

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLANAN
SORUMLULUK

Yüksek Lisans Tezi

Cengiz ERGÜN

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLANAN
SORUMLULUK

Yüksek Lisans Tezi

Cengiz ERGÜN

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Ayhan TEKİNSOY

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLANAN
SORUMLULUK**

Yüksek Lisans Tezi

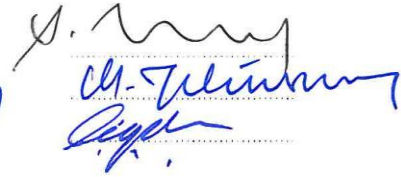
Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ayhan TEKINSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Doç. Dr. Ali Uluşay
Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy
Yrd. Doç. Dr. D. Gökten Sever



Tez Sınavı Tarihi : 18/05/2016

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (18.10.2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Cengiz ERGÜN

İmzası



İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN HİZMET KUSURUNA DAYANAN SORUMLULUĞUNUN ESASLARI

I. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI.....	4
A. ZARAR	4
B. ZARARIN DOĞMUŞ OLMASI.....	6
1. Doğrudan – Dolaylı Zarar Ayrımı	7
2. Gerçek – Olası Zarar Ayrımı	15
C. ZARAR DOĞURUCU FAALİYETİN İDAREDEN KAYNAKLANMASI (İLLİYET BAĞI).....	22
D. KUSUR	28
II. HİZMET KUSURU	31
A. TANIM	31
B. HİZMET KUSURUNUN NİTELİKLERİ	35
1. Hizmet Kusurunun Asli Olma Niteliği	35
2. Hizmet Kusurunun Bağımsız Olma Niteliği.....	36
3. Hizmet Kusurunun Anonim Olma Niteliği.....	39
4. Hizmet Kusurunun Genel Olma Niteliği	42
5. Hizmet Kusurunun Esnek Olma Niteliği	42
C. HİZMET KUSURUNUN ORTAYA ÇIKTIĞI HALLER.....	43
1. Hizmetin Kötü İşlemesi	46
2. Hizmetin Geç İşlemesi.....	53
3. Hizmetin Hiç İşlememesi.....	55
III. İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA KALDIRAN HALLER	61
A. MÜCBİR SEBEP	61
1. Öngörülemeslik	63
2. Önlenemezlik.....	64
3. Dışsallık	65
B. BEKLENMEYEN HAL – BEKLENMEYEN OLAYLAR.....	74
C. ZARAR GÖRENİN KENDİ KUSURU.....	82
D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU	96

İKİNCİ BÖLÜM

HİZMET KUSURUNUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

I. HUKUKA AYKIRI İŞLEM - HİZMET KUSURU.....	99
A. ESAS BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIK NEDENİYLE HİZMET KUSURU	100

B. ŞEKİL BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIK NEDENİYLE HİZMET KUSURU	106
C. İDARENİN HUKUKA AYKIRI İŞLEMLERİ SÖZ KONUSU OLDUĞUNDA HİZMET KUSURU İLE İLGİLİ ORTAYA ÇIKAN DİĞER DURUMLAR.....	115
II. KUSURUN DERECELENDİRİLMESİ - BASİT VE AĞIR KUSUR.....	118
A. KUSURUN DERECELENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KRİTERLER	126
1. Zaman Şartları.....	126
2. Mekân Şartları.....	126
3. İdarenin, Üstlendiği Kamu Hizmetini Yürütmek için Yeterli Araçlara Sahip Olup Olmadığı ve Zararın Olasılık Derecesi	127
4. Zarara Uğrayanın Kamu Hizmeti Karşısındaki Durumu	128
5. Zarar Doğuran Hizmetin Mahiyeti ve Sosyal Önemi	128
6. Hizmete İlişkin Yazılı Hukuk Kuralları.....	129
7. Zarara Uğrayan Kişi Bakımından Doğan Sonuçların Önemi	130
B. FRANSA'DAKİ YARGI İÇTİHATLARINDA AĞIR KUSUR VE BASİT KUSUR AYRIMI	132
C. TÜRKİYE'DEKİ YARGI İÇTİHATLARINDA AĞIR KUSUR VE BASİT KUSUR AYRIMI	136
1. Sağlık Hizmetleri	136
2. Kolluk Hizmetleri	139
3. Cezaevi Hizmetleri	144
4. Hukuka Aykırı İşlemler	145
5. Yargı Kararlarını Uygulamama	147
III. KAMU GÖREVLİSİNİN KİŞİSEL KUSURU HİZMET KUSURUNU ORTADAN KALDIRIR MI?	150
A. DOKTRİNDE KİŞİSEL KUSUR - HİZMET KUSURU AYRIMI.....	161
B. YARGI KARARLARINDA KİŞİSEL KUSUR - HİZMET KUSURU AYRIMI.....	167
1. Saf Kişisel Kusur	175
2. Suç Niteliğindeki Kusurlar	175
3. Yargı Kararlarına Uymama	180
4. Kamu Görevlisinin Kin, Garaz, Husumet ve Benzeri Duyguların Etkisi Altında Zarar Vermesi.....	190
SONUÇ	195
KAYNAKÇA	201
ÖZET	208

GİRİŞ

Kamu hukuku çerçevesinde “sorumluluğun kaynağı” ve “hukuk süjesinin hangi bakımlardan sorumlu olduğu” konuları özel hukukla karşılaştırıldığında görece daha yeni ve tartışmalıdır. İdarenin sorumluluğunun sadece kusurdan kaynaklanmadığı, aynı zamanda kusursuz sorumluluğa da dayandığı, uzun zamandır kabul edilmektedir. Anayasanın 125. maddesinde ifade edilen, idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödeme yükümlülüğü açısından, kusur veya kusursuz sorumluluk arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Hazırlanan bu tezde, hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk konu edildiğinden, idarenin kusursuz sorumluluğu, tez kapsamı içinde tutulmamış, bazen bir karşılaştırma veya tartışma nesnesi olarak ilgili konular bağlamında değerlendirilmiştir.

İdarenin hukuka aykırı davranışlarıyla ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan sorumluluğu açısından, öncelikle zarar olgusunun varlığı ve bu zararın uygun illiyet bağı ile idareye bağlanabilirliği üzerinden “hizmet kusuru” kavramına ilişkin, kapsamlı içtihat ve doktrin taraması yaparak bir bağlam ortaya koymaya çalıştık. Buradan hareketle, genel anlamıyla zarar olgusunun varlığının ve idare açısından kurulan illiyet bağının, tazmini istenen zararlardan dolayı açılacak davalar için yeterli ve genel koşul olduğunun altını çizdik. Ortada bir zarar yokken idare, tazminat ödemeyeceği gibi, zararın idareye izafe edilemediği durumlarda da sorumluluktan kurtulmaktadır. Bizim asıl ilgilendiğimiz konu, hizmet kusurundan dolayı sorumluluğun idareye isnat edilebildiği durumlardır. Bu durumlarda, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişinde bir bozukluk-aksaklık olduğu ve genel olarak kusurun, hizmetin hiç işlemediği, geç veya kötü işlediği zaman ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu tezde incelenen olan husus, hizmet kusurunun esasına ilişkin kurallar ile doktrin ve içtihat birikiminin sorumluluk açısından bize neler söylediğidir. Dolayısıyla hemen belirtelim ki, usul hükümlerine değinilmeyecektir.

Kural olarak, yürürlükteki yasalar başta olmak üzere, mevzuata aykırı işlem tesis eden idare, hizmet kusuru işlemiş sayılmaktadır. Ancak içtihatlarla bakılırsa her

hukuka aykırı işlemin hizmet kusuru olarak görülmediği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle sorumluluğun araştırılması, kaçınılmaz olarak sorumsuzluk hallerini de bu sürece katmaktadır. Böylece tezin içeriği her iki durumu kapsayan bir incelenmeyle genişletilecektir. İdarenin hukuka aykırı ve fakat zarar doğurmadığı, doğurmayacağı veya doğurmaya yetmediği kabul edildiği için hizmet kusuru sayılmayan davranışları, doğrudan ve dolaylı, gerçek ve olası zarar, esas ve şekil bakımından hukuka aykırılıklar, ağır ve basit kusur kavramları çerçevesinde tartışılacak; bu davranışları ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığı sorunu üzerinden de sorumluluğunun azaldığı veya tümüyle ortadan kalktığı durumlar araştırılacaktır.

İdare, bir tüzel kişilik olduğundan ve nihayetinde üstlendiği hizmetleri birer gerçek kişi olan kamu görevlileri eliyle gerçekleştirdiğinden, bu çalışma aynı zamanda, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararların söz konusu olduğu durumlarda, sorumluluğun yönünün nasıl tespit edildiğinin araştırılmasını da içermektedir. Tezde, hangisinin diğerini içerdiği veya dışladığı tartışmasını yürütmeden ve bu yönde bir tercih gözetmeksizin, kullanılan yargı kararları ve literatür doğrultusunda, kimi yerlerde kamu görevlisi, kimi yerlerde ise memur, ajan, personel gibi ifadeler birbirlerinin yerine kullanılmıştır.

Bilindiği gibi idare hukuku, büyük ölçüde içtihadi bir hukuktur ve bu yönü özellikle hizmet kusuru olgusu üzerinde kendisini oldukça baskın bir şekilde göstermektedir. Anayasada idarenin sorumluluğunun genelliği ilkesi belirtilirken, sorumluluğun dayanağına ve koşullarına değinilmemiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu da -adı üzerinde- tam yargı davalarının yalnızca usul ile ilgili kurallarını düzenlemiş, fakat özüne ilişkin bir zemin oluşturmamıştır. Böylece sorumluluğun dayanağı konusunda, ilgili kanunların gerekçelerinde bulunabilecek açıklamalar ve doktrin bilgisinin yanı sıra, asıl önemi yargı kararları arz etmektedir. Çünkü idarenin sorumluluğu ve bu sorumluluğun dayanak noktalarını saptama yetkisi, son kertede idari yargı yerlerinin takdirindedir. Nitekim içtihatlarla zenginleşen bu alanda idari yargı yerleri, hukuk düzenine ait normlar ve ilkelerle birlikte, hukuk dışı pek çok bilim dalından da faydalanarak bu süreci tamamlamaktadır. Yargı kararlarına bakmak, idarenin sorumluluğunun dayanaklarını görmemizin yanı sıra, düzgün ve hukuka uygun bir idarenin sınırlarını da kapsamlı bir biçimde bize gösterecektir. Bu

nedenle, hazırladığımız çalışmada kuracağımız kavramsal-teorik zeminde, Anayasa Mahkemesi ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin birkaç kararı hariç, Danıştay içtihatlarını rehber edineceğiz. Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararların tazmini için, zarar gören kişilerin çoğunlukla adli yargı yerlerine müracaat etmesi karşısında, Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarını incelemek bizim için zorunluluk arz ettiğinden, sadece bu konuyla sınırlı kalmak üzere Yargıtay kararlarından da faydalanacağız. Türkiye'de idare hukuku ve idari yargı açısından, Fransız doktriniyle neredeyse bütünleşmiş olan Conseil d'État ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları önemli bir kaynak oluşturmaktadır. Dolayısıyla, karşılaştırmalı bir yöntem izlemediğimiz altını çizmekle birlikte, bizim de yeri geldikçe aynı kaynaktan besleneceğimizi belirtmek isteriz.

Hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk, idare hukuku ilkeleriyle bağlıdır ve borçlar hukukundaki haksız fiile ilişkin kurallardan bağıştıktır. Nitekim hizmet kusuru, haksız fiil kavramının karşılığı olarak gösterilse de, özel hukuktaki sorumluluktan esinlenilmiş olması, kavramın idare hukukuna aynen aktarıldığı anlamına gelmemektedir. Çünkü idare hukukunda, alanın kendine has özellikleri göz önüne alınarak, ayrı bir sorumluluk modeli yaratılmıştır. Bu durumda, idarenin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğundan ayrılmakta, idare hukuku kuralları ve ilkeleri etrafında düzenlenmektedir. Diğer taraftan, idarenin her türlü faaliyeti hukuksal bir zemin üzerinde kurulmakla beraber, her zaman bu zemin idare hukuku ile kavranmamaktadır. İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu, özel hukuk hükümleri ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin esaslara tabi olmakla birlikte bu tezde, idarenin idare hukukuna tabi sorumluluğu konu edinildiğinden, bu faaliyetler tezin kapsamı dışında kalacaktır. Aynı zamanda, idarenin sözleşme dışı sorumluluğu inceleneceği için, idarenin sözleşmeleri için de aynı şeyi söyleyebiliriz.

Son olarak belirtmek istiyoruz ki, idarenin eylem ve işlemlerinden söz edilirken, özellikle işlem veya eylem kastedileceği zaman, doğrudan bu terimler kullanılmakla beraber, genel olarak idarenin iradesini ortaya koyuş biçiminin eylem, işlem veya bazı durumlarda hareketsiz kalması halleri için, daha kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz “idarenin davranışı” kavramı kullanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN HİZMET KUSURUNA DAYANAN SORUMLULUĞUNUN ESASLARI

I. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A. ZARAR

Türk hukuk düzeninde, Anayasanın 125. maddesine göre “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” ve “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” İYUK’un 2. maddesi, “idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar”dan, 27. maddesinde de “telafisi güç veya imkânsız zararlar”dan bahsetmektedir. Borçlar Kanunu da 49. madde¹ ve ilgili diğer maddelerinde, zarardan söz etmekte fakat bu kavramın genel bir tanımını vermemektedir. Dolayısıyla diyebiliriz ki, zararın tanımı doktrin ve yargıya bırakılmıştır.

Zarar, bir kişinin isteği dışında, maddi varlığı (patrimuan) ya da manevi varlığında meydana gelen bir eksilme olarak tanımlanmaktadır.² Maddi varlığından, bir kişinin ekonomik değeri olan ya da olabilecek mallarının tümü anlaşılır. Maddi zarar söz konusu olduğunda da, malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir çoğalma gerçekleşmiş demektir. Manevi varlığı ile ise, kişinin psişik durumu

¹ Borçlar Kanunu, 49. madde: “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*”

² Doktrinde zarar, “dar anlamda” ve “geniş anlamda” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda zarar, yalnızca maddi zararı kapsamaktayken; geniş anlamda zarar, manevi zararı da kapsamaktadır. (TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No:159, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 63; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 14. B, Ankara, Yetkin Basımevi, 2012, s. 521.) Biz de “maddi” ve “manevi” zarar ayırımına katılıyoruz. Ancak, özellikle birini kastedeceğimiz zaman “zarar” kelimesinin başında bu sıfatlardan birini kullanmakla birlikte, “zarar” kavramını tek başına kullandığımızda, geniş anlamda zararı kastetmekteyiz.

(huzuru) ifade edilmek istenir. Manevi zarar söz konusu olduğunda, bir kişinin kişilik hakkına yapılan, haksız bir müdahale dolayısıyla duyduğu, cismani ve manevi acı ve ıstırap, hayat zevklerinde bir azalma ortaya çıkar.³ Diğer taraftan, kişinin maddi ve manevi varlığında meydana gelen eksilme, çoğu zaman⁴ kişinin zarara uğramadan önceki ve zarara uğradıktan sonraki durumu arasındaki fark ile belirginleşir. Ortaya çıkan bu fark, aynı zamanda zarara uğrayan kişinin iradesi dışında olmalıdır, aksi halde zarardan söz edilemez.⁵ Borçlar Kanunu'nun, 50. maddesinde “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler” kuralı yer almaktadır. İdare hukukunda ise, tazmin isteminde bulunabilmek için zarar doğmuş olmalıdır, ancak oluşan zararın iddia sahibi tarafından kanıtlanması da gereklidir.⁶ Her ne kadar zarar görenler, zarara idarenin tutum ve

³ TANDOĞAN, a.g.e, s. 63.

⁴ “Çoğu zaman” demeyi uygun bulduk, çünkü her zaman malvarlığındaki bir eksilme, zarar doğuran olaydan önceki durum ile sonraki durum arasında bir değişiklik olmasını gerektirmez. “Kar mahrumiyeti” ya da “yoksun kalınan aylık ve özlük hakları” durumlarını buna örnek gösterebiliriz. Böyle durumlarda, zarar verici olayın öncesi ve sonrası arasındaki farka bakıldığında malvarlığında bir eksilme görülmez ancak, zarar doğurucu olay meydana gelmemiş olsaydı, malvarlığında bir çoğalma meydana geleceği açıktır. Bkz. Danıştay 12. Daire, T. 29.2.1996, E. 1995/7261, K. 1996/585; Danıştay 5. Daire, T. 16.2.1994, E. 1993/161, K. 1994/1024. (<http://www.kazanci.com.tr> Bundan sonraki Danıştay kararları için aksi belirtilmedikçe Kazancı Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankasından faydalanılacaktır.)

⁵ Bkz. DESCHENAUX, Henri, TERCİER, Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 19-20; EREN, a.g.e, s.525; OĞUZMAN, ÖZ, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 8. B., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 514.

⁶ Bkz. Danıştay 3. Dairenin 2002 tarihli kararı: “213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu kurala bağlanmıştır. İnceleme raporu ve eki tutanaktaki tespitler karşısında ispat külfeti kendisine düşmesine karşın davacı envanter farkı bulunmadığını kabule elverişli hiçbir kanıt sunmadığı gibi... soyut iddianın da kabulü mümkün değildir.”(Danıştay 3. Daire, T. 08.05.2002, E. 2001/961, K. 2002/1907)

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

davranışlarının neden olduğunu ispatlamak zorunda olsalar da, bu durum özel hukuktaki kadar zor değildir. Çoğu kez davacının, mahkemeye kanıt başlangıcı sayılabilecek ipuçlarını vermesi yeterlidir.⁷ Bu konuya şunu da ilave etmek gerekir ki, zararın varlığı ile kusurun varlığını birbirine karıştırmamak gerekir. DUGUIT'in işaret ettiği üzere, “bir kamu hizmetinin işletilmesi dolayısıyla zarara uğradığını iddia eden ferdin bir hizmet kusuru işlenmiş olduğunu ispatlamaya mecburiyeti yoktur; zararın vukuunu ispatlaması kâfidir.” Çünkü bir kamu hizmeti görülürken bir kimseye zarar verilirse, idarenin kusurlu olduğunu ispat etmek mağdura düşmez, mağdurun ihtiyatsızlık ve ihmalinin ispat etmek idareye düşer.⁸ İspat yükümlülüğü bu anlamda, zarar gören açısından sadece zararın ispatına yöneliktir, kusurun varlığını ise mahkeme araştıracaktır.

B. ZARARIN DOĞMUŞ OLMASI

Uyuşmazlık konusu davalarda mahkemeler, öncelikli olarak “zarar” hususunu incelemektedir. Çünkü genel olarak “zarar, bütün hukuki sorumlulukların temel koşuludur”⁹, diğer bir deyişle, “zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk yoktur”¹⁰. Bu nedenle, idarenin herhangi bir zarara neden olmayan işlem ve eylemlerinden dolayı da sorumluluğundan söz edilemez.¹¹ Ancak unutulmamalıdır ki, idarenin

ve su taşkın riskinin bulunduğu alanda davacı tarafın nasıl bir zarara uğradığını ispat etme yükümlülüğünde olduğu, bu yükümlülüğünün yerine getirilemediği, taşınmazın kullanılmamasından kaynaklanan bir zarardan bahsedilemeyeceği...” (Danıştay 6. Daire, T. 19.06.2015, E. 2014/7813, K. 2015/4418)

⁷ DURAN, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri**, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları No: 138, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 76.

⁸ DUGUIT, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, çev. Süheyp DERBİL, Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1954, s. 164-165.

⁹ DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 15.

¹⁰ EREN, a.g.e, s. 520.

¹¹ Burada bahsedilen, zarara neden olmayan işlem ve eylemler deyimini GÖZÜBÜYÜK, TAN'ın ifadesiyle “insanı yanılıya götürebilir.” Çünkü idarenin eylem ve işlemleri her zaman bir etkinlik biçiminde kendini göstermez, hareketsiz kalma biçiminde de kendini gösterebilir. Bu nedenle hepsini kapsayacağı düşünülerek “tutum ve davranış” deyiminin kullanılması tavsiye edilmiştir. (GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C. I, 10.B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.

sorumluluğu, cezai bir sorumluluk değil, tazmine yönelik bir sorumluluktur. Tazmin borcu deyimi ile de hukuki sorumluluğu saptanan hukuk süjesine yargı organınca yüklenen ödev anlatılmak istenir, yani tazminat, bir yaptırım gücüdür.¹²”Zira sorumluluk hukukunun başlıca amacı da cezalandırmak değil, gerçekleşen zararı karşılamaktır.”¹³

1. Doğrudan – Dolaylı Zarar Ayrımı

Tazmin yükümlülüğünün doğması için sadece zararın varlığı yeterli olmayıp, zararın “doğrudan” olması gerektiği kabul edilir.¹⁴ “Doğrudan zarar”, hizmet kusurundan kaynaklanan “zararın, ilk ve en yakın neticesi olan zarardır”.¹⁵ Yani, “hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin, bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zarardır.”¹⁶ Ancak, sadece “doğrudan zarar”ın tazmin edildiği ilkesi, çok geçerli bir ilke değildir. Çünkü “doğrudan zarar” varsa, mantıksal olarak “dolaylı zarar” da vardır ve yukarıdaki ilke gereği, bu tip zararların tazmin edilemiyor olması gerekir. Uygulamada ise durum farklıdır, bu farklılık terim sorunundan kaynaklanmaktadır. Çünkü doktrinde ve mahkeme kararlarında “dolaylı zarar” kavramına verilen anlam, çeşitlilik göstermekte ve farklı terimlerle ifade edilmektedir. “Dolaylı zarar” denildiğinde “takip eden zarar” ve “yansıma zarar” olmak üzere iki şey anlaşılmalıdır ve her durum için çeşitli yaklaşımlar söz

767.) Bizim de eylem, işlem ve fiil gibi kavramları kullanırken, her zaman “hareketsiz kalma” halini de zarar doğurucu bir faaliyet olarak hesaba kattığımızı belirtmek isteriz.

¹² ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973, s. 441.

¹³ EREN, a.g.e, s. 520.

¹⁴ ATAY, E. Ethem, ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2.B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.181.; CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.169; Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 24.4.2008, E. 2007/3363, K. 2008/2704: “İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür.”

¹⁵ TANDOĞAN, a.g.e, s. 70.

¹⁶ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 516-517.

konusudur. Özel hukukta, “dolaylı zarar”ın, “haksız fiilden sorumlu kişilerden tazmin edilmesi gerekip gerekmediği duraksamalara yol açmaktadır.”¹⁷ İdare hukukunda da “dolaylı zarar”ın, idarenin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı hususu, duraksamalara yol açmakta ve konuyu muğlaklaştırmaktadır. Bunu aşmak için sorumluluk hukuku, genel olarak taleplerin ölçülemeyecek derecede büyümesine izin verilmemesi eğilimindedir. Bu bağlamda, muğlaklığı gidermek için, içtihadı yerleşmiş düşünce, sadece zararlı fiilin “doğrudan sonucu olan zarar”ı uğrayan kişilerin, zararın tazmini talebinde bulunabileceği yönündedir.¹⁸

“Dolaylı zarar”, iki farklı anlam ifade etmektedir. İlk olarak, zarara sebebiyet veren olaya bağlı olarak gelişen bir başka ilave sebep neticesinde¹⁹, kişinin maddi ve manevi varlığı üzerinde meydana gelen eksilme anlamına gelir. Örneğin polis memurunun müdahalesi sonucu kolu kırılan bir kişinin, tedavi için gittiği hastanede grip virüsüne yakalanması, dolaylı zarardır. Bu anlamıyla “dolaylı zarar”ı, “sonradan meydana gelen zarar”²⁰ “takip eden”²¹, “eşlik eden”, “sonraki zarar”²² da denmektedir. Bu tip durumlarda, zarar “tek bir kişi” üzerinde doğmuştur ve birbirini takip eden “en az iki” farklı olay vardır.

