

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLARAK
AĞIR HİZMET KUSURU

Ahmet Said YÜCESAN

2501160488

TEZ DANIŞMANI
Dr. Öğr. Üyesi. Halit UYANIK

İSTANBUL, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : AHMET SAİD YÜCESAN Numarası : 2501160488
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ HALİT UYANIK
Tez Savunma Tarihi : 30.04.2019 Saati : 09.00
Tez Başlığı : İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLARAK AĞIR HİZMET KUSURU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYDURLUĞU OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. MELİKŞAH YASİN		RED
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ HALİT UYANIK		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ HÜSEYİN MELİH ÇAKIR		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ CENK YAŞAR ŞAHİN		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖMER FARUK EROL		

ÖZ

İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLARAK

AĞIR HİZMET KUSURU

Ahmet Said YÜCESAN

Ağır hizmet kusuru, idarenin sorumluluğunun sınırlandırılmasında kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ağır hizmet kusurunun varlığı, idarenin bazı faaliyetlerinden doğan sorumluluğunun koşulu olarak görülebilmektedir. Çalışmamızda esas maksadımız, ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olmasının yerinde olup olmadığını ortaya koymaktır.

Anahtar kelimeler: İdarenin sorumluluğu, idare hukuku, ağır hizmet kusuru, hizmet kusuru, kişisel kusur.

ABSTRACT

A CONDITION OF THE ADMINISTRATION’S LIABILITY: GROSS FAULT

Ahmet Said YÜCESAN

Gross fault is a concept that limits the liability of the administration. As a matter of fact, the gross fault may be the condition of the administration's liability arising from certain activities. The main purpose of our study is to determine whether gross fault is a condition of the administration’s liability.

Keywords: Administrative liability, administrative responsibility, administrative law, gross fault, service fault, personal fault.

ÖN SÖZ

Ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olup olamayacağı meselesi ülkemizde gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında genellikle idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu bağlamında ele alınmaktadır. Çalışmamızda ise bu konu idarenin sorumluluğu teorisinin temel esasları ekseninde geniş olarak ele alınacaktır.

Tez konumun belirlenmesinden tezimin tamamlanmasına kadar her türlü desteği veren danışmanım Dr. Öğr. Üyesi. Halit Uyanık'a çok teşekkür ediyorum. Tezimi savunmam sırasında yaptıkları eleştiri ve önerileri ile tezimi geliştirmeme katkıda bulunan Prof. Dr. Melikşah Yasin'e ve Dr. Öğr. Üyesi. Hüseyin Melih Çakır'a teşekkürü bir borç biliyorum.

Bu vesileyle tezime yaptıkları sağlık hukukuna ilişkin katkılarından dolayı Prof. Dr. Turan Yıldırım'a, Doç. Dr. Bayram Keskin'e, Doç. Dr. Kahraman Berk'e, Arş. Gör. Miraç Çelik'e; Amerikan hukukuna ilişkin katkıları nedeniyle Dr. Öğr. Üyesi. Özge Atıl Kaya'ya; Fransız idare hukukuna ilişkin katkıları dolayısıyla Arş. Gör. Gökhan Avcı'ya çok teşekkür ediyorum.

Tezimi yazdığım süreçte maddi ve manevi her türlü desteği veren aileme minnettar olduğumu ayrıca belirtmek isterim.

Ahmet Said YÜCESAN

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

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

BİRİNCİ BÖLÜM

HİZMET KUSURU KAVRAMI VE HİZMET KUSURUNUN DERECELERİ

1.1. Hizmet Kusuru Kavramı.....	3
1.2. Hizmet Kusurunun Dereceleri	8
1.2.1. Ağır Hizmet Kusuru	8
1.2.2. Vasıfsız, Hafif ve Olağanüstü Hizmet Kusuru.....	12

İKİNCİ BÖLÜM

DANIŞTAY KARARLARINDA AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞININ İDARENİN SORUMLUĞUNUN KOŞULU OLARAK KABUL EDİLDİĞİ HALLER

2.1. Genel Olarak.....	14
2.2. İdari İşlemler Bakımından	16
2.3. Kolluk Faaliyetleri Bakımından	18
2.4. Sağlık Hizmetleri Bakımından	20
2.5. Manevi Tazminat Bakımından	27

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEHLİKELİ İDARİ FAALİYETLERDE AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLMASINA VERİLEBİLECEK GEREKÇELERİN İDARENİN SORUMLULUĞU TEORİSİNE UYGUNLUĞU

3.1. Genel Olarak.....	31
3.2. İdarenin Mali İmkânlarının Korunmasını Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu	38
3.2.1. Sosyal Devlet İlkesi Bakımından	39
3.2.2. Hukuk Devleti İlkesi Bakımından.....	43
3.3. Kamu Görevlisinin Defansif Davranışlarının Engellenmesini Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu	46
3.4. Hizmet Kusurunu İspat Güçlüğü Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu	50
3.5. Zarar Görenin Tehlikeli İdari Faaliyetten Doğrudan Yararlanan Konumunda Olmasını Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu	53

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLMASININ İNSAN HAKLARI HUKUKUNA UYGUNLUĞU

4.1. Genel Olarak.....	56
4.2. Etkili Başvuru Hakkı Bakımından.....	57
4.3. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından.....	60
4.3.1. Mahkemeye Başvuru Hakkı Çerçevesinde	60
4.3.2. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı Çerçevesinde.....	61
4.4. Mülkiyet Hakkı Bakımından	63

BEŞİNCİ BÖLÜM

TEHLİKELİ İDARİ FAALİYETLERDE KAMU GÖREVLİSİNİN DEFANSİF DAVRANIŞLARININ ENGELLENMESİ İÇİN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞI KOŞULUNA BAĞLANMASI YERİNE İKAME EDİLEBİLEBİLECEK SİSTEMLER

5.1. Genel Olarak.....	65
5.2. Zorunlu Sorumluluk Sigortası Sistemi	66
5.3. Ağır Kusur Koşulu Sistemi	68
 SONUÇ	 74
KAYNAKÇA	76

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
A.k.	: Aynı karar
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD	: Adalet Dergisi
AHD	: Anayasa Hukuku Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
Ay.	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No	: Başvuru Numarası
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası

DD	: Danıştay Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dpt.	: Dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GK	: Genel Kurul
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAD	: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HÜSBED	: Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBB	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

	Dergisi
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LEHB	: Legalbank Elektronik Hukuk Bankası
LHBS	: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THD	: Tıp Hukuku Dergisi
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı- ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Sorumluluk kelime anlamı itibarıyla uyulması gereken kurala aykırı hareketin hesabını verme gereği anlamına gelmektedir¹. Hukukî bir kavram olarak ise sorumluluk, kişinin eylem veya işleminin sonuçlarından dolayı hesap verme yükümlülüğünü ifade eder². Tazminat hukuku açısından sorumluluk, kişinin başkasına verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüdür³. İdarenin sorumluluğu ise idarenin neden olduğu zararları tazminle yükümlü olması manasına gelmektedir.

İdarenin idare hukukundan kaynaklanan sorumluluğu, hizmet kusuru esasına dayanabildiği gibi kusursuz sorumluluk esasına da dayanabilmektedir. Bununla birlikte genel kabul görmeyen bir yaklaşıma göre idare, bazı faaliyetleri açısından ancak ağır hizmet kusurunun varlığı hâlinde sorumlu tutulmalıdır. İdarenin kusurlu olması hâlinde bile sorumlu olmayabileceğini kabul eden bu yaklaşıma göre ağır hizmet kusurunun varlığı, idarenin bazı faaliyetleri açısından sorumluluğunun koşulu olmaktadır. İşte çalışmamızda esas maksadımız, ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olmasının anlam, işlev ve yerindeliğini ortaya koymaktır.

¹ Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, “Mesuliyet” maddesi, s. 230. Sorumluluk kavramının Arapça karşılığı olan “mesuliyet”, “sual” kökünden gelmekte ve kelime anlamı itibarıyla “sorulabilirliği” ifade etmektedir. Bkz. Ekrem Buğra Ekinci, **Dini Lûgat**, 1. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2018, s. 398. Sorumluluk kavramının İngilizcesi, “responsibility”, Fransızcası “responsabilité”, Almancası “verantwortung”dur. Bkz. Türk Hukuk Kurumu, **a.g.e.**, s. 230-231. Sorumluluk kavramının kelime anlamı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 5 vd.

² Ali Fuat Başgil, **Devletin ve Diğer Hükûmî Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Ankara, Yeni Ceza Evi Matbaası, 1940, s. 4. Benzer tanımlar için bkz. Ejder Yılmaz, **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, “Sorumluluk” maddesi, s. 618; Mustafa Ali Sarılı, **Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk**, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004, s. 5; Çağlayan, **a.g.e.**, s. 6.

³ Henri Deschenaux, Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim Özdemir, 1. Baskı, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 1. Benzer bir tanım için bkz. Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 3.

Çalışmamızın ilk bölümünde hizmet kusuru kavramı ve hizmet kusurunun dereceleri hakkında açıklamalarda bulunacağız. Bu kapsamda özellikle ağır hizmet kusuru kavramına ayrıntılı bir bakış yapacağız. İkinci bölümde Danıştay tarafından ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olarak kabul edildiği halleri tespit edeceğiz. Bu kapsamda özellikle sağlık hizmetleri açıdan Danıştay'ın konuya ilişkin içtihadı üzerinde yoğunlaşacağız. Üçüncü bölümde tehlikeli idari faaliyetlerde ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olması için ileri sürülebilecek gerekçelerin idarenin sorumluluğu teorisine uygunluğunu tartışacağız. Dördüncü bölümde ağır hizmet kusurunun varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olmasının insan hakları hukukuna uygunluğunu inceleyeceğiz. Beşinci bölümünde ise kamu görevlilerinin defansif davranışlarının engellenmesi için idarenin sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması yerine ikame edilecek sistemi tespit etmeye çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

HİZMET KUSURU KAVRAMI VE HİZMET KUSURUNUN DERECELERİ

1.1. Hizmet Kusuru Kavramı

Kusur esası, kişilerin kusurlu davranışları ile neden oldukları zararlardan sorumlu tutulmaları gereğini yansıtan bir sorumluluk esasıdır. Bu esas, idare hukukundan önce özel hukukta ortaya çıkmıştır ve özel hukuktan idare hukukuna “ithal” edilmiştir¹. Bu nedenle idarenin kusur sorumluluğuna ilişkin ilke ve kuralların, özel hukukta düzenlenen sorumluluk hükümleri ile belli bir ölçüde benzerlik arz ettiği söylenebilir².

Özel hukukta kusur, insanın kasti ya da ihmali bir davranışının sonucunda meydana gelir³. Özel hukuktaki kusurun, idarenin (kamu tüzel kişilerinin) sorumluluğuna esas alınması mümkün değildir. Zira idare karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını esas alan idarenin sorumluluğuna ilişkin ilke ve kurallar,

¹ Cüneyt Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 190-191 vd. Aynı yönde bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1991, s. 15; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, 2017, s. 368; Çınar Can Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 217.

² Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, 664 vd.; Ender Ethem Atay, “Avrupa Birliği Ülkelerinde İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 664.

³ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 36, 255 vd.; Günday, **İdare Hukuku**, s. 368. Özel hukukta “kusura neden olan iradenin” insanın içinde bulunduğu psikik duruma göre belirlenen iki temel “görünüm biçimi” vardır. Bunlar kast ve ihmalden oluşur. Kast, “failin kendi hareketinin hukuka aykırı sonucunu bilmesi ve istemesidir.” İhmal ise “hareketinin hukuka aykırı sonucunu önceden görmesi gereken kimsenin, önlenmesi olanağı bulunan ve istemediği sonucun meydana gelmesine engel olabilmek için kendisinden beklenen irade faaliyetinde bulunmamasıdır.” Bkz. Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 1980, s. 52.

özel hukuk dışında kalan hükümler içermektedir⁴. Bu nedenle idarenin kusur sorumluluğuna özel hukuktaki kusur değil, “hizmet kusuru” (*faute de service*) kavramı temel olmaktadır. Hizmet kusuru, “idare hukukuna has, nev’i şahsına münhasır, muhtar, müstakil, orijinal, olaylara göre değişebilen, esnek” bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁵.

Hizmet kusuru kavramında kullanılan “hizmet” tabiri yalnızca idarenin bir faaliyet türü olarak “dar anlamda kamu hizmetini” değil, idarenin tüm faaliyet ve görevlerini kapsayan “geniş anlamda kamu hizmetini” karşılayıcı bir manaya sahiptir⁶.

Hizmet kusuru, hizmetin kuruluş ve işleyişinde “ortalama standarttan”⁷ sapılmasından doğan bir bozukluğu ifade eder⁸. Hizmet kusurunun temel olarak üç sebebi vardır: Hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi, hiç işlememesi⁹.

⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 3, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1695; Kemal Galip Balkar, “Hizmet Kusurunun Sınırları”, **İÜHFM**, Cilt: 26, Sayı: 1-4, 1961, s. 19; Çınar Can Evren, “Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayırımı ve Yargı Düzeni”, **TBB**, Sayı: 95, 2015, s. 176; Atay, **İdare Hukuku**, s. 664; Atay, “Avrupa Birliği”, s. 554.

⁵ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, **İÜHFM**, Cilt: 15, Sayı: 4, 1949, s. 859. Hizmet kusuru kavramı ilk kez Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 1873 yılında verilen Blanco isimli karar ile ortaya çıkmıştır. Bu karar ile ilk kez özel hukuktaki kusur ile idare hukukundaki kusur birbirinden ayrılmıştır. Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s.1020 vd.

⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 369.

⁷ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 361; Bahtiyar Akyılmaz, “Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi, Konya, 2004, s. 25; Sait Güran, “Hekimin Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 83-84; Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 128.

⁸ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 50; Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 858; Lutfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, 1. Baskı, Ankara, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, 1974, s. 26; Dan.10.D., E., 2007/5777, K., 2008/6696, 16.1.2008, LEHB.

⁹ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 858; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 362. Doktrinde hizmet kusurunun yalnızca üç sebebe dayandırılmasının yerinde olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1059 vd.; Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 75 vd.; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 32; Serkan Kızılyel, “Sağlık Hizmeti

Hizmet kusuru, idarenin asli ve doğrudan doğruya sorumluluğunu gerektiren ve anonim nitelikte olması itibarıyla belli bir kamu görevlisine atıf ve izafe olunması gerekmeyen bir kusurdur¹⁰. Bu yönleri ile hizmet kusuru, özel hukuktaki kusur kavramından çok daha objektif (kişilik dışı) bir anlam ifade etmektedir¹¹. Bu nedenle hizmet kusurunun oluşması için kasıt ve ihmal gibi sübjektif öğelerin varlığı zorunlu tutulmamalıdır¹². Bununla birlikte hizmet kusuru her durumda bir ya da birkaç kamu görevlisinin davranışı sonucu oluşmaktadır. Bu nedenle hizmet kusuru kavramının objektif niteliğine mutlak bir anlam atfedilerek kamu görevlisinin davranışının hizmet kusurunun oluşumdaki etkisi inkâr edilmemelidir¹³. Bu durumda hizmet kusuru kavramının sübjektif bir yönünün de olduğunu söyleyebiliriz¹⁴.

Hizmet kusuru, hizmetin kuruluş ve işleyişine atfedilen bir kusurdur. Bu nedenle hizmet kusurunun tespitinde belli bir idari faaliyetin genel itibarıyla iyi işleyip işlemediği dikkate alınmalıdır¹⁵. Bu açıdan hizmet kusurunun var olması için mutlaka bir kamu görevlisinin kusurunun mevcut olması gerekmemektedir¹⁶.

Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 24, 2008, s. 145.

¹⁰ OZANSOY’a göre, “Anonimlikten anlaşılması gereken, ajanın olayda kaybedilmesi değildir; hizmet kusurunda yargılanan objenin memurun ‘kusuru’ değil, fakat ‘hizmete ilişkin davranış’ olmasıdır. Bu nedenlerle, anonimlik niteliğinin, ‘bilinmeyen bir ajanın kusuru’na zorlamayla bağlanması anlamsızdır. Burada önemli olan, ajanın bilinmemesi değildir; önemli olan böyle bir saptamanın sorumluluğa hükmetmek için ‘zorunlu olmayışıdır’.” Bkz. Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 264.

¹¹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1695; Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 859-860; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 361-362; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 475.

¹² Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 36.

¹³ Günday, **İdare Hukuku**, s. 370; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 190 vd; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 68; Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 553; Dan.5.D., E., 2007/7369, K., 2008/3234, 11.6.2008. Hizmet kusuru kavramının, kamu görevlilerinden soyutlanarak “kötüye kullanıldığı” hakkında bkz. René Chapus, **Droit Administratif Général**, Paris, Montchrestien, Cilt: 1, 15. Baskı, 2001, s. 1292’ten aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1059-1060.

¹⁴ Jean Rivero, Marcel Waline, **Droit Administratif**, 18. Baskı, Paris, 2000, s. 279’dan aktaran: Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 27; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 169-170; Chapus, **a.g.e.**, s. 1294’ten aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1061.

¹⁵ Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 60; Halim Alperen Çıtak, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 11.

¹⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 369-370.

Hizmet kusuru kavramı yukarıda açıkladığımız özellikleri nedeniyle özel hukuktaki kusur kavramından bağımsız bir nitelik arz etmektedir. Bununla birlikte hizmet kusurunun, her durumda bir ya da birden çok kamu görevlisinin davranışı sonucu oluşması nedeniyle özel hukuktaki kusur kavramı ile ilişkili olmadığını söylemek mümkün değildir¹⁷. Bu nedenle hizmet kusuru esasına ilişkin ilke ve kuralların uygulanmasında özel hukukun idare hukuku ile çelişmeyen hükümlerinden yararlanılması veya esinlenilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır¹⁸.

Hizmet kusuru, idarenin sorumluluğu açısından birinci derecede önemli bir kavramdır¹⁹. Hizmet kusuru kavramının bu niteliği gereği idare hukukunda hizmet kusuru esası, kusursuz sorumluluk esasına göre “asli” bir nitelik taşımaktadır. Başka bir deyişle hizmet kusuru kavramının idarenin sorumluluğu açısından arz ettiği önem nedeniyle idare hukukunda kusursuz sorumluluk esası hizmet kusuru esasına göre “tali” veya “tamamlayıcı” bir niteliktedir²⁰. Bu nedenle idarenin öncelikle hizmet kusuru esasına göre sorumlu tutulmaya çalışılması eğer bu esasa göre sorumlu tutulması mümkün olmuyorsa, kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulup tutulamayacağının ayrıntılı şekilde incelenmesi gerekir. Bu durumda idarenin kusursuz sorumluluğunun, idarenin “kusursuz olması” veya “kusurunun ispat edilememesi” hâlinde gündeme gelen bir sorumluluk türü olduğunu söyleyebiliriz²¹.

¹⁷ Nitekim OZANSOY, hizmet kusurunun, özel hukuktaki kusurdan bağımsızlığı konusuna “ihtiyatla” yaklaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 264 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 190 vd.

¹⁸ “Aslında kamu hukuku alanındaki “mali sorumluluk”, özel hukuktaki sorumluluk müessesesinden kaynaklanmakla birlikte farklı ilkelere ve özelliklere de sahiptir. Nitekim idari yargı mercileri de idarenin sorumluluğunu belirlerken kamu hukukuna has sorumluluk ilke ve esasları ile çelişmeyen sorumluluğa ilişkin özel hukuk hükümlerini referans norm olarak kullanmaktadırlar.” Bkz. Akylmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 15. Benzer yönde bkz. Atay, **İdare Hukuku**, s. 664.

¹⁹ Ayrıca bkz. Bülent Tahiroğlu, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **MÜHFD**, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s. 157.

²⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1164-1165; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 32. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 305; Ahmet Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 27 vd.

²¹ Özel hukukta ise kusursuz sorumluluk, kişilerin kusurlu olup olmadıklarının araştırılmasına gerek olmadan sorumlu tutulabilmesini öngören bir sorumluluk türünü ifade etmektedir. Bkz. Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981, s. 4-8.

Nitekim Danıştay, kararlarında kusursuz sorumluluk esasının hizmet kusuru esasına göre tali nitelikte olduğunu ortaya koyduktan sonra idare mahkemesinin hangi kusursuz sorumluluk esasına dayandığını açıkça ortaya koyması gerektiğini ifade etmektedir²².

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk esasının hizmet kusuru esasına göre tali bir nitelik arz etmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira idarenin hizmet kusurunun saptanabileceği hallerde kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulması, “kusurluluk olgusu gözden kaçırılarak” “salt mağdurun zararının kolayca karşılanacağı bir sistemle yetinilmesi” anlamına gelecek ve dolayısıyla idarenin hukuk kurallarına uyma konusunda özensiz davranmasına neden olacaktır²³. Bunun yanında hizmet kusurunun saptanabileceği hallerde idarenin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan rücu müessesesini anlamsız kılacaktır. Zira böyle bir uygulama idarenin ajanlarının kusurlu olmaları hâlinde gündeme gelecek olan rücu müessesesinin işletilmesinin önüne geçecektir²⁴.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk esasının hizmet kusuru esasına göre tali nitelikte olması, bu sorumluluk esasının “istisnailiğinin” değil, hukuk devleti ilkesinin

²² Dan.15.D., E., 2016/7912, K., 2017/841, 21.2.2017; Dan.10.D., E., 2016/1017, K., 2017/5105, 28.11.2017, KİBB; Dan.10.D., E., 1996/10292, K., 1998/1190, 18.03.1998, DBB. Bu konuda ayrıca bkz. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Akman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 835; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1165.

²³ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 204. Ayrıca bkz. Dan.15.D., E., 2016/467, K., 2016/4610, 21.9.2016, KİBB: “(...) tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır.”

²⁴ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 204; Bahadır Apaydın, “Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Bağlamında İdarenin Rücu Yükümlülüğü: “Rücu Mekanizmasının İşletilme(me)si ve Sonuçları””, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2012, s. 42-43; Dan.5.D., E., 2007/7369, K., 2008/3234, 11.6.2008, KİBB.

bir gereğidir²⁵. İdare hukuku açısından kusursuz sorumluluk, “özel hukukta olduğu gibi “istisna”²⁶ olmayıp, en az kusur sorumluluğu kadar “yaygın” bir niteliktedir²⁷.

1.2. Hizmet Kusurunun Dereceleri

Hizmet kusuru kavramının esnek bir niteliğe sahip olması dolayısıyla oldukça çeşitli derecelere ayrılması mümkündür²⁸. Hizmet kusurunun derecelerini dörde ayırabiliriz: Hafif hizmet kusuru, vasıfsız hizmet kusuru, ağır hizmet kusuru, olağanüstü hizmet kusuru.

1.2.1. Ağır Hizmet Kusuru

Kişilerin hangi kusurlarının ağır olduğunu tespit etme konusunda yararlanılabilecek net bir standarttan bahsedilemez²⁹. Bu konuda yararlanılabilecek tek ölçütün somut olayın özellikleri olduğu söylenebilir³⁰. Bu nedenle idarenin hangi kusurlarının ağır olduğunu saptamak oldukça güçtür³¹. Nitekim doktrinde Danıştay’ın

²⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 166. Doktrinde ONAR, hizmet kusuru esasının, idarenin kusursuz sorumluluğu esasına göre yalnızca daha erken bir tarihte ortaya çıkmasının, onu idarenin sorumluluğunun temeli haline getirmeyeceğinden bahisle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için hizmet kusuru esasının tüketilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Bkz. Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1698. Ayrıca bkz. Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 27-28.

²⁶ Özel hukuk açısından ise kusur ilkesinde gerçekleşen her sapmanın istisnai bir nitelik arz ettiği vurgulanmaktadır. Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 511 vd.; Selim Kaneti, **Haksız Filde Hukuka Aykırılık Unsuru**, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş., 2007, s. 7-13. Bu konuda Alman hukukundaki görüşler hakkında bkz. Özge Yücel, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014, s. 34. Bununla birlikte doktrinde özel hukukta tehlike ilkesine dayanan sorumluluğun, kusur sorumluluğu karşısında asli bir yer elde etmemesi için makul bir neden olmadığı, aksine düşüncenin sosyal gerçekliğe uygun olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Yücel, **a.g.e.**, s. 37-39.

²⁷ Bahtiyar Akyılmaz, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2009, s. 91.

²⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1698.

²⁹ Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 279; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 527; Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1737-1738.

³⁰ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 279.

³¹ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1737; Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 289; Yüksel Esin, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Güven Matbaası, 1976, s. 20; Serdar Özgüldür, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, İlhan Özay, **Günışığında Yönetim**, 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017,

ağır hizmet kusurunu tespit etme konusunda tutarlı bir içtihat geliştiremediği ifade edilmektedir³². Bununla birlikte “tespit edilmesi” konusunda net bir standart olmayan ağır hizmet kusurunun, net biçimde “tanımlanması” mümkündür³³.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ağır hizmet kusuru, “basit hizmet kusurunun ağırlaşmış şeklidir” ya da “kabul edilemez bir hizmet kusurudur” demek bu kavramın tanımlanması hususunda yetersiz kalmaktadır³⁴. Zira bu tanımlamalar oldukça sübjektif uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Bunun yanında ağır hizmet kusurunun, idari faaliyetin neticesinde ortaya çıkacak zararın büyüklüğünden yola çıkarak da tanımlanması mümkün değildir. Zira hafif bir hizmet kusurunun büyük zararlara neden olması mümkündür³⁵. Kanaatimizce ağır hizmet kusuru tanımlanırken objektif bir ölçüte ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ölçütün bulunması konusunda ise öncelikle özel hukuktan yararlanmanın veya esinlenmenin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Hizmet kusuru kavramı, özel hukuktaki kusur kavramından çok daha objektif bir anlam ifade etmektedir³⁶. Bu nedenle ağır hizmet kusurunun tanımlanmasında özel hukukta yer alan kast, olası kast ve bilinçli ihmâl gibi sübjektif öğelerden yararlanılması isabetli değildir³⁷. Zira kamu görevlilerinin hafif nitelikteki ihmalleri

s. 842; Michel Rougevin, Renaud Denoix De Saint Marc, Daniel Labetoulle, **Leçons de droit administratif, Hachette Supérieur**, Paris, 1989, s. 339-340’tan aktaran: Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 124.

³² Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 559; Günday, **İdare Hukuku**, s. 373; Özgüldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 278.

³³ Nitekim doktrinde idarenin kusurunun tanımlanmasının değil teşhisinin zor olduğunu belirtilmektedir. Bkz. Chapus, **a.g.e.**, s. 1294’ten aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1061.

³⁴ Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 716.

³⁵ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 868-869; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 839; Jef De Mot, Michael Faure, “Report for the European Group on Tort Law: State Liability: an Economic Analysis”, 2012, s. 14, (Çevrimiçi), <https://biblio.ugent.be/publication/3033725/file/3033953.pdf>, 02.02.2019.

³⁶ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1695; Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 859-860.

³⁷ Bununla birlikte kamu görevlilerinin kast, olası kast ya da bilinçli ihmali ile oluşan kusurlarının idarenin ağır hizmet kusuruna vücut verebileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Bu nedenle ağır hizmet kusurunun “tanımlanmasında” kullanılması isabetli olmayan kast, olası kast ve bilinçli ihmâl kavramlarından, ağır hizmet kusurunun “tespit edilmesinde” yararlanılması mümkündür. Ayrıca bkz. Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 716.

dâhi belli bir idari faaliyet ekseninde birleşerek ağır hizmet kusurunu oluşturabilecektir. Bununla birlikte ağır hizmet kusuru tanımlanırken özel hukuktan esinlenilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim ağır kusur- basit kusur nitelemesinin dâhi özel hukuktan idare hukukuna “ithal” edildiği görülmektedir³⁸.

Özel hukukta ağır kusur, aynı koşullar altında bulunan, ortalama niteliklere sahip hiçbir insanın işlemeyeceği kusurdur³⁹. Özel hukukta ağır kusurun tanımlanmasında “objektif bir ölçüt” olarak kullanılan “aynı koşullar altında bulunan, ortalama bir insan davranışından sapmadan”, ağır hizmet kusuru tanımlanırken esinlenilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda ağır hizmet kusurunu, aynı koşullar altında bulunan, ortalama hiçbir idarenin işlemeyeceği hizmet kusuru şeklinde tanımlayabiliriz⁴⁰.

