusurunun bulunduğu, bununla birlikte olayın, işten eve dönen davacılar yakınının, üst/alt geçit bulunmaması nedeniyle karşıya geçmek amacıyla demiryoluna girmesi sonucu meydana geldiği gerekçeleriyle ölüm olayında, davalı idarelerle birlikte ölenin de %50 oranında kusurlu olduğuna karar vermiştir. Danıştay, kararı onamıştır.¹⁸⁴

Kanaatimizce, burada zarar görene %50 kusur atfedilmesi hakkaniyetsiz olmuştur. Somut olayda, davalı idareler tarafından alınması gereken önlemlerin alınmadığı görülmektedir. Zarar görenin kullanabileceği alt ve üst geçit olmadığı gözetilerek idarelerin kusur oranının daha yüksek belirlenmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

- Zarar görenin, hayvan otlatırken bulduğu merminin elinde patlaması üzerine yaralanması sebebiyle açılan davayı, idare mahkemesi kabul etmiştir. Danıştay ise 15-20 yıldır askeri makamlar tarafından atış yeri olarak kullanılan kaza mahallinin, köy merası olarak kullanıldığı, herhangi bir yerleşim yeri ve ev ile bu mahalle giden bir yolun bulunmadığı, mahallin askeri makamlarca atış yeri olarak kullanıldığı, atış

¹⁸³ Dan. 10. D., T. 18.04.2016, E. 2016/97, K. 2016/2054. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 24.06.2022.

¹⁸⁴ Dan. 10. D., T. 21.06.2021, E. 2016/761, K. 2021/3479. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 22.06.2022.

öncesi köy muhtarına bilgi verilmek suretiyle köy camii ve belediye hoparlöründen köy halkının bilgilendirildiği, atış sonrası mühimmat kalabileceği ihtimaline istinaden ilgili askeri birliklerce arazinin kontrol edildiği, olayın olduğu bölgede son olarak atışlarının yapıldığı, atışların bitimini müteakip hedef bölgesinde patlamamış mühimmatın imhası için aynı birlik personeline gerekli işlemlerin yapıldığı ve buna ilişkin tutanakların tutulduğunun anlaşıldığı, zarar görenin söz konusu atış alanında bulunan mühimmatı toplayıp sattığı, bunun tanık ifadeleriyle de sabit olduğu, olay tarihinde 15 yaşında olan mağdurun ebeveyninin de bakım ve gözetim yükümünü ihmal ettiği gerekçeleriyle mağdurun ve ebeveyninin de kusur derecesi dikkate alınarak bir karar verilmesi gerektiği gerekçeleriyle kararı bozmuştur.¹⁸⁵ Bozma sonrası, idare mahkemesi, olayın meydana gelmesinde zarar görenin ve ailesinin, idare ile birlikte yarı yarıya kusurlu olduğu sonucuna ulaşılarak karar vermiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.¹⁸⁶

Danıştay kararında, kusur oranı belirlerken belirlenirken, idarenin yaptığı işlemler ve aldığı tedbirler detaylı olarak açıklanmış ve zararın meydana gelmesinde idare %50 oranında kusurlu bulunmuştur. Karara konu olaya benzer olayların konu olduğu kararlarda, idare tarafından daha az tedbir alınmış olmasına rağmen idareye atfedilen kusur yine %50 olabilmektedir.

-Davacının fûnye patlaması sebebiyle yaralanması üzerine açılan davada, idare mahkemesi, olay yeri tespit tutanağında, yaralanmaya sebebiyet veren fûnyenin önceki yıllarda mayın tarlasına atılmış, ancak patlamamış bir fûnye olabileceğinin belirtilmesi, idare tarafından gereken dikkat ve özen gösterilmeyerek MKE yapımı fûnyenin köy arazisi içinde bırakılması, unutulması ya da düşürülmesi nedeniyle zarar görenin yaralanma olayının meydana gelmesi karşısında, idarenin hizmeti iyi işletmediği sonucuna ulaşıldığı, bununla birlikte yaralanan çocuğun babasının patlamadan önce fûnyeyi çocuğun elinde görmesi ve bu fûnyeyi çocuğun elinden alarak uzak bir yere götürmesi gerekirken, açık bir yere atması ve akabinde çocuğun fûnyeyi tekrar yerden alarak evin bahçesinde oynarken patlama olayının meydana gelmesi nedeniyle çocuğun babasının olayın meydana gelmesinde davalı idare ile aynı

¹⁸⁵ Dan. 10. D., T. 23.6.2015, E. 2015/169, K. 2015/3224. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

¹⁸⁶ Dan. 10. D., T. 20.05.2021, E. 2016/3294, K. 2021/2448. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 22.06.2022.

oranda kusurlu olduğuna karar verilmiştir. Danıştay kararı, kusur oranı tespiti yönünden onamıştır.¹⁸⁷

Kanaatimizce davaya konu olayda, kendisine kusur atfedilen babanın kusurunun, benzeri olaylardaki ebeveynlerin kusurlarına göre daha ağır olduğu düşünülmektedir. Buna rağmen Danıştay, babanın kusurunu diğer ebeveynlerle benzer olarak %50 oranında kusur takdir etmiştir.

- Davacılar yakınının, koyun otlatırken mayına basarak ölmesi üzerine açılan davada, idare mahkemesi, askeri yasak bölgeler kapsamında bulunan olay mahalline girişlerin engellenmesi amacıyla gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmasının devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yer aldığını, yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemlerin, askeri yetkililerce yapılan tebligatların ve duyuruların sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan ve olay tarihinde 12 yaşında bulunan müteveffanın mayınlı bölgeye girmesini engelleyemediğini, koyun sürüsünün dahi tel örgüleri aşabildiğini, dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin yeterli düzeyde olmadığını gerekçe göstererek olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, bununla beraber dosyadan alınan bilirkişi raporuna göre ise davacıların da %50 oranında kusurlu olduğuna karar vermiştir. Danıştay tarafından karar onanmıştır.¹⁸⁸

2-Danıştay'ın %50 Kusur Paylaşım Formülünü Kullanmadığı Karar Örnekleri

¹⁸⁷ Dan. 10. D., T. 29.1.2007, E. 2004/6176, K. 2007/227. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 24.06.2022. Bozma gerekçesi ise “...ancak müterafik kusur oranının bilirkişi tarafından hesaplanan tutara uygulanması gerekirken, davacının talep ettiği tazminat tutarına uygulanmasında hukuka uyarlık bulunmamakta olup, Mahkemece, bilirkişi tarafından davacının işgücü kaybına karşılık hesaplanan maddi tazminat miktarına, davacının kusur oranı olan %50'nin uygulanması sonucu hesaplanan miktar dikkate alınarak ve davacının istemiyle bağlı kalınarak maddi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.” olmuştur.

¹⁸⁸ Dan. 10. D., T. 17.12.2020, E. 2015/4918, K. 2020/6517; Benzeri yönde: Dan. 10. D., T. 08.02.2011, E. 2007/6868, K. 2011/537 sayılı kararda, çocuğun yaralanması üzerine açılan davada, idare mahkemesi idarenin terör örgütü ile mücadelesinde kullanılan mühimmatın patlamış veya patlamamış olanlarından bazılarının, vatandaşların yaşadığı alanlara düştüğü ve bu maddeleri bu bölgelerden temizlemekle yükümlü olan idarece yürütülen hizmetin kötü işlemesi neticesinde meydana gelen zarardan, davalı idarenin hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumlu olduğu ve zararın davalı idarece tazmin edilmesi gerektiği; 13 yaşında olan çocuklarının askeri bölgeye çok yakın olan alanda oynamasını engellememeleri nedeniyle, olayın meydana gelmesinde anne ve babanın 1/2 oranında müterafik kusurunun bulunduğu karar vermiş, Danıştay da kararı bu yönden onamıştır. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 24.06.2022.