Dolaylı zararın ikinci anlamı, “yansıma” kavramı ile ifade edilir ve “yansıma” ile de, “doğrudan zarar” neticesinde, üçüncü kişilere yansıyan ve onların uğradıkları zarar anlatılmak istenir.²³ “Yansıma zarar”ın “takip eden zarar”dan ayrıldığı nokta tam burasıdır. Yani, nedensellik zinciri boyunca zarar, yalnızca “doğrudan” zarar göreni değil, başkalarını da kapsamaktadır. Bu yönüyle “yansıyan zarar” ile “takip

¹⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 16. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 294.

¹⁸ ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 4, Ankara, 2001, s. 81-106, s. 84.

¹⁹ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 517.

²⁰ DESCHENAUX, TERCIER, a.g.e, s. 22.

²¹ Biz de, ifade kolaylığı sağlama açısından, “dolaylı zarar”ın buradaki anlamını ayırt etmek için “takip eden zarar” ifadesini kullanacağız.

²² EREN, a.g.e, s. 529.

²³ DESCHENAUX, TERCIER, a.g.e, s. 22; EREN, a.g.e, s. 530.

eden zarar” arasındaki fark “illiyet bağının sağlamlığında değil de birden çok kişi üzerinde yansımada bulunmaktadır.”²⁴

“Yansıyan zarar”, doğrudan zarara uğrayan kişi ile tamamen rastlantısal olarak bağ kurulan üçüncü kişiler üzerinde etki doğurabileceği gibi, zararın doğrudan doğruya etki doğurduğu kişinin, bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının uğradığı maddi ve manevi zararları da kapsamaktadır. İlk duruma örnek olarak Conseil d’État’nın 1969 tarihli, “*Société des établissements Lassailly ve Bichebois*”²⁵ kararını örnek verebiliriz. Karara konu olayda, Lassailly ve Bichebois şirketi, belediyeye yaptıkları anlaşma uyarınca asfaltlama çalışmaları yapmaktadır. Bu şirket, yayaların geçişleri için 3 metre genişliğinden bir şeridin asfaltlanmamış durumda bırakılması yönündeki belediyenin isteğini dinlemeden, yolun tamamını asfaltlayarak, asfaltın üzerine sadece kum dökmekle yetinmiştir. Ayrıca, yayaların bu yola girmelerini engelleyecek herhangi bir işaretleme de yapmamıştır. Bu yüzden, yol üzerindeki sinema salonuna giden vatandaşların ayakkabılarının altına taze asfalt-kum karışımı bulaşmış ve sinema salonunun halı ve döşemeleri kirlenmiştir. Mahkeme, maruz kaldıkları zararın tazminini isteyen sinema sahiplerinin talebini kabul etmiştir.

Conseil d’État’nın 1966 tarihli “*Sieur Marais*” kararında, kanun sözcüsü²⁶ GALMOT, “doğrudan zarar”ı “normal sonuçlar kuramı” ile açıklar. Bu kurama göre “yalnızca olayın meydana geldiği anda normal olarak ona neden olan olay, zararın sebebi olarak kabul edilmelidir.”²⁷ “*Société des établissements Lassailly ve Bichebois*” kararında ise kanunsözcüsü GUILLAUME, GALMOT’un değerlendirmesine katılmakla beraber, bu değerlendirmenin objektif olarak yapılması

²⁴ ÖZEL, a.g.e, s. 83.

²⁵ CE, 07.03.1969, “*Société des établissements Lassailly ve Bichebois*”, R.D.H., 1969, s. 957. (GUILLAUME’nun düşüncesiyle birlikte), (Nakleden: DELCROS, Xavier, DELCROS, Bertrand, “Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi”, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, çev. Turgut CANDAN, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 39, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984, s. 62-63.)

²⁶ “Commissaire du gouvernement”, hükümet komiseri ya da bizde kullanılan biçimiyle kanunsözcüsü veya Danıştay savcısı.

²⁷ CE, 14.10.1966, “*Sieur Marais*”, Dalloz, 1966, s. 636. (GALMOT’nun düşüncesiyle birlikte), (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 63.)

gerektiğini söyler. Ona göre, “insanların normal davranışlarına dayanan olaylar zinciri içerisinde zararın, yapılan faaliyetin doğal sonucu olarak görünmesi de gerekir.”²⁸ Bu değerlendirmenin aslında, “uygun illiyet bağı” teorisiyle birlikte düşünülmesi gerekir. İleride anlatılacağı üzere bu teoriye göre, zararı doğurmaya elverişli birden çok sebebin içinden, zararı doğurmaya en uygun ve elverişli olanın zararın doğrudan sebebi olduğu kabul edilmektedir.²⁹ Dolayısıyla, olaydaki asfaltlama çalışması, zararın “doğrudan sebebi” olarak görülerek, idarenin sorumluluğunun kaynağı olarak “dolaylı zarar” kavramı saf dışı edilmiştir.

Türkiye’de ise Danıştay, genellikle üçüncü kişilerin uğradığı zararlar söz konusu olduğunda, idarenin “doğrudan” ya da “dolaylı” olarak verdiği zararlardan dolayı sorumluluğuna ilişkin olarak, zarara yol açan hizmetten yararlananlar ile zarardan etkilenen üçüncü kişiler arasında bir ayırım yapmakta; zararı, illiyet bağı kurduğu bazı durumlarda hizmet kusuru ve bazı durumlarda kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmin etmektedir.³⁰ Burada vereceğimiz örnek bir olayda ise, hem zarar ile rastlantısal olarak karşılaşan, hem de bu kişinin yakınlarının uğradığı “yansıma zarar”ı göstermeye çalışacağız. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz, hizmetten yararlanan ile üçüncü kişilerin durumu ve idarenin kusurlu sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu arasındaki ayırımın açıklanması bakımından, dava konusu olay hakkında kendisine danışılan DURAN’ın görüşlerine yer vereceğiz. Dava konusu olay, Prof. Dr. Necip ÜÇÖK’un, 1953 yılında, İstanbul’daki Mercanpalas Oteli’nde, havagazı zehirlenmesi nedeniyle hayatını kaybetmesi sonucu yakınları tarafından açılan tam yargı davasına ilişkindir. İstanbul’da, Beyazıt Şahende Sokağının altından geçen İETT İşletmesine ait dökme demir borudan havagazı geçmektedir. Sokaktan geçen ağır yüklü aracın, zemine yaptığı baskı nedeniyle havagazı borusu patlamış, buradan sızan gazlar civardaki binalara, hatta içinde havagazı tesisatı bulunmayan Mercanpalas Oteli’nin odalarına kadar yayılmıştır. Çok sayıda otel müşterisinin zehirlendiği olayda, Necip ÜÇÖK hayatını kaybetmiştir.

²⁸ CE, 07.03.1969, “*Société des établissements Lassailly ve Bichebois*”, R.D.H., 1969, s. 957. (GUILLAUME’un düşüncesiyle birlikte), (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 62-63.)

²⁹ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, B. 2, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 1321.

³⁰ Detaylı açıklama için bkz. DURAN, a.g.e, s. 57-63.

Devlet Şurası, yaptığı inceleme sonucunda, İstanbul Belediyesi ve İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel (İETT) İdaresi'nin her ikisini birden, müştereken ve müteselsilen, ağır hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu bulmuş ve mirasçılara tazminat ödenmesine hükmetmiştir.³¹ Bu dava ile ilgili görüşlerine başvuru DURAN, öncelikle, havagazı işletmesinin bir kamu hizmeti olduğu, yol ve trafik hizmetlerinin de belediyelerin mecburi hizmetlerinden sayıldığı, havagazı şebekesinin kurulmasının ise tehlikeli bir kamu hizmeti arz ettiği gibi hususlardan bahisle, neden görevli yargı yerinin idari yargı ve sorumlu idarelerin İstanbul Belediyesi ile İETT İdaresi olduğunun gerekçelerini açıklamıştır.³² Sorumluluk hukukunun genel prensiplerine göre zarara doğrudan sebep olan kişi, faaliyetin sahibi ve eşyanın maliki bundan sorumludur. Bir faaliyetin, eşyanın zarara sebep olmasından daha önce gerçekleşen, başka bir fiil veya durum mevcutsa, bunlarla zarar arasında “doğrudan” bir sebebiyet ilişkisi olmadığından zarar gören kişi, ilk müsebbiplere karşı dava hakkına sahip değildir. Ancak, zarar ile onu doğuran olay arasında “doğrudan” bir “illiyet bağı”nın varlığı, zarara uğrayanın olay ile ilgili şahıs aleyhinde tazminat talep etmesini sağlar. Bununla birlikte, zarardan sorumlu kişi, zararın ilk müsebbiplerine rücu hakkına sahiptir.³³

DURAN'a göre, sokaktaki döşemenin bozuk olması ile aracın yaptığı baskı sonucu borunun patlayarak bir kişinin hava gazından zehirlenerek ölümü arasında “doğrudan bir illiyet bağı” yoktur. Çünkü bu iki olay arasına, hava gazı borusunun patlaması ve epey bir zaman girmiştir.³⁴ Diğer taraftan, araç sahibinin sokaktan

³¹ Devlet Şurası DDUH, T. 13.06.1956, E. 956/101, K. 956/99. (Nakleden: DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, Halk Basımevi, 1957, s. 280-287; ESİN, “Esas”, s. 111)

³² DURAN, a.g.e, s. 269-274.

³³ A.g.e, s. 274.

³⁴ Kanımızca DURAN, iki olay arasına uzunca bir zaman girmesini illiyet bağı ortadan kaldıran bir neden olarak görmemekte, ancak bu bağı doğrudan değil dolaylı bir bağ olarak ifade etmektedir. Bu konuda EVREN'in katıldığı düşünce şu yöndedir: “illiyet bağının yokluğu sonucunu doğurmaya yönelik, belirli bir sürenin geçmiş olması gibi kıstaslar koymak, mahkemeleri hatalı sonuçlara götürebilir. Zira ister olayın hemen ardından isterse uzun bir zamandan sonra meydana gelsin, ortada bir zarar mevcutsa ve bu zarar idarinin davranışından meydana gelmişse bu zararın idarece tazmini gerekir. Bu bakımdan uzun zaman geçmiş olması belki ilk anda zararın idari eylemin sonucu olmadığı gibi bir kanı yaratacak olsa da bu husus mutlaka incelenmelidir.” (EVREN, Ç. Can, “İdarenin

geçmesi, havagazı borusunun patlamasının tek sebebi de değildir. Kaldı ki İstanbul Belediyesi, sokak girişine herhangi bir uyarıcı işaret koymamıştır. Dolayısıyla, araç sürücüsüne sorumluluk yüklenemez. Otel sahibinin de sorumluluğu yoktur, çünkü hava gazı kullanmamaktadır ve bu nedenle önleyici tedbir alma yükümlülüğü yoktur.³⁵ Davacının isnat edeceği hukuki esasa gelince bu, idarenin “hasar” veya “risk” ilkesine ilişkin “kusursuz sorumluluğu” dur. Çünkü hava gazından yararlananlar, abonelik sözleşmesi çerçevesinde, idarenin “kusurlu sorumluluğu”na dayanarak dava açabilecekken, üçüncü kişiler bakımından “kamu külfetlerine eşitsiz katlanmak” söz konusu olduğu için “kusursuz sorumluluk” uyarınca hareket edilecektir.³⁶

Necip ÜÇÖK’un eşi ve çocukları ise ölüm olayı üzerine “yansıyan zarar” nedeniyle destekten yoksun kaldıkları için, maddi ve manevi kayba uğramışlardır. Borçlar Kanununun 49. maddesi, “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” der³⁷, 53. ve 54. maddeleri de “yansıma zararlar” olarak adlandırdığımız, ölüm halinde uğranılan zararlar ve bedensel zararları sıralar. 55. maddesi ise bize, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağını söylemektedir. “Destekten yoksun kalma tazminatı, ‘destek’ sıfatını taşıyan kişinin hukuka aykırı bir fiille ölümüne sebep olunması durumunda desteğin bakım ve yardımından yararlanan kişilere tanınmış özel bir tazminat türüdür. Böylece, hukuka aykırı fiil sonucunda yansıma zarara uğrayan kişilerin tazminat talebinde bulunamayacağına yönelik genel kurala kanun koyucu tarafından bir istisna getirilmiştir.”³⁸ 55.maddenin son fıkrasında da “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut*

Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 14, S. 1, 2010,s. 263-297, s. 269-270.)