İdarenin kusurunun yoğunluğunu veya derecesini gösteren bir nitelik olan ağır hizmet kusuru kavramı, idarenin sorumluluğunun ortadan kaldırılmasında kullanılabilmektedir⁴¹. Zira idarenin bazı faaliyetleri açısından ancak ağır hizmet kusurunun varlığı hâlinde sorumlu tutulması gerektiği kabul edilebilmekte ve bu yolla idarenin ilgili faaliyetlerinde ağır hizmet kusurunun tespit edilememesi hâlinde sorumluluğu ortadan kaldırılabilir.

³⁸ Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 119.

³⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 602; Oğuzman ve Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 529; Selahattin Sulhi Tekinay, Galip Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 495-496.

⁴⁰ Nitekim doktrinde ağır hizmet kusuru kavramının benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir. Bkz. Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 867; Paul Francis Benoit, **La Responsabilité de la Purssance Publique de Fait de la Police Adminiztrative**, Paris, 1946, s. 21’den aktaran: Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 101-102; Güran, “Hekimin Faaliyetinden”, s. 84; Özgüldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 842.

⁴¹ Ayrıca bkz. Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 170; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 369-370; R. Cengiz Derdiman, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Bursa, Alfa Akademi Basım Yayım Dağıtım, 2015, s. 507-508; Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 201 vd.; Murat Şaşı, **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 259-261.

Çalışmamızda “idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun var olması gereğine” kısaca “ağır hizmet kusuru koşulu” ismini vereceğiz. Doktrinde ise bu gerekliliğe ilişkin açıklamalarda bulunulurken ağır hizmet kusuru şartı⁴², ağır kusur şartı⁴³, ağır kusur koşulu⁴⁴, ağır kusur kıstası⁴⁵ ifadelerinin kullanıldığına rastlanmaktadır.

“Ağır hizmet kusuru” ile “ağır hizmet kusuru koşulunun” birbiri ile karıştırılmaması gerekmektedir. Zira ağır hizmet kusuru, idarenin kusurun derecesini veya yoğunluğunu gösteren bir “nitelik” iken, ağır hizmet kusuru koşulu, “idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun var olması gereğidir”.

Danıştay’ın ağır hizmet kusuru koşulunu benimsemediği idari faaliyetlerde idareyi, yer yer ağır hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu tuttuğu görülmektedir. Örneğin Danıştay, yargı kararının uygulanmamasını⁴⁶, kişinin kendi görev alanına girmeyen başka bir işte görevlendirilmesini⁴⁷, sağlık hizmetlerinin organizasyonunda eksiklik bulunmasını⁴⁸, telefon konuşmalarının idare ajanlarınca dinlenmesini⁴⁹, gizli kalması gerekirken belgelerin basına sızdırılmasını⁵⁰ ve hastaya ait dosyaların

⁴² Şaşı, **a.g.e.**, s. 260.

⁴³ Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 35-36; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1107; Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 281; Yahya Deryal, **Sağlık Hukuku Rehberi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 184.

⁴⁴ Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 559; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 277.

⁴⁵ Hasan Nuri Yaşar, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin Düşünceler”, **İÜHFEM**, Cilt: 66, Sayı: 1, 2008, s. 215.

⁴⁶ Dan.2.D., E., 2017/1297, K., 2017/7408, 28.11.2017; Dan.10.D., E., 2011/9331, K., 2016/3012, 31.5.2016; D.6.D., E. 2014/5084, K., 2015/3022, 13.5.2015, DBB. Danıştay’ın özellikle yargı kararının uygulanmaması nedeniyle idareyi genellikle “ağır hizmet kusuru” olduğundan bahisle sorumlu tuttuğu gözlenmektedir. Bkz. Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 559; Serdar Yılmaz, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 204; Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 226.

⁴⁷ Dan.5.D., E., 2001/2534, K., 2005/3655, 16.09.2005, LHBS

⁴⁸ Dan.10.D., E., 2004/6540, K., 2007/4230, 19.9.2007, LHBS.

⁴⁹ Dan.10.D., E., 2002/6052, K., 2004/472, 21.01.2004, LEHB.

⁵⁰ Dan.10.D., E., 1999/990, K., 2001/3326, 02.10.2001, LEHB.

kaybedilmesini⁵¹ ağır hizmet kusuru saymıştır. Danıştay’ın “ağır hizmet kusuru” kavramını kullandığı bu kararlarının hiçbirinde idarenin ancak ağır hizmet kusurunun varlığı hâlinde sorumlu tutulacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Danıştay bu kararlarında ağır hizmet kusuru kavramını, idarenin kusurunun yoğunluğunu nitelemek için kullanmaktadır⁵².

Danıştay’ın bu tutumunun idarenin etkili biçimde sorumlu tutulmasını sağladığı ve dolayısıyla davacı lehine bir durum oluşturduğu ileri sürülebilir⁵³. Ancak kanaatimizce “ağır hizmet kusuru koşulunun” benimsenmediği hallerde “ağır hizmet kusurundan” bahsedilmesi isabetli değildir⁵⁴. Zira böyle bir tutum nedeniyle idare, bazı kusurları dışında sorumlu olmayacağı yönünde bir düşünceye kapılarak⁵⁵ hukuk kurallarına uyma konusunda özensiz davranabilecektir⁵⁶.

1.2.2. Vasıfsız, Hafif ve Olağanüstü Hizmet Kusuru

Vasıfsız hizmet kusuru, hafif ya da ağır gibi bir derecelendirmeye tabi tutulamayan hizmet kusurdur. Bu kusurun, hafif hizmet kusurdan daha ağır, ağır hizmet kusurundan daha hafif olduğunu söyleyebiliriz⁵⁷.

Hafif hizmet kusuru, iyi bir idarenin işlemeyeceği hizmet kusurudur. Olağanüstü hizmet kusuru ise kötü bir idarenin işleyeceği hizmet kusurudur. Hafif

⁵¹ Dan.10.D., E., 2007/3301, K., 2008/2939, 29.4.2008, LHBS.

⁵² Ayrıca bkz. Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 227.

⁵³ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 282.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1106.

⁵⁵ Miraç Çelik, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 109-110.

⁵⁶ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 30.

⁵⁷ Türk doktrinde “vasıfsız hizmet kusuru” adı altında bir kavramdan bahseden bir yazar tespit edebildiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde “vasıfsız kusur” tabiri DURAN tarafından kullanılmaktadır. Bkz. Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 35.

hizmet kusuru vasıfsız hizmet kusurundan daha hafif bir hizmet kusuru iken, olağanüstü hizmet kusuru ağır hizmet kusurundan daha ağır bir hizmet kusurudur⁵⁸.

Günümüzde olağanüstü hizmet kusuru ve vasıfsız hizmet kusuru kavramları kullanılmamaktadır. Günümüzde hizmet kusurunun derecelendirilmesi hususunda geçerli olan ayırım, ağır hizmet kusuru- hafif hizmet kusuru ayırımıdır⁵⁹.



⁵⁸ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 867; Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 102; Xavier Delcros ve Bertrand Delcros (Derleyenler), **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çev. Turgut Candan, Ankara, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 39, Başbakanlık Basımevi, 1984, s. 19-20.

⁵⁹ Özgüldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 842; Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 218; Xavier Delcros ve Bertrand Delcros, **a.g.e.**, Çev. Turgut Candan, s. 19-20.

İKİNCİ BÖLÜM

DANIŞTAY KARARLARINDA AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞININ İDARENİN SORUMLUĞUNUN KOŞULU OLARAK KABUL EDİLDİĞİ HALLER

2.1. Genel Olarak

Fransız idari yargı mercileri ağır hizmet kusuru (*faute lourde de service*) koşulunu ilk olarak idareyi sorumsuz olduğu alanlarda sorumlu tutmak amacıyla kullanmışlardır¹. Bu nedenle Fransa’da ağır hizmet kusuru koşulunun, idarenin sorumsuzluğu ilkesinden idarenin sorumluluğu ilkesine geçişte bir “köprü” vazifesi gördüğü söylenebilir². Ancak idarenin sorumluluğu ilkesine geçilmesi sonrasında Fransız idari yargı mercilerinin ağır hizmet kusuru koşulunu idareyi korumanın³ bir aracı hâlinde getirdikleri ifade edilmektedir⁴.

Fransız Yüksek İdare Mahkemesi Conseil d'Etat, ağır hizmet kusuru koşulunu çeşitli zamanlarda acil yardım, kurtarma, yangın söndürme, kolluk, denetim, cezaevi idaresi, vergi idaresi faaliyetleri ve sağlık, adalet hizmetleri hakkında benimsemiştir⁵.

¹ Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1107.

² Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 280.

³ Fransa’da idare organından gelen idari yargıçların, “idari gerekleri kavrama” ve “idareci gibi düşünme” alışkanlıkları ile idareyi koruyucu yaklaşımlar sergileyebildikleri hakkında bkz. Yaşar, “Düşünceler”, s. 201-202.

⁴ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 280. Harlow, Fransız idare hukukundaki ağır hizmet kusuru koşulunu devleti aşırı sorumluluktan koruyan ve insan haklarının kamu yararı uğruna feda edilmesinde kullanılan bir araç olarak nitelendirmektedir. Bkz. Carol R. Harlow, “Fault Liability in French and English Public Law”, **Modern Law Review**, Cilt: 39, 1976, s. 519; Carol R. Harlow, “Administrative Liability: a Comparative Study of French and English Law”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, The London School of Economics and Political Science, London, 1979, s. 96.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Duncan Fairgrieve ve François Lichere, “The Liability of Public Authorities in France”, Editör: Ken Oliphant, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, 1. Baskı, Cambridge, Intersentia Ltd, 2016, s. 167 vd.; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1087 vd.; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 119 vd.; Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 112; Muhammet Ali Aydın, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 133 vd.

Doktrinde Conseil d'Etat'ın, bu idari faaliyetlerde ağır hizmet kusuru koşulunu genel itibarıyla yürütölmelerindeki güçlüğe dayandırdığı ifade edilmektedir⁶.

Conseil d'Etat, ağır hizmet kusuru koşulunu önceleri bahsedilen idari faaliyetlerde benimsemekle birlikte zaman içinde bu koşulun uygulama alanını sınırlandırmıştır⁷. Bu kapsamda Conseil d'Etat'ın tıbbi müdahale dışında kalan bazı sağlık hizmetlerinde bu koşulundan vazgeçtiği ifade edilmektedir⁸. Hatta Conseil d'Etat'ın 10.04.1992 tarihinde verdiği bir karar ile sağlık hizmetlerinde bu koşuldan vazgeçtiği belirtilmektedir⁹.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1086 vd; Aydın, “Hizmet Kusurundan”, s. 133 vd.; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 119 vd. Vergi idaresi faaliyetinin Conseil d'Etat'ın ağır hizmet kusuru koşulunu benimsediği diğer faaliyetlerden farklı olarak riskli veya güç bir nitelik arz edip etmediği konusu tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1094-1095; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 129.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fairgrieve ve Lichere, “The Liability of Public Authorities in France”, s. 167 vd.; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1107; John Bell, Simon Whittakers, Sophie Boyron, **Principles of French Law**, 1. Baskı, Oxford University Press, 2008, s. 193; Jef De Mot, Michael Faure, “Discretion and the Economics of Defensive Behaviour by Public”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2016, s. 606; Zuhul Bereket Baş, “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütölmelerinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 96-97; Özgöldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 91 vd.; Harlow, “Fault Liability”, s. 518; Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 36.

⁸ Zuhul Bereket Baş, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütölmeleri Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdaresinin Sorumluluğu”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 68, Danıştay Matbaası, 2004, s.75; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt: 1, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 844.

⁹ Nadine Poulet, Gibot Lecler, **Droit Administratif: Sources, Moyens, Contrôles**, 3. Baskı, Paris, Bréal Yayınları, 2007, s. 255; AİHM, Affaire VO c./France, B. No: 53924/00, 08.07.2004, § 57; Danièle Lochak, “Transfusion et responsabilité publique.” **Revue trimestrielle du ressort de la Cour d'appel de Versailles**, Sayı: 30, 1993, s. 127-152; B. Sylvie, “Conseil d'État, 10 avril 1992-la responsabilité de l'Etat pour faute lourde en milieu hospitalier”, 2.3.2009, (Çevrimiçi), <https://www.doc-du-juriste.com>, 20.02.2019; (Çevrimiçi), <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/10-avril-1992-Epoux-V>, 20.02.2019. “(...) Fransız Danıştay 10 Nisan 1992 tarihli “M. et Mme V.” kararıyla ağır kusur şartından vazgeçmiş ve bu uygulamayı sonraki kararlarında aynen sürdürmüştür.” Bkz. Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 281. Bu konuda ayrıca bkz. Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 559, dpt. 293; Deryal, **a.g.e.**, s. 184; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 120; Gözler, **a.g.e.**, Cilt: 2, s. 1088. Conseil d'Etat'ın idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu hakkındaki içtihadı için bkz. Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 37 vd.; Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 281; Gözler, **a.g.e.**, Cilt: 2, s. 1181.

Danıştay'ın, 1960 öncesi kararlarında ağır hizmet kusuru koşuluna sıklıkla başvurduğu gözlenmektedir¹⁰. 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra ise Danıştay'ın, idarenin kusursuz sorumluluğunu daha sık uygulamaya başladığı ve ağır hizmet kusuru koşulunun uygulama alanını sınırlandırdığı ifade edilmektedir¹¹. Ayrıca Danıştay'ın eski tarihli kararlarında bu koşulu genel olarak güçlük taşıyan idari faaliyetlerde benimsemekte olduğu belirtilmektedir¹². Danıştay, yakın tarihli kararlarında ise idarenin kusursuz sorumluluğunu oldukça geniş yorumlayabilmesine ve hizmet kusurunun derecesi dikkate alınarak idare aleyhine hükmedilecek tazminatta indirim yapılmayacağını ifade etmesine¹³ karşın bu koşuldan vazgeçmemiştir. Danıştay'ın eski tarihli kararlarında bu koşulu, idari işlemlerde, sağlık hizmetlerinde, kolluk faaliyetlerinde ve manevi tazminatta uygulayabildiğini görmekteyiz. Danıştay yakın tarihli kararlarında ise bu koşulu yalnızca bazı sağlık hizmetlerinde uygulamaktadır.

2.2. İdari İşlemler Bakımından

İdari işlemlerin hukuka aykırılığı ile hizmet kusuru arasında doğrudan bir ilişki mevcuttur. Bu nedenle idari işlemlerin hukuka aykırılık derecesi hizmet kusurunun derecelendirilmesinde yararlanılabilecek bir ölçüt niteliğindedir¹⁴.

¹⁰ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 288-289; Ayrıca bkz. Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 275 vd.

¹¹ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, Cilt: 1, s. 37.

¹² Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 36-37.

¹³ “(...) *kusur oranında tenzilat yapılmadan idarenin yürüttüğü hizmetin genel olarak kusurlu olduğu göz önüne alınarak, (...) tazminatın yeniden dönemsel olarak hesaplatılarak karara bağlanması gerekmektedir.*” Bkz. Dan.15.D., E., 2015/4685, K., 2017/1614, 6.4.2017, KİBB. Aynı yönde bkz. Dan.10.D., E., 2011/11098, K., 2015/2554, 25.5.2015, LHBS.

¹⁴ İdari işlemin hukuka aykırılığı ile hizmet kusuru arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öykü Bozkurt, “İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Hukuka Aykırılık- Kusur İlişkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 87, 2013, s. 69-72; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a.g.e.**, s. 803; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 48 vd.; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1062 vd.; Yasin Yerebasmaz, “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 129-130; Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 204 vd.; Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, AÜHFY, 1972-1973, s. 238; Günday, **İdare Hukuku**, s. 373-374; Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1738; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 369-370; Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 48; Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 557 vd.; Esin, “Esas”, s. 47-48; Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 279.

Danıştay eski tarihli bazı kararlarında idari işlemin hukuka aykırılığı ile hizmet kusuru arasında doğrudan bir ilişki olduğu kabul etmekle birlikte idari işlemin hukuka aykırılık derecesini, ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olarak sunmuştur¹⁵. Danıştay'ın bu yöndeki bir kararı¹⁶ şu ifadeleri içermektedir:

“İdare hukuku ilkelerine göre, hukuka aykırı bir işlem nedeniyle hizmetin kusurlu işlediği ve bunun da hizmet kusuru oluşturacağı kabul edilmekteyse de, bu kusurun idarenin tazmin sorumluluğunu doğurabilmesi için ağır hizmet kusuru oluşturması da gerekmektedir”.

Danıştay yakın tarihli kararlarında, idari işlemin hukuka aykırılık derecesini ağır hizmet kusuru koşuluna bir gerekçe olarak değil, hizmet kusurunun tespit edilmesinde bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Başka bir deyişle Danıştay, idari işlemin hukuka aykırılık derecesini, hizmetin kuruluş ve işleyişine atfedilecek “olumsuz bir değer yargısının” “hizmet kusuru” teşkil edip etmeyeceğini tespit ederken bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Nitekim Danıştay, bu yöndeki kararlarında idari işlemdeki bir hukukî sakatlığın hizmet kusuru teşkil edebilmesi için belli bir eşiğin üstünde olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷. Doktrinde bazı yazarlar da aynı kanaattedir¹⁸. Danıştay'ın bu yöndeki bir kararı¹⁹ şu ifadeleri içermektedir:

¹⁵ Dan.8.D., E., 1995/3635, K., 1997/1209, 08.04.1997, DBB; Dan.10.D., E., 2007/5793, K., 2007/1524, 27.03.2007, Aydın, “Hizmet Kusurundan”, s. 133-134.

¹⁶ Dan.10.D., E., 1982/2604, K., 1984/143, 1.2.1984, KİBB.

¹⁷ Dan.13.D., E., 2014/4570, K., 2017/2654, 24.10.2017; Dan.15.D., E., 2016/8532, K., 2017/3145, 30.5.2017; Dan.15.D., E., 2013/6122, K., 2017/1579, 5.4.2017; Dan.15.D., E., 2014/1546, K., 2017/1202, 15.3.2017; Dan.15.D., E., 2013/1869, K., 2016/5967, 12.12.2016; Dan.15.D., E., 2013/13973, K., 2016/5340, 10.11.2016; Dan.15.D., E., 2013/10684, K., 2016/4155, 9.6.2016; Dan.15.D., E., 2013/13975, K., 2016/3486, 12.5.2016; Dan.15.D., E., 2014/9944, K., 2015/954, 19.2.2015; Dan.15.D., E., 2004/4757, K., 2007/2687, 30.5.2007; Dan.8.D., E., 2004/1274, K., 2004/4987, 20.12.2004; Dan.8.D., E., 1991/788, K., 1991/1657, 17.06.1991; Dan.8.D., E., 1990/981, K., 1990/812, 28.06.1990; Dan.8.D., E., 1997/3635, K., 1997/1209, 8.4.1997; Dan.8.D., E., 1995/4350, K., 1996/768, 19.3.1996; Dan.8.D., E., 1992/848, K., 1993/1389, 16.3.1993, KİBB. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin aynı yöndeki bir kararı için bkz. İstanbul BİM, 10. İDD, E., 2016/458, K., 2017/127, 31.1.2017, LHBS.

¹⁸ Esin, “Esas”, s. 261; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt: 2, 3. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s. 279.

¹⁹ Dan.8.D., E., 2016/12644, K., 2018/5456, 8.10.2018, LHBS.

“(...) işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı her zaman hizmet kusuru olarak niteleme olanağı bulunmamaktadır. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir”.

Kanaatimizce hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin hukuka aykırı bir tasarrufu ile bireylere verdiği her zararı karşılaması gerekmektedir. Bu nedenle idarenin, tasarrufunun hukuka aykırılık derecesinin düşük olduğu gerekçesiyle sorumluluktan kurtarılmaması gerekir. Nitekim doktrindeki hâkim görüş bu yöndedir²⁰. Danıştay’ın eski tarihli bazı kararlarının ise benzer yönde olduğunu görmekteyiz²¹.

2.3. Kolluk Faaliyetleri Bakımından

Danıştay’ın, eski tarihli bazı kararlarında zarar görenin yararlandığı kolluk faaliyetlerinin riskli bir nitelik taşıdığından bahisle idarenin bu faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunu ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağladığı görülmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki bünyesinde risk taşıyan kolluk faaliyetleri ancak “maddi etkinliklerden” ibarettir. Bu kapsamda özellikle adli kolluk faaliyetlerinin çoğunlukla risk içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak kolluk makamlarının karar alma faaliyetlerinin herhangi bir risk içerdiği söylenemez²².

²⁰ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 679; Tan, **İdare Hukuku**, s. 476; Günday, **İdare Hukuku**, s. 373-374; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a.g.e.**, s. 803; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 840; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 72-73; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1107; Yerebasmaz, “Hizmet Kusuru Kişisel Kusur”, s. 129-130.

²¹ “(...) hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemleriyle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin, hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeyeyle sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamaz.” Bkz. Dan.10.D., E., 1992/1449, K., 1993/3681, 6.10.1993, KİBB. Aynı yönde bkz. Dan.10.D., E., 1995/5361, K., 1996/7290, 11.11.1996, DBB; Dan.10.D., E., 1993/724, K., 1993/3146, 13.09.1993, DD, Sayı: 89, 1995, s. 590. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin benzer kararları için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1081 vd.

²² Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 123; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1092.

Danıştay 23.12.2005²³ ve 21.4.2011²⁴ tarihinde verdiği iki kararda, riskli kolluk faaliyetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunu şu şekilde gerekçelendirmektedir:

“(…) zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu kolluk hizmetlerinin riskli bir nitelik taşıması nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır.”

Bu iki karar dışında Danıştay’ın kolluk faaliyetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunu benimsediği bir karar tespit edemedik. İki kararda da Danıştay, idarenin yaşam hakkı ihlalini soruşturma kapsamındaki adli kolluk faaliyetinden doğan sorumluluğunu ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlamaktadır. Ancak Danıştay’ın daha yeni tarihli kararları incelendiğinde, adli kolluk faaliyetlerinde ağır hizmet kusuru koşulundan vazgeçtiği anlaşılmaktadır²⁵. Conseil d'Etat’ın ise adli kolluk faaliyetleri açısından bu koşuldan çok daha önceleri vazgeçtiği gözlenmektedir²⁶.

Soruşturma faaliyetinin yürütülmesinin birtakım güçlükler barındırdığı söylenebilir²⁷. Ancak idare, yaşam hakkının ihlal edildiği bütün olaylarda suçun

²³ DİDDK, E., 2007/1172, K., 2011/254, 21.4.2011, KİBB.

²⁴ Dan.10.D., E., 2003/2087, K., 2005/8025, 23.12.2005, KİBB.

²⁵ *“(…) kullandıkları otomobilin eşkali ve kendilerinin kimlikleri bilindiği halde, güvenlik güçlerinin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle yakalanamadıkları ve sonraki olayların gerçekleşmesinin engellenemediği hususu dikkate alındığında, davacılarının murislerinin öldürülmesiyle devam eden süreçte, idarenin, hizmetin kuruluşunda ve işletilmesindeki hizmet kusuru nedeniyle tazminle yükümlü olduğu sonucuna varılmaktadır.”* Bkz. Dan.10.D., E., 2009/9893, K., 2013/9475, 26.12.2013, KİBB. Danıştay’ın idarenin kolluk faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunu yeterli gördüğü kararlar için bkz. Şaşı, **a.g.e.**, s. 260; Aydın Akgül, **Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetim**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 231 vd.; Kürşat Yemenici, “Danıştay Kararları Işığında İdarenin Güvenlik Kamu Hizmetinden Doğan Mali Sorumluluğu”, **SÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2016, s. 11-49; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 127-128.

²⁶ Bereket Baş, “Kamu Gücünün”, s. 95; Fairgrieve ve Lichere, "The Liability of Public Authorities in France", s. 158.

²⁷ AİHM, Adalı/Türkiye, B. No: 38187/97, 31.03.2005, § 224: “Belirli bir durumda bir soruşturmada ilerlemeyi önleyen engeller veya güçlükler olduğu kabul edilmelidir. Benzer yönde bkz. AYM, Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk, B. No: 2013/7832, 21.4.2016, KBB: “(...) elbette bazı durumlarda soruşturmanın veya kovuşturmanın ilerlemesine engel olan unsurlar ya da güçlükler bulunabilir.”

faillerini bulmak için elinden gelen her şeyi yapmak zorundadır²⁸. Bu nedenle idarenin, yaşam hakkı ihlalini soruşturma faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun hiçbir şekilde sınırlandırılmaması ve böylece bu faaliyetlerinde daha özenli davranmaya sevk edilmesi gerekmektedir.

2.4. Sağlık Hizmetleri Bakımından

Danıştay'ın, sağlık hizmetinde ağır hizmet kusuru koşulunu benimsediği kararlarının birçoğunda bu koşula gerekçe olarak “hizmetin riskli bir nitelik taşımasını” ve “zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olmasını” vermektedir. Danıştay bu yöndeki bir kararında²⁹ bu koşulu şu şekilde gerekçelendirilmektedir:

“İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.”

Danıştay eski tarihli bazı kararlarında sağlık hizmetinde ağır hizmet kusuru koşulunu gerekçelendirirken yalnızca hizmetin içerdiği riskten³⁰ ya da tehlikeden³¹

²⁸ Ayrıca bkz. A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 160-161; Seyfullah Çakmak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı”, **AD**, Sayı:19, 2004, s. 157.

²⁹ Dan.15.D., E., 2016/6904, K., 2018/8416, 20.12.2018, LHBS. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/8184, K., 2018/3299, 3.4.2018; Dan.15.D., E., 2017/750, K., 2018/2216, 6.3.2018; Dan.15.D., E., 2016/8632, K., 2017/6996, 28.11.2017; Dan.15.D., E., 2017/1238, K., 2017/6239, 2.11.2017; Dan.15.D., E., 2016/7912, K., 2017/841, 21.2.2017; Dan.15.D., E., 2015/4685, K., 2017/1614, 6.4.2017; Dan.15.D., E., 2014/5674, K., 2016/1586, 10.03.2016; DİDDGK, E., 2004/721, K., 2007/2030, 18.10.2007, KİBB. Danıştay'ın bu yöndeki birçok kararı için ayrıca bkz. Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 558 vd. Birçok bölge idare mahkemesi kararında ağır hizmet kusuru koşulunun Danıştay'ın bu kararları ile benzer şekilde gerekçelendirildiği görülmektedir. Bkz. İzmir BİM, 6. İDD, E., 2017/320, K., 2017/315, 28.2.2017; İstanbul BİM, 8. İDD, E., 2017/1046, K., 2017/2123, 22.11.2017; Ankara BİM, 10. İDD, E., 2017/551, K., 2017/755, 27.9.2017, LHBS.

³⁰ Dan.10.D., E., 2004/6540, K., 2007/4237, 19.09.2007, KİBB.

³¹ DİDDGK, E., 2004/721, K., 2007/2030, 18.10.2007, KİBB; Dan.10.D., E., 1995/3058 K., 1995/6698, 25.12.1995, Bereket Baş, “İdarenin Sorumluluğu”, s. 645.

bahsettiği, zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olmasından bahsetmediği de görülmektedir.

İdarenin her faaliyetinin kamu yararına yönelik olması gerektiği düşünüldüğünde³² Danıştay'ın ağır hizmet kusuru koşulunu gerekçelendirirken kullandığı “zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olması” ifadesi ile zarar gören kişinin hizmetten “doğrudan” veya “özel olarak” yararlanan konumunda olmasını kastettiği söylenebilir³³.

Danıştay sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunu benimsediği birçok kararında, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayalı olarak tazminata hükmedilmesinin isabetli olmayacağını ifade etmektedir³⁴. Danıştay'ın bu yöndeki bir kararı³⁵ şu ifadeleri içermektedir:

“(...) bünyesinde risk taşıyan hizmetten yararlanan ilgililerin uğradıkları zararların tazmini, olayda idarenin ağır hizmet kusurunun belirlenmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür. (...)”

³² Munci Çakmak, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 97. İdarenin varlık nedeni oluşturan görevi, kamu yararına yönelik faaliyetler yürütmektir. Bunun yanında idarenin yürüttüğü her faaliyetin amacının kamu yararına yönelik olması zorunludur. Ayrıca idarenin her faaliyetinin aksi kanıtlanıncaya kadar kamu yararına uygun olduğu kabul edilebilir. Bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı**, Yıl: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 11.

³³ YAYLA, Danıştay'ın ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olarak ileri sürdüğü “zarar görenin hizmetten yararlanan olması” ifadesinin, “zarar görenin hizmetten özel olarak yararlanan olması” şeklinde anlaşılabilceğini belirtmektedir. Bkz. Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s.171.