- Örneğin, bir karara konu olayda davacı; görevli polis memurlarının izinsiz gösteri ve eyleme müdahalesi sırasında atılan gaz bombası nedeniyle yaralandığını, bu sebeple uğradığı zararın tazmini istemiyle dava açmıştır. İdare mahkemesi; kolluk görevlilerinin eylemcilere müdahale ettiği esnada, eyleme katılmayan ve çevredeki parkta oynayan davacının zarar görmesine sebebiyet verildiğini, güvenlik hizmeti yerine getirilirken çevrede bulunan kişilere zarar verilmemesi konusunda gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle idarenin kusurlu olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte, davacının olay tarihi itibarıyla 10 yaşında olması nedeniyle ailesinin gözetim ve denetimi altında bulunduğu, olayın davacının evine yaklaşık 15 dakika mesafede bulunan başka bir mahallede ve protesto çadırının kurulu olduğu eylem alanında gerçekleştiği hususları dikkate alınarak; anne ve babanın gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemeleri sebebiyle olayda %25 oranında müterafik kusurlarının bulunduğu sonucuna varılmıştır. Danıştay, idare mahkemesi kararını onamıştır.¹⁸⁹

-Danıştay kararına konu bir olayda, davacılar yakını, ilköğretim okulunun bahçe kapısının önünde oynadığı sırada kapının üzerine düşmesi sonucu vefat etmiştir. Bu olay sebebiyle verilen kararda, Danıştay aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Davacılar yakınının dört yaşında olması nedeniyle anne ve babasının bakım ve gözetim yükümlülüğünün olduğu ve kusurunun bulunduğu görülmekte ise de; çocuğun oynadığı yerin evinin yakınında bulunan ve birçok öğrencinin de oynadığı okul bahçesi olması, kapının raydan çıkmasını engelleyecek tedbirleri almayan, gerekli tamirat ve onarımı yaptırmayan okul idaresinin, dolayısıyla davalı idarenin olayda asli kusurlu olduğunun bilirkişi raporu ve ceza mahkemesi kararı ile sabit olması dikkate alındığında, idare mahkemesince, bilirkişi incelemesi yaptırılarak kusur oranının belirlenmesi gerekirken, hiçbir somut veriye dayanmadan kusur oranının 1/2 olarak belirlenmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”¹⁹⁰

-Danıştay’ın bir kararına konu olayda, davacılar yakını, evlerinin yakınında bulunan üstü açık su arkına düşmüş ve boğularak ölmüştür. Bu olay sebebiyle açılan davada, idare mahkemesince alınan bilirkişi raporunda, davalılardan DSİ’nin sulama kanalları ile ilgili gerekli önlemleri almaması sebebi ile %50, Erciş Belediyesi Başkanlığı’nın sulama kanalı yakınlarındaki yapılaşmalar ile ilgili herhangi bir çalışma

¹⁸⁹ Dan. 10. D., T. 29/06/2021, E. 2021/298, K. 2021/3679. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 24.06.2022.

¹⁹⁰ Dan. 10. D., T. 21.4.2015, E. 2014/6054 K. 2015/1963. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 26.06.2022.

yapmaması nedeniyle %30, Davacı anne ve babanın sulama kanalı yakınlarında bulunan evleri ile kanal arasında herhangi bir güvenlik önlemi almadıkları için %20 oranında kusurlu kabul edilmiştir. Raporda, davacıların bireysel olarak belirli bir bölge için alacakları önlemlerin, idarelerin alması gereken önlemlerin yanında çok küçük kaldığı, bu nedenle davacıların sorumluluklarının davalı idarelere göre daha düşük olması gerektiği gerekçesi ile kusur tespiti yapılmıştır. Mahkeme, bilirkişi raporunu hükme esas alarak, davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Danıştay ise kararı onamıştır.¹⁹¹

Yukarıda değindiğimiz kararlara benzer olaylarda verilen kararlarda¹⁹² davalı idarelere %50, zarar görene de %50 oranında kusur takdir edilmiştir. Ancak Danıştay'ın benzer iki olaya ilişkin bir kararında %50, diğer kararda %20 oranında kusur takdir edilmesi, hakkaniyete uygun düşmediği kanaatini doğurmaktadır.

- Olay tarihinde 13 yaşında bulunan zarar gören, patlayıcı maddeyi evine getirmiş ve birkaç yıl sakladıktan sonra, mezraya gelen çerçiye satmak üzere mühimmatı bulunduğu yerden çıkarmıştır. Ancak çerçinin mühimmatı satın almaması üzerine, zarar gören mühimmatı yere atmış ve bunun sonucunda meydana gelen patlamada zarar görmüştür. Zarar gören, uğradığı zarar için dava açmıştır. İdare mahkemesi, davacının bulduğu mühimmatın askeri bir alanda bulunmadığını ve Türk Silahlı Kuvvetlerine ait olmadığını, ayrıca meydana gelen zararın davacının ve arkadaşlarının kişisel kusurlarından kaynaklandığını ve zarar ile davalı idarelerin eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise kararı, şu gerekçelerle bozmuştur:

“Olayda zararın doğmasına neden olan mühimmatın, yasadışı terör örgütüne ait olduğu kabul edilse dahi, insanların kullanımına açık, meskun mahale yakın bir bölgede bulunduğu gözetildiğinde, davalının, güvenlik hizmetini gereğince yerine getirememesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu; ... nın ise, olayda kusuru bulunmadığı, dolayısıyla davacının uğradığı zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği; bununla birlikte, patlamanın, olay tarihinde 13 yaşında bulunan ...'ın patlayıcı maddeyi evine getirdiği ve birkaç yıl sakladıktan sonra mezraya gelen çerçiye satmak üzere bulunduğu yerden çıkardığı, çerçinin mühimmatı satın almadığı, bunun üzerine ...'ın mühimmatı yere atması üzerine patlamanın meydana geldiği

¹⁹¹ Dan. 10. D., T. 21.06.2021, E. 2018/1307, K. 2021/3475. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 26.06.2022.

¹⁹² Örneğin, Dan. 10. D., T. 6.1.2021, E. 2015/3477, K. 2021/13 sayılı kararda Aynı şehirde aynı davalılara karşı benzer sebeple açılan davada taraflara %50 kusur oranı takdir edilmiştir.

*dikkate alındığında, adı geçen şahsın anne ve babasının, gerekli dikkat ve özeni, başka bir ifadeyle çocukları üzerindeki gözetim görevlerini yeterince yerine getirmemeleri nedeniyle olayda %30 oranında müterafik kusurlarının bulunduğu kabulü ile...*¹⁹³

Bozma kararına karşı, davalı tarafından karar düzeltme isteminde bulunulduğu anlaşılmaktadır. Danıştay, KD talebini reddetmiştir.¹⁹⁴ Karşı oy sunan üyelerden biri %50 oranında müterafik kusur değerlendirmesi yapılması gerektiği yönünde görüş bildirirken, diğer üyeler ise zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağının, davacının kusuru sonucu kesildiği yönünde görüş bildirmiştir.¹⁹⁵

Danıştay tarafından verilen benzeri birçok kararda, zarar görenin genellikle %50 oranında kusurlu olduğu kabul edilmekteyken; bu kararda, idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağının üç kez kesildiği yönündeki karşı oya rağmen, müterafik kusur oranının %30 olarak takdir edilmiş olması dikkat çekicidir. Söz konusu olayın, benzeri olaylardan hangi yönleriyle ayrıldığı kararda ortaya konulamamıştır. Kanaatimizce, kararda üçüncü kişinin kusurunun, diğer zarar gören kişi bakımından ayrıca tartışılmaması, eksik değerlendirmeye yol açmıştır.

-Davacıların oğlunun bir gölette boğularak hayatını kaybetmesi üzerine davacılar tarafından açılan davada, idare mahkemesi dosyadaki bilirkişi raporunu hükme esas alarak; Orman Genel Müdürlüğü'nün %50, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın %25 ve Arnavutköy Belediye Başkanlığı'nın ise %25 oranında kusurlu olduğuna karar vermiştir. Davalı idareler tarafından yapılan temyiz başvurusunda,

¹⁹³ Dan. 10. D., T. 16.10.2014, E. 2010/7365, K. 2014/5879. (Karar içeriği, Dan. 10. D., E. 2015/1847 K. 2016/1462 T. 17.3.2016 sayılı kararından alınmıştır.)

¹⁹⁴ Dan, 10. D., T. 17.3.2016, E. 2015/1847, K. 2016/1462. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 26.06.2022.