³⁵ A.g.e, s. 275.

³⁶ İlgili kararın tam metni ve DURAN’ın detaylı görüşleri için bkz. DURAN, a.g.e, s. 267-287; ESİN, a.g.e, s. 111-113.

³⁷ İdarenin sorumluluğu her zaman “kusur” şartına bağlı değildir. İdarenin sorumluluğu aynı zamanda “kusursuz sorumluluk” ilkeleriyle de bağlıdır.

³⁸ KOCABAŞ, Gediz, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 3, İstanbul, 2014, s. 273-302, s. 274.

bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır” demektedir. Bu madde GÜNDAY’ın da belirttiği üzere, uygulamada önemli sorunlara yol açacak gibi görünmektedir³⁹. Anayasa Mahkemesi ise, 2015 tarihli kararında, Borçlar Kanununun 55.maddesinin iptali istemiyle, somut norm denetimi yoluyla önüne gelen davada, bu maddeye ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Maddenin gerekçesinde, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların Anayasa’da teminat altına alınan temel haklarla ilişkisi nedeniyle Kanun’da ayrı hükümler hâlinde düzenlendiği, kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı hükümler öngörüldüğü, bu çerçevede, vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kural, Kanun’un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanunu’na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu’nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez.”⁴⁰

³⁹ GÜNDAY, bu maddenin idarenin mali sorumluluğu açısından bir ikilik yaratacağı kanaatinde. Birtakım idari işlem ve eylemler için idare hukuku, birtakım diğer işlem ve eylemleri içinse Borçlar Kanunu’nun sorumluluk esaslarının uygulanabileceğinden bahseder. Bkz. GÜNDAY, **Metin, İdare Hukuku**, 10. B., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s.367, 301.dipnot.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 22.10.2014, E. 2014/94, K. 2014/160 (04.03.2015 tarihli Resmi Gazete).

Sonuç olarak diyebiliriz ki, ölüm nedeniyle yansıyan zararlar söz konusu olduğunda, ölen kişinin hayattayken, kendisinden yardım alan yakınlarının zararlarının, hem maddi hem de manevi olarak tazmin edilmesi gerektiğine kuşku yoktur.

Maddi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler genellikle, ölen kişinin annesi, babası, kardeşleri, eşi ve çocuklarıdır. Danıştay, ölen kişinin tazminat verilecek olan yakınlarını tespit ederken, (toplum tarafından kabul edilen) birlikte yaşamayı ve müşterek geçim kriterlerini, yani ölen kişinin birlikte yaşadığı aile fertlerine sağlığında sunduğu maddi ve manevi katkının varlığını aramaktadır. Dolayısıyla, örneğin, sadece resmi nikâhlı eş ve bu evlilikten olma çocuklara değil, dini nikâhlı eşe ve bu birliktelikten olma çocuklara da tazminat ödenmektedir. Danıştay bir kararında şöyle söylemiştir:

“Davacı ... ile ...'ın birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan, çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen ... tarafından sağlanan bu birliktelikte, ...'ın ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkişi incelemesi ile tesbit edilen maddi ve takdir edilen manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandıran mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.”⁴¹

Manevi tazminat söz konusu olduğunda ise maddi tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin yanında Danıştay, ölen kişinin nişanlısının⁴² ve ya üvey anne ve babasının⁴³ da tazminat talebini kabul etmektedir.

⁴¹ Danıştay İDDGK, T. 17.10.1997, E. 1995/79, K. 1997/479. Aynı yönde kararlar için bkz. AYİM 2. Daire, T. 26.12.2001, E. 2001/728, K. 2001/933. (Nakleden: YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2.B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010, s.352.); Danıştay 12. Daire, T. 21.10.1967, K. 1967/1664 (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 445.); Danıştay 12. Daire, T. 16.03.1968, K. 1968/567. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 445.)

⁴² Danıştay 10. Daire, T. 09.11.1999, E. 1997/4839, K. 1999/5475.

⁴³ Danıştay 10. Daire, T. 22.05.1985, E. 1982/3322, K. 1985/1065.

Özetle, “dolaylı zarar” kavramına, sorumlu kişiyi, eylemin bütün sonuçlarından sorumlu tutmanın ağır olacağı düşüncesiyle tazmini gereken zarar tutarının sınırlandırılması amacıyla başvurulmuştur. Bu bağlamda sorumlu kişinin sorumluluğunun eylemin bütün sonuçlarını kapsamayacağı belirtilmek istenmektedir⁴⁴. Ancak görüldüğü üzere, “dolaylı zarar” söz konusu olduğunda, her zaman tazmin borcu ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle, “dolaylı zarar”, “doğrudan zarar”dan kaynaklanan tazmin borcunun istisnası olarak anlam kazanır. Tazmin borcuna etki eden bu ayrımı ortadan kaldıran şey ise, eylem ve işlemle uygun illiyet bağının mevcudiyetidir. Dolayısıyla, “dolaylı zarar”ın da “doğrudan zarar” gibi giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵

2. Gerçek – Olası Zarar Ayrımı

İdarenin sorumluluğunu doğurmaya elverişli zarar, “tazmin edilebilir nitelikte zarar” olmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, “zararın kesin olarak ortaya çıkmış, miktar olarak belirgin, yani ‘gerçek zarar’⁴⁶ olması gerekir.”⁴⁷ Bu anlamıyla gerçek zarar,

⁴⁴ ÖZEL, a.g.e, s. 101-102; DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 26.

⁴⁵ TANDOĞAN, a.g.e, s. 70.

⁴⁶ Danıştay’ın gerçek zarar kriterinin varlığını araştırdığı örnek olayda davacı, yazdığı Pir Sultan Abdal adlı oyunun sergilenmesinin, idare tarafından yasaklanmış olması dolayısıyla ilgili işlemin iptali ve oyunun sergilenmemesi nedeniyle yoksun kalınan telif ücretinin tazmin edilmesini istemektedir. İdare mahkemesi, işlemin iptaline ve maddi tazminatın ödenmesine hükmetmiştir. Davalı idare tarafından mahkeme kararının temyizi talebiyle Danıştay’da görülen davada, idare mahkemesinin iptal kararının onanmasına ancak, maddi tazminata ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir. Danıştay, temyiz incelemesi sırasında iptal kararından sonra yeniden yapılan başvuru neticesinde oyunun bu defa sergilenmesine izin verildiği ve dolayısıyla davacının “kesin, oluşmuş ve gerçek” bir zararının oluşmadığını tespit etmiştir. Bundan dolayı, davacıya maddi tazminatın ödenmesi, sebepsiz zenginleşmeye neden olacağından, idare mahkemesi kararının maddi tazminata ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varmıştır. (Danıştay, 10. Daire, T. 12.06.2001, 2398/2230 Nakleden: ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s.367.)

Danıştay, bir başka kararında da: “...davalı idarenin yasaya aykırı bu davranışından doğan zararın tazmini gerekmemekte ise de, maddi tazminat isteminin kabul edilebilmesi için ortada uğranılan gerçek bir zararın bulunması zorunludur. Oysaki davacı mülkiyeti belediyeye ait olan işyerinin kapalı kaldığı sürenin öncesinde de faaliyette bulunmadığına, KDV beyannamelerini de faaliyette bulunmadığı

aynı zamanda “güncel zarar” dır, yani, halihazırda bilfiil gerçekleşmiş olan ve tartışmasız olarak kesinlik şartını taşıyan zarardır.⁴⁸ Dolayısıyla “henüz doğmamış” ya da “doğması olası zararlar”, idarenin sorumluluğuna sebep olmazlar.⁴⁹ Bu anlayışa göre, gerçek zarar, “gerçekleşmiş zarar” anlamında ise yoksun kalınan olası kazançlar tazminat olarak istenemeyecektir.⁵⁰ Bu durum, zararın, sadece zarar doğuran olaydan sonraki durum ile zarar doğmazdan önceki durum arasındaki “fark” olarak tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. “Zira Borçlar Kanunu’nda açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte yargı uygulamasında ve öğretide oybirliği ile kabul edildiği üzere, maddî zarar, “fark kuramı” esas alınarak belirlenmektedir.”⁵¹

Oysa zarar, her zaman ilk bakışta bu “fark” içinde görünmez. Bazı durumlarda, zarar veren olaydan önceki ve sonraki durumlar arasında bir fark yoktur, fakat zarar veren olay meydana gelmemiş olsaydı, bir maddi kazancın elde edileceği durumlar da mevcuttur. Alman doktrininden bazı yazarlar, malvarlığında herhangi bir azalma olmasa dahi, “normatif zarar” adı verdikleri, sırf bazı malları kullanma imkânından veya bir tatil yapma imkânından bir haksız fiil sonucu yoksun kalınmasının da zarar olarak nazara alınmasını ve tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵² Doktrinde ayrıca, “fonksiyonel zarar”, “beklentinin boşa çıkması” gibi kavramlar da savunulmaktadır, Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiş olması bakımından “normatif zarar” kavramı daha çok öne çıkmaktadır. Genel olarak bu gibi kavramların ortak noktası, zararın belirlenmesi yöntemi olarak kullanılan “fark” kavramının, “zarar” kavramının anlamını yeterince karşılayamadığı düşüncesidir.⁵³ “Ancak Türkiye’de ‘normatif zarar’ kavramı pek

kaydını koyarak vermiş olduğuna göre maddi tazminat isteminin reddinde isabetsizlik görülmemiştir.” (Danıştay 10. Daire, T. 8.12.1997, E. 1996/1081, K. 1997/5492.)

⁴⁷ YAYLA, a.g.e, s. 352.

⁴⁸ GÖZLER, a.g.e, s. 1305.

⁴⁹ CANDAN, a.g.e, s. 169; DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 23.

⁵⁰ YAYLA, a.g.e, s. 352.

⁵¹ KARAKAŞ, F. Tülay, “Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Ankara, 2006, s. 143-156, s. 145.

⁵² OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 515-516.

⁵³ KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 298.

fazla taraftar bulamamıştır.”⁵⁴ Bu nedenle “olası zararlar”⁵⁵ olarak ifade edeceğimiz durumlarda da zararın, gelecekte gerçekleşmesi kaçınılmazsa, tazmin edilebileceği kabul edilmektedir.⁵⁶ Gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, sadece gerçekleşmesi ihtimali olan zararlar ise tazmin edilmesi gereken zararlar olarak görülmemektedir.⁵⁷

Örneğin Danıştay, kamu görevlisi olmayan bir kişi hakkında, yoksun kalınma ihtimali olan ticari kazançlar söz konusu olduğu zaman, olasılık hesaplamaları yapmaksızın tazminat ödenmemesine hükmederken; bir kamu görevlisi söz konusu olduğunda ise, aylık ve özlük haklarında ortaya çıkan veya çıkabilecek eksilmelerin kesin olarak hesaplanması mümkün olduğundan, tazminatın ödenmesine daha kolay karar verebilmektedir. Çünkü ilk durumda zarar, bir ihtimal olarak ortaya çıkmışken ikinci durumda, gerçekleşmesi kesindir.