³⁴ Dan.10.D., E., 1982/2696, K., 1986/73, 23.1.1986, KİBB; Dan.15.D., E., 2015/2684, K., 2016/988, 18.02.2016; Dan.15.D., E., 2015/8936, K., 2016/1604, 10.03.2016; Ümit Erdem, **Danıştay Onbeşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 181 vd., s. 210 vd.; Dan.10.D., E., 1999/3878, K., 2000/5131, 10.10.2000; Dan.10.D., E., 1999/3878, K., 2000/5131, 10.10.2000, Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 376-380; Dan.10.D., E., 1990/868, 27.03.2002'den aktaran: Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Cilt: 5, 2014, s. 24.

³⁵ Dan.15.D., E., 2014/8649, K., 2015/410, 29.1.2015, Filiz Berberoğlu Yenipınar, **İdare ve Vergi Mahkemelerinde Bilirkişilik**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 100-101.

idarenin hizmet kusuru bulunmadığı Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı maddi ve manevi tazminata mahkum edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan İdare Mahkemesince, idarenin eylemi ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı bulunduğundan bahisle kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır”.

Doktrinde Danıştay’ın sağlık hizmetlerinin “riskli” olduğunu kabul etmesine rağmen bu hizmetlerde idarenin sorumluluğunu ağır hizmet kusuru varlığı koşuluna bağlamasının, idarenin kusursuz sorumluluğunun “içini boşalttığı” ileri sürülmüştür³⁶. Doktrinde ayrıca Danıştay’ın sosyal risk ilkesi çerçevesinde idari davranış ile zarar arasında illiyet bağının bulunmamasına rağmen idareyi sorumlu tutabilmesine³⁷ karşın ağır hizmet kusuru koşulundan vazgeçmemesinin hukuk devleti ilkesine aykırı oluğu belirtilmiştir³⁸. Doktrinde GÜRAN bünyesinde birtakım “doğal mesleki riskler” barındıran sağlık hizmetlerinde, idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunu arayan yaklaşımın, kusursuz sorumluluk kuramına özellikle risk/sosyal risk alanına kaydırılması gereğini “kaçınılmaz” bulmaktadır³⁹. YAŞAR ise deprem nedeniyle dâhi idarenin sorumluluğu gündeme getirilirken, ağır hizmet kusurunun

³⁶ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 841.

³⁷ İdarenin kusursuz sorumluluğuna temel olan bu ilke, kişilerin kitlesel olayların (örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü ya da terör) doğurduğu “sosyal riskler” nedeniyle uğradıkları zararların idare tarafından karşılanmasını öngörmektedir. Danıştay’a göre bu ilke çerçevesinde idarenin sorumlu tutulabilmesi için idarenin davranışı ile neden olunan zarar arasında nedensellik bağının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. Dan.15.D., E., 2016/3475, K., 2018/8111, 05.12.2018, LEHB. Sosyal risk ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Ülkü Azrak, “İdarenin ‘Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı’na Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 135 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, Cilt: 9, Sayı: 1-2, 2004, s. 185-211; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1213 vd.; Halim Alperen Çıtak, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

³⁸ Turan Yıldırım, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, Sunay Akyıldız, Ahmet Nezir Kök, Turan Yıldırım, **Tıp Hukuku Atölyesi**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 162. Benzer yönde bkz. Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 839; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1068. Günday, **İdare Hukuku**, s. 374; Yerebasmaz, “Hizmet Kusuru Kişisel Kusur”, s. 47.

³⁹ Güran, “Hekimin Faaliyetinden”, s. 85-86. Aynı yönde bkz. Zehra Odyakmaz, “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, **TAAD**, Sayı: 5, 2011, s. 20 vd. Karş. Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu I**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 248 vd.

varlığının idarenin sorumluluğunun koşulu olarak görülmesinin mantığının olmadığını ifade etmektedir⁴⁰.

Bu noktada Danıştay'ın idarenin riskli sağlık hizmetinden yararlanan kişilere verdiği zararlardan kusursuz sorumluluğuna karar verilmesinin isabetli olmadığı yönünde verdiği 2016/3878 sayılı ve 30.05.2016 tarihli kararının⁴¹ karşı oyundaki bazı ifadelere yer vermeyi uygun buluyoruz:

“(...) Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında ise, “İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu” hükme bağlanmaktadır. (...) Devlet ve devlet'in müstakil organları ile “fertler” arası ihtilaf mukayeselerinde; “idare” güç ve otoritenin sembolü ancak hukuki kaideleri ile mukayyet kamu tüzel kişiliği olarak varlığını devam ettirdiği halde, karşısında yer alan “fertler” ise idareye çok daha güçsüz ve zayıf ancak idare tarafından hayatı istikametlendirilen ve yönetilen muhataplar olarak var olurlar. Hal böyle olunca; 15 yaşında bir çocuğa sunulan bir sağlık hizmeti neticesinde, kendisini ömür boyu takip edecek bir arazla (felaketle) karşı karşıya bırakılmasında çocuk ve ailesine ait bir kusur olmadığı hususunda herkes hemfikirdir. (...) Uluslararası Sözleşmeler, hak, hukuk, ve adalet mefhumları muvacehesinde; ortaya çıkan bu zararı ve neticelerini idareye göre çok daha güçsüz durumda bulunan ve tam teşekküllü Hastane'ye müracaattan başka hiçbir kusur izafe edilemeyen, mağdur çocuk ve ailesine tahmil etmek (yüklemek), hiçbir hakkaniyet kaidesiyle bağdaşmadığından tazminatın külliye reddine yönelik, alınan çoğunluk kararına iştirak etmiyorum.”

⁴⁰ Yaşar, “Düşünceler”, s. 215.

⁴¹ Dan.15.D., E., 2013/4487, K., 2016/3878, 30.05.2016, Karşı oy, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 45 vd. Benzer ifadeler Danıştay'ın aynı tarihli başka bir kararının karşı oyunda, idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan kusur sorumluluğunun geniş yorumlanmasına temel olacak şekilde kullanılmıştır. Bkz. Dan.15.D., E., 2013/4485, K., 2016/3892, 30.05.2016, Karşı oy, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 41-42. Danıştay başka bir kararında ise ilk derece mahkemesinin idareyi sağlık hizmetlerinden kusursuz olarak sorumlu tuttuğu kararını oyçokluğuyla bozmuştur. Fakat kararın karşı oyunda ilk derece mahkemesinin kararının onanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Dan.15.D., E., 2015/9957, K., 2016/3880, 30.05.2016, Karşı oy, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 43 vd.

Danıştay bazı sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunun uygulama alanını çeşitli yönlerden sınırlandırmıştır. Bu kapsamda Danıştay, tıbbi müdahale dışında kalan iş ve işlemler açısından bu koşuldaki vazgeçmiştir⁴². Örneğin Danıştay, sağlık hizmetlerinde aydınlatma, temizlik vb. faaliyetlerin gereği gibi yapılmaması⁴³ ve hastanın başka bir hastaneye sevkini yanlış⁴⁴ ya da geç yapılması⁴⁵ dolayısıyla idarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunun varlığını yeterli saymıştır. Bunun yanında Danıştay, tıbbi müdahale içinde değerlendirilmekle birlikte “*tıbbi operasyon*” kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerden ibaret olan “*tıbbi organizasyon*” faaliyetlerinde bu koşuldaki vazgeçmiştir⁴⁶. Danıştay bu konuya ilişkin yaklaşımını, 28.11.2016 tarihinde Adalet Bakanlığı aracılığıyla AİHM’e ilettiği bir yazıda⁴⁷ da şu şekilde açıklamaktadır:

“Sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davalarında ameliyat hizmetleri, bünyesinde taşıdığı risk nedeniyle ağır hizmet kusuru rejimi kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun dışında idari yargıda açılan tam yargı davalarının ağır hizmet kusuru ile bağlantılı olarak incelenmesi söz konusu değildir. Sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davalarında da – ameliyatlara hariç – hizmet kusuru rejimi kapsamında incelenmektedir. Hastane ve ekipmanları, cihazlar ile ilgili bazı normlara riayet edilmemesi de organizasyon kusuru kapsamında değerlendirilmektedir.”

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, “Sağlık Hizmetlerinin”, s. 105 vd.; Ahmet Kürşat Ersöz, **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 81 vd.; Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Orion Yayınevi, 2013, s. 228 vd.

⁴³ Dan.10.D., E., 2003/4153, K., 2006/5848, 20.10.2006, LEHB.

⁴⁴ Dan.15.D., E., 2013/11764, K., 2018/3886, 19.4.2018, **DD**, Sayı: 149, s. 282 vd.

⁴⁵ Dan.15. D., E., 2013/10719, K., 2018/4518, 7.5.2018, **DD**, Sayı: 149, s. 288 vd.

⁴⁶ Dan.10.D., E., 2005/3719, K., 2007/4316, 24.9.2007. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/3865, K., 2014/1691, 12.3.2014, LEHB. Tıbbi organizasyon faaliyetleri hakkında karar örnekleri için bkz. Serkan Çınarlı, Nurgül Karakoç, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Organizasyon Kusurunun Yeri”, **THD**, Cilt: 6, Sayı: 11, 2017, s. 164 vd.

⁴⁷ Bu yazı, Bezmialem Vakıf Üniversitesi’nin 14.12.2018 tarihinde düzenlediği Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi’nde Doç. Dr. Bayram Keskin tarafından yapılan “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu” başlıklı sunumdan alınmıştır.

Tıbbi organizasyon faaliyetinde ağır hizmet kusuru koşulundan vazgeçen Danıştay, 18.5.2007 tarihli bir kararında, idarenin bu faaliyetinde kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. Danıştay, bu karara konu olayda “*ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum*” olması nedeniyle idarenin kusur sorumluluğu ortadan kalksa da zararın idareye “*atıf ve isnat kabiliyeti*” devam edeceğinden idarenin kusursuz sorumluluğunun devam edeceğini ifade etmiştir⁴⁸.

Danıştay, yakın tarihli kararlarında tıbbi operasyonlar sırasında hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması nedeniyle idareyi “hizmet kusurundan” sorumlu tutmaktadır⁴⁹. Kanaatimizce Danıştay’ın bu yöndeki kararlarında, oldukça ağır nitelikte bir hizmet kusurundan⁵⁰ dolayı idareyi sorumlu tutarken “ağır” kelimesini kullanmaya gerek görmediği söylenebilir⁵¹.

Danıştay’ın ağır hizmet kusuru koşulunun uygulama alanını sınırlandırıcı bir tutum içinde olması, insan haklarının korunması yönünde olumlu bir adım olarak görülebilir. Bununla birlikte doktrinde Danıştay’ın bu koşulu benimsediği alanları belirlerken karmaşık ayrımlar getirmekten vazgeçip kolay olan yolu seçmesi ve idareyi herhangi bir ayırım yapmadan hafif kusurundan dâhi sorumlu tutması gerektiği ifade edilmektedir⁵².

⁴⁸ Dan.10.D., E., 2004/9232, K., 2007/2720, 18.5.2007, LEHB. ÇINARLI/KOCAKOÇ bu kararın Danıştay’ın sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul ettiği taraflarınca bulunan “tek karar” olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Çınarlı ve Karakoç, “Organizasyon Kusurunun”, s. 167.

⁴⁹ Dan.15.D., E., 2013/4502, K., 2016/4029, 06.06.2016, LEHB; Dan.15.D., E., 2016/3705, K., 2013/5356, 23.05.2016, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 49 vd.; Dan.15.D., E., 2013/4502, K., 2016/4029, 6.6.2016; Dan.15.D., E., 2013/5356, K., 2016/3705, 23.5.2016, KİBB.

⁵⁰ Nitekim Danıştay’ın, hastanın vücudunda yabancı cisim unutulmasını “ağır hizmet kusuru” saydığı da görülmektedir. Bkz. Dan.10.D., E., 2007/2965, K., 2008/4831, 25.6.2008, KİBB.

⁵¹ Karş. Aydın Akgül, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı”, **GÜHFD**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2016, s. 282.

⁵² Yıldırım, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, s. 179.

Danıştay bazı kararlarında, idarenin “riskli” sağlık hizmetlerinden ancak “açık hizmet kusurunun” varlığı hâlinde sorumlu tutulabileceğinden bahsetmektedir⁵³. Kanaatimizce Danıştay burada açık hizmet kusuru kavramı ile, “ağır hizmet kusurunu” kastetmektedir. Nitekim Fransız idari yargı mercilerinin de idarenin her kusurunun sorumluluğunu doğurmayacağını “açık kusur”, “açık ve özel ağırlıktaki kusur”, “özel ağırlıklı kusur” gibi deyimler kullanarak ifade ettikleri gözlenmektedir⁵⁴. Danıştay yakın tarihli kararlarında ise ağır hizmet kusuru koşulunu açıklarken “açık hizmet kusuru” değil, “açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru” ifadesini kullanmaktadır⁵⁵.

Danıştay bazı kararlarında sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşuluna verdiği gerekçeleri öne sürmesine rağmen idarenin ancak “hizmet kusurunun” varlığı hâlinde sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Örneğin, Danıştay’ın 18.02.2015 tarihli ve 2015/890 sayılı bir kararı⁵⁶ şu ifadeleri içermektedir:

“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”.

⁵³ “Yapısında risk oranı yüksek sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibarıyla ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin açık bir hizmet kusurun bulunduğu saptanması halinde mümkündür.” Bkz. Dan.10.D., E., 1982/2696 K., 1986/73, 23.1.1986, KİBB. “Sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıyan bölümü tedavi hizmetleri olup; teşhis ve tedavide hizmetin niteliği gereği doğal kabul edilebilecek hatalar dışında tedavinin tıbbi gereklere uygun olmadığına ilişkin açık ve belirgin kusurlar idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecektir.” Bkz. Dan.10.D., E., 2008/950, K., 2011/6169, 30.12.2011, UYAP’tan aktaran: Akgül, **a.g.m.**, s. 281-282.

⁵⁴ Xavier Delcros ve Bertrand Delcros, **a.g.e.**, Çeviren: Turgut Candan, s. 18.

⁵⁵ Dan.15.D., E., 2016/6904, K., 2018/8416, 20.12.2018, LHBS. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/8184, K., 2018/3299, 3.4.2018; Dan.15.D., E., 2017/750, K., 2018/2216, 6.3.2018; Dan.15.D., E., 2016/8632, K., 2017/6996, 28.11.2017; Dan.15.D., E., 2017/1238, K., 2017/6239, 2.11.2017; Dan.15.D., E., 2016/7912, K., 2017/841, 21.2.2017; Dan.15.D., E., 2015/4685, K., 2017/1614, 6.4.2017; Dan.15.D., E., 2014/5674, K., 2016/1586, 10.03.2016, KİBB.

⁵⁶ Dan.15.D., E., 2013/4361, K., 2015/890, 18.02.2015, UYAP’tan aktaran: Akgül, **a.g.m.**, s. 279.

Doktrinde AKGÜL yukarıda yer verdiğimiz karar ve benzeri örneklerden yola çıkarak Danıştay’ın içtihat değiştirdiğini ileri sürmüştür. Yazara göre Danıştay, sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşuluna ilişkin “yıllardır sürdürdüğü yaklaşımını” “nedenini açıklamaksızın” değiştirerek “hizmet kusurunu” idarenin sorumlu tutulabilmesi için yeterli saymaya başlamıştır⁵⁷. Ancak bu kanaate katılmak mümkün değildir. Zira Danıştay’ın 2015 yılından günümüze kadar yayımlanan kararları incelendiğinde, ağır hizmet kusuru koşulu içtihadına ilişkin herhangi bir kesintiye rastlanmamaktadır⁵⁸. Ayrıca Danıştay’ın benzer kararlarına bakıldığında, ilgili ifade şekli ile idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulamayacağını⁵⁹ ya da hizmet kusurunun tespit edilmesinde bilirkişi incelemesinin öneminin⁶⁰ vurgulanmak istendiği anlaşılmaktadır⁶¹.

2.5. Manevi Tazminat Bakımından

Maddi tazminat, yalnızca para ile ifade edilebilen “maddi” zararların karşılanmasına ilişkin bir tazminat türüdür. Maddi zarar, malvarlığının aktifinde azalma ya da pasifinde artma, yoksun kalınan kar, iş gücü kaybı ve destekten yoksun kalma şeklinde tezahür edebilir. Manevi tazminat ise kişinin çektiği “elem ve

⁵⁷ Akgül, **a.g.m.**, s. 279.

⁵⁸ Karş. Ural Aküzüm, “Danıştay Kararları Işığında Tıbbi Uygulama Hataları”, **THD**, Cilt: 7, Sayı: 13, 2018, s. 71-90; Şaşı, **a.g.e.**, s. 260.

⁵⁹ Danıştay bir kararında ilk derece mahkemesinin sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği kararını bozarken şu tespitleri yapmıştır: “Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetlerinde, İdare’nin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.” Bkz. Dan.15.D., E., 2015/9957, K., 2016/3880, 30.05.2016, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 44. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/4490, K., 2016/3879, 30.5.2016; Dan.15.D., E., 2013/4502, K., 2016/4029, 6.6.2016; Dan.15.D., E., 2016/2388, K., 2016/4714, 29.9.2016; Dan.15.D., E., 2013/4518, K., 2016/4034, 6.6.2016; Dan.15.D., E., 2013/4462, K., 2016/4033, 6.6.2016, KİBB.

⁶⁰ “Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. (...) davacının tedavi süreci değerlendirilerek tedavisinde hizmet kusur olup olmadığı hususlarına dair olarak Adli Tıp Kurumu Kanunu uyarınca dosyanın Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek saptanmasından sonra uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır”. Bkz. Dan.15.D., E., 2013/4474, K., 2016/3697, 23.5.2016. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/12002, K., 2017/728, 15.2.2017; Dan.15.D., E., 2016/467, K., 2016/4610, 21.9.2016, KİBB.

⁶¹ Karş. Akgül, **a.g.m.**, s. 280.

üzüntüden” doğan “manevi” zararların karşılanmasa ilişkin bir tazminat türüdür. Manevi zararın, birçok hâlde maddi zarar gibi para ile ifade edilmesi “mümkün” olmakla birlikte hesaplanması veya belirlenmesi niteliği gereği “oldukça güçtür”⁶².

İdare hukukunda idarenin kusurun ağırlığının manevi tazminat sorumluluğu üzerindeki etkisi konusunu incelemeyen önce özel hukukta zarar veren kişinin kusurun ağırlığının manevi tazminat sorumluluğu üzerinde nasıl bir etkisi olduğuna kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Özel hukukta, zarar verenin kusurunun ağırlığının manevi tazminat sorumluluğu üzerinde etkili olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bununla birlikte doktrinde hâkim görüş, zarar verenin ağır kusurunun, manevi tazminat sorumluluğu açısından bir koşul olmaması gerektiği yönündedir⁶³. Nitekim 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun⁶⁴ 56 ve 58’inci maddeleri de zarar verenin neden olduğu manevi zararlardan sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurunu aramamaktadır⁶⁵.

Danıştay’ın eski tarihli bir kararında, idarenin manevi tazminat sorumluluğunu ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağladığına rastlanmaktadır⁶⁶. Ancak Danıştay yakın tarihli kararlarında idarenin manevi sorumluluğu için ağır hizmet kusurunun var

⁶² Ayrıca bkz. Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1716 vd.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **AÜHFD**, Cilt: 35, Sayı:1-4, 1978, s. 397-437; Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AÜHFD**, Cilt: 30, Sayı: 1, 1973, s. 13-14; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku- Manevi Tazminat**, 6. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 182 vd.; Osman Gökhan Antalya, **Manevi Tazminatın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 271 vd.; Hülya Atan, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 163 vd.; Fulya Erlüle, “Manevi tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi”, **İKÜHFD**, Cilt: 15, Sayı: 2, 2016, s. 648-668; Ferit Hakkı Saymen, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940, s. 136 vd.; Keskin, “Manevi Tazminat”, s. 234 vd.

⁶⁴ RG: 4.02.2011-27836.

⁶⁵ Keskin, “Manevi Tazminat”, s. 235. Ayrıca bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 811-812. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde zarar verenin ağır kusurunun varlığının manevi tazminat sorumluluğunun koşulu olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu koşul 3444 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Bkz. RG: 29.04.1926-359; Ünal, “Manevi Tazminat”, s. 429; Karahasan, “Manevi Tazminat”, s. 182.

⁶⁶ Dan.8.D., E., 960/4765, K., 962/1180, Sami Akural, Çetin Zilyan, **Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-1963)**, Ankara, 1963’ten aktaran: Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 277.

olmasını aramamaktadır⁶⁷. Hatta Danıştay, maddi zarar ile idarenin davranışı arasında nedensellik bağı tespit edilemese bile hizmetin gereği gibi işletilmemesi nedeniyle ortaya çıkan manevi zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸.

İdare hukuku doktrinde ÖZYÖRÜK, idarenin neden olduğu manevi zararlardan sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurunun var olması gerektiği kanaatindedir⁶⁹.

Hizmet kusurunun ağırlığı ile maddi zararın ağırlığı arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu söylenemez. Zira hafif bir hizmet kusuru ağır maddi zararlara neden olabilecektir⁷⁰. Bununla birlikte hizmet kusurunun ağırlığı ile manevi zararın ağırlığı arasında doğrudan bir ilişki olduğu söylenebilir. Zira idarenin hizmet kusurunun ağır olması, zarar verdiği kişinin karşı karşıya kaldığı “haksızlığın” ve dolayısıyla çekeceği “manevi elemin” ağır olmasına neden olabilecektir⁷¹. Bu nedenle hizmet kusurunun ağırlığı, manevi zararın ve dolayısıyla manevi tazminatın derecelendirilmesi açısından bir ölçüt olarak kullanılabilir⁷². Bununla birlikte idarenin neden olduğu zararın

⁶⁷ “Manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline, ölüm sebebiyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp; idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması sebebiyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminatın hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır.” Bkz. Dan.15.D., E., 2013/11764, K., 2018/3886, 19.4.2018, DD, Sayı: 149, s. 282 vd. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2016/2055, K., 2018/8407, 20.12.2018; Dan.15.D., E., 2013/12134, K., 2018/3308, 3.4.2018; Dan.15.D., E., 2013/11488, K., 2018/3852, 17.4.2018; Dan.15.D., E., 2013/13459, K., 2018/3300, 3.4.2018; Dan.15.D., E., 2014/1938, K., 2018/5655, 6.6.2018, LHBS. “Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır.” Bkz. Dan.15.D., E., 2016/8214, K., 2017/938, 27.2.2017, LHBS. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2016/467, K., 2016/4610, 21.9.2016; Dan.15.D., E., 2016/3335, K., 2016/4715, 29.9.2016; Dan.15.D., E., 2016/2388, K., 2016/4714, 29.9.2016, KİBB.

⁶⁸ Dan.15.D., E., 2013/11764, K., 2018/3886, 19.4.2018; Dan.15.D., E., 2013/10719, K., 2018/4518, 7.5.2018, DD, Sayı: 149, s. 282 vd.; Dan.10.D., E., 2007/3301, K., 2008/2939, 29.4.2008, LHBS.

⁶⁹ Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 238.

⁷⁰ Chapus, **a.g.e.**, s. 1358’den aktaran: Bahtiyar Akyılmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, **İÜHF**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 69; Mot ve Faure, “State Liability”, s. 14.

⁷¹ Ünal, “Manevi Tazminat”, s. 422 vd.

⁷² Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 225; Şaşı, **a.g.e.**, s. 261.

salt “maneui” nitelikte olması, sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması için yeterli bir neden olarak kabul edilemez.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEHLİKELİ İDARİ FAALİYETLERDE AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLMASINA VERİLEBİLECEK GEREKÇELERİN İDARENİN SORUMLULUĞU TEORİSİNE UYGUNLUĞU

3.1. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesi¹ karşısında ağır hizmet kusuru koşulunun var olabileceğinin düşünülmesi ancak birtakım gerekçelere dayandırılması halinde mümkün olabilir. Zira herhangi bir gerekçeye dayandırılmayan bir ağır hizmet kusuru koşulunu hukuk devleti ilkesi çerçevesinde çürütmek oldukça kolaydır. Zira böyle bir ağır hizmet kusuru koşulu, bir hukuk devletinde idarenin sorumluluğunun temel yasal dayanağını teşkil eden Anayasanın 125. maddesinin idarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunu aramamış² olması karşısında hizmet kusurunun ağırlığının “olsa olsa”³ idare aleyhine hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde bir ölçüt olabileceği itirazı ileri sürülerek kolaylıkla çürütülebilir⁴. Bu nedenle incelemeye değecek bir ağır hizmet kusuru koşulundan bahsedebilmek için bu koşulun dayanabileceği gerekçelerin tespit edilmesi gerekmektedir.

¹ Hukuk devleti, tüm organ ve birimleri hukukla bağlı olan ve hâkimiyeti altındaki kişilere hukukî güvenlik ortamı temin eden devlet şeklinde tanımlanabilir. İdarenin kusurlu olduğu hallerde mali sorumluluğunun olması hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 125 vd. Hukuk devleti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Batur Kaya, **Hukuksal İktidar (Modern Devlette Siyasal İktidarın Sınırlandırılmasında Anayasa Yargısının Rolü)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 268 vd.

² Anayasa m. 125/5’e göre, “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

³ Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 559.

⁴ Ayrıca bkz. Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 289; Özgüldür “Tam Yargı Davaları”, s. 843; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 838-839; Şaşı, **a.g.e.**, s. 260-261.

Sorumluluk hukukunda zarar veren kişinin sorumluluğunun sınırlandırılması yaklaşımı, temel olarak yürütülen faaliyetin zarar doğurma ihtimalinin yüksekliğinden yola çıkmaktadır. Bu yaklaşımın temelinde ise “en ufak bir ihmalin” “altından kalkılamayacak bir sorumluluk” doğurması olgusu yatmaktadır⁵. Sorumluluk hukukunda zarar doğma ihtimalinin yüksekliği olgusu, tehlike ya da risk kavramı ile açıklanmaktadır. Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Ağır hizmet kusuru koşulunun gerekçelendirilmesinde “tehlike” kavramının mı yoksa “risk” kavramının mı kullanılması gerekir? Bu sorunun cevabının verilebilmesi için tehlike ve risk kavramlarının tanımlanması ve karşılaştırılması gerekmektedir.

Tehlike, kelime anlamı itibarıyla, büyük zarara veya yok olmaya yol açma ihtimali olan durumu⁶ veya “bir şey, kişi veya durumun içinde bulunduğu zarar potansiyelini”⁷ ifade eder. Tehlike, sorumluluk hukukunda ise *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sebep olma ihtimalinin yüksekliğini veya nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sıkça neden olma potansiyelini* ifade eder⁸. Bu açıdan tehlike, objektif olarak “zarar doğurmaya yönelik tipik bir eğilimi” göstermekte iken, subjektif olarak ise belli bir “kaçınılmazlık” fikrine dayanarak önlenmesi güç/ımkânsız zararları doğurma ihtimalini göstermektedir⁹. Doktrinde birçok yazar, tehlike ile riski eş

⁵ Yeşim Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996, s. 3-4.

⁶ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 11. Baskı, Ankara, TDK Yayınları, 2011, s. 1980. Tehlike kavramının sosyoloji bilimindeki tanımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Serdar Çekin, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2016, s. 151 vd.

⁷ David Garland, “The Rise of Risk”, Editörler: Richard Ericson, Aaron Doyle, **Risk And Morality**, 1. Baskı, Toronto, University of Toronto Press, 2003, s. 50.

⁸ Tandoğan, “Kusura Dayanmayan”, s. 26, 41; Haluk Tandoğan, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 11-12; Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, 1. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 67 vd.; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 23; Osman Gökhan Antalya, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, **MÜHFD**, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 72; İlhan Ulusan, **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 358.

⁹ Ulusan, “Fedakârlığın Denkleştirilmesi”, s. 358; Tandoğan, “Kusura Dayanmayan”, s. 41. Bu konuda Alman hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Çekin, “Tehlike Sorumluluğu”, s.161 vd. Bu konuda Amerikan hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Gizem Arslan Demir, “Türk Hukuku ile

anlamalı kavramlar olarak zikretmektedir¹⁰. Bununla birlikte bu iki kavramın dar ve teknik açıdan aynı anlamda olmadıklarının ifade edilmesi gerekmektedir.