¹⁹⁵ Karşı oy sunan üyeler şu değerlendirmede bulunmuşlardır: “*Bakılan uyumsuzlukta; ... adlı kişinin bulunduğu iddia ettiği mühimmatı evine getirerek birkaç yıl saklaması sonrasında satmak amacıyla bulunduğu yerden çıkartması ve pazarlık olumsuz sonuçlandığında yere çarpmak suretiyle patlaması ve bu esnada bu işlerin tamamen dışında olan davacının () eylemden zarar görmesi olayında; öncelikle patlayan mühimmatın yerleşime yakın yerlerde bulunmasında idarenin güvenlik hizmetlerini yeterince iyi yönetemediği ve hizmet kusuru bulunduğu düşünülse dahi; ... adlı kişinin eylemleri sonucu oluşan zarar ile idarenin faaliyeti arasındaki illiyet bağı (3) kez kesilmiş görülmektedir. Bunlar sırası ile; 1- Bulunan mühimmatın yerinden alınarak eve getirilmesi ve uzunca sayılabilecek birkaç yıl saklanması, 2- Ticari amaçla olmak üzere bu kez, saklandığı yerden çıkartılması ve pazarlığa konu edilen yere götürülmesi, 3- Ve nihayetinde, yere çarpılmak suretiyle patlatılmasıdır. ... adlı kişinin eylemi ile; davacıların gördüğü zarar ile idari faaliyet arasındaki bağın koptuğu tartışmasızdır. Bu durumda; idarenin tazmin sorumluluğundan (kusurlu sorumluluk veya objektif sorumluluk) bahsedilmesine hukuksal olanak bulunmamaktadır.*”

olayda çocuğun ailesinin müterafik kusurunun bulunduğu ileri sürülmüş; ancak Danıştay, bu itirazları değerlendirmeksizin yerel mahkeme kararını onamıştır.¹⁹⁶

Kanaatimizce, kararda somut olaya ilişkin yeterli detay yer almadığından, kararın kapsamlı biçimde tartışılmasına elverişli bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte, benzer olaylarda velayet altında bulunan çocuklar veya ebeveynler bakımından kusur değerlendirmesi yapılırken, bu kararda müterafik kusura ilişkin herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş; ayrıca bu yönde bir inceleme yapılmamasının gerekçeleri de ortaya konulmamıştır.

-Danıştay kararına konu olayda, davacı çocuğun yerde yatık durumda bulunan ve ayağı kırık olan bir çöp konteyneriyle oynadığı sırada konteynerin kapağına sol el parmağının sıkışması sonucu parmağı kopmuştur. Danıştay'ın olaya ilişkin verdiği onama kararında, şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

*"Uyuşmazlıkta; yaralanan davacı küçük ...'un olay tarihinde 3,5 yaşında olduğu gözetildiğinde, meydana gelen zararda küçüğün velisi anne ve babanın üzerine düşen gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğan kusur durumları (müterafik kusur) ile davalı idarenin kusur durumunun birlikte değerlendirilmesi sonucu bulunacak kusur oranları çerçevesinde karar verilmesi gerekmekte iken temyize konu Mahkeme kararında müterafik kusura yönelik değerlendirme yapılmadığı görülmekte ise de, Mahkemece hükme esas alınan (...) bilirkişi raporunda "Kusur Durumu: ... Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı soruşturma dosyasından alınan (...) 'Bilirkişi Raporu'ndan, davalı idare yetkilisinin asli kusurlu yani %75 kusurlu, ebeveyn davacıların tali kusurlu yani %25 kusurlu oldukları düşüncesi ile hesaplama yapılmıştır." açıklamasına yer verilerek davalı idare aleyhine hükmedilen maddi tazminat tutarının %75 kusur oranı üzerinden hesaplandığı anlaşıldığından, bu husus kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir."*¹⁹⁷

Danıştay'ın bu kararında, benzeri kararlarda yapılan kusur oranı değerlendirmelerinden farklı bir değerlendirmeye gidilmiş olup; kanaatimizce bu farklılığın, olayla ilgili yürütülen soruşturma dosyası kapsamında alınan bilirkişi raporundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

¹⁹⁶ Dan. 8. D., E. 2017/5314 K. 2021/4361 T. 6.10.2021. Davalılardan Orman Genel Müdürlüğü'nün temyiz başvurusu süresinde olmadığından reddedilmişse de diğer davalı Arnavutköy Belediye Başkanlığı'nca da müterafik kusur iddiası ortaya atılmıştır.

¹⁹⁷ Dan. 8. D., T. 10.2.2021, E. 2016/12179, K. 2021/777. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 24.06.2022.

- Kocaeli ili, Kandıra ilçesinde, davacıya ait işyerini, meydana gelen aşırı yağış sonucunda su basması üzerine açılan davada, idare mahkemesi tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda, zararın meydana gelmesinde İSU Genel Müdürlüğü'nün %55, Kandıra Belediye Başkanlığı'nın %35 oranında hizmet kusuru bulunduğu, zararın meydana geldiği tarihte mevzuata aykırı bir şekilde faaliyet göstermekte olan işyeri sahibinin meydana gelen olayda %10 oranında kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme, rapordaki kusur oranlarını esas alarak, maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar vermiş, Danıştay, bu kararı onamıştır.¹⁹⁸ Karşı oyda, her ne kadar bilirkişi raporu hükme esas alınarak karar verilmiş olsa da, gerekli izinler alınmaksızın ruhsatsız şekilde faaliyet gösteren davacının müterafik kusurunun açık olduğu; bu nedenle davacıya atfedilen kusur oranının davalı idarelere kıyasla oldukça düşük belirlendiği, nitekim benzer bir uyuşmazlıkta, yağış nedeniyle meydana gelen maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada, davacının işyeri açma ve çalışma ruhsatının bulunmadığı gerekçesiyle verilen davanın reddine ilişkin ısrar kararının, Danıştay İDDK'nın 23/05/2016 tarih ve E:2014/4312, K:2016/2159 sayılı kararıyla müterafik kusur çerçevesinde bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulması üzerine yapılan yargılamada, davacının %50 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği ifade edilmiş ve kararda takdir edilen kusur oranının yerinde olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir.

Karşı oyda da ifade edildiği üzere, Danıştay'ın benzer nitelikteki olaylarda kusur ve sorumluluk değerlendirmesi bakımından farklı yaklaşımlar benimsediği, hatta bazı durumlarda idarenin sorumluluğunun bulunmadığı yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Somut olayda benimsenen farklı değerlendirmede, dosya kapsamındaki bilirkişi raporunun belirleyici olduğu anlaşılmakla birlikte, benzer olaylarda ulaşılan farklı sonuçlar birlikte değerlendirildiğinde, varılan sonucun kusur oranlarının belirlenmesi bakımından hakkaniyet ilkesini zedeleyebilecek nitelikte olduğu kanaatine varılmaktadır.

-Danıştay'ın bir kararına konu olayda davacının topladığı hurda malzemeler arasında bulunan anti-tank roketinin patlaması nedeniyle uğradığı zararın tazmini

¹⁹⁸ Dan. 8. D., T. 14.09.2021, E. 2020/6382, K. 2021/3777. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 24.06.2022.

talebiyle açılan dava, idare mahkemesince reddedilmiştir. Danıştay'ın bozma ilamı sonrasında yapılan yargılamada ise; ilçede ikamet eden kişilerin günlük yaşamları içinde gidebilecekleri mesafede, kamuya açık bir alanda mühimmat bulunması ve sonrasında meydana gelen patlamada, güvenlik hizmetinin yeterince işlememesi nedeniyle ortaya çıkan hizmet kusurunun neden ve tesirinin bulunduğu tespit edilmiştir. Buna göre, davacının zararının hizmet kusuru ilkesi çerçevesinde tazmin edilmesine öte yandan, anti-tank roketine çekiçle vuran ve olay tarihinde 17 yaşında olan davacının, yaptığı hareketin sonuçlarını öngörebilecek düzeyde temyiz kudretine sahip olduğu dikkate alınarak, davacıya %70 oranında kusur atfedilerek bu şekilde hüküm verilmiştir ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.¹⁹⁹

Kanaatimizce, kusur oranları takdir edilirken, düzenlenen bilirkişi raporları da dikkate alınarak objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Teknik hususlarda düzenlenen bilirkişi raporları önem arz etmekle birlikte, kusur değerlendirmesi somut olay şartları, alınması gereken önlemler, bilirkişi raporları ve ilgili kanun hükümleri dikkate alınarak hâkim tarafından yapılmalıdır.

Danıştay'ın bir olayda takdiren belirlediği kusur oranı, benzer bir olayda bilirkişi raporlarının hükme esas alınması sebebiyle farklılık gösteriyorsa, bu durum hem sorumlu idareler hem de zarar görenler açısından hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilir. Zararın doğmaması için daha fazla önlem alan idare ile daha az önlem alan idarenin eşit görülmesi ya da olayın meydana gelmesinde kusuru daha fazla olan zarar görenin, kusuru daha az olan zarar görenle aynı değerlendirmeye tabi tutulması kanaatimizce doğru değildir.