Örnek dava konusu olayda, bir kişinin stajyer gümrük muayene memurluğu sınavında başarılı olmasına rağmen, gümrük müsteşarlığı değerlendirme komisyonu kararı ile ataması yapılmamıştır. İdare mahkemesinde açılan dava sonucunda, idarenin işlemi iptal edilmiş ancak ilgilinin, aylık ve özlük hakları iade edilmemiştir. Temyiz incelemesi sırasında Danıştay,

“atanmamasına ilişkin işlemin tesis edildiği tarihten, iptal kararı üzerine atandığı tarihe kadar geçen süre içerisinde yoksun kaldığı aylık ve diğer özlük haklarının

⁵⁴ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 515-516.

⁵⁵ OĞUZMAN, ÖZ, bu tip zararları anlatmak için “muhtemel zarar” kavramı yerine “müstakbel zarar” kavramını tercih etmektedir. “Muhtemel zarar”, henüz mevcut olmayan, ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali bulunan zarardır. Yaralandığı için ağır bir ameliyat geçiren bir kimsenin ölmesi riskine bağlı zararlar böyledir. “Müstakbel zarar ise, başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarardır. İleride gerçekleşecek bir kazanç yoksunluğu, ölen şahsın desteğinden yoksun kalanların uğrayacakları zararlar bu tür zararlardandır. (OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 518.) Biz “olası zarar” kavramını, içtihatlarda yer ettiği şekilde, “müstakbel zarar” anlamında kullanacağız.

⁵⁶ TANDOĞAN, a.g.e, s. 65-68; GÖZLER, a.g.e, s. 1305.

⁵⁷ GÖZLER, a.g.e, s. 1306; GÜRAN, Sait, “**Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 151-170, s.155.

davalı idarece davacıya ödenmesi gerekeceğinden, idare mahkemesi kararının, davacının, atanmaması dolayısıyla yoksun kaldığı aylık ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini isteminin 4045 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi uyarınca geçmişe yönelik aylık ve özlük haklarının ödenemeyeceği gerekçesiyle reddine ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı”

gerekçesiyle, temyiz istemini kabul ederek tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Buna karşılık, başka bir davada Danıştay, gerçekleşmesi kesin olmayan, “olası zararlar”ın idarenin sorumluluğunu doğurmayacağına hükmetmiştir. Dava konusu olayda, yarış atı sahibi bir kişinin, müebbeten yarışlara girmekten men edilmesine ilişkin işlem ile kazandığı ikramiyelerden bir kısmının bloke edilerek başka at sahiplerine ödenmesine ilişkin, At Yarışları Yüksek Komiserler Kurulu kararı mevcuttur. Bu karar nedeniyle kişi, 1984 yılında at yarışlarına katılmadığı için mahrum kaldığı belirtilen net ikramiye miktarı ile bloke edilen miktarın zamanında ödenmemesi nedeniyle alınmayan faiz gelirin toplamının tazmini istemiyle dava açmıştır. İdare mahkemesi tarafından, kurul kararı hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş, tazminat isteminin fazlaya ilişkin kısmı reddedilmiştir. Danıştay temyiz incelemesi sonucunda, her ne kadar idari işlemlerin hukuka aykırılığının hizmet kusuru oluşturduğunu kabul etse de, bu işlemlerden kaynaklanan bir zarardan söz edilebilmesi için, zararın gerçekleşmiş olması veya gelecekte bir zarar doğurmasının kesin olması gerektiğini söylemektedir. Dolayısıyla, eğer yarışlara girmiş olsaydı, ikramiye kazanıp kazanamayacağını kesin olmaması nedeniyle, gerçekleşmesi olası bir zarar söz konusu olacağından bahisle Danıştay, kesin olmayan bir zarardan dolayı tazmin zorunluluğu doğmayacağı değerlendirmesini yaparak, davacının yarışlara girmemiş olması nedeniyle uğradığını belirttiği zararın tazmini yönündeki talebini reddetmiştir.⁵⁸

⁵⁸ Danıştay 10. Daire, T. 15.2.1990, E. 1987/11324, K. 1990/278. Benzer davalar için bkz. Danıştay 6. Dairenin, idare mahkemesinin henüz gerçekleşmemiş ve tahmine dayalı bir zararın idarece tazmininin istenemeyeceğinden bahisle, hizmet kusurundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle reddettiği davada bozma istemini yerinde görmeyerek anılan mahkeme kararının onanması hakkında. (Danıştay 6.

Fransa’da Conseil d’État, bu tip durumları “ciddi şans kaybı” olarak değerlendirip, böylesi durumlarda, “olası” değil, “kesin” bir zararın oluştuğuna hükmetmektedir. “Bir kişinin bir sınavı başarma, özel veya kamusal bir işe girme, bir sözleşme akdetme veya belirli bir para kazanma şansını kaybetmesi durumlarında kesin bir zarara uğradığına ve idareden tazminat isteyebileceğine karar vermiştir.”⁵⁹ Türkiye’de Danıştay ise, “ciddi şans kaybı” durumunu araştırmaksızın, “olası zarar”lardan dolayı idarenin sorumluluğu olmadığına hükmetmektedir.

Bu örnek davada Danıştay, aslında bir olasılık hesabı yapabilirdi, fakat böyle bir hesap yapmamıştır. Çünkü içtihatlarla göre, sadece kesin olarak gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi kesin olan zararlar tazmin edilebilmektedir. Olayda da mahkemeye göre, bu yönde bir kesinlik iddia etmek imkânsızdır. Dolayısıyla olasılık hesapları yapmaya gerek görülmemiştir. Oysa böyle bir hesaplama objektif birtakım incelemeler ve değerlendirmelerle mümkündür. Bu değerlendirmelerle elde edilecek olasılığa ilişkin kesirli sonuç ise, zararın gerçekleşmesinin, gerçekleşmemesine veya tersine bir oran olacaktır. Ancak Danıştay, olasılık kavramını “kesin bir sonuca” bağlamıştır fakat bu, matematiksel olarak imkânsızdır. Çünkü “en basit anlamıyla, olasılık, bir süreçte gelecekte ne olacağını tahmin etme eylemidir. Ama biz, olasılıktan bundan fazlasını bekleriz. Olasılık, tahmin ettiği şeye ne kadar güvenilebileceğinin de ölçüsünü vermelidir. Gaipten haber vermek ile olasılık bilimi arasındaki önemli fark buradan gelir. Bunu başka türlü söylersek, olasılık belirsizliğin (uncertainty) ölçüsüdür.”⁶⁰ Dolayısıyla yapılması gereken, gaipten haber vermek değil, mevcut verileri, objektif ölçüm metodlarıyla işlemektir. Elde edilen sonuç ise bize olası zararın oransal bir değerini verecektir. Bu nedenle mahkeme,

Daire, T. 24.11.1992, E. 1991/2222, K. 1992/4409.); Davacı tarafından düzenlenecek uluslararası satranç turnuvasına izin vermeyen idari işlemin iptali ve maddi-manevi tazminat talebini konu alan davada, idare mahkemesinin gerçekleşmesi muhtemel zararın tazmin edilebilmesi için gerekli koşulların gerçekleşmediği gerekçesiyle verdiği tazminat isteminin reddi kararının Danıştay tarafından onanması hakkında. (Danıştay 10. Daire, T. 08.12.1998, 3548/6481. Nakleden: ATAY,ODABAŞI, a.g.e, s. 368.)

⁵⁹ GÖZLER, a.g.e, s. 1307.

⁶⁰ KARAÇAY, Timur, “**Olasılığın Temelleri**”, Mantık, Matematik ve Felsefe IV.Ulusal Sempozyumu, Foça, 5-8 Eylül 2006, s. 1-13, s. 2.

elde edilecek olan bu değer ölçüsünde tazminata hükmedebilir. Bu sürecin uygulamada pek de kolay olmayabileceği söylenebilse de, mümkün olduğu açıktır.

Olayda, at sahibinin yarışlara girerek ikramiye kazanamayacağı ne kadar mümkünse, yarış kazanabileceği olasılığı da o kadar mümkündür. Mümkün olmayan ise, bir yarış atı sahibi olup da bir sene içinde hiçbir maddi kazanç elde edemeyeceğini ya da zarara uğramayacağını iddia etmektir. Kaldı ki hukuka aykırı bir işlem nedeniyle, bir sene boyunca yarışlardan men edilmek, yarış kazanma ihtimalini, imkânsız hale getirmek anlamına gelir. Aslında, buradaki ihtimal durumunu aslında “imkân” olarak adlandırmak daha doğru bir yaklaşım olacaktır. VON KRİES, sıkça birbiri yerine ikame dilen “ihtimal” ve “imkân” kavramlarını birbirinden ayırmaktadır.⁶¹ “İhtimal”, objektif ve deneysel olarak tespit edilebilen istatistik bir büyüklüktür. “İmkân” ise yararlanılan uygun durumdur. Bahsi geçen olayda, ihtimal, atın yarış kazanıp kazanamayacağıdır, bu anlamıyla asla bir kesinlik içermez. Ancak imkân, yarışlara katılabilme hakkıdır. Ayrıca, ilerde anlatılacağı üzere “uygun illiyet bağı teorisi” çerçevesinde aranılan, “zararın gerçekleşmesi ihtimalini önemli ölçüde artırmış olma ölçüsü” bahsi geçen olayda sağlanmış, hukuka aykırı bir işlem söz konusudur. Hatta yarış atı sahibinin yarışlara katılma “imkânı”nın ortadan kalktığı açıkça görüldüğü üzere, artık zararlı sonuç doğma “ihtimal”inden bile söz edemeyiz. Çünkü idarenin işlemiyle, bu ihtimalin de imkânsızlaştırıldığı ortadadır.

Danıştay’ın yaklaşımı, bu nedenlerden ötürü bizce eleştiriye açıktır. Diğer taraftan, yarışlardan kazanılacak olan ikramiyeleri bir kenara bıraksak bile, öncelikle bir atın kendisi bir ticari değere sahiptir. Ticari değeri de yarışlardaki görünürlüğüyle, yaşıyla, koştuğu yarışlardaki başarılarıyla ölçülür. Aynı zamanda yarış atları, amortismanına bağlı iktisadi kıymetlerden sayılmaktadır. Vergi Usul Kanununun 313. maddesinde amortismanın tanımı şu şekilde yapılır: “*işletmede bir yıldan fazla kullanılan ve yıpranmaya, aşınmaya veya kıymetten düşmeye maruz bulunan gayrimenkullerle 269 uncu madde gereğince gayrimenkul gibi değerlendirilen*

⁶¹ EREN, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 361, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 66.

iktisadi kıymetlerin, alet, edevat, mefruşat, demirbaş ve sinema filmlerinin birinci kısımdaki esaslara göre tespit edilen değerinin, bu Kanun hükümlerine göre yok edilmesi amortisman mevzuunu teşkil eder.” Aynı kanunun 315. maddesi ise “mükellefler amortismanına tâbi iktisadî kıymetlerini Maliye Bakanlığının tespit ve ilân edeceği oranlar üzerinden itfa ederler. İlân edilecek oranların tespitinde iktisadî kıymetlerin faydalı ömürleri dikkate alınır” demektedir. Buna bağlı olarak Maliye Bakanlığı, “amortismanına bağlı iktisadi kıymetler listesi”ni bir tebliğle yayınladı. Yarış atları da bu listede yer almaktadır. Dolayısıyla, bir yıl yarışlardan men edilmiş bir atın, ikramiye kazanma olasılığı, yarışlara katılmadığı için yarış atı olma becerisini geliştirememesi, ceza almış bir at olarak yitirdiği ticari değer kaybı bir yana, bir yaş daha büyümüş olması, amortismanına bağlı olarak, ömründen kaynaklanan bir değer kaybına da yol açacaktır. Hatta olayın geçtiği tarihlerde sponsorluk ile ilgili düzenlemeler mevcut değildi, ancak olay bugün yaşansaydı, sponsorluk gelirinden de yoksun kaldığını söyleyebilirdik.