Risk, Rönesans İtalyancasındaki “*risicare*” (cesaret etmek) kökünden gelen ve zamanla dünya dilleri arasında yaygın olarak kullanılmaya başlanan bir kavramdır¹¹. Risk, ekonomi, fizik ve psikoloji gibi bilim dallarında oldukça farklı şekilde tanımlanmaktadır¹². Bununla birlikte risk, ilgili bilim dallarında genelde “istenmeyen bir olayın olasılığını” ifade etmek için kullanılmaktadır. Risk, günlük hayatta bazı olayların veya eylemlerin istenmeyen sonuçlarının ortaya çıkma olasılığını ya da bir tür eylemin yapılmaması gerektiğini tavsiye etmek için kullanılır¹³. Risk, kelime anlamı itibarıyla ise “az çok öngörülebilir nitelikte gerçekleşmesi muhtemel tehlike” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴.

Hukukta risk kavramı, tehlike kavramı üzerinden tanımlanmaktadır. Bu nedenle hukukta risk kavramının tehlike kavramına oldukça yakın bir anlam taşıdığı söylenebilir. Hukukta risk, bir tehlikenin olası etkisinin tahminini ifade eder¹⁵. Bu anlamıyla risk kavramının hem bir tehlikeyi hem de bir belirsizliği içerdiği söylenebilir. Görüldüğü gibi belli bir “ihtimale” dayanması sebebiyle bir belirsizlik

Karşılaştırmalı Olarak Amerikan Haksız Fiiller Hukukunda Tehlike Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 143 vd.

¹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 533; Rayegan Kender, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1; Mustafa Çeker, **Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2013, s. 3; Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 3; Nuray Dinçment, “Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavrama İlişkin Bazı Yargıtay Kararları”, **Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007, s. 479; Ali Bozer, **Sigorta Hukuku (Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri)**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, 1986, s. 23; Reşat Atabek, **Sigorta Hukuku**, İstanbul, Duygu Matbaası, 1950, s. 6. Yargıtay’ın risk ve tehlikeyi eş anlamalı kavramlar olarak zikrettiği bir karar için bkz. Y.21.HD., E., 2007/8407, 22.05.2007, KİBB.

¹¹ Richard, Sennett, **Karakter Aşınması**, Çev. Barış Yıldırım, 5. Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2011, s. 84’ten aktaran: Çıtak, **a.g.e.**, s. 51.

¹² Rana Amber Ahmad, “A Normative Account of Risk”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, The University of British Columbia, Vancouver, 2009, s. 1.

¹³ Amber, “A Normative Account Of Risk”, s. 5.

¹⁴ Paul Robert, **Dictionnaire Le Petit Robert**, Paris, Le Robert, 1991, s. 1720’den aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1169.

¹⁵ Garland, “The Rise of Risk”, s. 50.

içeren tehlike kavramına¹⁶, yine belli bir belirsizliği içeren “tahmin” unsurunun eklenmesi suretiyle hukuktaki risk kavramı oluşmaktadır¹⁷. Doktrinde bazı yazarlar risk kavramını, “tehlike ihtimali” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸. Ancak kanaatimizce böyle bir tanım sorumluluk hukuku açısından isabetli olmayacaktır. Zira sorumluluk hukukunda risk kavramı bu şekilde tanımlanırsa “nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara neden olma **ihtimalinin yüksekliğinin ihtimalini**” ifade edecektir ki bu tanım anlatım bozukluğu içerecektir.

Risk, bir tehlikenin olası etkilerine ilişkin yalnızca bir tahminden ibaret olup, soyut bir nitelik arz etmektedir¹⁹. Başka bir deyişle risk, “soyut bir tehlikeden” ibarettir. Gerek tehlike gerekse risk kavramı belli bir zarar ihtimaline ilişkin olmakla birlikte aralarında bu ihtimale ilişkin bir derece farkı vardır²⁰.

“Soyut bir tehlikeden” ibaret olan risk kavramının sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla kullanılması doğru değildir. Zira böyle bir kullanım sorumluluğun sınırlandırılmasının “istisna” olmaktan çıkıp “kural” haline gelmesine neden olabilecektir.

Kanaatimizce ağır hizmet kusuru koşulu gerekçelendirilirken idarenin faaliyetinin “tehlikeli” oluşundan yola çıkılmalıdır. Bu koşulun uygulanmasına esas olacak tehlikeli idari faaliyet alanının belirlenmesi konusunda ise bilirkişi incelemesine başvurulması uygun olacaktır. Zira bir idari faaliyetin tehlikeli bir nitelik arz edip etmediği, çoğunlukla ilgili faaliyet alanında uzman olan kişilerce her somut

¹⁶ Bozer, “Sigorta Hukuku”, s. 22.

¹⁷ Risk kavramının belirsizlik içerdiği hakkında bkz. William C. Burton, **Burton’s Legal Thesaurus**, 5. Baskı, United States, McGraw-Hill Education, 2013, s. 570; İlknur Uluğ, “Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler”, **Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu**, 1. Baskı, İstanbul, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 308-349.

¹⁸ Burton, **Legal Thesaurus**, s. 570; Dinçment, **a.g.m.**, s. 479; Cahit Nomer, Hüseyin Yunak, **Sigortanın Genel Prensipleri**, 1. Baskı, İstanbul, Ceyma Matbaacılık, 2000, s. 7.

¹⁹ Garland, “The Rise of Risk”, s. 50.

²⁰ Çekin, “Tehlike Sorumluluğu”, s.155-156; Arslan Demir, “Tehlike Sorumluluğu” s.125. Ayrıca bkz. Garland, “The Rise of Risk”, s. 50; Merih Kemal Omağ, **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu**, 1. Baskı, Ankara, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, 1985, s.10; Nomer, **Sigortanın Genel Prensipleri**, s. 7; Ali İhsan Karacan, **Mali Aracı Kurum Olarak Sigortacılık ve Sigorta Şirketleri**, 1. Baskı, Ankara, Bağlam Yayıncılık, 1994, s. 26-27.

olay için ayrı ayrı çözümlenecek bir meseledir. Hâkimlerin ise bir idari faaliyetin tehlikeli olup olmadığını tespit etmeleri çoğu zaman “sübjektif” veya “kategorik” bir nitelikte olacaktır²¹. Bu nedenle idarenin faaliyetinin tehlikeli olmasından yola çıkılarak sorumluluğu ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanacaks(a) bu tehlikenin, kural olarak bilirkişi incelemesine başvurularak her somut olayda ayrı ayrı tespit edilmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki ağır hizmet kusuru koşulunun gerekçelendirilmesinde gündeme gelen tehlike ya da risk, idarenin kusursuz sorumluluğuna temel olan mesleki risk²² ve sosyal riskten oldukça farklı bir fonksiyona sahiptir. Zira söz konusu tehlike ya da risk, mesleki risk ve sosyal riskten farklı olarak idarenin sorumluluğunu daraltan bir vasıta olarak kullanılmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında tehlikeli idari faaliyetler açısından ağır hizmet kusuru koşuluna verilebilecek gerekçeleri tespit edecek ve bu gerekçelerin idarenin sorumluluğu teorisi ile bağdaşabilir olup olmadığını tartışacağız.

Tehlikeli idari faaliyetlerde ağır hizmet kusuru koşuluna dört ayrı gerekçe ileri sürülebilir: İdarenin mali imkânlarının korunması (1), kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi (2), hizmet kusurunu ispat güçlüğü (3), zarar görenin tehlikeli idari faaliyetten doğrudan yararlanan konumunda olması (4). Aşağıda bu gerekçelerin içerdiği temel argümanları kısaca zikredeceğiz.

1) İdare, tehlikeli olmaları nedeniyle *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sıkça neden olabilen* faaliyetlerinden dolayı ağır hizmet kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalı böylece mali yönden korunmalıdır. 2) İdareyi bile mali yönden zora sokabilecek tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk, kamu görevlisini rücu davası sonunda altından kalkamayacağı bir borç altına sokabilir. Bu durumda tehlikeli

²¹ Ayrıca bkz. Fischhoff, Baruch ve Watson, Stephen R. ve Hope, Chris: “Defining Risk”, Policy Sciences Review, Sayı: 17, 1984, s. 123-139.

²² İdarenin kusursuz sorumluluğuna temel olan bu ilke, idari faaliyetin yürütülmesine katılan kamu görevlilerinin, görevlerinin icrası dolayısıyla yüz yüze geldikleri “meslekî risklerden” doğan zararlarının idare tarafından karşılanmasını öngörmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yayla, **İdare Hukuku**, s. 364; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1194 vd.

idari faaliyetleri yürüten “kamu görevlisinin”, ağır olmayan kusurları dolayısıyla kendisine karşı açılması olası bir rücu davasından çekinerek defansif davranışları tercih etmesinin önüne geçebilmek için “ağır bir kusurunun” yol açacağı “ağır hizmet kusurunun” olmadığı durumlarda “idarenin” sorumluluğu ortadan kaldırılmalıdır. Bu kapsamda idarenin ilgili faaliyetlerinde ağır hizmet kusuru olmadıkça “tazmin yükümlülüğü” ortadan kaldırılarak kamu görevlisine “rücu etmesi ihtimalinin” önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. 3) Tehlikeli olmaları itibarıyla *öngörülmesi veya önlenmesi güç/imkânsız zararlara sıkça neden olabilen* idari faaliyetlerde hizmet kusurunun ispatlanması oldukça güçtür. Bu nedenle bu idari faaliyetlerde hâkimin idarenin kusurlu olduğu yönündeki kanaati birçok hâlde hatalı olabilecektir. Bu durumda idarenin bu faaliyetlerinde haksız yere sorumlu tutulmasındansa belli bir “açıklıkta veya ağırlıktaki” kusurundan dolayı sorumlu tutulması hakkaniyete daha uygundur. 4) Tehlikeli idari faaliyetlerden doğrudan “yararlanan” kişilerin, bu faaliyetlerin sıkça neden olabileceğini “göze aldıkları” zararlara ağır hizmet kusuru söz konusu olmadıkça “katlanmaları” gerekir.

Danıştay’ın sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşuluna birer gerekçe olarak, hizmetin içerdiği riski ya da tehlikeyi verdiği görülmektedir. Bununla birlikte Danıştay söz konusu riskin ya da tehlikenin neden idarenin sorumluluğuna genişletici bir etki yapmayıp, daraltıcı bir etki yaptığı konusuna herhangi bir açıklık getirmemektedir. Kanaatimizce söz konusu riskin ya da tehlikenin Danıştay’ın bu koşulu benimsemesine çeşitli yönlerden neden olduğu düşünülebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay’ın bu koşula gerekçe olarak hizmetin içerdiği riski ya da tehlikeyi verirken, sağlık mesleği mensuplarının defansif uygulamalarını engellenmeyi amaçladığı düşünülebilir. Nitekim defansif tıp olgusunun gündemde olduğu ülkemizde, Danıştay’ın bu koşulu yalnızca bazı sağlık hizmetlerinde benimsiyor olması bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Türkiye’de sorumlu personele rücu edilmesinin anayasal bir zorunluluk²³

²³ “(...) her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler.” Bkz. Dan.5.D., E., 2007/7369, K., 2008/3234, 11.6.2008, KİBB. Rücu müessesinin işletilmesinin

olmasına karşın yetkili amirlerin rücu mekanizmasını işletmeme yönündeki tutumlarının da kamu görevlilerinin defansif davranışlarını engelleme amacına yöneldiği düşünülebilir²⁴.

Bunun yanında Danıştay'ın bu tutumu ile idarenin mali imkânlarını korumayı amaçladığı düşünülebilir. Nitekim Danıştay'ın bu koşulu benimsediği kararlarında idarenin kusursuz sorumluluğu yönünde karar verilmesinin isabetli olmadığını ifade etmesi bu düşünceyi destekler niteliktedir. Zira idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesi halinde kamu görevlisine rücu edilmesi mümkün değildir.

Nihayet Danıştay'ın söz konusu tutumu ile hizmet kusurunun ispatının güç olduğu sağlık hizmetleri açısından idarenin “haksız yere” sorumlu tutulmasını engellemeyi amaçladığı düşünülebilir. Nitekim incelediğimiz hiçbir Danıştay kararında bir hizmet kusurunun var olduğunun açıkça tespit edilerek ağır hizmet kusuru koşulunun benimsendiğine rastlamamış olmamız ve Danıştay'ın bu koşulu benimsediği kararların birçoğunda idarenin sorumlu tutulabilmesi için “açık ve belli bir ağırlıktaki” hizmet kusurunu araması bu düşünceyi destekler niteliktedir.

Danıştay'ın, sağlık hizmetinde ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olarak “hizmetin riskli bir nitelik taşıması” ile “zarar görenin hizmetten yararlanan konumunda olmasını” gösterirken, riskli sağlık hizmetlerinden doğrudan “yararlanan” kişilerin, bu hizmetlerin neden olabileceğini “göze aldıkları” zararlara ağır hizmet kusuru olmadıkça “katlanmaları” gerekliliğini ortaya koymak istediği düşünülebilir. Bununla birlikte Danıştay'ın bu tutumu ile yalnızca sağlık hizmetlerinin “sunulduğu

anayasal bir hak, yetki ya da zorunluluk olduğu hakkındaki tartışmalar için bkz. Yerebasmaz, “Hizmet Kusuru Kişisel Kusur”, s. 246 vd.; Apaydın, “Rücu Yükümlülüğü”, s. 31 vd.

²⁴ Yargı kararını yerine getirmeme teşkil eden “rücu mekanizmasının işletilmemesinin”, uygulamada siyasi dini veya ekonomik referanslı bir “himayecilik” düşüncesine dayandığı hakkında bkz. Apaydın, “Rücu Yükümlülüğü”, s. 40, 43 vd. Yazar, rücu mekanizmasının işletilmemesi konusunda tüm çabalarına rağmen herhangi bir istatistiki bilgiye ulaşmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. Apaydın, “Rücu Yükümlülüğü”, s. 41.

kişinin kişisel özelliklerine” bağlı olarak diğer birçok idari faaliyete göre “daha riskli” bir nitelik taşıdığını vurgulamak istediği de düşünülebilir²⁵.

3.2. İdarenin Mali İmkânlarının Korunmasını Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu

Karşılaştırmalı hukukta idarenin sorumluluğunun sınırlandırılmasının, esasen mali imkânları dikkate alınarak temellendirildiği görülmektedir. Nitekim ABD²⁶, Fransa, Almanya ve özellikle İngiltere’de idarenin kaynaklarının kıtlığı argümanının, mahkemelerin idarenin sorumluluğunu sınırlandıran yaklaşımlar sergilemelerine neden olduğu gözlenmektedir²⁷.

İdarenin mali imkânlarının korunması gereğinden yol çıkılarak sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması gerektiği şu şekilde “ileri sürülebilir”: İdare, tehlikeli olmaları nedeniyle *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sıkça neden olabilen* faaliyetlerinden dolayı ağır hizmet kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalı böylece mali yönden korunmalıdır. Zira idarenin tehlikeli faaliyetlerinden dolayı ağır hizmet kusurunun olmadığı hallerde sorumlu tutulması, mali açıdan müşkül duruma düşmesine²⁸ veya mali açıdan müşkül

²⁵ Nitekim Danıştay’ın eski tarihli bazı kararlarında kullandığı ifadeler bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Bkz. DİDDGK, E., 2004/72, K., 2007/2030, 18.10.2007, KİBB: “Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.” Aynı yönde bkz. D.10.D., E., 1995/3058, K., 1995/6698, 25.12.1995, Zuhale Bereket Baş, “Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınları, 2009, s. 645.

²⁶ PIERCE, Amerika Birleşik Devletleri Kongresi’nin idareye (agency) yeterli kaynak aktarmaması nedeniyle idarenin mali imkânlarının yetersiz kalabildiği, Amerikan mahkemelerinin ise bu durumu göz önüne alarak idarenin sorumluluğunu sınırlandırabildiklerini ifade etmektedir. Bkz. Richard Pierce, “Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources”, **Administrative Law Review**, Cilt: 49, Sayı: 1, 1997, s. 63; Richard Pierce, **Administrative Law**, 1. Baskı, New York, Foundation Press, 2008, s. 170.

²⁷ Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 595 vd.

²⁸ Ayrıca bkz. Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1737, 1739; Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, s. 159; Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 98 vd.; Kaneti, “Hukuka Aykırılık Unsuru”, s. 6-7; Selim Kaneti, “Özel Hukukta Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 147.

duruma düşmemek için bu faaliyetleri yerine getirmekten kaçınmasına neden olabilecektir²⁹. İdarenin mali açıdan müşkül duruma düşmesi ya da tehlikeli idari faaliyetleri yerine getirmekten kaçınması ise, idari faaliyetlerin istikrarlı şekilde yürütülmesi gereğini yansıtan “idari istikrar ilkesine” aykırı bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle idarenin sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasında “idareden” ziyade “kamunun” yararı vardır. Bu gerekçelendirme şekli, hukukun genel ilkelerinden biri olarak anayasal değerde olan idari istikrar ilkesinden³⁰ yola çıkarak ağır hizmet kusuru koşuluna “anayasal bir temel” oluşturmaya yönelmektedir.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle sosyal devlet ilkesinin, “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlığını taşıyan Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olup olamayacağını inceleyeceğiz. Daha sonra idarenin mali imkânlarının korunması için ağır hizmet kusuru koşulunun kabul edilmesinin, hukuk devleti ilkesine uygun olup olmadığını inceleyeceğiz.

3.2.1. Sosyal Devlet İlkesi Bakımından

Sosyal devlet, toplum içindeki dezavantajlı grupların yoksunluklarını giderme amacıyla sosyal ve ekonomik edimler sunmakla ve vatandaşlarına asgari yaşam düzeyi sağlamakla görevli olan devlettir³¹. Sosyal devlet kavramının daha iyi anlaşılabilmesi

²⁹ Ayrıca bkz. Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1737, 1739; Esin, “Esas”, s. 47; Ragıp Sarıca, **İdari Kaza**, Cilt: 1, 1. Baskı, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s. 159; Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 98 vd.; Jef De Mot, Michael Faure, “Public Authority Liability and the Chilling Effect”, **Tort Law Review**, Sayı: 22, 2014, s. 129.

³⁰ Gözde Atasayan, **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, 70 vd.; Zuhale Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 9 vd.; Dilşad Çiğdem Sever, “İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanışı”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 596-597; Muammer Oytan, “İdari Yargıda Hukukun Genel İlkeleri”, **Atatürk ve Hukuk**, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 3, 1981, s. 193-199 vd. Hukukun genel ilkelerinin Fransız idare hukukundaki yeri hakkında bkz. Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku- İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri**, 1. Baskı, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996, s. 96 vd.

³¹ Özbudun, **a.g.e.**, s. 140.

için kendisi ile oldukça yakından ilişkili olan refah devleti kavramı ile beraber açıklanması gerekmektedir.

Sosyal devlet kavramı, refah devleti kavramını bünyesinde barındıran, ondan çok daha önce ortaya çıkmış bir kavramdır. Bununla birlikte refah devleti, “sosyal devletin uygulamalarının ileri düzeyde kurumsallaştığı ve sosyal adaletin görece iyi düzeyde sağlandığı” bir devleti ifade etmektedir.³²

Türkiye’de refah devleti yerine sosyal devlet kavramı yerleşik olarak kullanılmakta iken, Batı ülkelerinde sosyal devlet kavramı yerine refah devleti kavramı yerleşik olarak kullanılmaktadır. Bu farklılığın yalnızca bir dil farklılığı nedeniyle ortaya çıktığını söylemek mümkün değildir³³. Bu farklılık, Türkiye’nin Batı ülkeleri kadar kalkınmış bir devlet olmamasından³⁴ ve Türkiye’de sosyal devletin amacının mevcut zenginliği toplumun fertleri arasında paylaştırmak değil, kalkınmaya öncelik vererek ekonomik ve sosyal yaşamda köklü değişiklikler yapmak olmasından kaynaklanmaktadır³⁵.

Sosyal devlet anlayışının refah devleti seviyesine ulaşmadığı Türkiye’de Anayasanın “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65. maddesinin³⁶ devlete ekonomik ve sosyal haklar açısından pozitif yükümlülüklerinin var olduğu hallerde belli bir “kaçınma olanağı” verdiği belirtilmektedir³⁷. Bu noktada

³² Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2014, s. 15-16. Ayrıca bkz. Songül Sallan Gül, **Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa**, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayıncılık, 2006, s. 2.

³³ Dericiler, **a.g.e.**, s. 13.

³⁴ Nikas Luhmann, **Refah Devletin Siyaset Teorisi**, 1. Baskı, İstanbul, Bakış Yayınları, 2002, s. 5.

³⁵ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 1993, s. 149-150.

³⁶ 1982 Ay. m. 65’e göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” 1961 Anayasasının 53’üncü maddesinde de benzer ifadeler ile devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki ödevlerinin mali imkânlarının yeterliliği ölçüsünde sınırlı olduğu belirtilmiştir.

³⁷ Özbudun, **a.g.e.**, s. 154-155. Ayrıca bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s. 102 vd.

devletin bu “kaçınma olanağının” idarenin mali sorumluluğunun³⁸ ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasına gerekçe olarak verilmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir³⁹.

Danıştay’ın Ay. m. 65’in idarenin sorumluluğu üzerinde etkisi olduğu yönünde kararları olduğu gibi aksi yönde kararları da vardır⁴⁰.

OZANSOY, sosyal devlet ilkesinin Ay. m. 65 çerçevesinde idarenin sorumluluğunu sınırlandırıcı bir niteliğe sahip olabileceğini belirtmektedir⁴¹. ÖZGÜLDÜR, devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin Ay. m. 65 çerçevesinde mali imkânlarının yeterliliği ölçüsünde sınırlandırıldığı ülkemizde, idarenin mali sorumluluğunun en azından belli hallerde hakkaniyet ilkesi çerçevesinde sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴². YAYLA, idarenin sorumluluğunun “ekonomik gücü; mali imkânları, tesislerinin maliyeti ve çağdaş gelişmiş ülke

³⁸ Çalışmamızın bu bölümünde “idarenin mali sorumluluğu” tabiri yerine “devletin mali sorumluluğu” ifadesinin de kullanılması mümkündür. Zira idare, devletin “tam yargı davalarında taraf olarak yansıması” görünümündedir. Bkz. Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 1996, s. 434. Böyle bir kullanım konumuz bağlamında değerlendireceğimiz Anayasanın “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlığını taşıyan 65. maddesinin ifade biçimi ile de uyum içindedir. Fakat kavram kargaşasına neden olmamak adına burada “devlet” kavramı yerine “idare” kavramının kullanılmasını daha isabetli buluyoruz.

³⁹ Ayrıca bkz. Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt: 2, Ankara, 1995, s. 13-14: “(...) gelişmiş ülkelerin kalkınma dönemlerinde yaşanmış ve insan zararlarını yargı kararları yoluyla frenleme ve yüksek tazminatları önleme çabaları gözlenmiştir.”

⁴⁰ “T.C. Anayasası’nın 56. maddesinde, devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla görevli olduğu, 65. maddesinde ise devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceği belirtilmiştir. (...) Bu durumda Anayasa’nın 65. maddesi hükmü ve trafik kazası sonrası yapılan müdahalenin yerinde görülmesi karşısında idarenin ağır hizmet kusurundan söz etmeye imkân bulunmamaktadır.” Bkz. Dan.10.D., E., 1998/7215, K., 2001/1531, Bal, Şahin ve Karabulut, **a.g.e.**, s. 314. Benzer yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/2625, K., 2017/1912, 24.04.2017, LEHB; Dan.12.D., E., 1970/5736, K., 1972/1282, Esin, “Esas”, s. 245. Aksi yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/4485, K., 2016/3892, 30.05.2016, Karşı oy; Dan.15.D., E., 2013/2625, K., 2017/1912, 24.04.2017, Karşı oy, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 42; Dan.10.D., E., 1990/3505, K., 1992/1385, 13.04.1992, LEHB; Dan.10.D., E., 1995/6440, K., 1197/4796, 24.11.1997, **DD**, Sayı: 96, s. 604’ten aktaran: Atasayan, **a.g.e.**, s. 305; Dan.12.D., E., 1965/21, K., 1966/2928, 24.10.1966, Esin, “Esas”, s. 79-80.

⁴¹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 30.

⁴² Özgüldür, “Askeri Yüksek İdare”, s. 434-435.

idarelerinin standartları” ile sınırlı⁴³ olduğunu ve “sosyal devlet ilkesi maddi olanaklar ölçüsünde uygulanabilirlik kazandıkça” idarenin sorumluluk alanının genişleyeceğini ileri sürmüştür⁴⁴. BEREKET BAŞ, “devletin harcamalarının sadece sosyal devlet ilkesi gündeme geldiğinde sınırlandırılması, öte yandan bazı harcamaların alabildiğine sınırsızlığının ölçüsünün” olmamasının “düşündürücü” olduğunu ileri sürmektedir⁴⁵. GÜNDAY ise Ay. m. 65 çerçevesinde idarenin mali imkânlarının yetersizliği nedeniyle ortaya çıkabilecek sorumsuzluk hallerinin sınırlandırılması gerektiği, aksi hâlde idarenin her zaman birtakım mali nedenleri ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği kanaatindedir⁴⁶.

Kanaatimizce idarenin sorumluluğu, sosyal devletin “sosyal bir edimi” değil, hukuk devletinin “hukukî bir edimidir”⁴⁷. Zira sosyal devlet ilkesi, “toplumsal eşitliğin” sağlanması için bireylerin mali imkân ve sosyal konumlarının dikkate alınarak devlet tarafından korunmasını esas alırken, hukuk devleti ilkesi “hukuk önünde eşitliğin” sağlanması için bireylerin devlet karşısında korunmasını esas almaktadır⁴⁸. Bu durumda idarenin sorumluluğu temelde sosyal devlet ilkesine değil, bireylerin mali imkân veya sosyal konumlarının herhangi bir önem arz etmediği ve bireyleri devletten korumayı esas alan hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır⁴⁹. Bu

⁴³ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 58.

⁴⁴ Yayla, “Mücbir Sebep”, s. 47.

⁴⁵ Bereket Baş, “Kamu Gücünün”, s. 31.

⁴⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 372-373.

⁴⁷ Theodor Maunz, Günter Düring, Roman Herzog, **Grundgesetz Kommentar**, München, 1958, s. 5’ten aktaran: Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 29-30. Ayrıca bkz. Aydın Gülan, “Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?”, **İHİD**, Cilt: 16, Sayı: 1, 1995, 11-29; Günday, **İdare Hukuku**, s. 372-373; Dan.15.D., E., 2013/4502, K., 2016/4029, 6.6.2016, KİBB: “İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. Aynı yönde bkz. Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 835.

⁴⁸ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 102.

⁴⁹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 31 vd. İdeal bir sosyal devlet anlayışının bünyesinde hukuk devleti anlayışını da barındırdığı ileri sürülebilir. Bkz. Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 80 vd. Ancak hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarının dar ve teknik anlamlarının aynı olduğu söylenemez. Bkz. Tarık Gümüş, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki

nedenle sosyal devlet ilkesinin veya Ay. m. 65'in, idarenin sorumluluğu gibi hukukî ve teknik bir yükümlülüğün⁵⁰ ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasına gerekçe oluşturması mümkün değildir⁵¹. Hatta sosyal devlet ilkesinin, ağır hizmet kusuru koşulunu eleştirmek için kullanıldığı görülmektedir⁵². Doktrinde OZANSOY sosyal devlet ilkesinin idarenin sorumluluğunu açıklama konusundaki yetersizliğine vurgu yaparak bu koşulun sosyal devlet ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülmesini eleştirmektedir⁵³.

3.2.2. Hukuk Devleti İlkesi Bakımından

Çalışmamızın bu kısmında idarenin mali imkânlarının korunmasının ağır hizmet kusuru koşuluna bir gerekçe olup olmayacağını hukuk devleti ilkesi çerçevesinde iki yönden inceleyeceğiz. İlk olarak idarenin tehlikeli faaliyetlerinden doğabilecek sorumluluğu dolayısıyla “mali açıdan müşkül duruma düşmesinin” engellenmesi için mali imkânlarının korunması gereğinin ağır hizmet kusuru koşuluna temel olup olmayacağını daha sonra idarenin tehlikeli faaliyetlerinden doğabilecek sorumluluğu dolayısıyla “mali açıdan müşkül duruma düşmemek”⁵⁴ için bu faaliyetleri yerine getirmekten kaçınmasının engellenmesi için mali imkânlarının korunması gereğinin, ağır hizmet kusuru koşuluna temel olup olmayacağını ortaya koymaya çalışacağız.