C-HALEFİYET HALİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN ETKİSİ

Mağdurun kendi kusuru, onun tazminat talebini devrettiği şahsa, mirasçılara, yardımcıdan mahrum kalanlara ve mağdura kanunen halef olan sigortacıya karşı da ileri sürülebilmektedir.²⁰⁰ Kanuni halefiyet hallerinden biri de sigortacının sigortalının yerine geçmesidir. Türk Ticaret Kanununun "Halefiyet" başlıklı 1472/1. Maddesine

¹⁹⁹ Dan. 10. D., T. 30.03.2016, E. 2014/5713, K.2016/1776. (Çevrimiçi) www.lexpera.com 24.06.2022.

²⁰⁰ Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 325.

göre, sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Bu hallerde sigortacının, sigortalıya ödediği bedel için idareye karşı açtığı davalarda, Danıştay, genellikle sigortalının kusurunu, zarar görenin kusuru olarak değerlendirirken, bazen de sigortacının kusurunu, zarar görenin kusuru olarak değerlendirmektedir.

-Örneğin, Danıştay’ın bir kararına konu olayda, davacı şirketin sigortaladığı araç, garajda park halindeyken aşırı yağışın istinat duvarını yıkması sonucu sel suları altında kalarak zarar görmüştür. Bu nedenle hasar bedeli olarak sigortalıya ödenen bedelin tazmini için dava açılmıştır. Açılan davada, idare mahkemesince, davalı idarenin, yetki alanı içerisinde yapılacak yapılar için ruhsat verme ve söz konusu yapıların mevcut plan, ruhsat ve eki projelere göre yapılıp yapılmadığını denetleme ve aykırılıkların tespiti halinde mevzuatla öngörülen tedbirleri almakla yükümlü olduğu; dava konusu olayda ise yıkılan duvarın, yapı ruhsatı ve eki mimari projesine uygun olarak inşa edilmediği ve alınması zorunlu yapı kullanma izin belgesi alınmadan kullanıldığı anlaşılan yapıyla ilgili denetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle idarenin kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Danıştay ise yapı kullanma izin belgesi bulunmayan yapıda ikamet eden davacının sigortalısının (dolayısıyla rücuen davacının) da müterafik kusurunun olduğunu tespitle, davacının sigortalısı ile davalı Belediye Başkanlığı’nın kusur oranlarının ayrı ayrı belirlenerek tazminat istemi hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekçesiyle kararı bozmuştur.²⁰¹

-İDDK’nın bir kararında kusur değerlendirmesi, yukarıdaki kararla benzer yönde sigortalı yönünden yapmıştır:

“Temyizen incelenen bu uyuşmazlıkta, hasar gören duvarın imar mevzuatı yönünden gerekli izinler alınmak suretiyle yapıldığına ilişkin herhangi bir belge bulunmadığından, oluşan zararda, duvarın sahibi olan davacının sigortalısının kusuru vardır. Dolayısıyla, halefiyet yoluyla bu davayı açan davacı sigorta şirketinin, oluşan zarara sigortalısının katkısı ölçüsünde tazminat istemesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Ancak, sigortalısının kusuru dışında, meydana gelen zararda idarenin hizmet kusurunun da bulunması halinde, kusur oranı kadar idarenin sorumluluğu devam edeceğinden, buna karşılık gelen zarar, davalı idarece tazmin edilmelidir.

²⁰¹ Dan. 8. D., T. 10.02.2021, E. 2016/15216, K. 2021/778. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 02.06.2022.

Olayda, yıkılan duvarın yarısı davalı idarece yaptırılmış olmakla birlikte, bilirkişilerce zararın meydana gelmesinde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı ayrıca irdelenmediğinden, İdare Mahkemesine öncelikle bu hususun yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

*Bu durumda, İdare Mahkemesince olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulup, kusurun tespiti halinde, sigortalının ve davalı idarenin kusur oranları belirlenip, davalı idarece duvarın yapımı için daha önce ödenen tutar da zarar hesabında indirimine tabi tutulmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.”*²⁰²

-Diğer bir karara konu olayda, davacı şirketin sigortalısına ait işyerinin arka cephesinde bulunan rögardan taşan sular nedeniyle işyerinin bodrum katında bulunan ürünlerin hasar gördüğünden bahisle sigortalıya ödenen zararın tazmini için dava açılmıştır. Danıştay, olayın meydana gelmesinde, herhangi bir hizmet kusurunun mevcut olup olmadığı, zararın bodrum katta oluşması nedeniyle gerekli su tahliyesine veya su geçişini önlemeye yönelik tedbirlerin alınıp alınmadığı, dava dışı diğer üçüncü kişilerin (bina maliki, site yönetimi vb) de olayın meydana gelmesinde sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, hasarın meydana geldiği iş yerinin bulunduğu binanın, onaylı mimari projesine aykırılığının bulunup bulunmadığı, yapı kullanma izin belgesinin (iskan ruhsatı) ve işyeri açma ve çalışma ruhsatının olup olmadığının araştırılarak; olmaması durumunda bahse konu işyerinde faaliyette bulunmasına izin veren idareler ile davacının olaydaki kusur durumu (müterafik kusur) da dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.²⁰³

- Danıştay bir diğer kararında, kusur değerlendirilmesini sigortacı üzerinden yapmıştır:

“Olayda; davacının sigortaladığı binanın yapı ruhsatının bulunup-bulunmadığının araştırılmadığı anlaşılmaktadır. Sigorta şirketince de bu iznin bulunup bulunmadığının tespitinden sonra sigorta sözleşmesi yapılması sözleşmenin geçerliliğini etkileyen yasal bir zorunluluktur. Söz konusu iznin bulunmamasına karşın, sigortacının sigortaladığı işyerinin kanunen bulunması gereken izinlerine ilişkin bir araştırma yapmaksızın, davacı şirketçe sigortalanması nedeniyle, basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek ağır kusurlu olacağı, bu kusurlu fiil nedeniyle davalı idareler tarafından sunulan kamu hizmetlerinin kusurlu yürütülmesine ilişkin fiiller

²⁰² Dan. İDDK., E. 2012/1795 K. 2015/69 T. 22.1.2015. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

²⁰³ Dan. 8. D., T. 04.02.2021, E. 2016/14736, K. 2021/655. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

ile zarar arasındaki illiyet bağının kesileceği ve sigortacının kusuru nedeniyle zararın tamamından tek başına sorumlu olacağı açıktır.”²⁰⁴

Kararda, müterafik kusur değerlendirilmesi sigortalı yerine sigorta şirketi esas alınarak yapılmıştır.

Konuya ilişkin aynı yönde verilen bir başka kararda yine sigortacının kusuru değerlendirilmiştir:

“Olayda, davacının sigortalılarından Z. İplik ve Tekstil Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin Bayrampaşa Belediye Başkanlığı'ndan alınan işyeri açma ve çalışma ruhsatı bulunduğu, ancak davalı Zeytinburnu Belediye Başkanlığı'ndan alınan bir ruhsatının olmadığı görülmekle, İdare Mahkemesince, adı geçen şirket yönünden, dava konusu olay tarihi itibarıyla usulüne uygun şekilde alınmış bir ruhsatın bulunup bulunmadığının araştırılarak, davacının sigortalılarından yapı kullanım izni veya işyeri açma ve çalışma ruhsatı bulunmadığı tespit edilenler yönünden müterafik kusur varlığının kabulü gerekmektedir.”²⁰⁵

Sigortacının, sigortalıdan devraldığı hakka dayanarak talepte bulunduğu dikkate alındığında, kusur değerlendirmesinin sigortalı üzerinden yapılmasının teknik açıdan daha uygun olduğu kanaatindeyiz Sigortalının kusuru, zarara sebebiyet verdiği ölçüde tazminattan indirim sebebi yapılmalıdır.

D- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞININ VE ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞININ BİRLİKTE BULUNDUĞU HALLERİN İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Bazı durumlarda, idarenin sorumluluğunu doğuran zararın meydana gelmesinde; idarenin davranışı, üçüncü kişinin davranışı ve zarar görenin davranışı birlikte etkili olmaktadır. Bu hallerde, zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve idarenin sorumluluğu bakımından yapılan değerlendirme, zarar gören bakımından önemlidir.