Bütün bunlar bir arada düşünüldüğünde, “olası” değil, “gerçekleşmesi kesin zarar”ın ortaya çıktığı açıktır. Dolayısıyla bahsi geçen olayda, olasılık hesabı gerçekten, zararın ortaya çıkıp çıkmayacağı üzerinde değil, zarardan dolayı tazmin edilecek miktar üzerinde etkili olmaktadır. Bu yolla mahkemenin de, bütün değerleri hesaba katarak takdir edeceği tazminatın, idareden istenmesine hükmetmesi gerekmektedir. Tabii burada zarar görenin iş hayatının normal akışı, düzenli olarak elde ettiği kazançlar ve bunun gibi birtakım istatistikî bilgilerinin mahkemeye sunulması veya bilirkişiden faydalanılması, hâkimin değerlendirmesinde yol gösterici olacaktır. Keza, bir başka dava konusu olayda Danıştay, sayısal oyunlar bayilik ruhsatı hukuka aykırı olarak iptal edilen davacının, bayilik faaliyetini yapamadığı dönemde mahrum kaldığı kazancı, olası zarar değil, kesin bir zarar olarak kabul etmiştir. Kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

“İdarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için idari işlem nedeniyle meydana gelen zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması gerekmektedir. Bu nedenle gerçekleşmesi olası bulunan zararların idarenin tazmin sorumluluğunu doğurmayacağı açıktır.

Dava konusu uyuşmazlıkta, davacının, davalı idarenin idare mahkemesince hukuka aykırı bulunarak iptal edilen, sayısal oyunlar bayilik ruhsatının iptal edilmesi işlemi nedeniyle, 05.12.2001 - 25.10.2002 tarihleri arasında yaklaşık 10 aylık bir dönemde sayısal oyunlar bayilik faaliyetini yapmadığı ve bu işi nedeniyle elde etmekte olduğu kazançtan mahrum kaldığı, dolayısıyla da, mahrum kaldığı kazanç tutarında bir zarara uğradığı tartışmasızdır. Bu itibarla, davacının uğradığını belirttiği zarar, muhtemel bir zarar olmayıp, gerçek ve kesin bir zarar olduğundan, miktarının davacının ileri sürdüğü kadar olup olmadığının yargı yerince bilirkişi incelemesi yaptırılarak belirlenmesi gerekmektedir.”⁶²

Bu tartışmaya yön veren başka bir husus “mağduriyet” ile “zarar” arasındaki eşitsizliktir. “Mağduriyet” kavramı, “zarar” kavramından çok daha geniştir. Sorumluluğa yol açan şey, mağduriyet değil, zarardır. “Diğer bir ifadeyle, her mağduriyet, tazminatı mucip değildir. Sadece bazı tür mağduriyetler tazminatı gerektirir ki, biz bunlara zarar deriz... Kısacası, bir kişi mağduriyete uğramış olabilir. Ancak, tazminat hakkının doğabilmesi için, kişinin uğradığı mağduriyetin zarar olarak nitelendirilebilmesi gerekir.”⁶³ Bu ayrım bize göre oldukça belirsizdir, fakat GÖZLER’in CHAPUS’ye atfen söylediği gibi, idare hukuku alanında pek çok “sorumluluk adacıkları” vardır. Dolayısıyla, Conseil d’État’ın “Blanco” kararında vurgulandığı üzere, “idarenin sorumluluğu ne mutlak ne de geneldir”. Danıştay’ın da mantıksal olarak aynı kabulden hareket ettiğini söyleyebiliriz.⁶⁴

C. ZARAR DOĞURUCU FAALİYETİN İDAREDEN KAYNAKLANMASI (İLLİYET BAĞI)

“Hukukta, gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda illiyet bağı denir.”⁶⁵ İlliyet bağı ile ilgili olarak akla gelen ilk soru, zararın ilk ortaya çıktığı andan itibaren, ardı ardına gelişen olaylar neticesinde ortaya çıkan her zararın, zarara ilk sebebiyet verenin omuzlarına mı yükleneceği sorusudur. Mantıksal olarak illiyet bağı sonsuza kadar

⁶² Danıştay 10. Daire, T. 28.09.2012, E. 2008/1506, K. 2012/4467.

⁶³ (GÖZLER, a.g.e, s. 1302.)

⁶⁴ Mağduriyet ve zarar ilişkisi ile ilgili açıklama için bkz. a.g.e, s. 1301-1304, 1307-1309.

⁶⁵ EREN, Borçlar Hukuku, s. 536.

devam eder. Bu sonuçlar sonsuza kadar devam ederken de her olay, kendisinden sonrakini az çok etkiler. Bir noktadan sonra ise artık sebep-sonuç ilişkisi takip edilemez hale gelir. Öyleyse, mantıksal olarak takip edilebilen aşamaya kadar illiyet bağının varlığı, her durumda hukuksal olarak da bir illiyet bağına mı tekabül etmektedir?⁶⁶ Öncelikle şunu söylemeliyiz ki, illiyet bağı, sadece birbirini takip eden olayların varlığı ya da öncelik sonralık ilişkisi ile açıklanamamaktadır. “Zaman içinde birbirini takip eden iki olay arasındaki bağı illiyet bağı olarak adlandırılabilmesi için, ikinci olayın (sonucun), birinci olayın sonunda zorunlu veya hiç olmazsa, modern fizik ve felsefenin ışığı altında “muhtemel” olarak gerçekleşmesi gerekir.”⁶⁷

Pek çok yazar tarafından, çeşitli illiyet teorileri ortaya atılmıştır⁶⁸, ancak Türk hukuk sistemi, bunlar içinden “uygun illiyet bağı” teorisini kabul etmiştir. Bu teoriye göre, “zarardan sorumlu tutulabilecek fiilin saptanmasında, yaşam deneyimlerine ve olayların akışına göre en uygun olanın araştırılması gerekir.”⁶⁹ Yani, zarar doğuran sonuç, tipik mahiyeti itibariyle, fiille uygun olmalı ve onun sonucu olarak görünmelidir. Olay ile zararlı sonuç arasında her zaman mantıksal bir bağlantı kurulabilse bile, uygun illiyet bağı, bu mantıksal sonucu sınırlar, atipik sonuçlardan dolayı zarar veren sorumlu tutulmaz. Mesela, bir kişi, iş seyahati için bineceği trene yetişmek için aceleyle öğle yemeğini yerken, ona hizmet eden garson dikkatsizlikle sıcak çorba kâsesini bu kişinin üzerine dökmüştür. Müşteri de bütün elbiselerini değiştirmek zorunda kalmıştır ve bu gecikme nedeniyle bineceği treni kaçırmıştır. Bindığı bir sonraki trenin kaza yapması üzerine de hayatını kaybetmiştir⁷⁰. Uygun illiyet bağı teorisi, bu örnekte verilen olaylar zincirine ilişkin bize şunu söyler: Garson, ancak müşterinin üzerine çorba döktüğü için sorumlu tutulabilir, kişinin tren kazasında ölümünden ise sorumlu tutulamaz. Gerçekten, uygun illiyet teorisinin kurucusu olan VON KRİES'e göre “illî unsurla (şartla) sonuç arasındaki bağ

⁶⁶ TANDOĞAN, a.g.e, s. 72-73.

⁶⁷ EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, s. 11.

⁶⁸ Detaylı bilgi için Bkz. EREN, a.g.e.

⁶⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 299.

⁷⁰ Bu örnek SCHWARZ'dan alınmıştır. Bkz. SCHWARZ, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.I, İstanbul, 1948, s. 125-126. (Nakleden: TANDOĞAN, a.g.e, s. 73.)

genelleştirilecek nitelikteyse yani, bu şart böyle bir sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli ve mütemayilse, şartla sonuç arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Aksi halde somut olaya has, uygun olmayan tesadüfi bir illiyet söz konusu olur”⁷¹

Bu konuyla ilgili önemli bir başka husus da failin, sonucu öngörmesinin gerekli olup olmadığıdır. Örneğin bir kişinin başka bir kişiye sertçe bir tokat attığı ve bunun sonucunda mağdurun kalp krizi nedeniyle öldüğü bir varsayımda, tokadı atan kişinin, diğerinin kalp rahatsızlığını bilmiyor oluşunun, ölümle sonuçlanan olaydaki sorumluluğuna etkisi ne olacaktır? Bugünkü hâkim görüş, “ex post” yani “objektif olarak sonradan değerlendirme” görüşüdür. Yani uygunluk (ihtimal) hükmünün verilmesinde, sorumluluğu doğuran davranış veya olay yanında nazara alınacak şartların önceden (ex ante) değil, sonradan (ex post) değerlendirilmesidir.⁷² RÜMELİN tarafından ortaya atılan bu görüşe göre, fiilin meydana gelme anında mevcut olup, o anda veya sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek olan şartlar, sonucun gerçekleşmesini kolaylaştırmıyor ve hayat tecrübeleri, böyle bir sonucun meydana gelme ihtimalini artırmıyorsa, uygun illiyet bağı reddedilmelidir. Yani, insan bilgisi dışında kalan şartlar soyutlanmalı, hesaba katılmamalıdır.⁷³ Çünkü önemli olan, sonucun öngörülebilir olması değil, fiilin zarar meydana getireceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir. Zira sonucun önceden öngörülüp öngörülememesi, illiyet bağı ile değil, kusur mefhumuyla ilgilidir.⁷⁴ “Ex post” değerlendirmeyi yapacak olan da hâkimin kendisi olacaktır. “Şüphesiz, ‘uygun illiyet bağı teorisi’ tamamıyla objektif bir teori değildir. ‘Olayların normal seyri’ ve ‘genel tecrübeler’ gibi kavramlara yer verir ki, bunların ne olduğunu aslında hâkim takdir eder.”⁷⁵ Ancak burada hâkim, kendisini olağan yaşam deneyimine sahip, konuya

⁷¹ VON KRİES, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben (Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12, 1888, s. 179 vd.), s. 201 vd. (Nakleden: EREN, a.g.e, s. 52.)

⁷² EREN, a.g.e, s. 92.

⁷³ RÜMELİN, Max, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf-und Zivilrecht, Tübingen 1900, s.19-20,47. (Nakleden: EREN, a.g.e, s. 92.)

⁷⁴ TANDOĞAN, a.g.e, s. 78; EREN, Borçlar Hukuku, s. 544; DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s.31.

⁷⁵ GÖZLER, a.g.e, s. 1321.

yabancı ve tarafsız bir gözlemci yerine koyar.⁷⁶ Kendisine soyut olarak, ileri sürülen faktörün, zararı bizzat meydana getiren faktör olup olmadığını sorar. Eğer olumlu bir yanıt alırsa da bu defa, uygun nedensellik bağı başka olaylarla kesilmiş midir diye araştırır.⁷⁷

Sorumluluk hukuku açısından tazmini istenen zararlardan dolayı açılacak davalar için, yukarıda saydığımız “zararın varlığı” ve “illiyet bağı” koşulları yeterlidir ve bunlar “genel koşullar” olarak adlandırılmaktadır. Ancak idarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda, zarar doğurucu faaliyetin kaynağı olarak mutlaka idare gösterilmek zorundadır. Diğer bir deyişle idarenin, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu zararın idareye isnat edilebilir olması gerekmektedir.⁷⁸ “Çoğu kez idari davranış ile zarar arasında böyle bir nedensellik bağı olup olmadığı, teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanabilir.”⁷⁹ Böyle durumlarda, illiyet bağının tespiti için mahkemeler bilirkişi incelemelerine başvurmaktadır.