Levha Yayıncılık, 2010, s. 173 vd. Ayrıca bkz. Züleyha Keskin, **Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 220 vd.

⁵⁰ Sarıca, **İdari Kaza**, s. 159.

⁵¹ Ayrıca bkz. Veysel Dinler, “‘Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı’ Açısından İdarenin Sorumluluğu”, **HÜSBED**, Cilt:1, Sayı: 1, 2008, s. 10 vd.

⁵² Ağır hizmet kusuru koşulunun sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Ankara, AÜHFY, Sevinç Matbaası, 1979, s. 292; Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 289; Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 35; Bereket Baş, “Kamu Gücünün”, s. 96-97; Özgüldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 843.

⁵³ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 279.

⁵⁴ Ayrıca bkz. Jef De Mot, Michael Faure, “An Economic Analysis of Public Authority Liability”, Editör: Ken Oliphant, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, 1. Baskı, Cambridge, Intersentia Ltd, 2016, s. 588-618.

İdarenin tehlikeli faaliyetlerinin nitelikleri gereği kişilere sağladığı faydalar ve idareye yüklediği mali külfetler oldukça fazladır. Bu durumda idarenin “hakkı teslim edilmelidir”⁵⁵. Ancak idarenin mali imkânlarının korunması için sorumluluğunun belli bir oranda dâhi sınırlandırılması düşüncesi, hukuk devletinin getirdiği kamu külfetleri karşısında eşitlik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Zira nasıl ki idarenin faaliyetlerini yerine getirebilmesi için bireylerin -en azından karine düzeyinde- eşit miktarda vergi vb. mali yükümlülüklerle tabi kılınması gerekiyorsa, benzer şekilde idarenin kamu yararına hareket ederken hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin yükümlülüğünün bulunduğu hallerde bireylere verdiği zararların, kamu kasasından “tam olarak tazmin ve telafi”⁵⁶ edilerek toplumu oluşturan bireyler arasında eşit biçimde paylaştırılması gerekir⁵⁷. Nitekim zararların dağıtımı konusunda toplumun fertleri arasından çoğu zaman tam bir eşitlik sağlanamadığı da düşünüldüğünde bu sonuca varmak bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu nedenle idarenin mali imkânları sorumluluğunu karşılamada yetersiz kalıyorsa bireyleri birtakım ek mali yükümlülüklerle tabi kılarak bu açığı kapatması gerekir⁵⁸. İdarenin bu açığı kapatamaması ise son tahlilde “yasama organının idareye aktardığı kaynakların

⁵⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 278.

⁵⁶ Sait Güran, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 167. Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan “tam tazmin ilkesi” gereğince, idarenin hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin yükümlülüğünün bulunduğu hallerde neden olduğu “zararın tamamını” tazmin etmesi gerekir. Bu nedenle idarenin mali imkanlarının korunması için ağır hizmet kusuru koşulunun kabul edilebilmesi şöyle dursun idare aleyhine hükmedilecek tazminatta indirim yapılması dâhi mümkün değildir. Tam tazmin ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, “Tazminat Miktarının Saptanması”, s. 166 vd.; Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1752; Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1378 vd.

⁵⁷ “Devletin sorumluluğu, toplumsal kasa’yı (=Hazine’yi) korumak için de küçümsemeye veya silmeye kalkışmak gereksizdir. Zira devlet, herkesten güçlü olduğu gibi, herkesten de zengindir. Onun, toplum yararına hareket ederken bir kimseye verdiği bir zararı toplum kasasından ödememek büyük bir haksızlık olur. Devletin nimet ve külfetlerde eşitlik ilkesini bozar. Üstelik adalet ve hakkaniyet ile hareket etmemenin zararı, uzun vadede, verilmiş olan bir zararı ödemekten kat kat büyüktür.” Bkz. Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 237-238.

⁵⁸ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 278-279. Bu şekilde vatandaşlar arasındaki “eşitlik” sağlanarak hukuk devletinin “eşitlik” anlayışına daha uygun bir sonuca ulaşılabacaktır. Bkz. Tamer Budak, **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 95 vd.

yetersiz” olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁹. Bu durum ise idarenin, yasama organı ile yaşadığı politik bir sorun ya da öngörme ve tedbir alma konusundaki ihmali dolayısıyla hizmet kusuruna vücut verir⁶⁰.

İdarenin mali imkânlarının miktarını, ekonomik ve sosyal alanlarda yürüttüğü kamu hizmetlerini “kurmaması ya da kurmuşsa sona erdirmesi” için bir gerekçe olarak göstermesi mümkün olabilir⁶¹. Ancak idare, görevli olduğu tehlikeli idari faaliyetleri asgari bir ölçüde yerine getirme konusunda bağlı yetki içindedir⁶². Bu durumda idarenin tehlikeli faaliyetlerinin doğurabileceği sorumluluktan dolayı müşkül duruma düşmemek için bu faaliyetleri yerine getirmekten kaçınması, hizmetin hiç işlememesinden kaynaklanan bir “ağır hizmet kusuruna” vücut verir⁶³.

Görüldüğü üzere idarenin mali bakımdan korunmaya muhtaç olması kusurlu olduğunun bir kanıtıdır. Özel hukuk kişilerinden kusurlu olarak verdikleri zararları her durumda tazmin etmeleri beklenirken, idarenin kusuruna dayanan belli mazeretler ileri sürülerek sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁶⁴.

⁵⁹ Richard Pierce, “Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources”, **Administrative Law Review**, Cilt: 49, Sayı: 1, 1997, s. 63. Bu konuda ayrıca bkz. Richard Pierce, **Administrative Law**, 1. Baskı, New York, Foundation Press, 2008, s. 170.

⁶⁰ Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 33.

⁶¹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 372; Atasayan, **a.g.e.**, s. 91, 346; Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 215.

⁶² Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 273.

⁶³ “Kuşkusuz burada hareketsiz kalmayı yeğleyen idarenin, ifası ile yükümlü hizmeti hiç ifa etmemekten ötürü ağır hizmet kusuru ile kusurlandırılması olasılığı gündemdeki yerini alabilir.” Bkz. Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 717. Benzer yönde bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s. 372-373; Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 289; Evren, “Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller”, s. 215. İdarenin hareketsiz kalmasının çok olağandışı bir durum olmadıkça hiçbir şekilde kabul edilemez olduğu yönünde bkz. Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 34; Özgüldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 841.

⁶⁴ Ayrıca bkz. Christine B. Harrington, **Administrative Law And Politics: Cases And Comments**, 4. Baskı, Washington D.C., CQ Press, 2009, s. 337; Harlow, “Fault Liability”, s. 519; Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 237-238; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 840.

3.3. Kamu Görevlisinin Defansif Davranışlarının Engellenmesini Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu

“Defansif veya çekinik davranışlar”, esas itibarıyla kendilerini sorumluluk baskısı altında hisseden kişilerin, olası bir sorumluluktan kurtulmak amacıyla sergiledikleri olumsuz davranışları ifade eder. Bu kavram doktrinde çoğunlukla sağlık mesleği mensupları hakkında “defansif tıbbi uygulama” adı altında zikredilmektedir⁶⁵. Ancak defansif davranışların, defansif tıbbi uygulamalardan ibaret olduğu söylenemez. Zira faaliyetini idari, mali veya cezai sorumluluk baskısı altında yürüten her kişinin defansif davranışlarda bulunması mümkündür. Özellikle yürüttüğü faaliyet tehlikeli nitelikte olan kişilerin sıkça defansif davranışlarda bulunabilecekleri söylenebilir. Nitekim doktrinde defansif tıbbi uygulamaların (*defensive medicine*) yanı sıra defansif polis davranışlarının (*defensive policing*⁶⁶) da var olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷. Kanaatimizce yangın söndürme faaliyetlerini yürüten itfaiyecilerin defansif davranışlarından da bahsetmek mümkündür⁶⁸.

⁶⁵ Serkan Çınarlı, Orhan Meral, Mahmut Ateş, Ekin Özgür Aktaş, Emin Kurt, “Kamu Kurumlarında Çalışan Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Uygulama Hatası Sonucunda Rücu Edilecek Tazminat Davaları Çekincesiyle Yaptıkları Defansif Tıp Uygulamalarının Tespiti ve Çözüm Önerileri”, **THD**, Cilt: 7, Sayı: 14, 2018, s. 163. Türk hukukunda defansif tıp konusundaki çalışmamaların yeni yeni yapıldığı yönünde bkz. Mehmet Selçuk, “Çekinik Tıp”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015, s. 52; Çınarlı, Meral, Ateş, Aktaş ve Kurt, **a.g.m.**, s. 163.

⁶⁶ Onora O'Neill, **A Question of Trust: the BBC Reith Lectures**, 1. Baskı, Cambridge University Press, 2002, s. 49-50; Paul Markel, “Defensive Policing: It's not what you might think”, (Çevrimiçi), 6.2015, <https://www.studentofthegun.com/blog/2015/06/defensive-policing-its-not-what-you-might-think/>, 12.12.2017.

⁶⁷ Özellikle adli kolluk faaliyetlerinin birçoğu “oldukça ağır” ve “tahmin edilmesi güç” zararları doğurma potansiyeline sahiptir. Bu nedenle adli kolluk görevlilerinin sağlık mesleği mensupları gibi sorumluluk baskısı altında kalarak birtakım defansif davranışlarda bulunabileceklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Brian C. Joondeph, “Police Practicing Defensive Medicine”, (Çevrimiçi), 07.06.2015, https://www.americanthinker.com/articles/2015/06/police_practicing_defensive_medicine.html, 12.03.2018. Ayrıca bkz. Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 596 vd.; Robert Heaton, “We could be criticized! Policing and risk aversion”, **Policing: A Journal of Policy and Practice**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2010, s. 77.

⁶⁸ Nitekim ABD’nin birçok eyaletinde itfaiyecilerin yangın söndürme faaliyetleri açısından ancak ağır kusurlarının varlığı halinde sorumlu tutuldukları ifade edilmektedir. Bkz. Mot ve Faure, “State Liability”, s. 13-14.

Kamu görevlisinin defansif davranışları kavramı, (*defansive behavior by public bodies*⁶⁹) esas itibarıyla kamu görevlisinin kendisini idari, mali veya cezai sorumluluk baskısı altında hissederek olası bir sorumluluktan kurtulmak amacıyla hizmetin yürütülmesi sırasında sergilediği olumsuz davranışları ifade etmektedir⁷⁰. Kamu görevlisinin defansif davranışına örnek olarak polislerin sorumluluk baskısı altında kalarak suçluları yakalamamaları ya da hekimlerin sorumluluk baskısı altında kalarak tehlikeli gördükleri ameliyatları yapmaktan kaçınmaları verilebilir⁷¹.

Kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi gereği, idare hukuku açısından oldukça önemlidir. Zira nitelikleri gereği idari faaliyetin yürütülmesine olumsuz bir etkiye bulunabilen bu davranışlar, hukukun genel ilkelerinden biri olması nedeniyle anayasal değerde olan “idari istikrar ilkesini” ihlal edebilmektedir⁷². Nitekim kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellemesi meselesinin, İngiltere, Almanya ve Fransa’da en çok ağırlık verilen politika konularından biri olduğu ifade edilmektedir⁷³.

Kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi için idarenin tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması gerektiği şu şekilde “ileri sürülebilir”: İdareyi bile mali yönden zora sokabileceği tartışılan tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğun, kamu

⁶⁹ Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 595 vd. Ayrıca bkz. David İbbetson, “George v Sickington (1869)”, Editörler: Charles Mitchell, Paul Mitchell, **Landmark Cases in the Law of Tort**, 1. Baskı, North America, Hart Publishing, 2010, s. 67.

⁷⁰ Kişilerin defansif davranışlarına, sorumluluk baskısı dışında temel olan başka dinamikler de mevcuttur. Bu dinamiklere örnek olarak “ünlenme” ya da “kusursuz olma dürtüsü” verilebilir. Bkz. Selçuk, “Çekinik Tıp”, s. 23 vd. Fakat meselemiz açısından bizi sadece sorumluluk baskısı altında gerçekleştirilen defansif davranışlar ilgilendirmektedir.

⁷¹ Brian C. Joondeph, “Police Practicing Defensive Medicine”, (Çevrimiçi), 07.06.2015, https://www.americanthinker.com/articles/2015/06/police_practicing_defensive_medicine.html, 12.03.2018.

⁷² İdari faaliyetlerin istikrarı yalnızca “kronolojik” yani zaman itibarıyla bir devamlılığı değil, aynı zamanda “içerik ve yoğunluk” itibarıyla bir devamlılığı da içermektedir. Bkz. Özay, **Günlük Yönetim**, s. 235 vd.

⁷³ Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 595. Ayrıca bkz. Claire McIvor, “Getting Defensive About Police Negligence: the Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords”, **The Cambridge Law Journal**, Cilt: 69, Sayı: 1, 2010, s. 133-150.

görevlisini rücu davası sonunda altından kalkamayacağı bir borç altına sokması mümkündür⁷⁴. Ayrıca tehlikeli faaliyetlerde hafif bir kusur ağır zararlara neden olabilecektir⁷⁵. Bu nedenlerle “kamu görevlisinin” yürüttüğü tehlikeli faaliyetler dolayısıyla hakkında açılması olası bir rücu davasından çekinerek idari istikrar ilkesini ihlal eden defansif davranışları tercih etmesinin önüne geçebilmek için “ağır bir kusurunun” yol açacağı “ağır hizmet kusurunun” olmadığı durumlarda “idarenin” sorumluluğunun ortadan kaldırılması gerekir⁷⁶. Böylece idarenin ilgili faaliyetlerinde ağır hizmet kusuru olmadıkça “tazmin yükümlülüğünün” ortadan kaldırılması suretiyle kamu görevlisine “rücu etmesi ihtimalinin” önüne geçilerek kamu görevlisinin defansif davranışlarda bulunması engellenmiş olacaktır. Bu doğrultuda ağır hizmet kusuru koşulunun benimsenmesinde “idareden veya kamu görevlisinden” ziyade “kamunun” yararı vardır. Bu gerekçelendirme şekli de yukarıdaki başlıkta incelediğimiz diğer gerekçe gibi hukukun genel ilkelerinden biri olarak anayasal değerde olan idari istikrar ilkesinden yola çıkarak ağır hizmet kusuru koşuluna anayasal bir temel oluşturmaya yönelmektedir.

Kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi gereği, idari istikrar ilkesi çerçevesinde kamu görevlisinin sorumluluğunun sınırlandırılmasını haklı kılabilir. Fakat bu gereğin ileri sürülerek idarenin ağır hizmet kusuru koşulunun arkasına saklanması idarenin sorumluluğu teorisine uygun değildir. Zira kamu görevlilerinin defansif davranışlarda bulunmaları, onların birçok hâlde kusurlu

⁷⁴ Kamusal faaliyetlerin birçok halde kamu görevlilerinin mali gücünün çok üzerinde zararlara neden olabildiği yönünde bkz. Mot ve Faure, “State Liability”, s. 14.

⁷⁵ Chapus, **a.g.e.**, s. 1358’den aktaran: Akyılmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, s. 69; Mot ve Faure, “State Liability”, s. 14. Özellikle sağlık hizmetleri ve adli-idari kolluk faaliyetlerini yerine getiren kamu personellerinin birçok davranışı, kişilerin ağır şekilde yaralanmalarına neden olabilmektedir. Bkz. Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 596.

⁷⁶ Doktrinde ağır hizmet kusuru koşulunun, kamu görevlisinin hizmetin yürütülmesine olumsuz etkide bulunabilecek davranışlarını engelleme amacı ile kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bkz. Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1737-1739; Esin, “Esas”, s. 47; Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 717. Conseil d’Etat’ın ağır hizmet kusuru koşulunu açıklarken kamu görevlisinin hizmetin yürütülmesine olumsuz etkide bulunabilecek davranışlarının engellenmesi gereğine açıkça vurgu yaptığı hakkında bkz. Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 606; Conseil d’Etat’ın ağır hizmet kusuru koşulunu kamu görevlilerini korumak amacıyla kullandığı hakkında bkz. Fairgrieve ve Lichere, “The Liability of Public Authorities in France”, s. 174-175. Bu konuda Fransız hukukundaki görüşler hakkında ayrıca bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1086-1087; Atay ve Odabaşı, **a.g.e.**, s. 121; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 838.

davrandıklarını göstermektedir⁷⁷. Yani hizmet dolayısıyla gerçekleşen bu davranışlar çoğu zaman hizmet kusuru teşkil edebilecektir. Bunun yanında idari faaliyetin gereği gibi işlemesine engel olabilen bu tür davranışların bizatihi gerçekleşmiş olması, idarenin denetim ve gözetim görevine aykırı hareket ettiğini göstermesi nedeniyle de hizmet kusuru teşkil edebilir⁷⁸. Bu bağlamda idarenin kusurlu bir davranışta bulunmasını önlemek için sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması hukuk devleti ilkesine uygun değildir. Bununla birlikte tehlikeli idari faaliyet yürüten kamu görevlisinin bazı defansif davranışlarda bulunması yürüttüğü faaliyetin niteliği gereği “kaçınılmaz” görülebilir ve bu davranışları nedeniyle kusurlu sayılamayacağı söylenebilir. Bu ihtimalde de kamu görevlisinin kusurlu olmadığı bir durum nedeniyle idarenin “asli ve doğrudan doğruya” nitelikteki sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasını idarenin sorumluluğu teorisi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Ağır hizmet kusuru koşulunun kamu görevlisinin defansif davranışlarını engelleme işlevi, kamu görevlisinin ağır olmayan kusurlarından dolayı rücu davasına muhatap olmasını engellemesine dayanmaktadır. Ancak idarenin asli ve doğrudan doğruya sorumluluğunu gerektiren ağır hizmet kusuru kavramı, “kamu görevlisinin” değil “idarenin” sorumluluğuna ilişkin bir kavramdır. Bu nedenle ağır hizmet kusuru koşulu birçok hâlde kamu görevlisinin defansif davranışlarını engellemekte yetersiz kalacaktır. Zira ağır hizmet kusuru koşulunun, “ağır kusurlu olmayan” bir kamu görevlilerine karşı rücu davasının açılmasının önüne geçmesi birçok hâlde mümkün olamamaktadır. Örneğin “hizmet kusuru” nedeniyle doğan bir zarara, bu koşulun

⁷⁷ Zehra Karakuş Işık, “Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 188; Hüseyin Cem Barlıoğlu, **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 138 vd.; Kerem Yılmaz, Oğuz Polat, Begüm Kocamaz, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açısından İncelenmesi”, **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 16, 2014, s. 19. Kamu görevlisinin gerekenden fazla ihtiyatlı davranmasının dâhi tek başına bir kusur oluşturabileceği yönünde bkz. Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 600; Mot ve Faure, “Public Authority”, s. 128; Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 717. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi ilkesine aykırı olan idari eylemlerin idarenin mali sorumluluğunu doğurabileceği yönünde bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s. 335.

⁷⁸ İdarenin yürüttüğü faaliyetlerin fonksiyonel bir parçası olan denetim ve gözetim görevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Müslüm Akıncı, **Danıştay Kararları Işığında İdarenin Denetim ve Gözetim Görevi**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 1 vd.

“benimsenmediği” bir idari faaliyeti yürüten bir kamu görevlisinin kusuru ile bu koşulun “benimsendiği” bir idari faaliyeti yürüten başka bir kamu görevlisinin “hafif kusuru” “beraber” neden olmuş ise idare bu zararın tamamından sorumlu tutulacak ve hafif kusurlu kamu görevlisine karşı rücu davasının açılması engellenemeyecektir. Ayrıca bu koşulun “benimsendiği” bir idari faaliyette “ağır hizmet kusuru” nedeniyle doğan bir zarara, bir kamu görevlisinin “ağır kusuru” ile başka bir kamu görevlisinin “hafif kusuru” beraber neden olmuş ise idare bu zararın tamamından ağır hizmet kusurundan dolayı sorumlu olacak ve kusuru hafif olan kamu görevlilerine karşı rücu davasının açılması önlenemeyecektir. Zaten idarenin “asli ve doğrudan doğruya” nitelikteki “sorumluluğunun”, kamu görevlilerinin defansif davranışlarının dikkate alınarak “bölünmesi” de mümkün olmadığına göre yukarıdaki iki örnekte başka türlü bir sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır.

3.4. Hizmet Kusurunu İspat Güçlüğü Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu

Bazı idari faaliyetler bünyelerinde önlenmesi güç/imkânsız zararları doğurma ihtimalini barındırabilmektedir. Bu nedenle bu özelliğe sahip olan idari faaliyetlerin yürütülmeleri “belli incelikler”, “karmaşıklıklar” ve “ani karar” alınmasını gerektirebilecek “takdire açık” hususlar içerebilmektedir⁷⁹. Bu sebeple bu idari faaliyetlerde kamu görevlisinin ve dolayısıyla idarenin kusurunun ispatı oldukça güç olabilmektedir.

Hizmet kusurunun ispatının güç olduğundan yola çıkılarak idarenin sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması gerektiği şu şekilde “ileri sürülebilir”: Hizmet kusurunun ispatının güç olduğu idari faaliyetlerde yargıcın, idarenin kusurlu olduğu yönündeki kanaati birçok hâlde hatalı olabilir. Bu nedenle idarenin bu faaliyetlerinde “haksız yere” sorumlu tutulmasındansa belli bir

⁷⁹ Chapus, **a.g.e.**, s. 1303’ten aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1086; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 838; Harlow, “Fault Liability”, s. 526; Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 596-597; Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1739; Bereket Baş, “Kamu Gücünün”, s. 93.

“açıklıktaki veya ağırlıktaki” hizmet kusurundan dolayı sorumlu tutulması hakkaniyete daha uygundur⁸⁰.

Hizmet kusurunu ispat güçlüğü meselesi tehlikeli idari faaliyetler açısından özel bir öneme sahiptir. Zira bu idari faaliyetler önlenmesi güç/ımkânsız zararlara “sıkça” neden olabilmektedir⁸¹. Bu nedenle hizmet kusurunu ispat güçlüğü, ağır hizmet kusuru koşuluna tehlikeli idari faaliyetler açısından diğer idari faaliyetlere nazaran daha güçlü bir gerekçe oluşturacaktır. Zira tehlikeli idari faaliyetlerde idarenin haksız yere sorumlu tutulması, mali açıdan müşkül duruma düşmesini kolaylaştırabilecektir.

Tehlikeli idari faaliyetlerde hizmet kusurunun ispatının güç olması nedeniyle idarenin “haksız yere” sorumlu tutulmasındansa belli bir “açıklıktaki” veya “ağırlıktaki” hizmet kusurundan dolayı sorumlu tutulmasının hakkaniyete daha uygun olduğu ileri sürülebilir. Ancak madalyonun diğer yüzüne baktığımızda, güç ve otoritenin sembolü⁸² olan idarenin haksız yere sorumlu tutulmaması uğruna kusurlu olduğu hallerde neden olduğu zararların bireyler üzerinde bırakılabileceğinin kabul edilmesi de hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle hizmet kusurunun ispatının güç olduğu hallerde “idare lehine” ağır hizmet kusuru koşulu öngörmek yerine, “idare aleyhine” kusur karinesinin kabul edilmesi idarenin

⁸⁰ Chapus, **a.g.e.**, s. 1304’ten aktaran: Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 1086; Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 716-717; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 838. Fransa’da idare mahkemelerinin sağlık hizmetlerinde kamu görevlisinin kusurunun ispatının çoğu zaman oldukça güç olması dolayısıyla birçok halde kamu görevlilerinin kusurlarına atıfta bulunmadan, idarenin organizasyon kusurunun tespiti ile yetinmekte oldukları ifade edilmektedir. Bu hususta Lyon İdare Mahkemesi Başkanı M. Guinet’in görüşü hakkında bkz. Harlow, “Administrative Liability”, s. 96.

⁸¹ Ayrıca bkz. DİDDGK, E., 2004/72, K., 2007/2030, 18.10.2007, KİBB; Dilşad Çiğdem Sever, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 191; Güran, “Hekimin Faaliyetinden”, s. 83; Selim Kaneti, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 63; Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, s. 717.

⁸² Dan.15.D., E., 2013/4487, K., 2016/3878, 30.05.2016, Karşı oy, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 45 vd.

sorumluluğu teorisinin geldiği seviyeye daha uygun bir yaklaşım olacaktır⁸³. Nitekim Fransa’da hizmet kusurunun ispatındaki güçlüğü idare aleyhine kusur karinesinin kabul edilmesine neden olduğu gözlenmektedir⁸⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tehlikeli idari faaliyetlerde hizmet kusurunun ispatının güç olduğu ileri sürülerek idarenin kusursuz sorumluluğu esasının yok sayılmaması gerekir⁸⁵. Zira hizmet kusurunu ispat zorunluluğunun olmadığı idarenin kusursuz sorumluluğu esasının⁸⁶, hizmet kusurunun ispatının güç olduğundan bahisle yok sayılması, idarenin kusursuz sorumluluğu teorisinin “içini boşaltmak”⁸⁷ anlamına gelir. Kanaatimizce hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan idarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin faaliyetinden doğan zararı öngörmesinin ve önlemesinin mümkün olmadığı hallerde dâhi uygulanabilmelidir⁸⁸.

Sonuç olarak idare karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması için idarenin kusurunun ispatının güç olduğu hallerde “idare lehine” ağır hizmet kusuru koşulu öngörmek yerine, “idare aleyhine” kusur karinesinin kabul edilmesi veya

⁸³ Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 43; Güran, “Hekimin Faaliyetinden”, s. 87; Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 568; Emine Cin Karagöz, **İdare Hukukunda Karine ve Varsayım**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 78 vd., 175 vd.

⁸⁴ Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 568; Cin Karagöz, “Karine ve Varsayım”, s. 172 vd.; Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 281; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 627.

⁸⁵ Ayrıca bkz. Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 839. “(...) bugünkü toplumun üyesi olma, bazı rizikoyu da beraberinde getirmektedir. İdarenin olayda bir kusurunun olmaması veya onun kusurunun ispat edilmemesi halinde bu rizikonun vatandaşın sırtına yüklenmesi, ferdi toplumun yararına feda etmek olur.” Bkz. Gürsoy, “İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, s. 133.

⁸⁶ Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 49. Ayrıca bkz. Tandoğan, “Kusura Dayanmayan”, s. 4.

⁸⁷ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 841.

⁸⁸ Nitekim Danıştay’ın birçok kararında, zararın öngörülmesinin ve önlenmesinin mümkün olmadığından bahisle, risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunu gerekçelendirmesi dikkat çekmektedir. Doktrinde YAYLA, Danıştay’ın risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunu gerekçelendirirken birçok zaman idari faaliyetin doğuracağı zararın öngörülememesi ve önlenememesinden yola çıkmasının şu soruyu sordurduğunu ifade etmektedir: “Acaba risk ilkesi beklenmeyen durumlarda mı uygulanmaktadır?” Bkz. Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 33 vd. Nitekim Danıştay bir kararında, beklenmeyen hal kavramına atıfta bulunarak idarenin sağlık hizmetlerinde kusursuz olsa bile sorumlu tutulabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Dan.10.D., E., 2004/9232, K., 2007/2720, 18.5.2007, LEHB. Bu karar çalışmamızın ikinci bölümünde incelenmiştir. Bkz. s. 25.

idarenin kusursuz sorumluluğunun gündeme getirilmesi idarenin sorumluluğu teorisinin geldiği seviyeye ve adil yargılanma ilkesine daha uygun bir çözüm olacaktır.

3.5. Zarar Görenin Tehlikeli İdari Faaliyetten Doğrudan Yararlanan Konumunda Olmasını Esas Alan Gerekçenin İdarenin Sorumluluğu Teorisine Uygunluğu

Zarar gören kişinin tehlikeli idari faaliyetten doğrudan yararlanan konumunda olmasının, ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olması ancak “nimetten yararlanan külfetlerine katlanır ilkesinin”⁸⁹ tehlikeli idari faaliyetlerden doğrudan yararlananlar aleyhine sonuç doğurması ile açıklanabilir. Bu kapsamda bu koşulun kabul edilmesi gerektiği şu şekilde “ileri sürülebilir”: İdarenin yürütürken herhangi bir nimet elde etmediği⁹⁰ ve çeşitli zorluklara göğüs gerdiği tehlikeli idari faaliyetlerden doğrudan “yararlanan” kişiler, bu faaliyetlerin sıkça yol açabileceklerini “göze aldıkları”⁹¹ zararlara ağır hizmet kusuru olmadıkça “katlanmaları” gerekir⁹².