Özel hukukta, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurunun birlikte bulunduğu tek halin yansıma zararlar olduğu belirtilmektedir.²⁰⁶ Özel hukuk doktrininde destekten yoksun kalma tazminatları bakımından yapılan değerlendirme

²⁰⁴ Dan. 8. D., E. 2011/3981 K. 2016/1732 T. 26.2.2016. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

²⁰⁵ Dan. 8. D., E. 2018/3785, K. 2019/917, T. 12.2.2019. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 22.06.2022.

²⁰⁶ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 62.

idarenin sorumluluğu bakımından da geçerlidir. Ancak idare hukukunda, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusurunun aynı olayda birlikte bulunma ihtimali daha yüksektir. Üstelik üçüncü kişi, idarenin tamamen dışında bir kişi olabileceği gibi idarenin gözetim ve denetimi altında ve idari buyruklara göre kamu hizmetini gören kişiler de olabilir. Bu kişilerin idare adına yürüttükleri işlerden doğan zararları da idare tarafından tazmin edilmektedir.²⁰⁷

İdarenin kusuruna dayalı sorumluluğunda, idarenin kusuru, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru takdir edilip, genellikle idare, kendi kusur oranına göre sorumlu tutulmaktadır. Bazen de olayda üçüncü kişinin kusuru bulunmasına rağmen tazminatta indirim, yalnızca zarar görenin kusuru oranında yapılmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hallerde ise değerlendirme farklıdır. Kusursuz sorumluluk hallerinde, üçüncü kişilerin kusurundan idare sorumlu tutulmaktadır.

Tan, idarenin kusur sorumluluğunun bulunduğu haller bakımından, farklı yargı düzeninde yer alan mahkemelerin idare ile üçüncü kişinin sorumluluk oranlarını belirlerken farklı ölçütler kullanıldığını, bu sebeple, idare ile üçüncü kişinin sorumluluğunu belirlerken müteselsil sorumluluğun kabulünün doğru ve yerinde bir çözüm olacağını ifade etmektedir.²⁰⁸ Gülan ise zarar görenin kusuru dışında kalan zararın tamamından idarenin sorumlu tutulması gerektiğini, zararın tazmininde zarar göreni korumanın ve onun durumunun gereklerine öncelik vermenin esas alındığı, bu sebeple idarenin zararın tamamından sorumlu olduğunu ve bu kapsamda idarenin üçüncü kişiye rücu edebileceğini ayrıca “Casum sentit dominus” ilkesinin idarenin sorumluluğu bakımından geçerli olmadığını ifade etmektedir.²⁰⁹

Kararlar incelendiğinde, Danıştay uygulamasında tam bir yeknesaklıktan söz etmenin güç olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda verilen kararlar aşağıda ele alınacaktır.

²⁰⁷ Esin, **Esas**, s. 233. Ancak söz konusu kişilerle idare arasındaki sözleşmenin sınırının aşılması halinde, idareyi değil kişiyi sorumlu kılar denilmektedir.

²⁰⁸ Tan ve Bayazıt, **İdare Hukuku**, s. 468.

²⁰⁹ Gülan, “Müterafik Kusur”, s. 18-19.

-Örneğin, Danıştay’ın bir kararına konu olayda, kampüs içinde davalı idareye ait traktörü kullanmasına izin verilen ve personel olmayan kişinin yaptığı kazaya ilişkin açılan davada, sürücünün %75 oranında, traktörün çamurluğuna oturan zarar görenin %25 oranında kusurlu olduğuna karar verilmiştir. İdare mahkemesi, davacılar yakının kusuru da dikkate alınarak kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacılar tazminat ödenmesine karar vermiştir. Danıştay ise, kamu hizmetinde kullanılmak üzere tahsis edilen traktörün idare çalışanı dışında, yetkili ve görevli olmayan kişi tarafından kullanılmasına müsaade eden idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ve kusur oranlarının yeniden belirlenmesi gerekçesiyle kararı bozmuştur.²¹⁰

-Danıştay’ın, zarar görenin kusurunun ve üçüncü kişinin kusurunu birlikte değerlendirdiği bir kararda:

“Uyuşmazlıkta, Mahkemece yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyadaki bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden, davalı belediyenin sorumluluğunda bulunan su borusunun patlaması sonucu biriken suyun davacının ikametgahının bulunduğu apartmanın otoparkına girerek buraya depolanmış kitaplarına zarar verdiği, otoparkın girişinde bulunan ızgaranın mimari projesine uygun şekilde yapılmaması nedeniyle otoparka girecek suları engelleyecek konumda bulunmadığı, binaya davalı idarece yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninin verildiği görülmektedir.

Olayda; davacının, kitaplarını su basan otoparka depolayarak bahse konu yeri amacı dışında kullanması nedeniyle zararın meydana gelmesinde kusurlu davrandığı açıktır.

Bununla birlikte, sorumluluğunda bulunan patlayan su borusunun bakım ve onarımı hizmeti yönünden ve zararın meydana gelmesinde etken olduğu belirlenen hatalı ve projeye aykırı imalatın bulunduğu yapının onaylı projesine uygun tamamlanmasını sağlama, projeye aykırı yapıyla ilgili yasal işlem yapma görevini yerine getirmeme yönünden hukuken davalı belediyenin sorumlu olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri gereği yapının ruhsata aykırı, eksik ve hatalı yapılmasından kaynaklanan zarardan davalı idare dışında yasal sorumluluğu bulunanların da kusur oranlarının ayrı ayrı belirlenerek tazminat isteminin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, davalı idarenin, dava dışı üçüncü şahısların (yapı denetim firması, müteahhit gibi) ve davacının kusur durumlarının (müterafik kusur) birlikte değerlendirilmesi sonrasında tazmin sorumluluğuna dair bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine yönelik verilen İdare Mahkemesi kararının onanmasına ilişkin Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”²¹¹

²¹⁰ Işıklar, “Danıştay Kararlarında”, s. 146.

²¹¹ Dan. 8. D., T. 23.09.2021, E. 2017/6312, K. 2021/4075. (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr, 24.06.2022.

- Yukarıdaki kararlar aynı yönde, davacı şirketin sigortalısına ait işyerinin arka cephesinde bulunan rögardan taşan sular nedeniyle işyerinin bodrum katında bulunan ürünlerin hasar gördüğünden bahisle sigortalıya ödenen zararın tazmini için açılan davada, İdare mahkemesi davayı reddetmiştir. Danıştay şu gerekçelerle kararı bozmuştur:

“Bu durumda, su kanalizasyon hizmetlerinin yapım ve işletilmesinde ilgili idarelerin herhangi bir hizmet kusurunun mevcut olup olmadığı, zararın bodrum katta oluşması nedeniyle gerekli su tahliyesine veya su geçişini önlemeye yönelik tedbirlerin alınıp alınmadığı, dava dışı diğer üçüncü kişilerin (bina maliki, site yönetimi vb) de olayın meydana gelmesinde sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, hasarın meydana geldiği iş yerinin bulunduğu binanın, onaylı mimari projesine aykırılığının bulunup bulunmadığı, yapı kullanma izin belgesinin (iskan ruhsatı) ve işyeri açma ve çalışma ruhsatının olup olmadığının araştırılarak; olmaması durumunda bahse konu işyerinde faaliyette bulunmasına izin veren idareler ile davacının olaydaki kusur durumu (müterafik kusur) da ayrıca değerlendirilmek üzere gerekirse mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bir karar verilmesi gerektiğinden eksik inceleme ve araştırmaya dayanılarak verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”²¹²

-Davacılar yakınının sulama kanalına düşerek vefat etmesi üzerine açılan davada, idare mahkemesi, davalı idarelerin hizmet kusurunun bulunduğundan bahisle davacılar 2/8 oranında kusur atfederek davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Davalının zarar görenin kusur oranının düşük olması ve üçüncü kişinin kusurunun dikkate alınması talepleriyle yaptığı temyiz istemi yerinde görülmeyle karar onanmıştır.²¹³ Karşı oyda, uyuşmazlıkta müteveffanın yüzmek amacıyla sulama kanalına gittiği, sulama kanalına kendisinin düşmediği; arkadaşının (üçüncü kişinin) itmesi sonucu kanala düşerek hayatını kaybettiğinin anlaşıldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, temyize konu kararda, olayda kusuru bulunduğu anlaşılan üçüncü kişinin eyleminin, idarenin işlem veya eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağıını etkileyip etkilemediği ile idarenin sorumluluğunu azaltıp azaltmayacağı hususlarında herhangi bir inceleme yapılmadığı görüldüğü ve tazmin sorumluluğu bakımından bu yönleriyle üçüncü kişinin kusurunun değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²¹⁴

²¹² Dan. 8. D., T. 04.02.2022, E. 2016/14736, K. 2021/655. (Çevrimiçi) www.lexpera.com 24.06.2022.