Kural olarak sorumluluk; ister sözleşme dışı sorumluluğa, ister sözleşme sorumluluğuna, ister kusursuz sorumluluğa, hatta tehlike sorumluluğuna dayansın,

⁷⁶ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 519; DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 31.

⁷⁷ DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 32.

⁷⁸ Danıştay 10. Daire, T. 31.10.1984, E. 1982/4517, K. 1984/1780: “İdarenin tazmin sorumluluğunun kabul edilebilmesi, kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla ferdi mülkiyete veya fertlere bir zarar verilmesi, tazmini istenilen zararlar yürütülen kamu hizmeti arasında nedensellik bağının bulunması halinde mümkündür... yürütülen kamu hizmeti ile nedensellik bağı bulunmayan zararın davalı idarece tazminine olanak bulunmamaktadır.” Danıştay pek çok kararında benzer ifadeleri tekrarlamıştır. Bkz.: Danıştay 10. Daire, T. 07.03.1985, E. 1982/4927, K. 1985/462; Danıştay İDDGK, T. 17.1.1997, E. 1995/752, K. 1997/57; Danıştay 11. Daire, T. 19.12.2005, E. 2003/2027, K. 2005/5962; Danıştay 10. Daire, T. 18.09.2007, E. 2005/4493, K. 2007/4199; Danıştay 8. Daire, T. 13.03.2012, E. 2008/9957, K. 2012/856; Danıştay 10. Daire, T. 06.11.2013, E. 2011/985, K. 2013/7802; Danıştay İDDK, T. 02.12.2013, E. 2010/2741, K. 2013/4312.

⁷⁹ GÜNDAY, a.g.e, s. 384.

hukuki sorumluluk söz konusu olduğunda, nedensellik bağının varlığı mutlaka aranır.⁸⁰ Nitekim Danıştay'ın 1982 tarihli bir kararında,

“idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazminle yükümlü tutulabilmesinin, zarar doğurucu eylemin idareye bağlanabilmesinin gerektiği...”⁸¹

belirtilmiştir. Diğer taraftan, risk sorumluluğuna ilişkin olarak Danıştay, terör olaylarından kaynaklanan zararların söz konusu olduğu birçok kararında, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararların, “illiyet bağı aranmadan” tazmin edilmesi gerektiğini söylemektedir. Örneğin, Danıştay, 1997 tarihli bir kararında bu durumu açıkça şu sözlerle ifade etmiştir.

“Nedensellik bağı idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir. İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da, nedensellik bağı aranmadan "sosyal risk" ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.”⁸²

2015 tarihli daha güncel bir kararında da benzer şekilde şu açıklamalara yer vermiştir.

“İdare, Anayasamızın 125. maddesinde de belirtildiği üzere, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Bunun yanında, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir.

İdarenin kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğu yanında, Anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olarak ve bu temel üzerinden, kolektif

⁸⁰ EREN, Borçlar Hukuku, s. 536.

⁸¹ Danıştay 10. Daire, T. 24.05.1982, E. 1982/1687, K. 1982/1388. (Nakleden: CANDAN, a.g.e, s. 171.)

⁸² Danıştay 10. Daire, T. 6.11.1997, E. 1996/2383, K. 1997/4163.

sorumluluk anlayışı çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlar ile geliştirilen sosyal risk ilkesi, Anayasanın yukarıda öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir.”⁸³

Hatta başka bir kararında, idarenin sorumluluğunun “sosyal risk” ilkesi yerine “kusursuz sorumluluk” bağlamında değerlendirilebilmesi için ise illiyet bağının kurulması gerekliliğini ayrıca vurgulamıştır. Böylece “kusursuz sorumluluk” ve “sosyal risk” kavramlarını, illiyet bağının mevcudiyeti veya yokluğu halleri ile birbirinden ayırmıştır.

“Belirtilen niteliğine göre, sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir...”

...Görüldüğü üzere; 5233 sayılı [Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında] Kanun, yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen "sosyal risk" ilkesinin yasalaşmış halidir. Bu nedenle, adı geçen Kanunun uygulama alanı yalnızca "sosyal risk ilkesi" uyarınca tazmini mümkün olan uyuşmazlıklarla sınırlı bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle; zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından; idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi; dolayısıyla idari eylemlerden doğan zararın, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmini gereken davalarda, 2577 sayılı Kanun'un 13.maddesinin uygulanması gerekmektedir.”⁸⁴

⁸³ Danıştay 15. Daire, T. 15.10.2015, E. 2011/16575 K. 2015/6073. Aynı yönde kararları için bkz. Danıştay 15. Daire, T. 22.10.2015, E. 2015/7687, K. 2015/6472; Danıştay İDDK, T. 26.03.2014, E. 2013/4602, K. 2014/1220; Danıştay 15. Daire, T. 15.11.2012, E. 2011/10415, K. 2012/10747.

⁸⁴ Danıştay 15. Daire, T. 18.10.2012, E. 2012/189, K. 2012/7048. Aynı yönde kararları için bkz. Danıştay 10. Daire, T. 04.06.2010, E. 2010/749, K. 2010/5192; Danıştay 10. Daire, T. 18.09.2007, E. 2005/4493, K. 2007/4199; Danıştay 10. Daire, T. 29.01.2007, E. 2004/7285, K. 2007/212; Danıştay 10. Daire, T. 25.02.2003, E. 2001/4795, K. 2003/696.

“Danıştay’ın içtihatlarından çıkan sonuca göre, kusurlu sorumluluğun istisnası kusursuz sorumluluk, kusursuz sorumluluğun istinası da illiyet bağının aranmadığı sosyal risk ilkesi olmaktadır”⁸⁵. Doktrinde ise, Danıştay’ın bu görüşü kimi yazarlar tarafından kabul görmüş; kimi yazarlar tarafından illiyet bağının hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluk ve sosyal risk sorumluluğu açısından gerekli olduğu düşüncesiyle eleştiriye uğramış; kimi yazarlar tarafından ise doğru ancak, kapsamının dar olduğu gerekçesiyle yetersiz bulunmuştur⁸⁶.

D. KUSUR

Fertlerden beklenen ortalama hareket tarzından sapma, kusur olarak adlandırılır⁸⁷. Kusur, fiilin niteliğiyle ilgili bir kavramdır, hukuk düzeni bir “davranışın bu şekilde olmamasını” beklediği için kişiyi kusurlu saymaktadır.⁸⁸ Kusur, “kast” ve “ihmal” olarak ikiye ayrılır. Bu ayrım, medeni hukukta ve borçlar hukukunda, ceza hukukunda olduğu kadar önemli değildir⁸⁹. Çünkü özel hukuk çerçevesinde bir “ihmal” dahi, tazminatın doğması için yeterliyken; ceza hukukunda,

⁸⁵ YILDIZ, Hayrettin, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 116, Ocak-Şubat 2015, s. 135-178, s. 168.

⁸⁶ Detaylı inceleme için bkz. YILDIZ, a.g.e, s. 169-174. YILDIZ, bu görüşe katılan yazarlara örnek olarak, A. Ülkü AZRAK, S.Sami ONAR, Yüksel ESİN, Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yıldızhan YAYLA ve Savaş TEK’i göstermektedir. Bu görüşe katılmayanlar, Kemal GÖZLER, Bahtiyar AKYILMAZ, Metin GÜNDAY, Kazım YENİCE’dir, Yetersiz bulanlar ise E. Ethem ATAY, H. Nuri YAŞAR’dır. Bu yazarlar içinden GÜNDAY, Danıştay’ın görüşlerine katılmamakla birlikte, katılmayı gerektiren açısından diğer yazarlardan ayrılan özgün bir fikre sahiptir. GÜNDAY’ a göre, “sosyal risk” ilkesini, salt bir “kusursuz sorumluluk” ilkesi olarak değerlendirmemek gerekir. “Zira sosyal risk ilkesinin uygulandığı yargı içtihatlarında da belirtildiği gibi, terör olayları[nın] önlenmesi ve terörsüz bir toplum düzeninin sağlanması İdarenin en başta gelen görevlerinden biridir. Eğer İdare şu ya da bu nedenle bu görevini yerine getiremiyor ve terörü önleyemiyorsa, bunun hizmetin gereği [gibi] işlememesi ya da kötü işlemesi biçiminde bir hizmet kusuru olduğu ortadadır. Yargı içtihatlarında uygulandığı biçimiyle bu ilke, adeta İdarenin terör olayları karşısındaki aczine dayandırılmakta ve İdareyi terörü önleyemediği halde kusura dayalı sorumluluktan soyutlamayı ve aklamayı hedeflemektedir.” (GÜNDAY, a.g.e, s. 381.)

⁸⁷ TANDOĞAN, a.g.e, s. 46.

⁸⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 304.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 305; TANDOĞAN, a.g.e, s. 46.

“kast” birçok cezai sorumluluğun mecburi koşuludur.⁹⁰ Bu ayırımın bir başka sonucu da kusurun derecelendirilmesi yoluyla tazminat miktarının belirlenmesidir. Çünkü “kast” ve “ihmal”, ağırlık dereceleri bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 41. maddesinde haksız fiil, “*gerek kasten gerek ihmal ve tesyeyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur*” şeklinde düzenlenmişti. 6098 sayılı Borçlar kanununda ise aynı madde, 49. madde ile “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” olarak düzenlenmiştir. Madde düzenlemesinde görüldüğü üzere “kasıt ve ihmal” halleri “kusurlu” ifadesiyle, “haksız surette” şeklindeki düzenleme ise “hukuka aykırı bir surette” ifadesiyle karşılık bulmuştur. Dolayısıyla, haksız fiil sorumluluğu için kusurun “kast” ya da “ihmal” türü olması önem taşımamaktadır. Ancak, kusurun türleri, haksız fiil sorumluluğunda kusurun derecesine de etki ettikleri için, sorumluluğun kapsamı ve tazminat miktarının tayini bakımından önem taşımaktadır.⁹¹ Borçlar Kanununun 51.maddesine göre de

⁹⁰ TANDOĞAN, a.g.e, s. 46.

⁹¹ KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 306; OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 528.