⁸⁹ Mecelle’de bu ilke şu ifadeler ile açıklanmıştır: “*Mazarrat menfaat mukabelesindendir, yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur.*”

⁹⁰ Kamu hizmetlerinin bedelsizliği esas olmakla birlikte, idarenin bazı kamu hizmetlerini sunduğu kişilerden belli bir miktar para alması gerekmektedir. Zira aksine bir kabul, hizmetten fiilen ve doğrudan yararlananlar ile yararlanmayanlar arasında eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturacaktır. Bkz. Yıldızhan Yayla, “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)”, **HAD**, Ocak-Nisan 1986, s. 36; Atay, **İdare Hukuku**, s. 589-590; AYM, E., 1987/16, K., 1998/8, 19.04.1988, RG: 23.08.1988, (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr>, 12.8.2017. Anayasa mahkemesinin bu yöndeki içtihadı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk, **a.g.e.**, s. 87 vd.

⁹¹ Ayrıca bkz. Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 104.

⁹² Benzer bir yaklaşım için bkz. Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 35: “(...) toplum yaşamının sonucu olarak, bireylerin sağladıkları yararlar karşılık idarenin faaliyet ve hizmetlerinin olağan ve kaçınılmaz bazı kusurlarının doğurduğu kimi yükümlülüklerle katlanmaları doğal sayılmalıdır. (...) Gerçekten üçüncü kişilerin zararlarının ödettilmesi için çoğunlukla kusursuz sorumluluk ya da sorumluluk karinesi uygulandığı halde; katılanların ve yararlananların tazminat hakkı, kural olarak, idari kusur veya ağır kusur şartına bağlı tutulmaktadır”. Zarar gören kişinin kamu hizmeti karşısındaki konumunun idarenin sorumluluğu teorisinde arz ettiği önem konusunda Fransız hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 103-105. Bu noktada özel hukukta zarar görenin zarar verenin faaliyetinden yararlanmasının, zarar veren kişinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına temel olabildiğinin de ifade edilmesi yararlı olacaktır. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 411. ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 527. maddesinde, vekaletsiz iş görme ilişkisinde iş görenin, iş sahibinin maruz kaldığı bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla hareket ederken iş sahibine verdiği zarardan doğan sorumluluğunun daha hafif değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetle Türk – İsviçre Hukuku Bakımında Vekaletsiz İş Görme**, 1. Baskı, İstanbul,

Zarar görenin tehlikeli idari faaliyetten doğrudan yararlanan konumunda olmasının, nimetten yararlanan külfetlerine katlanır ilkesi çerçevesinde idarenin kusursuz sorumluluğunu sınırlandırıcı bir etkisinin olduğu söylenebilir. Zira tehlikeli idari faaliyetlerden doğrudan “yararlanan” kişilerin, bu faaliyetlerin sıkça neden olabileceğini “göze aldıkları” bazı zararlara idarenin kusursuz olması halinde “katlanmaları” gerekebilir. Gerçekten tehlikeli idari faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun olması gerekenden geniş yorumlanması, idarenin sorumluluğu olgusunun dolaylı yoldan sigorta sistemine çevrilmesine neden olacaktır⁹³. Ancak zarar gören kişinin idari faaliyetten doğrudan yararlanan konumunda olmasının, idarenin kusur sorumluluğunu sınırlandırması mümkün değildir⁹⁴. Zira idarenin “varlık nedenini” oluşturan “görevi”, toplumu oluşturan bireylerin “yararına” yönelik faaliyetler yürütmektir⁹⁵. İdarenin bu görevinde kusurlu olması, her durumda hukuk devleti ilkesi gereğince sorumluluğunu gerektirmektedir⁹⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki idarenin kusur sorumluluğunun nimetten yararlanan külfetlerine katlanır ilkesi kullanılarak sınırlandırması idarenin sorumluluğu teorisine uygun değildir. Zira idarenin “kusursuz sorumluluğunun temellendirilmesi” için kullanılan bu ilkesinin⁹⁷ idarenin “kusur sorumluluğunun

Fakülteler Matbaası, 1957, s. 214; Sera Reyhani Yüksel, Editör: Hakan Tokbaş, **Vekaletsiz İş görme Kısa Şerhi**, 1. Baskı, Ankara, Aristo Yayınevi, 2018, s. 25 vd.

⁹³ İdarenin sorumluluğunun sigorta sistemine dönüşmesi sorunu konusunda bkz. Ali Dursun Ulusoy, “Tartışmalar Bölümü”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Birinci Kitap, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s. 375-376; Yasin, **a.g.m.**, s. 249; Azrak, “Sosyal Risk”, s. 138; Ayşegül Çoban, “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, **SÜHFD**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2003, s. 328; Çıtak, **a.g.e.**, s. 68.

⁹⁴ Ayrıca bkz. Yıldırım, “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, s. 179-180.

⁹⁵ Halit Uyanık, “İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu”, **İÜHFM**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 1149.

⁹⁶ Nitekim ÖZDEMİR hizmetten yararlanmanın fiilen ve hukuken zorunlu görüldüğü hallerde, hizmetten yararlanma olgusu kullanılarak idarenin sorumluluğunun sınırlandırılmasının asgari dereceye indirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Özdemir, “Hizmet Kusuru Teorisi”, s. 104.

⁹⁷ Özel hukukta kusursuz sorumluluğun en önemli temellerinden birini teşkil eden nimetten yararlanan külfetlerine katlanır ilkesi, idarenin sorumluluğu teorisine “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” biçiminde aktarılmıştır. Bu ilkeye göre, idarenin toplumun “genelinin faydasına” yönelik olarak yürüttüğü faaliyetleri dolayısıyla bireylerin maruz kaldığı “özel ve olağandışı zararların” kamunun kasasından karşılanması gerekmektedir. Bkz. Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 237-238. Ayrıca bkz. Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 546 vd.; Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 51-52; Esin, “Esas”, s. 131 vd.; Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 1997, s. 100; Taner Ayanoğlu, “Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında

sınırlandırılması” için kullanılması, bu ilkenin idare hukukundaki amacından saptırılması anlamına gelmektedir⁹⁸.

Sonuç olarak yukarıda açıkladığımız nedenlerle zarar gören kişinin idari faaliyetten doğrudan yararlanan konumunda olmasının, ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olması idarenin sorumluluğu teorisine uygun değildir.



Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994, s. 73 vd.

⁹⁸ Ayrıca bkz. Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 170; Yaşar, “Düşünceler”, s. 214.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞININ İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULU OLMASININ İNSAN HAKLARI HUKUKUNA UYGUNLUĞU

4.1. Genel Olarak

Türkiye’de devletin hâkimiyet¹ alanında bulunan kişilerin hak ve özgürlüklerinin, kamu gücünü kullanan devlet organları tarafından ihlal edilip edilmediğinin denetimi görevi, ulusal düzlemde AYM uluslararası düzlemde ise AİHM tarafından yerine getirilmektedir. Bu kapsamda Türkiye’de devletin hâkimiyet alanında bulunan kişiler, Anayasa ve AİHS’de² güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin³ kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasını, olağan kanun yollarını tüketmeleri sonrasında bireysel başvuru yolu ile AYM karşısında ileri sürebilirler⁴. Ayrıca bu kişilerin, AYM dâhil tüm iç hukuk yollarını tüketmeleri sonrasında Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını AİHM karşısında ileri sürmeleri mümkündür. Bununla birlikte AYM’nin ve AİHM’in insan haklarına ilişkin kabul ettikleri koruma sistemi sınırlı bir nitelik arz etmektedir⁵.

Çalışmamızın bu bölümüne kadar ağır hizmet kusuru koşulunun dayandırılabilceği gerekçelerin idarenin sorumluluğu teorisinin geldiği seviye ile

¹ AİHS m. 1: “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

² “AİHS” çalışmamamızın ilerleyen kısımlarında çoğunlukla “Sözleşme” ifadesi ile anılacaktır.

³ AİHS’de yer alan hak ve özgürlükler Anayasa m. 90 gereği iç hukuk açısından normlar hiyerarşisinde kanundan üst bir konuma sahiptir.

⁴ AYM’nin bu fonksiyonu açısından AİHM tarafından etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edildiği hakkında bkz. Işıl Karakaş, “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, **AYD**, Sayı: 33, 2016, s. 13.

⁵ AİHM, *Anheuser–Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11.01.2007: “AİHM ulusal hukukun doğru bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasının kontrol edilmesi konusunda sınırlı bir yetkiye sahip olduğunu hatırlatır.” Ayrıca bkz. Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **AHD**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2013, s. 359-399; İbrahim Şahbaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*, **TBB**, Sayı: 54, 2004, s. 213. AYM’ye ve AİHM’e başvuru koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 450 vd., 501 vd.

bağdaşmadığı sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Çalışmamızın bu kısmında ise ağır hizmet kusuru koşulunun insan hakları hukukuna uygunluğunu değerlendireceğiz.

4.2. Etkili Başvuru Hakkı Bakımından

Devletin hak ve özgürlükleri ihlal etmeme konusunda edilgen niteliğe sahip negatif yükümlülüğü yanında hak ve özgürlükleri koruma konusunda etken niteliğe sahip pozitif bir yükümlülüğü de vardır. Hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli önlemlerin alınması bu pozitif yükümlülüğün maddi boyutu ile alakalı iken, hak ve özgürlük ihlallerinin giderilmesi için etkili bir başvuru sistemi kurulması bu pozitif yükümlülüğün usuli boyutu ile alakalıdır⁶. Kişilerin devletin bu usuli yükümlülüğünü yerine getirmesini talep etme konusundaki usuli hakkına “etkili başvuru hakkı” denir⁷.

Etkili başvuru hakkı, Anayasanın 40.⁸ ve Sözleşmenin 13. maddesinde⁹ yer alan bir haktır¹⁰. Bu hak sahibine Anayasa ve Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasını “etkili” bir başvuru sisteminde, “yetkili ulusal makamın” önünde ileri sürebilmeyi talep yetkisi vermektedir¹¹. Etkili başvuru hakkı kapsamındaki “yetkili ulusal makamın” mutlaka “mahkeme” olması gerekmeyip, etkili olmak koşuluyla “idari bir başvuru yeri” olması da mümkündür¹². Bir başvuru sisteminin etkili olabilmesi için ise hak ve özgürlükleri ihlal eden faillerin bulunması

⁶ Hasan Tahsin Gökcan, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, Editörler: Özge Yücel, Gürkan Sert, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 157.

⁷ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt: 2, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s. 21.

⁸ Ay. m. 40/1: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.”

⁹ AİHS m. 13: “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

¹⁰ Recep Kaplan, “Bireysel Başvuruda Konu Bakımından Yetki Kriteri”, Editörler: Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 115.

¹¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rifat Murat Önok, **İnsan hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 544; Doğru ve Nalbant, **a.g.e.**, Cilt: 2, s. 21.

¹² AİHM, Menteş ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 23186/94, 28.11.1997; AYM, Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2.7.2013, § 28, KBB.

konusunda yeterli bir araştırma veya soruşturma¹³ yapılmasına imkân vermesinin yanında hak ve özgürlük ihlallerinin giderilmesini sağlayabilecek bir niteliğe sahip olması gerekmektedir¹⁴.

Etkili başvuru hakkı, hak arama özgürlüğünün bir görünüm biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵. Nitekim AİHM hak arama özgürlüğü ile etkili başvuru hakkı arasında kesin bir ayrım yapmamakta, kimi zaman her ikisinin beraber ihlal edildiğine kimi zaman da yalnızca birinin ihlal edildiğine karar verebilmektedir¹⁶. AYM ise etkili başvuru hakkının hak arama özgürlüğünden bağımsız nitelikte bir koruma işlevine sahip olmadığını ve bu hakkın ihlal edilip edilmediğinin hak arama özgürlüğü ile birlikte düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁷.

Etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası ancak Anayasa ve Sözleşmede yer alan maddi hakların ihlal edildiği iddiası ile birlikte ileri sürülebilir niteliktedir. Ancak

¹³ Devletin etkili başvuru sistemi kurma yükümlülüğünün kapsamı içinde olan etkili soruşturma yükümlüğü (AYM, Zeki Kartal, B. No: 2013/2803, 21.1.2016, § 78; AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17.9.2013, § 54, KBB) AİHM tarafından çoğunlukla yaşam hakkı ve işkence yasağı hakkında devletin pozitif yükümlülüğünün usuli boyutu kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Gizem Dursun, **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 105-106. AİHS’de yer alan diğer bazı haklar bakımından bu konuda yerleşik bir içtihat olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Burak Bilge, “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **İÜHFD**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2014, s. 367. Danıştay’ın eski içtihadında, idarenin ölümü soruşturma faaliyetinde ağır hizmet kusurunu koşulunu benimsediğini çalışmamızın ikinci bölümünde ifade etmiştik. Bkz. s. 19-20.

¹⁴ AİHM, Ananyev ve diğerleri/Rusya, B. No: 42525/07 ve 60800/08, 10.1.2012, § 96; AİHM, İlhan/Türkiye, B. No: 22277/93, 27.06.2000, § 97; AİHM, Aydoğdu/Türkiye, B. No: 40448/06, 30.08.2016, § 57; AYM, K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11.11.2015, § 71; AYM, Zeki Kartal, B. No: 2013/2803, 21.1.2016, § 78; AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17.9.2013, § 54; AYM, Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2.7.2013, § 29, KBB.

¹⁵ Bihter Aydın, “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, **TAAD**, Yıl: 4, Sayı: 15, 2013, s. 277. Etkili başvuru hakkının AİHS m. 6/1 karşısında genel hüküm niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Olgun Akbulut, “Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2002, s. 130.

¹⁶ Akbulut, **a.g.m.**, s. 130; İlyas Doğan, **Sorular ve Uygulamasıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 1. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2018, s. 46.

¹⁷ AYM, Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26.3.2013, § 34, KBB.

etkili başvuru hakkının ihlal edilmiş sayılabilmesi için Anayasa ve Sözleşmede yer alan maddi hakların ihlal edilmiş olması zorunlu değildir¹⁸.

AİHM, Sözleşmenin bir hükmü ihlal edilmişse ayrıca etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermeye gerek duymayabilmektedir¹⁹. Bunun yanında AİHM etkili başvuru hakkını, birçok hâlde Sözleşmenin 13. maddesinden bahsetmeden devletin Sözleşmedeki maddi hakların korunması konusundaki usuli yükümlülüğü bağlamında değerlendirmektedir²⁰.

AİHM, Aydoğdu/Türkiye kararında Sözleşmenin 2. maddesinin usul ve esas yönünden ihlal edildiği iddiasını incelerken Danıştay'ın ağır hizmet kusuru koşuluna ilişkin içtihadına değinmiştir. AİHM bu kararda, etkili başvuru hakkının ihlal edildiği ifade etmektedir. Bununla birlikte bu kararda ağır hizmet kusurunun idarenin sorumluluğunun koşulu olmasının etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine dair net bir değerlendirmeye rastlamadık²¹. AYM'nin ise bu konuya ilişkin bir kararı incelendiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır.

Kanaatimizce etkili başvuru hakkının, hak arama özgürlüğünün bir görünüm biçimi olması dolayısıyla ağır hizmet kusuru koşulunun etkili başvuru hakkından ziyade adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

¹⁸ AYM, Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26.3.2013, § 34, KBB; Doğru ve Nalbant, **a.g.e.**, Cilt: 2, s. 559-560; Kaplan, "Bireysel Başvuruda", s. 115.

¹⁹ Doğan, **a.g.e.**, s. 46.

²⁰ Cem Şenol, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 2-3; Osman Doğru, Atilla Nalbant, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt: 1, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s. 173.

²¹ AİHM, Aydoğdu/Türkiye, B. No: 40448/06, 30.08.2016. Mahkemenin ağır hizmet kusuru koşulu içtihadı ile ilgili yaptığı şu tespit dikkat çekmektedir: "(...) Mahkeme, başvuruların, bir idare mahkemesi önünde yalnızca herhangi bir mesleki kusurun varlığını değil (yukarıda anılan Asiye Genç kararı, s. 57; bk., aynı anlamda, yukarıda anılan Lazâr kararı, s. 90), aynı zamanda bu hatanın konuya ilişkin Türk içtihadı anlamında "ağır hizmet kusuru" teşkil ettiğini de (yukarıda 40. paragraf) kanıtlamalarının gerekmesi sebebiyle, söz konusu mahkemede makul olarak davayı kazanmayı nasıl ümit edebileceklerini de pek anlayamamaktadır." Bkz. **A.k.**, § 61. Ayrıca bkz. Şaşı, **a.g.e.**, s. 260; Cin Karagöz, "Karine ve Varsayım", s. 175.

4.3. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından

Adil yargılanma hakkı Anayasanın 36. ve Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı kural olarak yargılama sonunda verilecek kararların değil, yargılamanın kendisinin ve usulünün adil olmasına ilişkin bir güvence sağlamaktadır²².

Adil yargılanma hakkının bünyesinde barındırdığı haklar şunlardır: Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, aleni yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma ilkelerine uyulmasını talep hakkı, gerekçeli karar hakkı, makul sürede yargılanma hakkı. Kanaatimizce ağır hizmet kusuru koşulunun adil yargılanma hakkı ile olan ilişkisinin mahkemeye başvuru hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

4.3.1. Mahkemeye Başvuru Hakkı Çerçevesinde

Mahkemeye başvuru hakkı, Anayasanın 36. ve Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça öngörülmemiştir. Bununla birlikte bu hak, Anayasa ve Sözleşmenin koruma sistemi açısından adil yargılanma hakkının “vazgeçilmez bir unsuru” olarak görülmektedir²³. Gerçekten kişilere bu hakkın tanınmaması durumunda adil yargılanma hakkının içerdiği diğer hakların hiçbir manası olmayacaktır²⁴.

Mahkemeye başvuru hakkı, kural olarak dava açma hakkına ilişkin sınırlamaların hukuka uygunluğunun denetlenmesi için kullanılan bir araçtır. Bu kapsamda bu hak, dava açma hakkını “ortadan kaldıran” hallerin yanı sıra dava açma hakkını kullanmayı “önemli ölçüde zorlaştıran” faktörlerin de hukuka uygunluğunun denetlenmesinde kullanılmaktadır. Bu faktörlere örnek olarak yargılama masraflarının

²² AYM, Naci Karakoç, B. No: 2013/2767, 2.10.2013, § 22, KBB.

²³ AİHM, Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70, 21.2.1975; AYM, Betül Güngör, B. No: 2016/12693, 19.2.2019, § 31, 38; AYM, Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20.4.2017, § 34.

²⁴ Kaya Burak Öztürk, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2015, s. 75-77.

yüksek olması, dava açmadan önce idareye başvurunun zorunlu olması ve dava açma sürelerinin kısıllığı verilebilir²⁵. Bununla birlikte mahkemeye başvuru hakkı sahibine yalnızca uyuşmazlığı bir mahkeme önüne taşıma konusunda bir güvence sağlamamakta; bu hak ayrıca “uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını” talep hakkını da kapsamaktadır²⁶.

Kanaatimizce ağır hizmet kusuru koşuluna ilişkin yerleşik bir içtihadın varlığı, mahkemeye başvuruyu zorlaştıran bir faktör olarak karşımıza çıkabilecektir. Zira idari yargı mercilerinin ağır hizmet kusuru koşulunu “yerleşik” olarak benimsediklerini ifade ettikleri bir idari faaliyetten zarar gören kişinin idare aleyhine tam yargı davası açmaktan kaybetme olasılığının yüksek olduğunu düşünerek çekinmesi mümkün olabilecektir. Bununla birlikte yargılamanın sonunda verilen esasa ilişkin nihai karar ile ilgili olan bu durumun, AYM ve AİHM kararlarında kural olarak usule ilişkin konularda gündeme gelen mahkemeye başvuru hakkını ihlal ettiğini söylemek oldukça güçtür. Ancak AYM’nin ve AİHM’in insan haklarına ilişkin kabul ettikleri koruma sisteminin sınırlı bir nitelik arz ettiği de düşünüldüğünde böyle bir ihlal iddiasının ciddiye alınması gerektiği düşünülebilir.

4.3.2. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı Çerçevesinde

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının özü mahiyetinde bir haktır. Bu nedenle adil yargılanma hakkının içerdiği diğer hakların bu hakkın gerçekleşmesi için birer araç niteliğinde olduğu söylenebilir.

²⁵ Dovydas Vitkauskas, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, Çev. Serkan Cengiz, 2. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, 35 vd.; Müslüm Akıncı, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 153 vd; Öztürk, “Zorunlu İdari İtiraz”, s. 169 vd.

²⁶ “Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.” Bkz. AYM, Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7.11.2013, § 52, KBB. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2016/4041, K., 06.06.2016, Karşı oy, Erdem, “Onbeşinci Daire”, s. 28. Ayrıca bkz. Sibel İncoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 137-138.

Hakkaniyete uygun yargılanma kavramının, soyut bir niteliğe sahip olması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamını belirlemek kolay değildir²⁷. Bununla birlikte hakkaniyete uygun yargılanma hakkının en temel unsurları; çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi, duruşmada hazır bulunma hakkı, susma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, gerekçeli karar hakkıdır²⁸. Kanaatimizce ağır hizmet kusuru koşulunun gerekçeli karar hakkı ile ilgili olarak incelenmesi gerekmektedir.

Gerekçeli karar hakkı, Anayasanın 36. ve Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça yer almamakla birlikte AYM ve AİHM tarafından adil yargılanma hakkı kapsamında görülen içtihadi bir haktır²⁹. Bu hakkın tanınmasının amacı, yargıcın kamu gücünü kullandığı yargılama sürecinin toplum nezdinde denetlenmesi sağlanarak mahkemelerin karar gerekçelerinin “yasal” ve “yeterli” bir niteliğe sahip olmasının temin edilmesidir³⁰. Hemen belirtmek gerekir ki AYM’ye ve AİHM’e göre, bir mahkeme kararının gerekçesinde tarafların tüm iddia ve savunmalarına tek tek cevap verilmemiş olması tek başına gerekçeli karar hakkını ihlal eden bir durum yaratmamaktadır³¹.

AİHM ve AYM, mahkemeler karşısında istinaf ya da temyiz mercii konumuna sahip değildir. Bu nedenle AİHM ve AYM, kural olarak mahkeme kararının içeriğine değil, adil verilebilmesi için gerekli koşulların temin edilip edilmediğine ilişkin bir denetim yapmaktadır. Bu eksende gerekçeli karar hakkına ilişkin denetim, açık bir

²⁷ Avaz Cebre, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, **TAAD**, Yıl: 2, Cilt: 1, Sayı: 5, 2011, s. 386.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İncoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 220 vd.; Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulama Alanı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 290-294; Doğru ve Nalbant, **a.g.e.**, Cilt: 2, s. 635 vd.

²⁹ Zuhul Aysun Sunay, **İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 115.

³⁰ AİHM, Hadjianastassiou/Yunanistan, B. No: 12945/87, 16.12.1992’den aktaran: Sunay, “Gerekçeli Karar Hakkı”, s. 112; AYM, Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18.6.2014, § 31, 34; AYM, Adem Yolcu ve diğerleri, B. No: 2015/13454, 20.3.2019, § 35, KBB. Ayrıca bkz. İncoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 322 vd.

³¹ AİHM, Topaloğlu/Türkiye, B. No: 38388/04, 03.08.2012, § 26; AİHM, Garcia Ruiz/İspanya, B. No: 30544/96, 21.01.1999, § 26; AYM, Yasemin Ekki, B. No: 2013/5486, 4.12.2013, § 56, AYM, Adem Yolcu ve diğerleri, B. No: 2015/13454, 20.3.2019, § 36.

keyfilik, tutarsızlık içeren veya hukukî belirliliğe aykırı nitelikte makul yorum sınırlarının dışına çıkıldığı haller ile sınırlı olarak gerçekleştirilmektedir³².

Ağır hizmet kusuru koşulu idarenin sorumluluğu teorisinin günümüzde geldiği seviyeye uygun olmasa da çalışmamızın üçüncü bölümünde ifade ettiğimiz üzere birçok gerekçeye dayandırılması mümkündür. Bu nedenle bu koşulun birtakım gerekçelere dayandırılabilmesi halinde gerekçeli karar hakkını ihlal edeceğini söylemek kolay gözükmemektedir.

4.4. Mülkiyet Hakkı Bakımından

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. ve Sözleşmenin 1. Protokolün 1. maddesinde (P1-1) düzenlenmiştir. Bu hak, ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerinde önemli yer tutan, belki de uluslararası düzlemde insan haklarının gelişimine vesile olan bir haktır. Hak ve özgürlüklerin bütünselliği ilkesi çerçevesinde mülkiyet hakkının, birçok hak ve özgürlük ile beraber düşünülmesi ve tartışılması gerekmektedir. Zira mülkiyet hakkı salt bir “eşya hukuku meselesi” olmayıp, “mülkiyet ve malvarlığını ilgilendiren bütün uyumsuzluklarda” gündeme gelebilir³³. Ancak Anayasa ve Sözleşmenin koruma sisteminde ele alınan mülkiyet hakkı, kendine özgü bir uygulama alanına sahiptir. İlgili sistemler açısından mülkiyet hakkı, idare hukukunda ya da özel hukukta mülkiyet hakkına atfedilen anlamlardan çok daha dar bir kapsama sahiptir³⁴. Bu çerçevede ilgili sistemler açısından mülkiyet hakkının kural olarak kişiye ait “mevcut” bir malvarlığı

³² AYM, Naci Karakoç, B. No: 2013/2767, 2.10.2013, § 22; AYM, Ayhan Altay, B. No: 2014/19583, 12.7.2016, § 22-24; AYM, Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18.6.2014, § 39, KBB. Bu konuda AİHM’in görüşü için bkz. İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 209; M. Nedim Bekri, “Gerekçeli Karar Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2014, s. 209 vd. Ayrıca bkz. 6. Madde Rehber – Medeni Hukuk Yönü, (Çevrimiçi), www.echr.coe.int, 08.05.2018; Hilmi Şeker, **Esbab-ı Mucibeden Retoriğe Hukukta Gerekçe**, 1. Baskı, İstanbul, Beta yayınları, 2010, s. 33 vd.; Recep Ersel Erge, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 158 vd.

³³ Haydar Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, **İÜHFİM**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 670-671. Ayrıca bkz. AİHM, Öneriyıldız/Türkiye, B. No: 48939/99, 30.11.2004, § 124.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, “Bireysel Başvuruda”, s. 107. Doktrinde GEMALMAZ, AİHM’in mülkiyet hakkına “*gerek kapsamı gerekse de müdahalelere kapalılığı bakımından üvey evlat muamelesi*” yaptığını ileri sürmektedir. Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 619.

hakkında uygulama alanı bulduğu ifade edilmekte, mülkiyetin “edinilmesine” ilişkin bir hak, kural olarak ilgili sistemlerin koruma alanında görülmemektedir³⁵. Bununla birlikte AYM’ye ve AİHM’e göre mülkiyet hakkının edinilmesine ilişkin “yeterli somutluğa ulaşmış meşru bir beklentinin” mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu kapsamda AYM’ye ve AİHM’e göre bir meşru beklentinin yeterli somutluğa ulaşmış sayılması için bir kanun hükmüne, yerleşik bir yargı içtihadına veya aynı menfaat ile ilgili bir hukukî işleme dayanması gerekmektedir³⁶.

Ağır hizmet kusuru koşulu vasıtasıyla idarenin tazmin yükümlülüğünün ortadan kaldırılması durumunda, “kaybeden öder kuralı” devreye girecek ve tüm yargılama giderleri “aleyhine” hüküm verilen davacının üstünde bırakılacaktır³⁷. Ancak kanaatimizce idarenin “hafif veya vasıfsız bir hizmet kusuru” olduğu bir hâlde ağır hizmet kusuru koşulu vasıtasıyla tazmin yükümlülüğü ortadan kaldırılsa da yargılama giderlerinin birey üzerinde bırakılmaması gerekir. Bu nedenle böyle bir ihtimalde davacının ödemeye mahkûm edildiği yargılama giderleri açısından “mevcut” bir mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir³⁸.