²¹³ Dan. 10. D., T. 06/01/2021, E. 2019/8555, K. 2021/3. (Çevrimiçi) www.lexpera.com 24.06.2022.

²¹⁴ Ayrıca, kararda başka üyelerce, ailenin %50 kusurlu olduğu yönünde karşı oy sunulmuştur.

- Diğer bir kararda, adliye binası içinde bıçaklanan davacının açtığı davada, idare mahkemesi, %50 oranında müterafik kusur indirimi yaparak tazminata hükmetmiştir. Bunun üzerine Danıştay, kararı aşağıdaki gerekçelerle bozmuştur:

“Uyuşmazlık konusu olayda, davacıya izafe edilebilecek bir kusur bulunmadığından, ortada müterafik kusur indirimi yapılabilecek bir husus ta bulunmamaktadır.

Bu durumda İdare Mahkemesince davacının uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazminine karar verilirken, idareye %50 oranında kusur izafe edilmesinde ve davacılar lehine hükmedilecek tazminat miktarlarında bu oran nazara alınarak indirimde gidilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

*Öte yandan; bıçakla yaralama ve öldürme olayını gerçekleştiren şahsa karşı davacılar tarafından adli yargıda açılmış bir tazminat davası bulunması halinde, o davada hükmedilecek maddi tazminatın iş bu davada hükmedilecek tazminat tutarından tenzil edilebileceği açıktır”.*²¹⁵

Görüldüğü üzere Danıştay, somut olayda müterafik kusur değerlendirmesinin hatalı olduğuna hükmetmiş; ancak üçüncü kişinin kusurunu da tazminattan indirim sebebi olarak kabul etmemiştir. Danıştay, yalnızca üçüncü kişiye karşı adli yargıda açılan bir tazminat davası bulunması ve bu kapsamda bir ödeme yapılmış olması hâlinde, söz konusu tutarın hükmedilecek tazminattan düşülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

İncelenen Danıştay kararları, idarenin kusur sorumluluğunun bulunduğu hâllerde zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve idarenin hizmet kusuru arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi konusunda yeknesak bir yaklaşımın henüz oluşmadığını göstermektedir. Danıştay bazı kararlarında, zarar görenin müterafik kusuru ile üçüncü kişilerin kusurunun birlikte değerlendirilmesi ve kusur oranlarının ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini vurgularken; bazı kararlarında ise zarar görene izafe edilebilecek bir kusur bulunmadığı hâllerde üçüncü kişinin kusurunu tazminattan indirim sebebi olarak kabul etmemektedir. Dolayısıyla Danıştay uygulamasında, üçüncü kişinin kusurunun idarenin sorumluluğuna etkisi bakımından, nedensellik bağı ve müterafik kusur kavramlarının somut olayın özelliklerine göre farklı biçimlerde yorumlandığı, bu durumun ise uygulamada belirsizliğe yol açtığı görülmektedir.

Kanaatimizce, kusur değerlendirmesinde idare, zarar gören ve üçüncü kişi olmak üzere her üç tarafın kusurunun birlikte değerlendirmeye alınması

²¹⁵ Dan. 10. D., T. 10.9.2015, E. 2012/1091, K. 2015/3691. (Çevrimiçi) www.lexpera.com 24.06.2022.

gerekmektedir. Doktrinde de önerildiği üzere, ya idarenin özel hukuk kişileriyle birlikte müteselsil sorumluluğunun kabul edilmesi ya da idarenin, zarar görenin kusuru dışında kalan zararın tamamını tazmin etmesinden sonra, üçüncü kişiye kusur oranında rücu edebilmesine imkân tanınması uygun olacaktır. Bu yaklaşım, davanın tek bir yargı düzeninde görülmesini sağlayarak uygulamada tutarlılığı temin edecek ve zarar görenin aynı olay nedeniyle farklı yargı düzenlerinde birden fazla dava açmak zorunda kalmasını önleyecektir. Ayrıca kusur oranının takdiri bakımından da, her somut olayda üçlü kusur değerlendirmesinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.



SONUÇ

Zarar görenin davranışı, idarenin sorumluluğunu etkileyen durumlar arasında yer almaktadır. Bu davranış, genellikle kusurlu olarak ortaya çıkmasına rağmen sorumluluğu etkilemesi için kusurlu olması şart değildir. Zarar görenin davranışı, zararın doğumuna, artmasına ya da önlenememesine etki şeklinde ortaya çıkabilir. Bu halde, idarenin sorumluluğu azalır ya da tamamen kalkar. Çalışmamızda, bu davranışın idarenin sorumluluğuna etkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğuna etkisinin belirlenmesi, güç ve hassas bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu noktada hâkimin takdir yetkisi büyük önem taşımakta olup, konunun ağırlıklı olarak yargı kararları üzerinden incelenmesi gerekmektedir. Nitekim idari yargı organları da verdikleri kararlar aracılığıyla bu alana ilişkin bir yaklaşım geliştirmiş; söz konusu yaklaşım çerçevesinde, kişilerin uğradıkları zararların giderilmesini sağlamaya yönelik çözümler üretmeye çalışmaktadır. Kararlar incelendiğinde, idarenin sorumluluğunun hangi hallerde azalacağına hangi hallerde kalkacağına dair bir kriter arandığı görülmektedir. Ancak kavramın, idare hukukunda, özel hukuktaki kadar gelişmiş bir nitelik arz etmemesi, AİHM ve AYM'nin konuya dair gelişen insan hakları hukuku perspektifinde değerlendirmeler yapması, idari yargı kararlarını, bazı konularda nispeten yetersiz bırakabilmektedir. Bu çerçevede, özellikle idari yargı kararları özelinde tespit edilebilen sorunlar ile bunlara ilişkin çözüm önerilerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

Kanaatimizce, zarar görenin sorumluluğa etkisi bakımından iki aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır. İlk aşamada yapılması gereken, zarar görenin davranışının idari faaliyet ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesip/kesmediğinin tespit edilmesidir. İlliyet bağının varlığı tespit edildikten sonraki aşamada ise yapılması gereken tazminata etkisi bakımından kusurun değerlendirilmesidir. Her iki aşamanın da değerlendirilmesinin ve tespitinin kolay olmadığını belirtmek gerekir.

Zarar ile idari faaliyet arasında uygun illiyet bağı kurulmadan, idarenin sorumluluğundan söz edilemez. İlliyet bağı değerlendirmesi; hâkimden hâkime ve somut olayın özelliklerine göre değişebilen bir değerlendirmedir. Yargı kararlarına

bakıldığında, aynı olaydaki illiyet bağının değerlendirmesi, farklı yargı organlarınca farklı şekilde yapılabilmektedir. Bu değerlendirmeyi, net bir zemine oturtmak oldukça zordur. Kanaatimizce, konunun değerlendirilmesinin esnek bırakılması, her bir olayın somut koşullarının değerlendirildikten sonra buna göre karar verilmesi yerindedir ancak bu durumun bazı riskleri bulunmaktadır. Benzer somut olaylar için farklı değerlendirmeler yapılabildiği gibi farklı olaylar için benzer değerlendirmeler yapılabilmektedir. Bu durumda da eşitlik ve hakkaniyet ilkesine aykırı sonuçlar doğabilmektedir. Konunun çözümünün, yargı organlarının benzer olaylara ilişkin benzer yaklaşım getirmesi ile çözüleceği kanaatindeyiz.

İdarenin sorumluluğunun azalması veya ortadan kalkmasında esas alınması gereken kriterler bakımından genel değerlendirme ve önerilerimizi şu şekilde özetlemek mümkündür:

Zararın tamamen zarar görenin davranışından kaynaklandığı ve idarenin zararın meydana gelmesine herhangi bir katkısının bulunmadığı hâllerde, idarenin tazmin sorumluluğunun kabul edilmemesi gerekmektedir. Zararın, zarar görenin kasıtlı davranışından doğması durumunda da kural olarak idarenin sorumluluğu söz konusu olmamalıdır; ancak bu noktada istisnai olarak hizmet içinde meydana gelen intihar vakıalarında, idarenin hizmet kusurunun intihar olayı üzerinde etkili olduğunun tespit edilmesi hâlinde, zarardan idarenin de sorumlu tutulması gerekmektedir. Danıştay ve Mülga AYİM'in uygulamaları da bu yöndedir.