³⁵ AYM, Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15.4.2014 § 36; AYM, Zekiye Şanlı, B. No: 2012/931, 26.6.2014, § 33; AYM, Korkut Bahadır, B. No: 2014/4025, 11.12.2014, § 27; AYM, Hüseyin Remzi Polge, B. No: 2013/2166, 25.6.2015, § 31, KBB; AİHM, Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979, § 50. Ayrıntılı bilgi için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 137 vd.; Haydar Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, 1. Baskı, Ankara, MRK Baskı, 2018. s. 4 vd., 50 vd.

³⁶ AYM, Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15.4.2014, § 36, KBB. AİHM, Kopecky/Slovakya, B. No: 44912/98, 28.9.2004, § 52; AİHM, Saghinadze/Gürcistan, B. No: 18768/05, 27/5/2010, § 103; AİHM, Dangeville/Fransa, B. No: 36677/97, 16.4.2002, § 44-45. GEMALMAZ, Ay. m. 35/1’in içerdiği “herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir” cümlesinin AİHS P1-1’den farklı olarak “iyelik” bildiren herhangi bir ifade içermemesi nedeniyle, mülkiyet edinme hakkını kapsayabileceğinin ileri sürülebileceği kanaatindedir. Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, s. 51.

³⁷ İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 31 gereği idari yargıda yargılama giderleri konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 326 uygulama alanı bulacaktır. HMK m. 326’ya göre, “*Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir.*” Bu durumda idari yargıda, yargılama giderleri “aleyhine hüküm verilen tarafa” yüklenecektir.

³⁸ İlke olarak yargılama giderlerinin tamamının davayı kaybeden kişi üzerinde bırakılması gerektiği söylenebilir. Fakat kişi davayı kaybetmiş olsa bile bazı yargılama giderlerini “haksız yere” ödemeye mahkûm edilmesi mülkiyet hakkını ihlal edebilecektir. Bkz. A.D., B. No: 2015/10393, 9.1.2019, § 72, KBB; AİHM, Cindric ve Beslic/Hırvatistan, B. No: 72152/13, 6.9.2016, § 94.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TEHLİKELİ İDARİ FAALİYETLERDE KAMU GÖREVLİSİNİN DEFANSİF DAVRANIŞLARININ ENGELLENMESİ İÇİN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞI KOŞULUNA BAĞLANMASI YERİNE İKAME EDİLEBİLEBİLECEK SİSTEMLER

5.1. Genel Olarak

Çalışmamızın bu bölümüne kadar tehlikeli idari faaliyetlerde ağır hizmet kusuru koşuluna verilebilecek gerekçelerin idarenin sorumluluğu teorisinin günümüzde geldiği seviyeye uygun olmadığı sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Bu kapsamda “kamu görevlisinin” ağır olmayan kusurları dolayısıyla aleyhine açılması olası bir rücu davasının önüne geçilerek defansif davranışlarının engellenmesi için “idarenin” sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasının idarenin sorumluluğu teorisine uygun olmadığını ifade etmiştik. Bununla birlikte tehlikeli idari faaliyetlerde bu koşuldan “vazgeçilmesi” gerektiğinin söylenebilmesi ancak bu faaliyetleri yürüten kamu görevlilerinin defansif davranışlarının engellenmesi için ağır hizmet kusuru koşulu yerine ikame edilecek bir sistemin oluşturulması halinde söylenebilir. Bu sistem oluşturulurken ise tazminat baskısının kamu görevlisi üzerindeki eğitici ve önleyici etkisi ile kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi gereği arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir¹.

Kanaatimizce tehlikeli idari faaliyetleri yürüten kamu görevlilerinin defansif davranışlarının engellenmesi için onlara yönelik bir zorunlu sorumluluk sigortasının yürürlüğe konması veya bu faaliyetlerde idarenin kamu görevlisine rücu imkânının

¹ Mot ve Faure, “Defensive Behaviour”, s. 596. Kamu görevlileri açısından sorumluluğun eğitici bir etkisinin var olabilmesi için belli bir tazminat baskısının olması gerektiği yönünde bkz. Yaşar, “Düşünceler”, s. 207; Noel Otu, “The Police Service And Liability Insurance: Responsible Policing”, **International Journal of Police Science & Management**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, s. 311. Ayrıca bkz. Lutfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta Armağanından Ayrı Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 63.

kamu görevlisinin ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması şeklinde tezahür eden iki sistem oluşturulabilir.

5.2. Zorunlu Sorumluluk Sigortası Sistemi

Sosyal bir nitelik² içeren sorumluluk sigortası olgusu sorumluluğun sınırlandırılmasını değil, özel hukuktan doğan³ sorumluluk rizikosunun üstlenilmesini öngörmektedir⁴. Sorumluluk sigortalarında sigortacı, zarar doğuran olayın gerçekleşmesinde kusuru veya katkısı olmamasına rağmen sorumlu kişinin ödemesi gereken tazminatı üstlenmek suretiyle sorumluluğunu teminat altına almaktadır. Görüldüğü gibi sorumluluk sigortası, bir yönü itibarıyla zarar görenin “zararını teminat” altına alırken diğer yönü itibarıyla sorumlu kişinin “sorumluluğu teminat” altına almaktadır⁵. Zorunlu sorumluluk sigortaları, sigorta ettirenin sorumluluk sigortası akdetme konusundaki özgürlüğünün kanun ile elinden alındığı bir sorumluluk sigortası türüdür. Bu sigorta türünde sorumluluk rizikosuna maruz kalan ve zarara uğrayan kişilerin korunması amaçlanmaktadır⁶.

Sigortaların inkişaf⁷ ettiği günümüz dünyasında, tehlikeli faaliyet yürüten kişilerin sorumluluklarını sınırlamaktan ziyade bu faaliyetlere özgü zorunlu sorumluluk sigortalarının öngörülmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu şekilde hem bireylerin bu faaliyetler nedeniyle uğrayacakları zararların tamamen karşılanacağı hem de sorumluluğun sorumlu kişiler üzerindeki olumsuz etkisinin ortadan kaldırılacağı söylenebilir⁸. Benzer bir yaklaşım ile tehlikeli idari faaliyetleri yürüten

² Tandoğan, “Mes’uliyet”, s. 95; Kender, “Hususi Sigorta Hukuku”, s. 6-7.

³ Karacan, **a.g.e.**, s. 186-187.

⁴ İnci Deniz Kaner, **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 42.

⁵ Dikkat etmek gerekir ki bu kapsamda teminat altına alınacak zarar, idari faaliyetin yürütülmesinden zarar gören kişinin zararı değil, kamu kasasını vergileri ile oluşturan “toplumun” zararıdır.

⁶ Merih Kemal Omağ, “Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel bir Bakış”, **Zorunlu Sigortalar Paneli**, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, Özdi Basımevi, 1993, s. 14-15.

⁷ Tandoğan, “Mes’uliyet”, s. 95.

⁸ Ayrıca bkz. İyimaya, **a.g.e.**, s. 13-14. Sorumluluğa esas olan zarar ihtimalinin sıklığı ve zorunlu sigorta fikrinin ilişkisi hakkında bkz. Garland, “The Rise of Risk”, s. 13; Antalya, “Sorumluluk”, s.

kamu görevlilerinin her türlü kusurlarından dolayı sorumlu tutulup, tazminat baskısı altında sergileyebilecekleri defansif davranışlarının önlenmesi için bu sorumluluklarının zorunlu bir sorumluluk sigortası ile teminat altına alınması gerektiği ileri sürülebilir⁹.

Ancak sorumluluk sigortalarının, sahip olabildiği çeşitli özellikler dikkate alındığında gerçek kişilerin tazminat baskısından kurtulması açısından tek başına yeterli olmayabilecekleri ortaya çıkmaktadır. Bu özelliklere örnek olarak, sorumluluk sigortalarının birçok hâlde tazminatları karşılamaya yetmeyebilmesi, yüksek tazminatları karşılayan sorumluluk sigortalarının çoğu hâlde gerçek kişilerin ekonomik gücünü zorlayan sigorta primlerini gerektirebilmesi, sorumluluk sigortalarında teminat altına alınan riziko alanlarında zaman, yer veya kişi bakımından yapay ayrımlara gidilebilmesi, hiçbir şekilde teminat altına alınması mümkün olmayan riziko ve meslek alanlarının var olması¹⁰ verilebilir¹¹. Sigorta şirketlerinin “kar elde etmesi gereği” de göz önüne alınırsa, sorumluluk sigortalarının bu tür özelliklere sahip olmasının doğal karşılanması gerektiği de düşünülebilir¹². Bu bağlamda ayrıca

64; İmre, “Kusursuz Mesuliyet”, s. 71; Tandoğan, “Mes’uliyet”, s. 242 vd.; Çekin, “Tehlike Sorumluluğu”, s. 45 vd.; Oğuzman ve Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 487.

⁹ Ülkemizde sağlık hizmetlerinde hekimlere yönelik zorunlu meslekî sorumluluk sigortası mevcut olmakla birlikte, diğer birçok tehlikeli faaliyet alanında böyle bir sigorta mevcut değildir. Özellikle özel güvenlik görevlilerine yönelik zorunlu mali sorumluluk sigortası mevcut olmasına rağmen adli-idari kolluk faaliyetlerini yürüten kamu görevlileri açısından böyle bir sigortanın mevcut olmaması dikkat çekmektedir. Bunun altında kolluk personellerinin hekimler kadar maaş almamalarının yattığı düşünülebilir. Bkz. Otu, “Responsible Policing”, s. 307. Türkiye’de özel güvenlik faaliyeti kapsamındaki zorunlu sorumluluk sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elvin Batmaz Silahtaroglu, “Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, **EÜHFD**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2013, s. 127-148.

¹⁰ Sorumluluk sigortalarının bu özelliklerinden bazıları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Karayalçın, **Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları**, 1. Baskı, İstanbul, Güzel İstanbul Matbaası, 1960, s. 57 vd.

¹¹ Ayrıca bkz. Mot ve Faure, “State Liability”, s. 14. Sigorta sistemi en gelişmiş ülkelerin başında gelen Amerika Birleşik Devletlerinde, hekimlere yönelik meslekî sorumluluk sigortası uygulamalarının hekimleri tazminat baskısından kurtarmaya yetmediği konusunda bkz. Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 27, 56-57; Güray Türker, **Tıbbi Kötü Uygulamalara İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 106 vd.; Onur Can Saatcioğlu, “Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya’daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 194 vd. Karş. Abdullah Hızal, Serkan Çınarlı, “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları”, **KHÜHFD**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 16; Barlıoğlu, **a.g.e.**, s. 138 vd.

¹² Bu nedenle kamu görevlilerinin sorumluluk sigortası sözleşmelerini, özel hukuk tüzel kişileri ile değil, kamu tüzel kişilikleri ile akdetmelerinin daha doğru olacağı ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde

sorumluluk sigortalarının teminat altına aldığı risk alanının olması gerekenden ziyade genişletilmesi halinde, tazminat baskısının gerçek kişiler üzerindeki eğitici ve önleyici etkisinin azalacağını da unutulmaması gerekir¹³.

Yukarıda bahsettiğimiz özelliklere sahip olmayan ve gerçek kişileri sorumluluk baskısından kurtarma konusunda “ideal” niteliklere sahip bir zorunlu sorumluluk sigortası sisteminin, kamu görevlisinin defansif davranışlarını engellemesi mümkündür.

Tehlikeli idari faaliyetlerde kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi için getirilebilecek diğer sistem, bu faaliyetlerde idarenin kamu görevlisine rücu imkânının kamu görevlisinin ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması şeklinde tezahür edebilir. Bu iki sistemden hangisinin hakkaniyete daha uygun olduğunun ise ayrıca incelenmesi gerekecektir.

5.3. Ağır Kusur Koşulu Sistemi

Anayasanın 40, 129. maddeleri ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun¹⁴ 13. maddesi gereğince ülkemizde idarenin sorumluluğu açısından geçerli olan “kanuni teminat sistemine” göre, idarenin hizmet kusuru ile neden olduğu zararları karşılaması halinde, hizmet kusurunun oluşumuna kişisel kusuru¹⁵ ile neden olan kamu görevlisinin mali sorumluluğu, idarenin kamu görevlisine karşı açacağı rücu davası

hekimin meslekî sorumluluğunun sigorta altına alınması için “kamusal fon” oluşturulması gerektiğinin düşünülebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Karakuş, “Defansif Tıp”, s. 150 vd.

¹³ Otu, “Responsible Policing”, s. 302; Kaneti, “Kusur ve İspat Yüğü”, s. 74-75.

¹⁴ RG: 23.7.1965-12056.

¹⁵ Kişisel kusur kavramına gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında oldukça çeşitli anlamlar atfedilmiştir. Biz kişisel kusur kavramını, kamu görevlisinin “hizmetin yürütülmesi sırasında” ortaya çıkan ve dolayısıyla idarenin “hizmet kusurunun” oluşumuna neden olan kusuru olarak görmekteyiz. Bu nedenle kanaatimizce kamu görevlisinin bir hizmeti yürütmesi sırasında işlediği kasıtlı suç teşkil eden bir “kişisel kusuru” bile “hizmet kusuru” teşkil edecektir. Nitekim Danıştay’a göre, kamu görevlisinin kusurlu bir davranışı kasıtlı suç teşkil etse bile hizmet kusuruna vücut verebilmektedir. Bkz. D.15.D., E., 2015/10079, K., 2017/6331, 2.11.2017; Dan.2.D., E., 2004/1813, K., 2005/1642, 09.05.2005, LEHB; Dan.10.D., E., 1988/1042, K., 1989/857, 20.4.1989, LHBS. Danıştay’ın bu yöndeki içtihadı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yerebasmaz, “Hizmet Kusuru Kişisel Kusur”, s. 130 vd. Ayrıca bkz. Furkan Medar, “Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 11, 2015, s. 9-31.

yoluyla gerçekleşecektir¹⁶. Nitekim Anayasanın 129. maddesine göre, “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”

DMK’nın 13. maddesine göre, “Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” Yargıtay’a ve Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre, bu hükümdeki “genel hükümler” ifadesinden anlaşılması gereken, borçlar hukuku hükümlerdir ve bu nedenle rücu davasında adli yargı görevlidir¹⁷. Doktrinde bazı yazarlar da bu kanaattedir¹⁸. Kanaatimizce davacısının “idare” davalısının “kamu görevlisi” olduğu rücu davasının, “hizmet kusuru” esas çerçevesinde “idarece” “idare hukukuna” göre vatandaşa ödenmiş bir tazminatın kamu görevlisine rücu edilmesini konu alması dolayısıyla idare hukukunun ilke ve esaslarına tabi kılınması gerekmektedir¹⁹. Bu nedenle rücu davasının idare hukukuna adli yargı mercilerinden daha hâkim olan idari yargı mercilerinin bakması gerekmektedir. Nitekim doktrindeki hâkim görüş de rücu davasının idari yargıya tabi olması gerektiği yönündedir²⁰.

¹⁶ Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 300; Duran, “Kamu Personelinin”, s. 20.

¹⁷ Y.4.HD., E., 1985/7369, K., 1985/9399, 14.11.1985’ten aktaran: Yasin Karababa, “Türk Hukukunda İdare Ajanının Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 97-98; UM, E., 2000/14, K., 2000/20, 12.6.2000, RG: 27.7.2000-24046.

¹⁸ Onar, **a.g.e.**, Cilt: 3, s. 1209 vd.; Esin, “Esas”, s. 165; Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 305; Tandoğan, “Kusura Dayanmayan”, s. 107 vd.

¹⁹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 343 vd.

²⁰ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 341 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 542; Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2012, s. 125, (Tartışmalar Bölümü); Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 134 vd.; Cem Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş**, Cilt: 2, 1. Baskı, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008, s. 549; Duran, “Kamu Personelinin”, s. 45 vd.; Yıldırım Uler, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 131 vd.; Sait Güran, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 191 vd.; Özgüldür, “Tam Yargı Davaları”, s. 131 vd.; Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 695-696.

Yargıtay’a göre özel hukukun haksız fiile ilişkin hükümlerinin uygulandığı rücu davasında, kamu görevlisinin kusurunun “ağır olmaması”, sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hal teşkil etmemektedir²¹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²² m. 51’e ve 52/2’ye göre haksız fiil esasına dayanan sorumlulukta failin kusurunun derecesi yalnızca hâkimin tazminatın miktarını takdir ederken kullanabileceği bir ölçüttür. Zira TBK m. 51/I’ e göre, “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” Bu hükme göre kusurun ağırlığı ya da hafifliği tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Ayrıca TBK m. 52/2, “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*” düzenlemesini öngörmektedir. Bu düzenlemeye göre hâkim tazminatta indirim yapabilir. Failin bu düzenlemeden faydalanabilmesi için kusurunun hafif olması gerekir²³.

DMK’nın 13. maddesinin gerekçesinde, Fransız ve Alman idare hukukunu örnek alınarak rücu davasında kamu görevlisinin sorumlu tutulabilmesi için ağır kusur aranmasına ilişkin bir “temenni” ortaya konmuştur. İlgili maddenin gerekçesindeki temenni şu şekildedir:

“(…) Fransız idare hukukundaki «Şahsi kusur» kıstasının sadece «Ağır kusur» dan ötürü sorumluluğu kapsadığını, şimdiki Alman Devlet Memurları Kanunun da «Ağır kusur» esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye’deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye şayandır.”

Kanuni teminat sistemi bakımından kanun koyucunun model aldığı Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın²⁴ “Kamu hizmetinden doğan yükümlülüklerin

²¹ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 279-280; Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 305; Duran, “Kamu Personelinin”, s. 16-18; Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, s. 695.

²² RG: 4.02.2011-27836.

²³ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 601.

²⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a.g.e.**, s. 803.

ihlalde idari sorumluluk” başlıklı 34. maddesine göre ise, “*Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü bir şahsa karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk ilke olarak, devlete veya hizmetinde bulunduğu kuruluşa aittir. Kast veya ağır ihmal hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu haklarının kullanılması için adli yargı yolu kapatılamaz.*”²⁵

DMK m. 13’ün gerekçesinde ortaya konan ilgili temenniden yola çıkılarak, bu maddede geçen “genel hükümler” ifadesinden kastedilenin idare hukuku olduğu ileri sürülebilir. Nitekim DURAN’a göre, yasama organı burada “ağır kusur” aranmasını temenni etmekle, kamu görevlisinin tazmin borcunun, özel hukuk hükümlerine göre değil, idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde değerlendirilip saptanması esasını benimsemiş bulunmaktadır²⁶. Ancak ülkemizde uygulamada adli yargının görev alanına sokulan rücu davası açısından Yargıtay, kamu görevlilerinin yürürlükteki hukuk düzeninde en hafif kusurlarından dâhi sorumlu olmaları gerektiğini, kamu görevlilerinin yalnızca ağır kusurlu olmaları halinde sorumlu tutulabilmelerinin ancak bu yönde açık yasal bir düzenleme olması halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir²⁷. Doktrinde ise Alman Anayasasındaki bahsi geçen kuralın yerinde olduğu ancak mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde DMK m. 13’ün ilgili temennisinin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir²⁸.

Kanaatimizce tehlikeli idari faaliyetlerden doğan sorumluluğun idarenin bile mali imkânlarını zorlayabileceği tartışılırken kamu görevlisinin tehlikeli faaliyetindeki en hafif kusurlarından dâhi sorumluluğunun öngörülmesi “ciddi bir haksızlık olur”²⁹.

²⁵ (Çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr>, 4.01.2019.

²⁶ Duran, “Kamu Personelinin”, s. 58.

²⁷ Y.4.HD., E., 1985/7369, K., 1985/9399, 14.11.1985’ten aktaran: Karababa, “İdare Ajanının Hukuki Sorumluluğu”, s. 97-98.

²⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 586.

²⁹ Akyılmaz, “Kamu Görevlilerinin”, s. 473-474. Aynı yönde bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a.g.e.**, s. 803; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 585. Ayrıca bkz. Akyılmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, s. 69; Akyılmaz, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, s. 537-549; Bahtiyar Akyılmaz, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku**, Ankara, 2011, s. 120. Doktrinde

Zira bu durumda kamu görevlisinin oldukça ağır bir sorumluluk baskısı altında kalması nedeniyle “özel yaşam hakkı” ihlal edilmiş olacaktır³⁰. Bu kapsamda kamu görevlisinin özel yaşam hakkının korunabilmesi için rücu davasında tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması gerekmektedir. Bu yolla ayrıca tehlikeli idari faaliyetlerin istikrarına olumsuz bir etkiye bulunan kamu görevlisinin defansif davranışları engellenerek “toplumu oluşturan bireylerin” hakları da korunacaktır.

Görüldüğü üzere gerek “kamu görevlilerinin” gerek “toplumu oluşturan bireylerin” haklarının korunması için rücu davasında kamu görevlisinin tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması gerekmektedir³¹. Bu kapsamda kamu görevlilerinin ağır olmayan kusurların maliyetinin kamu kasasının üstünde bırakılması, Ay. m. 20, AİHS m. 8 ve idari istikrar ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

kamu kurumlarında çalışan sağlık çalışanlarının defansif davranışlarının engellenmesi için ihmali fiillerinden dolayı sorumlu tutulmamaları gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Çınarlı, Meral, Ateş, Aktaş ve Kurt, **a.g.m.**, s. 177-178. Fransız Tıp Akademisi ise hekimlerin ancak kasten verdikleri zararlardan sorumlu tutulabileceklerini savunmuştur. Bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı, “İnceleme ve Soruşturma Rehberi”, Ankara, 2011, (Çevrimiçi), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/3880,incelemepdf.pdf?0,12,12,2017>.

³⁰ Özel yaşam hakkı, AİHS m. 8 ve Ay. m. 20’de düzenlenmiştir. AİHM, özel yaşam kavramının tanımlanmasının güç olduğunu ifade etmektedir. Bkz. AİHM, X. ve Y., Hollanda, B. No: 91, 26.3.1985, § 22. Bununla birlikte AİHM’e göre bu hak, fiziksel ve ruhsal bütünlük ihlalinin yaşama hakkı (AİHS m. 2) ve işkence yasağı (AİHS m. 3) kapsamına girecek “ciddiyet” düzeyine ulaşmadığı haller açısından uygulama alanı bulabilmektedir. Bkz. AİHM, Raninen/Finlandiya, B. No: 20972/92 16.12.1997, Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, 1. Baskı, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 218. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dilara Yüzer Eltimur, **AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 21-23; Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 59 vd., s. 167 vd.

³¹ İdarenin kamu görevlisine rücu imkânının ancak kamu görevlisinin ağır kusurlu olması halinde gündeme gelmesi gerektiği yönünde bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a.g.e.**, s. 803; Akyılmaz, “Kamu Görevlilerinin”, s. 473-474; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 58; Çınar Can Evren, İsmail Uçar, **Kamu Görevlileri Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 210.

Yukarıda savunduğumuz görüşümüze karşı kamu görevlisinin, ağır olmayan kusurlarının maliyetinin kamunun üzerinde bırakılması³² yerine ağır olmayan kusurlarından kaynaklanan sorumluluğunu teminat altına alan ve defansif davranışlarını engellemek için “ideal” niteliklere sahip bir zorunlu sorumluluk sigortası sisteminin öngörülmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak kanaatimizce bu karşı görüş isabetli olmayacaktır. Zira kamunun mali yük altında kalmaması için tehlikeli idari faaliyetleri “kamunun yararına” yürüten kamu görevlilerinin sorumluluk sigortası akdetmek zorunda bırakılması hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak tehlikeli idari faaliyetlerde kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesi için “ağır hizmet kusuru koşuluna” değil “ağır kusur koşuluna” “gerek” vardır³³. Bununla birlikte ülkemizde uygulamada bu gerekliliğe uygun bir içtihat geliştirilememiştir. Bu nedenle ağır hizmet kusuru koşulunun tehlikeli idari faaliyetleri yürüten kamu görevlilerinin defansif davranışlarını engellemede göreceği işlevi yadsımak mümkün değildir.

³² Kamu görevlerinin kusurlu davranışlarının maliyetinin toplum üzerinde bırakılmasının doğru olmayacağı yönünde bkz. Otu, “Responsible Policing”, s. 311; Apaydın, “Rücu Yükümlülüğü”, s. 42-43.

³³ Ağır hizmet kusuru koşulunun kamu görevlilerini koruma aracı haline getirilmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Yaşar, **İdare Hukuku**, s. 559; Yaşar, “Düşünceler”, s. 214.

SONUÇ

Danıştay eski tarihli bazı kararlarında idari işlemin hukuka aykırılık derecesini idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun var olması gereğine (=ağır hizmet kusuru koşuluna) bir gerekçe olarak vermektedir. Ancak kanaatimizce hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin hukuka aykırı bir tasarrufu ile bireylere verdiği her zararı karşılaması gerekmektedir. Bu nedenle idarenin, tasarrufunun hukuka aykırılık derecesinin düşük olduğu gerekçesiyle sorumluluktan kurtarılmaması gerekir.

Danıştay ağır hizmet kusuru koşuluna bir gerekçe olarak, “hizmetin içerdiği riski ya da tehlikeyi” verebilmektedir. Bununla birlikte Danıştay bu riskin ya da tehlikenin neden idarenin sorumluluğuna genişletici bir etki yapmayıp, daraltıcı bir etki yaptığı konusuna herhangi bir açıklık getirmemektedir.

Kanaatimizce ağır hizmet kusuru koşulu gerekçelendirirken idarenin faaliyetinin “tehlikeli” oluşundan yola çıkılmalıdır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde bahsettiğimiz üzere tehlikeli idari faaliyetlerde ağır hizmet kusuru koşuluna sunulabilecek gerekçeler idarenin sorumluluğu teorisinin günümüzde geldiği seviye ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu koşul vasıtasıyla idarenin tazmin yükümlülüğünün ortadan kaldırılması halinde aleyhine hüküm verilerek yargılama giderleri üzerinde bırakılan davacının mülkiyet hakkının ihlal edildiği söylenebilecektir.

İdarenin sorumluluğu teorisinin geldiği seviyeye uygun olmayan ağır hizmet kusuru koşulundan tehlikeli idari faaliyetler açısından “vazgeçilmesi” gerektiği ancak ilgili faaliyetlerde kamu görevlisinin defansif davranışlarının engellenmesine yönelik söz konusu koşul yerine ikame edilebilecek bir sistemin tesisi halinde söylenebilecektir. Kanaatimizce bu sistem, rücu davasında kamu görevlisinin tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması şeklinde tezahür etmelidir. Bu sistemin tesisi ile hem “kamu görevlilerinin haklarının” korunması sağlayacak hem de idari istikrar ilkesini ihlal eden kamu görevlilerinin defansif davranışları önleyerek “toplumu oluşturan bireylerin haklarının” korunmasını sağlanmış olacaktır.

DMK'nın 13. maddesinde rücu davasında kamu görevlisinin sorumluluğunun ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması hususunda bir temennide bulunmaktadır. Ayrıca bu temenninin hayata geçirilmesi gerektiği doktrinde vurgulanmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'a ve Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, adli yargının görev alanına giren ve uygulamada TBK'nın haksız fiile ilişkin hükümleri çerçevesinde görülen rücu davası hakkında bu temenniye uygun bir içtihat geliştirilmemiştir.

Kanaatimizce Yargıtay, rücu davasında kamu görevlisinin tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun ağır kusurunun varlığı koşuluna bağlanması yönünde bir içtihat geliştirmelidir. Rücu davasının adli yargıya tabi olması buna engel değildir. Zira böyle bir içtihadın geliştirilmesi, AİHS m. 8, Ay. m. 20'de düzenlenen "özel yaşam hakkının" ve anayasal değerde olan "idari istikrar ilkesinin" bir gereğidir.

Ülkemizde rücu davasında kamu görevlisinin en hafif kusuru dolayısıyla sorumlu tutulabileceği göz önüne alınırsa, tehlikeli idari faaliyetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunun kamu görevlerinin defansif davranışlarını engellemede göreceği işlevi yadsımak mümkün değildir. Bu nedenle idarenin sorumluluğu teorisinin geldiği seviyeye uygun olmayan ağır hizmet kusuru koşulunun, uygulamadan doğan bir ihtiyacın yansıması olduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada ağır hizmet kusuru koşulunun "kamu görevlisinin sorumluluğu teorisine" uygun olmayan bir uygulamayı belli bir oranda engelleme işlevi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu şartlar altında Danıştay'ın sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşulundan vazgeçmesi gerektiğini söylemek kolay gözükmemektedir.

KAYNAKÇA³⁰⁴

AIHS 6. Madde Rehberi– Medeni Hukuk Yönü, (Çevrimiçi), www.echr.coe.int, 11.12.2017.

Akbulut, Olgun: “Adil Yargılanma Hakkı (AIHS M. 6)”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2002, s. 175-207.

Akgül, Aydın: “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı”, **GÜHFD**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2016, 269-302.

Akgül, Aydın: **Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetim**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

Akıllıoğlu, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 11-22.

Akıncı, Müslüm: **Danıştay Kararları Işığında İdarenin Denetim ve Gözetim Görevi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

Akıncı, Müslüm: **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017.

Akkayan Yıldırım, Ayça: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İÜHFM**, Cilt: 70, Sayı: 1, 2012, s. 203-220.

Aküzüm, Ural: “Danıştay Kararları Işığında Tıbbi Uygulama Hataları”, **THD**, Cilt: 7, Sayı: 13, 2018, s. 71-90.

Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

³⁰⁴ Çalışmada kullanılan AIHM kararları <https://hudoc.echr.coe.int> internet sitesinden alınmıştır.

Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil: **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.

Akyılmaz, Bahtiyar: “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 537-549.

Akyılmaz, Bahtiyar: “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2012, s. 110-128.

Akyılmaz, Bahtiyar: “Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1991 (*Kamu Görevlilerinin*).

Akyılmaz, Bahtiyar: “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, **İÜHFMD**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 61-78.

Akyılmaz, Bahtiyar: “Kamu Zararında Rücu ve Rücu Sorumluluğu”, Editör: Ahmet Turan Adıyaman, **Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı**, Ankara, T.C. Sayıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü Matbaası, 2015, s. 43-63.

Akyılmaz, Bahtiyar: “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku**, Ankara, 2011, s. 105-122.

Akyılmaz, Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, Cilt: 9, Sayı: 1-2, 2004, s. 185-211.

Akyılmaz, Bahtiyar: “Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi, Konya, 2004 (*İdarenin Mali Sorumluluğu*).

Amber, Rana Ahmad: “A Normative Account Of Risk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, The University Of British Columbia, Vancouver, 2009.

Anayurt, Ömer: “Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

Antalya, Osman Gökhan: “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, **MÜHFD**, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 63-83 (*Sorumluluk*).

Antalya, Osman Gökhan: **Manevi Tazminatın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

Apaydın, Bahadır: “Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Bağlamında İdarenin Rücu Yükümlülüğü “Rücu Mekanizmasının İşletilme(me)si ve Sonuçları””, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, 2012, s. 9-45 (*Rücu Yükümlülüğü*)

Apaydın, Cengiz: **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

Arslan Demir, Gizem: “Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Amerikan Haksız Fiiller Hukukunda Tehlike Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018 (*Tehlike Sorumluluğu*).

Arslan Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.

Arslan Öncü, Gülay: **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, 1. Baskı, Ankara, MRK Baskı, 2019.

Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner: **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

Atabek, Reşat: **Sigorta Hukuku**, İstanbul, Duygu Matbaası, 1950.

- Atamer, Yeşim: **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996.
- Atasayan, Gözde: **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Atay, Ender Ethem ve Odabaşı, Hasan: **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Atay, Ender Ethem: “Avrupa Birliği Ülkelerinde İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakóltesi Basımevi, 2009, s. 553-568 (*Avrupa Birliği*).
- Atay, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012.
- Atlan, Hülya: **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Avaz, Cebre: “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, **TAAD**, Yıl: 2, Cilt: 1, Sayı: 5, 2011, s. 373-396.
- Avcı, Âdem: “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, **EÜHFD**, Cilt: 14, Sayı: 3-4, 2010, s. 69-88.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kabul Edilebilirlik Kriterleri Uygulama Rehberi, (Çevrimiçi), www.echr.coe.int, 10.10.2017.
- Ayakçioęlu, Mustafa Serkan: “Yargı Kararları Işığında İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Nedenler Üzerine Bir İnceleme”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Ayanoğlu, Taner: “Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü , İstanbul, 1994.

Ayanoğlu, Taner: “Yargısal Koruma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Matbaası, 2004.

Ayaydın, Cem: **İdare Hukuku’na Giriş**, Cilt: 2, 1. Baskı, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008.

Aydın, Bihter: “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, **TAAD**, Sayı: 15, 2013, s. 271-296.

Aydın, Muhammed Ali: **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016 (*Hizmet Kusurundan*).

Aynural, Ömer Metehan: **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Azrak, Ali Ülkü: “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı’na Göre Kusursuz Sorumluluğu” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 135-147 (*Sosyal Risk*).

Bal, Yakup - Şahin, Yahya - Karabulut, Mustafa: **Danıştay 10. Dairesi’nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

Balkar, Kemal Tahir: “Hizmet Kusurunun Sınırları”, **İÜHFM**, Cilt: 26, Sayı: 1-4, 1961.

Barlıoğlu, Hüseyin Cem: **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Başgil, Ali Fuat: **Devletin ve Diğer Hükmî Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Ankara, Yeni Ceza Evi Matbaası, 1940.

- Bayındır, Oktay: **Yaşama Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Bekri, M. Nedim: “Gerekçeli Karar Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2014, s. 203-223.
- Bell, John - Whittakers, Simon - Boyron, Sophie: **Principles of French Law**, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, 2008.
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz: **İdare ve Vergi Mahkemelerinde Bilirkişilik**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- Bereket Baş, Zuhale: “Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınları, 2009 (*İdarenin Sorumluluğu*).
- Bereket Baş, Zuhale: “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012 (*Kamu Gücünün*).
- Bereket Baş, Zuhale: **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Bilge, Burak: “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **İÜHFD**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2014, s. 367-406.
- Bilgin, Hüseyin: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Bilgin, Hüseyin: **İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Bozer, Ali: **Sigorta Hukuku (Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri)**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, 1986 (*Sigorta Hukuku*).

Bozkurt, Öykü: “İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Hukuka Aykırılık- Kusur İlişkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 87, 2013, s. 69-72.

Bozkurt, Tamer: **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2018.

Bucak, Vahap: **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi**, 1. Baskı, Ankara, Ulusal Matbaa, 1940.

Budak, Tamer: **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Burton, William C.: **Legal Thesaurus**, 5. Baskı, United States, McGraw-Hill Education, 2013.

Büyüksağış, Erdem: “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, **DEÜHFD**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 1-19.

Can, İsmail Özgür - Özkara, Erdem - Can, Muhammed: “Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, **DEÜHFD**, Cilt: 25, Sayı: 2, 2011, s. 69-76.

Cin Karagöz, Emine: **İdare Hukukunda Karine ve Varsayım**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017 (*Karine ve Varsayım*).

Çağlayan, Ramazan: **İdari Yargılama Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

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

Çakmak, Munci: **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Çakmak, Seyfullah: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı”, **AD**, Sayı: 19, 2004, s. 137-168.

- Çeker, Mustafa: **Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Adana, Karahan Kitapevi, 2013.
- Çekin, Mesut Serdar: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2016 (*Tehlike Sorumluluğu*).
- Çelik, Miraç: “İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013 (*Sağlık Hizmetlerinin*).
- Çınarlı, Serkan - Karakoç, Nurgül: “Tıbbi Uygulama Hatalarında Organizasyon Kusurunun Yeri”, **THD**, Cilt: 6, Sayı: 11, 2017, s. 151-172 (*Organizasyon Kusurunun*).
- Çınarlı, Serkan - Meral, Orhan - Ateş, Mahmut - Aktaş, Ekin Özgür - Kurt, Emin: “Kamu Kurumlarında Çalışan Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Uygulama Hatası Sonucunda Rücu Edilecek Tazminat Davaları Çekincesiyle Yaptıkları Defansif Tıp Uygulamalarının Tespiti ve Çözüm Önerileri”, **THD**, Cilt: 7, Sayı: 14, 2018 s. 163-180.
- Çınarlı, Serkan: **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Orion Yayınevi, 2013.
- Çıtak , Halim Alperen: **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Çoban, Ayşegül: “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, **SÜHFD**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2003, s. 319-337.
- Delcros, Xavier - Delcros, Bertrand: **Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çev. Turgut Candan, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984.
- Derbil, Süheyp: **İdare Hukuku**, Cilt: 1, Ankara, Recep Usuloğlu Basımevi, 1950.
- Derdiman, Cengiz: **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Bursa, Alfa Akademi Basım Yayım Dağıtım, 2015.

- Dericiler, Özge Yücel: **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2014.
- Deryal, Yahya: **Sağlık Hukuku Rehberi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Deschenaux, Henri - Tercier, Pierre: **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim Özdemir, 1. Baskı, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983.
- Dinçment, Nuray: “Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavrama İlişkin Bazı Yargıtay Kararları”, **Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007, s. 479-489.
- Dinler, Veysel: “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu”, **HÜSBED**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2008, s. 1-19.
- Doğan, İlyas: **Sorular ve Uygulamasıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 1. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2018.
- Doğru, Osman - Nalbant, Atilla: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt: 1, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013.
- Doğru, Osman - Nalbant, Atilla: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt: 2, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013.
- Duran, Lûtfi: **İdare hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Lûtfi: **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta Armağanından Ayrı Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974 (*Kamu Personelinin*).
- Duran, Lûtfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, 1. Baskı, Ankara, TODAİE Yayınları, Sevinç Matbaası, 1974 (*Türkiye İdaresinin*).
- Dursun, Gizem: **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, 1. Baskı Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

Dutertre, Gilles: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, 1. Baskı, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

Düren, Akın: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, AÜHFY, 1979.

Ekinci, Ekrem Buğra: **Dini Lügat**, 1. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2018.

Erdem, Ümit: **Danıştay Onbeşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017 (*Onbeşinci Daire*).

Erdoğan, Mustafa: **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, Orion Yayınevi, 2016.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Erge, Recep Ersel: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Erişgin, Nuri: “Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 59-101.

Erlüle, Fulya: “Manevi tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi”, **İKÜHFD**, Cilt: 15, Sayı:2, 2016, s. 648-668.

Eroğlu, Müzeyyen: “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Ersöz, Ahmet Kürşat: “Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi”, **İÜHFM**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 927-934.

Ersöz, Ahmet Kürşat: **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Esin, Yüksel: “Tartışmalar Bölümü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 177-271.

- Esin, Yüksel: **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları/İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Güven Matbaası, 1976 (*Esas*).
- Evren, Çınar Can - Uçar, İsmail: **Kamu Görevlileri Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Evren, Çınar Can: "Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", **TBBD**, Sayı: 95, 2015, s. 175-196.
- Evren, Çınar Can: "İdarenin Sorumluluğunu Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009 (*Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller*).
- Fairgrieve, Duncan - Lichere, François: "The Liability of Public Authorities in France", Editör: Ken Oliphant, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, 1. Baskı, Cambridge, Intersentia Ltd, 2016, s. 155-175.
- Fischhoff, Baruch - Watson, Stephen R. - Hope, Chris: "Defining Risk", **Policy Sciences Review**, Sayı: 17, 1984, s. 123-139.
- Garland, David: "The Rise of Risk", in Richard Ericson, Aaron Doyle, **Risk And Morality**, 11. Baskı, Toronto, **University of Toronto Press**, 2003, s. 48-86.
- Gemalmaz, Haydar Burak: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", **İÜHFM**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 649-673.
- Gemalmaz, Haydar Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- Gemalmaz, Haydar Burak: **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, 1. Baskı, Ankara, MRK Baskı, 2018.

Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun - Berk, Kahraman: **İdare Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, DER Yayınları, 2015.

Gökcan, Hasan Tahsin: “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, Editörler: Özge Yücel, Gürkan Sert, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Gökcan, Hasan Tahsin: **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.

Görür, Hamit: “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargıda Görünüm”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt: 2, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.

Gözler, Kemal: **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

Gözübüyük, A. Şeref - Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt: 1, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt: 2, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Gözübüyük, A. Şeref: “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3-4, 1995, s. 193-199.

Gözübüyük, A. Şeref: **Yönetmelik Yargı**, 32. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

Gözübüyük, Şeref - Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulama Alanı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Gülan, Aydın: “Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?”, **İHİD**, Cilt: 16, Sayı: 1, 1995, s. 11-29.

Gümüş, Tarık: **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, İstanbul, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Günday, Metin: “İdarenin Ağır Hizmet Kusuru Nedeniyle Maddi ve Manevi Tazminat”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 58, Sayı: 2, 2001, s. 151-156.

Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, 2017.

Gündoğmuş, Ümit Naci - Kurtas, Ömer - Boz, H. -Biçer, Ümit - Çolak Ümit Başar: “Kusur ve Kusur Oranlarının Belirlenmesinde Bilirkişilerin Fonksiyonu”, **Adli Bilimler Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2002, s. 63-67.

Güran, Sait: “Hekimin Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 77-87 (*Hekimin Faaliyetinden*).

Güran, Sait: “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, Ankara, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, 1978, s. 187-198.

Güran, Sait: “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 151-170 (*Tazminat Miktarının Saptanması*).

Gürsoy, Kemal Tahir: “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”,

Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 71-94.

Hakeri, Hakan: "Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Cilt: 5, 2014.

Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Harlow, Carol R.: "Administrative Liability: a Comparative Study of French and English Law", Yayımlanmamış Doktora Tezi, The London School of Economics and Political Science, London, 1979 (*Administrative Liability*).

Harlow, Carol R.: "Fault Liability in French and English Public Law", **Modern Law Review**, Cilt: 39, 1976, s. 516-541 (*Fault Liability*).

Harlow, Carol R.: **State Liability: Tort Law and Beyond**, 2. Baskı, New York, Oxford University Press, 2005.

Harrington, Christine B.: **Administrative Law And Politics: Cases And Comments**, 4. Baskı, Washington D.C., CQ Press, 2009.

Heaton, Robert: "We could be criticized! Policing and risk aversion", **Policing: A Journal of Policy and Practice**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2010, s. 75-86.

Hızal, Abdullah - Çınarlı, Serkan: "Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları", **KHÜHFD**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 13-35.

İbbetson, David: "George v Sickington (1869)", Charles Mitchell, Paul Mitchell, **Landmark Cases in the Law of Tort**, 1. Baskı, North America, Hart Publishing, 2010.

İçel, Kayıhan: **Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul, 1967.

- İmre, Zahit: **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, 1. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949 (*Kusursuz Mesuliyet*).
- İnceoğlu, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013 (*Adil Yargılanma Hakkı*).
- İyimaya, Ahmet: **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt: 2, Ankara, 1995.
- İyimaya, Ahmet: **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt:1, Ankara, 1995.
- Joondeph, Brian C.: “Police Practicing Defensive Medicine”, (Çevrimiçi), 07.06.2015, https://www.americanthinker.com/articles/2015/06/police_practicing_defensive_medicine.html, 12.03.2017.
- Kalabalık, Halil: **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt: 2, 3. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s. 279.
- Kalay, Jale: “AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Kaner, İnci Deniz: **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016.
- Kaneti, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 1980, s. 29-66, (*Kusur Kavramının Görevi*).
- Kaneti, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, 1. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 61-75 (*Kusur ve İspat Yüğü*).

- Kaneti, Selim: “Özel Hukukta Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 135-145.
- Kaneti, Selim: **Haksız Fillde Hukuka Aykırılık Unsuru**, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş., 2007 (*Hukuka Aykırılık Unsuru*).
- Kaplan, Gürsel: **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Kaplan, Recep: “Bireysel Başvuruda Konu Bakımından Yetki Kriteri”, Editörler: Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017 (*Bireysel Başvuruda*).
- Karababa, Yasin: “Türk Hukukunda İdare Ajanının Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008 (*İdare Ajanının Hukuki Sorumluluğu*).
- Karacan, Ali İhsan: **Mali Aracı Kurum Olarak Sigortacılık ve Sigorta Şirketleri**, 1. Baskı, Ankara, Bağlam Yayıncılık, 1994.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Sorumluluk Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Tazminat Hukuku- Manevi Tazminat**, 6. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2001 (*Manevi Tazminat*).
- Karakaş, Işıl: “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, **AYD**, Sayı: 33, 2016, s. 13-17.
- Karakuş Işık, Zehra: “Defansif Tıp Uygulamalarında İdarenin Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

Karavelioğlu, Celal: **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Cilt: I, 6. Baskı, Ankara, 2006.

Karayağın, Yaşar: **Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları**, 1. Baskı, İstanbul, Güzel İstanbul Matbaası, 1960.

Karayağın, Yaşar: **Risk – Sigorta – Risk Yönetimi (Özel Sigorta Hukukuna Giriş)**, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, 1984.

Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Kaya, Semih Batur: **Hukuksal İktidar (Modern Devlette Siyasal İktidarın Sınırlandırılmasında Anayasa Yargısının Rolü)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Kayıhan, Şaban - Bağcı, Ömer: **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2018.

Kender, Rayegan: **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (*Hususi Sigorta Hukuku*).

Keskin, A. Dilşad: **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016 (*Manevi Tazminat*).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2013.

Kılıçoğlu, Mustafa: **Tazminat Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.

Kıratlı, Metin: **Koruyucu İdari Hizmetler**, 1. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

Kızılyel, Serkan: Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 24, 2008, s. 137-156.

- Korkusuz, M. Refik: “Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12-13, Sayı: 16-17-18-19, 2009, s. 23-44.
- Köksal, Mustafa: “Sosyal Risk İlkesi Tarih Mi Oluyor”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 42, 2010, s. 87-106.
- Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, 25. Baskı, Ankara, Yekın Yayınevi, 2014.
- Lochak, Danièle: "Transfusion et responsabilité publique." **Revue trimestrielle du ressort de la Cour d'appel de Versailles**, Sayı: 30, 1993, s. 127-152.
- Luhmann, Nikas: **Refah Devletin Siyaset Teorisi**, 1. Baskı, İstanbul, Bakış Yayınları, 2002.
- Markel, Paul: “Defensive Policing: It's not what you might think”, (Çevrimiçi), 6.2015, <http://www.studentofthegun.com/blog/2015/06/defensive-policing-its-not-what-you-might-think/>, 12.12.2017.
- Mcivor, Claire: “Getting Defensive About Police Negligence: the Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords”, **The Cambridge Law Journal**, Cilt: 69, Sayı: 1, 2010, s. 133-150.
- Medar, Furkan: “Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, **KÜHFD**, Cilt: 6, Sayı: 11, 2015, s. 9-31.
- Meraklı, Serkan: **Ceza Hukukunda Kusur**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- Meral, Orhan - Çınarlı, Serkan - Aktaş, Ekin Özgür: “İdari Yargıda Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişi Raporlarının İncelenmesi”, **THD**, Cilt: 5, Sayı: 9, 2016, s. 121-180.
- Mot, Jef De - Faure, Michael G.: “Discretion and The Economics of Defensive Behaviour by Public”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2016, 595-610 (*Defensive Behaviour*).

Mot, Jef De - Faure, Michael G.: “Public Authority Liability and the Chilling Effect”, **Tort Law Review**, Sayı: 22, 2014, 120-133 (*Public Authority*).

Mot, Jef De - Faure, Michael: “An Economic Analysis of Public Authority Liability”, Editör: Ken Oliphant, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, 1. Baskı, Cambridge, Intersentia Ltd, 2016, 588-618.

Mot, Jef De - Faure, Michael: “Report for the European Group on Tort Law: State Liability: an Economic Analysis”, 2012, (Çevrimiçi), <https://biblio.ugent.be/publication/3033725/file/3033953.pdf>, 02.02.2019, s. 9-24 (*State Liability*).

Nomer, Cahit - Yunak, Hüseyin: **Sigortanın Genel Prensipleri**, İstanbul, Ceyma Matbaacılık, 2000.

Nomer, Haluk Nami: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1996.

O’neill, Onora: **A Question of Trust: the BBC Reith Lectures**, 1. Baskı, Cambridge University Press, 2002.

Odyakmaz, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Uygulamaları”, **TAAD**, 2011, Sayı: 5, s. 1-57.

Oğuzman, Kemal - Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Omağ, Merih Kemal: “Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel bir Bakış”, **Zorunlu Sigortalar Paneli**, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, Özdil Basımevi, 1993, s. 8-38.

Omağ, Merih Kemal: **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu**, 1. Baskı, Ankara, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, 1985.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 1, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 2, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 3, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Otu, Noel: “The Police Service And Liability Insurance: Responsible Policing”, **International Journal of Police Science & Management**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, s. 294-315 (*Responsible Policing*).
- Oytan, Muammer: “İdari Yargıda Hukukun Genel İlkeleri”, **Atatürk ve Hukuk**, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 3, 1981, s. 193-263.
- Ozansoy, Cüneyt: “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Birinci Kitap, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s. 371-375.
- Ozansoy, Cüneyt: “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989 (*Tarihsel ve Kuramsal*).
- Ozansoy, Cüneyt: “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: Birinci Kitap İdari Yargı (1-4 Mayıs 1990)**, Ankara, 1991, s. 72-87.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.
- Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Özcan, Zeynep: “Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Cilt: 63, Sayı: 3, 2014, s. 551-567.
- Özdemir, Necdet: **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963 (*Hizmet Kusuru Teorisi*).

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.

Özgüldür, Serdar: “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017 (*Tam Yargı Davaları*).

Özgüldür, Serdar: **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 1996 (*Askeri Yüksek İdare*).

Öztürk, Kaya Burak: **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2015 (*Zorunlu İdari İtiraz*).

Özyörük, Mukbil: **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, AÜHFY, 1972-1973.

Palas, Ezgi: “İdarenin Kolluk Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu ve Gelişimi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014.

Pierce, Richard: “Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources”, **Administrative Law Review**, Cilt: 49, Sayı: 1, 1997, s. 61-94.

Pierce, Richard: **Administrative Law**, 1. Baskı, New York, Foundation Press, 2008.

Polat, Oğuz: **Tıbbi Uygulama Hataları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Poulet, Nadine - Lecler, Gibot: **Droit Administratif: Sources, Moyens, Contrôles**, 3. Baskı, Paris, Bréal Yayınları, 2007.

Reyhani Yüksel, Sera - Editör: Hakan Tokbaş: **Vekaletsiz İş görme Kısa Şerhi**, 1. Baskı, Ankara, Aristo Yayınevi, 2018.

Saatcioğlu, Onur Can: “Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya’daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı: 1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 190-208.

- Sallan Gül, Songül: **Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa**, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayıncılık, 2006.
- Saraç, Senem: **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Sarıca, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakteri”, **İÜHFM**, Cilt: 15, Sayı: 4, 1949.
- Sarıca, Ragıp: **İdari Kaza**, Cilt: 1, 1. Baskı, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949.
- Sarılı, Mustafa Ali: **Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk**, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004.
- Savaş, Halide: **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.
- Saymen, Ferit Hakkı: **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940.
- Selçuk, Mehmet: “Çekinik Tıp”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015.
- Sennett, Richard: **Karakter Aşınması**, Çev. Barış Yıldırım, 5. Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2011.
- Sever, Dilşad Çiğdem: “Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Editörler: Özge Yücel, Gürkan Sert, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 265-279.
- Sever, Dilşad Çiğdem: “İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanışı”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, 589-606.

- Sever, Dilşad Çiğdem: “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Silahtaroğlu, Elvin Batmaz: “Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, **EÜHFD**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2013, s. 127-148.
- Sunay, Zuhale Aysun: **İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016 (*Gerekçeli Karar Hakkı*).
- Sylvie, B.: "Conseil d'État, 10 avril 1992-la responsabilité de l'Etat pour faute lourde en milieu hospitalier", 2.3.2009, (Çevrimiçi), <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/commentaire-d-arret/conseil-etat-10-avril-1992-responsabilite-etat-faute-lourde-milieu-451734.html>, 20.02.2019.
- Şahbaz, İbrahim: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **TBB**, Sayı: 54, 2004, 213, s. 177-216.
- Şaşı, Murat: **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Şeker, Hilmi: **Esbab-ı Mucibeden Retoriğe Hukukta Gerekçe**, 1. Baskı, İstanbul, Beta yayınları, 2010.
- Şenol, Cem: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Şirin, Tolga: “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **AHD**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2013, s. 359-399.
- T.C. Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı, “İnceleme ve Soruşturma Rehberi”, Ankara, 2011, (Çevrimiçi), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/3880,incelemepdf.pdf?0>, 12.12.2017.

Tahiroğlu, Bülent: "Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi", **MÜHFD**, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s. 157-170.

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan: **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Tandoğan, Haluk: "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, Ankara, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, 1978, s. 7-52.

Tandoğan, Haluk: **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981 (*Kusura Dayanmayan*).

Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, 1. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957.

Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (*Mes'uliyet*).

Tanilli, Server: **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 1993.

Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi - Akman, Galip Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancaktar, Oğuz - Önok, Rifat Murat: **İnsan hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Tiftik, Mustafa: **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Turan, Hüseyin: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Türk Dil Kurumu: **Türkçe Sözlük**, 11. Baskı, Ankara, 2011.
- Türk Hukuk Kurumu: **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Türker, Güray: **Tıbbi Kötü Uygulamalara İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Uler, Yıldırım: **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Uluğ, İlknur: “Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler”, **Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu**, 1. Baskı, İstanbul, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 308-349.
- Ulusan, İlhan: **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (*Fedakârlığın Denkleştirilmesi*).
- Ulusoy, Ali Dursun: “Tartışmalar Bölümü”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Birinci Kitap, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s. 375-376.
- Uyanık, Halit: “İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu”, **İÜHFM**, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 1149-1162.
- Uyanık, Halit: **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **AÜHFD**, Cilt: 35, Sayı: 1-4, 1978, s. 397-437 (*Manevi Tazminat*).

- Yasin, Melikşah: “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 244-255.
- Yaşar, Hasan Nuri: “İdarenin Sorumluluğuna ilişkin Düşünceler”, **İÜHFM**, Cilt: 66, Sayı: 1, 2008, s. 201-219 (*Düşünceler*).
- Yaşar, Hasan Nuri: **İdare Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, DER Yayınları, 2016.
- Yaşar, Hasan Nuri: **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Yayla, Ahmet: **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Yayla, Yıldızhan: “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 45-60 (*Mücbir Sebep*).
- Yayla, Yıldızhan: “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)” **HAD**, Ocak-Nisan 1986.
- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Yazıcıoğlu, Emine - Şeker Öğüz, Zehra: **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2019.
- Yemenici, Kürşat: “Danıştay Kararları Işığında İdarenin Güvenlik Kamu Hizmetinden Doğan Mali Sorumluluğu”, **SÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2016, s. 11-46.
- Yerebasmaz, Yasin: “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013 (*Hizmet Kusuru Kişisel Kusur*).

Yıldırım, Akif: “Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Hatadan Kaynaklı Uyuşmazlıklara Bakışı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 92, 2014, s. 119-122.

Yıldırım, Ramazan: “İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukukundaki Sorumluluğu”, Editörler: Hakan Hakeri, Henning Rosenau, **VIII Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 193-215.

Yıldırım, Turan - Yasin, Melikşah - Akman, Nur - Özdemir, H. Eyüp - Üstün, Gül - Tekinsoy, Özge Okay: **İdare Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yıldırım, Turan: “Sağlıkta İdarenin Sorumluluğu”, Sunay Akyıldız, Ahmet Nezih Kök, Turan Yıldırım, **Tıp Hukuku Atölyesi**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 159-198.

Yılmaz Özel, Nurcan: **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Yılmaz, Ejder: **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

Yılmaz, Kerem - Polat, Oğuz - Kocamaz, Begüm: “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 16, 2014.

Yılmaz, Safiye: “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011.

Yılmaz, Süleyman: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD**, Cilt: 59, Sayı: 3, 2010, s. 551–578.

Yumuk, Hamit: “İdari Yargıda Tazminat Davası”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005.

Yüce, Turhan Tufan: **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, 1. Baskı, Ankara Turhan Kitabevi, 1985.

Yücel, Özge: **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014.

Zabunoğlu, Yahya Kazım: **İdare Hukuku**, Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

<http://www.kazanci.com>

<https://legalbank.net>

<https://www.lexpera.com.tr>

<http://aihm.anadolu.edu.tr>

<https://hudoc.echr.coe.int>

<http://www.hukukturk.com>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://www.kararara.com>

<https://www.anayasa.gov.tr>

<http://www.conseil-etat.fr>

<https://www.doc-du-juriste.com>

<https://www.echr.coe.int>

<https://www.americanthinker.com>

<https://biblio.ugent.be>

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>

<https://www.danistay.gov.tr>