Zararın büyük ölçüde idarenin faaliyeti sonucunda meydana geldiği ve zarar görenin kusurunun zararın oluşumundaki etkisinin son derece hafif kaldığı durumlarda, zararın tamamının idare tarafından tazmin edilmesi uygun olacaktır. Buna karşılık, zarar büyük oranda zarar görenin katkısından doğmuş olmakla birlikte, idarenin kusurlu davranışı bulunmasaydı zararın hiç meydana gelmeyeceği söylenebiliyorsa, idarenin zarardan sorumluluğu kabul edilmelidir. Ancak bu hâllerde sonuca ulaşılırken, müterafik kusur bakımından açık ve yeterli bir gerekçelendirme yapılması zorunludur. Örneğin, idarenin ağır kusuru karşısında zarar görenin davranışının önemsiz hâle geldiği durumlarda, bu hususun karar gerekçesinde ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Danıştay'ın bazı konulardaki yaklaşımlarının insan hakları hukuku perspektifi bakımından geliştirilmeye açık olduğu düşünülmektedir. Bu yaklaşımlardan biri, zarar gören küçüklerin uğradığı zararlar bakımından ortaya çıkmaktadır. İdari hâkim, müterafik kusur değerlendirmesi yaparken kimi zaman ebeveynlerin kusurunu zarar gören küçüğe izafe edebilmektedir. Kanaatimizce, ebeveynlerin kusurunun zarar gören küçüğe hükmedilecek tazminat miktarına doğrudan yansıtılmaması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira kusur ehliyeti bulunmayan zarar gören küçüğün uğradığı zararın tamamı idare tarafından karşılanmalıdır. Buna karşılık, anne ve babanın kendileri için talep ettikleri maddi ve manevi zararların tazmininde, kendi kusurları oranında indirim yapılmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın, AİHM'in ve AYM'nin kararları da bu yöndedir.

Bu itibarla, Danıştay'ın bazı yerleşik yaklaşımlarının, insan hakları hukuku perspektifi çerçevesinde yeniden değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, zarar görenin küçük ya da ayırt etme gücünden yoksun olduğu hâllerde illiyet bağının zarar gören lehine değerlendirilmesi gerekliliğidir. Bu tür durumlarda, idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması daha sıkı şartlara bağlanmakta; zararın meydana gelmemesi için alınması gereken tedbirler, devletin pozitif yükümlülükleri ilkesi gereği geniş yorumlanmakta ve bu durum illiyet bağı değerlendirmesini doğrudan etkilemektedir. Bu çerçevede, idareden daha kapsamlı tedbirler alınmasının beklenmesi makul olup, her ne kadar bu tedbirlerin kısa vadede idareyi mali açıdan zorlayabileceği düşünülse de uzun vadede idarenin daha güçlü ve etkin bir yapıya kavuşmasına katkı sağlayacağı açıktır.

Danıştay'ın yaklaşımına diğer bir örnek, kişinin hukuka aykırı durumunun, idare tarafından yapılan müdahale ile karşılaştırılarak orantılılık değerlendirmesi yapılmaksızın, idare açısından sorumsuzluk sebebi olarak ele alınmasıdır. Oysa konuyla ilgili AİHM kararları incelendiğinde, zarar görenin davranışının ağır neticeyi doğurmaya elverişliliği tartışılmakta ve özellikle müdahale ile zarar görenin davranışı arasında bir orantılılık değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu çerçevede, AYM ve AİHM tarafından verilen ihlal kararları dikkate alınarak, idari yargının benzer durumlarda aynı hassasiyetle değerlendirme yapması gerektiği açıktır.

Ayrıca, kişilerin bedensel zarara uğradığı hâllerin değerlendirilmesinde de daha hassas bir yaklaşım benimsenmelidir. Bedensel zarar, diğer zararlara kıyasla bireyler üzerinde daha derin ve olumsuz etkiler doğurabilecek niteliktedir. Bedensel zararlara yönelik verilen AİHM ve AYM'nin ihlal kararlarında da hassas değerlendirme yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2. maddesi ile bedensel zararların özel olarak düzenlenmiş olması, kanunkoyucunun bu tür zararları önemli gördüğünü göstermektedir. Dolayısıyla, bedensel zararların ortaya çıktığı olaylarda idarenin sorumluluğu değerlendirilirken özel bir özen ve hassasiyet gösterilmesi gerektiği açıktır.

İdari yargı kararlarında, idarenin kusursuz sorumluluğu hâllerinin istisnai olması nedeniyle, bu durumlarda zarar görenin davranışının değerlendirilmesinde tutarlı bir yaklaşımın henüz oluşmadığı görülmektedir. Öte yandan, zarar görenin davranışı bakımından özel hukukta kusursuz sorumluluk hallerindeki değerlendirme ile idarenin kusursuz sorumluluğu hallerindeki değerlendirme farklılık göstermektedir. Özel hukukta, zarar verenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kalkması için genellikle zarar görenin ağır kusuru aranırken, Danıştay uygulamasında idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hallerde, zarar görenin hafif kusuru veya ihmali dahi idarenin sorumluluğunu kaldıracak bir unsur olarak kabul edilebilmektedir.

Sosyal risk ilkesine dayalı değerlendirmeler bakımından ise, bu yaklaşım, 5233 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler sonrasında değişmeye başlamıştır. Söz konusu kanuna göre, zarar görenin kusuru, zararın belirlenmesinde dikkate alınacak bir unsur olarak öngörülmüştür. Bu çerçevede kanaatimizce, yargı organlarının, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hâllerde zarar görenin davranışını sorumluluğu doğrudan kaldıran bir unsur olarak görmek yerine, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmaları daha yerinde olacaktır.

Zarar görenin davranışının, idarenin kusursuz sorumluluğu hallerinde sorumluluğu doğrudan kaldıran bir unsur olarak görülmemesi gerektiği hususu çerçevesinde, zararın önlenmesi veya artmaması bakımından zarar görenin makul önlemler alması da önem taşımaktadır. Bu makul önlemin sınırı, kural olarak dürüstlük ilkesine (MK 2. Maddesi) göre belirlenir ve ortalama bir kişinin alabileceği tedbirler

ölçüt alınır. Ancak kanaatimizce, bu tedbirlerin çok geniş yorumlanmaması; zarar görenin mali durumu, bilgi ve tecrübeleri ile zararın öngörülebilirliği gibi somut koşulların da değerlendirmeye dâhil edilmesi gerekmektedir.

Danıştay, kusur oranlarının tespiti konusunda kimi durumlarda bilirkşiye başvurulmasını ararken, kimi durumlarda kusur oranını resen takdir etmektedir. Bu farklı uygulamanın, benzer olaylarda farklı kusur değerlendirmelerine yol açabildiği gözlemlenmektedir. Kanaatimizce, Danıştay'ın benzer olaylarda tutarlı değerlendirmeler yapması, hem hukuki güvenlik ve adaletin sağlanması hem de hakkaniyet ilkesi açısından daha uygun olacaktır.

Danıştay, kusur oranlarını resen takdir ettiği hâllerde genellikle %50 oranında bir kusur paylaşım formülü uygulamaktadır ancak bazı kararlarda farklı kusur oranlarının da takdiri söz konusu olmaktadır. Bu durum, benzer olaylar bakımından farklı değerlendirmelere yol açabildiği gibi, farklı olaylarda aynı değerlendirmelerin yapılmasına da sebep olabilmektedir. Karar içeriklerinden anlaşıldığı üzere, kendi somut olayları bakımından daha fazla önlem alan bir idare, başka bir olayda daha az önlem alan idare ile aynı oranda kusurlu görülebilmektedir. Benzer şekilde, kusur derecesi daha ağır olan bir zarar gören ile hafif kusuru bulunan bir zarar gören, bazen aynı değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir.

Bu nedenle, benzer olaylarda farklı kararlar verildiğine sıkça rastlanmaktadır. Kanaatimizce, aynı ve benzer olaylarda benzer yönde kararlar verilmesi, eşitlik ve adalet-hakkaniyet ilkeleri açısından daha uygun olacaktır. Nispeten daha az tedbir alan bir idareye, daha tedbirli davranan bir idare ile eşit derecede kusur yüklenmesi, hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleri bakımından tartışmaya açıktır.

Kanaatimizce, Danıştay'ın zarar görenin davranışına ilişkin yaklaşımının yeterince detaylandırılmadığı görülmektedir. Yol gösterici olması bakımından, kararlarda hem zarar verenin hem de zarar görenin zararın ortaya çıkmasındaki etkisinin daha ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Özel hukuk mevzuatı, doktrin ve yargısal içtihatlar, konuya daha detaylı hukuki kaynak teşkil ettiğinden, idarenin sorumluluğu bakımından da bu kaynaklardan bünyesine uygun ölçüde yararlanılması faydalı olacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yargı içtihatlarında benzer olaylarda benzer yaklaşımın gözetilmesi ve bazı durumlarda zarar görene karşı tutumun daha hassas değerlendirilmesi bakımından ilkesel içtihatlara ihtiyaç vardır. Bununla birlikte güncel gelişmeler, teknolojinin ilerlemesi ve insan hakları hukukundaki gelişmeler, zararın doğmaması için devletten daha fazla tedbir beklenmesini gündeme getirmektedir. Bu nedenle, ilkesel içtihatlarda bu durumun da dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.

Nihai olarak belirtmek gerekir ki, idare hukuku alanında konu neredeyse tamamen yargı kararları aracılığıyla geliştirilmiştir. Eksikliklere rağmen, yargı kararları ile konunun genel çerçevesi belirlenmiş ve kararlarda zararların bir şekilde giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, yukarıda işaret edilen sorunlara yönelik yeni yaklaşımların esas alınması, idare hukukunda kavramsal ve uygulamalı sorunları önemli ölçüde giderebilecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Aydın : “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı” **GÜHFD**, C. XX, S. 1, 2016, s. 269-302 (İdarenin Sağlık Hizmetlerinden).
- AKYILMAZ, Bahtiyar : “Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, SÜSBE, Konya, 1991.
- AKYILMAZ, Bahtiyar : “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı, **GÜHFD**, C. IX, sy. 1-2, 2004, 185-211 (Sosyal Risk İlkesi).
- AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat/
- KAYA, Cemil : **Türk İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar : **Zararı Azaltma Külfeti**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- ANAYURT, Ömer : “Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara, 1989 (Türk Hukukunda İdarenin).
- ARMAĞAN, Tuncay : **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.
- ATAMER, Yeşim M. : **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı**

Kuramları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.

ATAY, Ender Ethem

: **İdare Hukuku**, 7. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.

ATAY, Ender Ethem/ ODABAŞI,

Hasan

: **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010 (İdarenin Sorumluluğu)

AYAKÇIOĞLU, Mustafa Serkan

: “Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Haller” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 2011

AZRAK, Ali Ülkü

: “İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı”na göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13/Mayıs/1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.135-147.

BAŞGİL, Ali Fuad

: **Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1940.

CANDAN, Turgut

: **Açıklamalı: İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2012.

ÇAĞLAYAN, Ramazan

: **İdare Hukuku Dersleri**, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

ÇAĞLAYAN, Ramazan

: **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2007. (İdarenin Kusursuz Sorumluluğu)

ÇITAK, Halim Alperen

:İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında: Sosyal Risk İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

DELCROSS,Xavier/

DELCROSS, Bertrand

:Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çev. Turgut Candan, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984.

DESCHENAUX, Henri/

TERCIER, Pierre

:Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası Ankara, 1983.

DUEZ, Paul

:Mukavele Dışında; Amme Kudretinin Mes’uliyeti, Çeviren: İbrahim Senil, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan

: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 12. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.

DURAN, Lûtfi

:Türkiye İdaresinin Sorumluluğu; Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Ankara, TODAİE Yayınları, No:138, Sevinç Matbaası, 1974 (Türkiye İdaresinin).

EREN, Fikret

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

ESİN, Yüksel:

:Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, 2. bs. Ankara, Güven Matbaası, 1976 (Esas).

GÖZLER, Kemal

: İdare Hukuku, C. II, 3. Bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.

GÖZLER, Kemal/

KAPLAN, Gürsel

: **İdare Hukuku Dersleri**, 21. Bs. Bursa, Ekin Yayınları, 2019.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref

: **Yönetmelik Yargı**, 36. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/

TAN, Turgut

: **İdare Hukuku**, C. I, Genel Esaslar, 13. Bs., Ankara, Doruk Kitabevi, 2019.

GÜLAN, Aydın

: “Müterafik Kusurun İdare Hukuku Boyutu”, **İÜ İdare Hukuku Anabilimdalı İdare Hukuku Konferansları IV**, İstanbul, 2017 (Müterafik Kusur). (Yayınlanmamıştır.)

GÜRAN, Sait

: “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12- 13 Mayıs 1980, İÜHFY, İstanbul, 1980.

İŞIKLAR, Celal

:“Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009 s. 569-636 (AYİM Kararlarında)

İŞIKLAR, Celal

:“Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller” **YBHD**, Y. 4, S. 2019/1, 115-158 (Danıştay Kararlarında)

KALABALIK, Halil

: **İdare Hukuku Dersleri**, C. II, 5. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

- KAPLAN, Gürsel : “Danıştay Kararları Çerçevesinde; Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1993.
- KAPLAN, Gürsel : “Danıştay Kararları Çerçevesinde; Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1993.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit :**Tazminat Hukuku**, C. I (Maddi Tazminat), İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1996.
- KARAN, Yeliz :“Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2010. (Zarar Görenin Kusuru)
- KARAVELİOĞLU, Celal : **Açıklama ve Son İçtihatlarla: İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. I, 6. Bs., Ankara, 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bs., Ankara, 2021.
- KILIÇOĞLU, Mustafa :**Sorumluluk Hukuku: Sözleşme Dışı Sorumluluk**, C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- KISAGÜN, Adli : “Müterafık Kusur”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 19, S. 1, 1962, s. 9-13.
- KOŞAR, Günhan : “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi” Yayınlanmamış Doktora Tezi, HÜSBE, Ankara, 2019.
- KÖKSAL, Mustafa :“İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Terör Olayları Nedeniyle İdari Yargıda Açılan

Davalar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi S.B.E. , Kırıkkale 2009.

KURT, Müjde

: “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **AÜHFD**, C. III, S. 64, 775-814. (Zararı Azaltma Külfeti)

KÜFÜDÜR, Bülent

:“Terör Olaylarından Kaynaklanan Zararların Tazmininde 5233 Sayılı Kanundan Doğan Sorunların Işığında Sosyal Risk İlkesine Geri Dönülmesi Konusuna Genel Bir Bakış”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S: 2, 2015, s. 111-147.

NOMER, Haluk N.

:**Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996. (Maddi Tazminat)

OĞUZMAN, M. Kemal/

ÖZ, Turgut

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 10.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (Borçlar Hukuku)

ONAR, Sıddık Sami

: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ONAR, Sıddık Sami

: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

OZANSOY, Cüneyt

:“Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1989.

ÖZAY, İl Han

: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

- ÖZAY, İl Han : **Yargısal Korunma**, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 3. Bs., 1999.
- ÖZDEMİR, Necdet : **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963 (Hizmet Kusuru Teorisi).
- ÖZGÜLDÜR, Serdar : **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996 (Tam Yargı Davaları).
- SANLI, Kerem Cem : **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007.
- SARICA, Ragıp : “Hizmet Kusuru ve Karakterleri” **İÜHFİM**, C: XV, S: 4, 1949, s. 858- 895.
- TAN, Turgut/ BAYAZIT, Bahar : **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- TANDOĞAN, Haluk : **Türk Mes’uliyet Hukuku; Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Mes’uliyet).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/
AKMAN, Sermet,/BURCUOĞLU
Haluk/ALTOP, Atilla : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- TİFTİK, Mustafa : “Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı”, Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1988 (Maddi Tazminat).

TUHR, Von

Borçlar Hukuku, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.

YAYLA, Ahmet

:İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha, 2015.

YAYLA, Yıldızhan

: İdare Hukuku, Tıpkı 2. Bs, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

YAYLA, Yıldızhan

: “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979.

YILDIRIM, Turan

:“Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, MÜHAD, C. 25, S. 2, s. 1520-1538.

YILDIRIM, Turan/ YASİN,
Melikşah/ KAMAN, Nur/

ÖZDEMİR, H. Eyüp/

ÜSTÜN, Gül/ TEKİNSOY/

Özge Okay

: İdare Hukuku, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

YILMAZ, Ejder

:Hukuk Sözlüğü, 10. Bs, Ankara, 2011.

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

www.anayasa.gov.tr

<http://auhf.ankara.edu.tr>

www.danistay.gov.tr

<http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

www.iudergi.com

www.kazanci.com

www.lexpera.com

www.mevzuat.gov.tr