Burada şu önemli ayrıntıyı belirtmek gerekir ki, ihmal durumunun her zaman sorumluluk doğurmayabileceğine ilişkin tereddütler vardır. Yani birazdan örnek vereceğimiz, Borçlar Kanunundaki ifadelerden “hafif ihmal”e bağlı “hafif kusur” söz konusu olduğunda, bazı durumlarda sorumluluk doğmamaktadır gibi bir sonuç çıkar. Bu halde, “ağır kusur”, yalnızca tazminatın miktarını belirleyen bir husus olmaktan çıkmaktadır. Öyleyse bu defa kusurun derecelendirilmesiyle elde edilen “ağır kusur” kavramı, sorumluluğu kuran bir unsur olarak ortaya çıkıyormuş gibi görünür. EREN’in haksız fiil sorumluluğunun istisnaları olarak gösterdiği üzere, Borçlar Kanununun 220. maddesine göre “*hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz*”; 225. maddesine göre, hayvan satışında, ayıptan doğan sorumlulukta alıcıyı aldatmış olan satıcının durumunda, kanunkoyucu ağır kusuru, sorumluluk şartı olarak öngörmüştür; 115. maddesinde “*borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” ifadesinden, sorumsuzluk anlaşmasının ilke olarak hafif kusur halinde geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak EREN, buradaki “kusur” sözcüğünün “ihmal” anlamında kullanıldığını söyleyerek duruma açıklık getirir. (EREN, a.g.e, s. 579-580.) OĞUZMAN,ÖZ de bu durumun Borçlar Kanunundaki ifade hatasından kaynaklandığına işaret eder. “Kusur, kasdı da kapsayan bir deyim olmasına rağmen Borçlar Kanununda kusurun ihmal yerine kullanıldığı ve ağır kusur, hafif kusur deyimlerine yer verildiği görülmektedir” der. (OĞUZMAN,ÖZ, a.g.e, s. 530.)

tazminatın miktarına doğrudan etki etmektedir. “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*”

“Kast”ın iki unsuru vardır. Bunlar, hukuka aykırı sonucu önceden görmek ve bu sonucu istemektir. “İsteme” (irade) unsuru da iki şekilde ortaya çıkar. Birinci durum, doğrudan ve açıkça hukuka aykırı sonucu istemektir. İkincisi ise, hukuka aykırı sonuç istenmese bile, bu sonucun ortaya çıkabileceği ihtimalini bile bile göze almaktır.⁹² Bu her iki durumda da “kast”ın tek derecesi olduğu kabul edilir, o da kusurun en ağır biçimi olmasıdır.”⁹³

İhmal, kasıtlı olmayan kusurdur⁹⁴. Bu durumda hukuka aykırı sonuç istenmemekte ancak bu sonucun önlenmesi için gerekli özen ve dikkat gösterilmemektedir.⁹⁵ Yani her ne kadar irade, hukuka aykırı sonuca yönelmemiş olsa da, gereken özen ve dikkatin gösterilmemesi suretiyle, ortalama hareket tarzından sapılmıştır ve bu hareket tarzı sorumluluk hukukunda “kusurlu” olarak adlandırılır.⁹⁶ Kendi içinde, ihmalin derecelerine dair açık ve kesin bir sınır çizmeye imkân yoktur ancak, normal ve orta seviyede bir insanın davranış kriterleri esas alınarak, bu insanın en basit önlemleri almamış olması “ağır ihmal”; “ağır ihmal” derecesine ulaşmayan ihmaller de “hafif ihmal” olarak kabul edilir.⁹⁷ Dolayısıyla, “ağır ihmal” ağır kusur, “hafif ihmal” de hafif kusur olarak değerlendirilir.⁹⁸ Hâkimin gerekli özen ve dikkatin gösterilip gösterilmediğini tespit ederken kullanacağı, yukarıda bahsi geçen insan tipinin tercihine ilişkin, temel olarak iki teori vardır. Bunlardan ilki “sübjektif kriter” teorisidir. Yani hâkim her olayda, zarara sebebiyet veren kişinin kişisel vasıflarını dikkate alacaktır.⁹⁹ Diğer ise “objektifleştirilmiş

⁹² TANDOĞAN, a.g.e, s. 46-47; KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 306.

⁹³ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, 528; KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 306.

⁹⁴ DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 52.

⁹⁵ TANDOĞAN, a.g.e, s. 48; DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 52.

⁹⁶ TANDOĞAN, a.g.e, s. 48-49.

⁹⁷ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e, s. 530; EREN, a.g.e, s. 580.

⁹⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e, s. 307.

⁹⁹ TANDOĞAN, a.g.e, s. 50.

kriter” teorisidir, yani, normal ve vasat¹⁰⁰ ya da makul ve düşünceli¹⁰¹ bir kişinin aynı durumda yapacağı hareketler göz önüne alınır. Bugünkü hâkim görüş “objektifleştirilmiş kriter”i kabul etmektedir.

İdare hukuku açısından, özel hukuktaki “haksız fiil” in karşılığı “hizmet kusuru” kavramıdır. Hizmet kusurunu bir sonraki bölümde kapsamlı olarak inceleyeceğimiz için şimdilik, bu durumun yalnızca bir benzetme niteliğinde olduğunu söyleyerek idarenin sorumluluğunun, idare hukukunun kendine has özelliklerinden dolayı haksız fiil sorumluluğundan ayrıldığını ve idare hukuku kuralları ve ilkeleri etrafında düzenlendiğini söylemekle yetineceğiz. İdarenin sorumluluğunun sadece kusurdan kaynaklanmadığı, aynı zamanda illiyet bağı ölçüsünde kusursuz sorumluluğa da dayandığı uzun zamandır kabul edilmektedir. Anayasanın 125. maddesinde ifade edilen, idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödeme yükümlülüğü açısından, kusur veya kusursuz sorumluluk arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. DURAN’ın da belirttiği gibi “Danıştay... idarenin sorumluluğuna neden olarak hizmet kusuruna, hasar teorisine, kusursuz sorumluluk esasına dayanmakta, bazen de bunlarla yetinmeyerek eşitlik, hakkaniyet ve nefaset ilkelerini de sayarak hepsini birden göz önünde tutmaktadır.”¹⁰²

II. HİZMET KUSURU

A. TANIM

SARICA hizmet kusurunu, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç,

¹⁰⁰ TANDOĞAN, a.g.e, s 50-51.

¹⁰¹ DESCHENAUX, TERCIER, a.g.e, s. 53.

¹⁰² DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 8.

vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır¹⁰³ diye tanımlar.

Doktrinde birçok yazar, SARICA'nın yaptığı tanımı biraz daha sadeleştirerek ve hizmetin her türlü idari görev ve faaliyeti kapsadığını akılda tutarak, hizmet kusurunu genellikle, “idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklık” olarak tanımlamaktadır.¹⁰⁴ Hizmet kusurunun ortaya çıktığı, haller ise yaygın olarak DUEZ'den beri gelen sınıflandırmayla açıklanmaktadır. Bunlar: Hizmetin fena (kötü) işlemesi (*Culpa in commitendo*); Hizmetin hiç işlememesi (*Culpa in omittendo*); Hizmetin geç işlemesi halleridir¹⁰⁵. DUEZ'in bu sınıflandırması, kimi zaman hizmet kusurunun tanımı yerine kullanılmaktadır.

Danıştay pek çok kararında yukarıdaki tanımlardan yararlanmışır. Bir kararında hizmet kusurunu, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi olarak,

“... idarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara

¹⁰³ SARICA, Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 15, S. 4, İstanbul, 1949, s. 858-895, s. 858.

¹⁰⁴ DURAN, a.g.e, s. 26; GÜNDAY, a.g.e, s.369; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 34. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 292.

¹⁰⁵ DUEZ, Paul, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti**, çev. İbrahim ŞENİL, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950, s. 24-37; DELCROS ve d., a.g.e, s. 11-13; DURAN, a.g.e, 28-34; ESİN, a.g.e, s.31-47; GÖZÜBÜYÜK,TAN, a.g.e, s. 742-743; OZANSOY, Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s.266-275; ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s.50-75; SARICA, a.g.e, s. 887-895; ZABUNOĞLU, Y. Kazım, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara, Yetkin Basımevi, 2012, s. 713.

sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi halleri”¹⁰⁶

şeklinde sıralarken, bir diğerinde,

“İdare üstlendiği, kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi nedeniyle kişilere verilen zararın idarece giderilmesi zorunludur”¹⁰⁷

demiştir. Ancak uzunca zamandır (özellikle 2000’li yıllardan beri), kararlarında sıklıkla, hizmet kusurunu, her iki tanımı da kapsayacak biçimde, şöyle tarif etmektedir:

“İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”¹⁰⁸

1982 Anayasası, 1961 Anayasası gibi, idarenin sorumluluğunun genelliği ilkesini belirtmekle yetinmiş, bu sorumluluğun dayanağına ve koşullarına değinmemiştir. 521 sayılı eski Danıştay Kanunu gibi, 1982 yılında çıkarılan İdari Yargılama Usulü Kanunu da idareye karşı açılacak tazminat davalarının "usul" ile ilgili bazı kurallarını düzenlemekte, öze ilişkin kurallara değinmemektedir. Böylece idarenin sorumluluğunun hem dayanağını belirtme, hem de öze ilişkin koşullarını saptama işi, yargı yerlerinin takdirine bırakılmıştır. ¹⁰⁹ GÖZLER, bu durumu şöyle

¹⁰⁶ Danıştay 10. Daire, T. 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559.

¹⁰⁷ Danıştay İDDGK, T. 17.01.1997, E. 1995/752, K. 1997/57.

¹⁰⁸ Danıştay 13. Daire, T. 21.10.2015, E. 2010/1139, K. 2015/3519; Danıştay 15. Daire, T. 3.6.2014, E. 2013/4012, K. 2014/4612; Danıştay 10. Daire, T. 11.04.2012, E. 2008/11336, K. 2012/1405; Danıştay 10. Daire, T. 11.4.2012, E. 2008/11336, K. 2012/1405; Danıştay 10. Daire, T. 14.6.2011, E. 2007/3359, K. 2011/2296; Danıştay 10. Daire, T. 22.12.2006, E. 2004/1690, K. 2006/7348; Danıştay 10. Daire, T. 3.4.2001, E. 2000/227, K. 2001/1241.

¹⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 3-4, Ankara, Haziran-Aralık 1995, s. 193-199, s.193.

ifade eder: “İdari sorumluluğun ilkeleri kanunlarla düzenlenmemiştir. Bu sorumluluğun kuralları idari yargı içtihatları tarafından geliştirilir. İdari sorumluluk alanında idari yargı organlarını bağlayan temel kanunlar yoktur. İdari yargı, sorumluluk ilkelerini de kendi geliştirir.”¹¹⁰

Türk hukuk literatüründe benimsenmiş ve tutulmuş bir terim olan “hizmet kusuru”ndan bahsederken, bazı Fransız yazarlar “faute de service” (hizmet kusuru), bazıları ise “faute du service”i (hizmetin kusuru) kullanırlar¹¹¹. “Hizmet kusuru” kavramı, Türkiye’deki yargı içtihatları ve doktrinde “faute de service” in karşılığı olarak kullanılmakta olsa da, taşıdığı anlam “faute du service” dir, yani “hizmetin kusuru”dur. Çünkü “hizmetin kusuru”, ajan ve memurların hizmet sırasındaki kişisel kusurunu kapsamaz, yalnızca faaliyetteki kusuru kapsar. Oysa “hizmet kusuru” hem faaliyetteki, hizmetteki kusuru kapsar, hem de faaliyette bulunan idare tüzel kişiliği ile personelin hizmet sırasındaki kişisel kusurunu kapsar. Fakat biz, “hizmet kusuru”nu, “hizmetin kusuru” yerine kullanmaktayız. Dolayısıyla, “hizmet kusuru”ndan anlaşılması gereken aslında “hizmetin kusuru”dur.¹¹² Bunda amaçlanan şey ise, “hizmet kusuru” kavramı ile, “kişisel kusur”un zıddını ifade etmektir¹¹³. Yani personelin hizmet sırasında ortaya çıkan kişisel kusuru, “hizmet kusuru” içinde görülmemektedir. DURAN, idarenin sorumluluğuna sebep olan aykırılıklara “idari kusur”, personelin kişisel sorumluluğuna sebep olan aykırılıklara da “kişisel kusur” denmesini tavsiye eder.¹¹⁴ Fakat Türkiye’deki doktrin, “hizmet kusuru”nu “hizmetin kusuru” anlamında benimsemiştir. Biz de “hizmet kusuru”nu, doktrinde benimsenen anlamına sadık kalarak, şimdilik “hizmetin kusuru” yerine kullanacağız.¹¹⁵ Bu konuda son olarak denilebilir ki, “Türk hukuku açısından da “hizmet kusurundan sorumluluk” içtihadı dayanan bir sorumluluk ilkesi olmakla beraber; Türk içtihadının “yarattığı” bir nitelikte görülmez. Fransız uygulamasının geçirmiş olduğu

¹¹⁰ GÖZLER, a.g.e, s. 1034.

¹¹¹ ÖZDEMİR, a.g.e, s.20.

¹¹² DURAN, a.g.e, s. 26-27; SARICA, a.g.e, 1.dipnot, s.858-860; ÖZDEMİR, a.g.e, s.20-21; OZANSOY, a.g.e, s. 250-253.

¹¹³ DURAN, a.g.e, s.27; SARICA, a.g.e, s.860.

¹¹⁴ DURAN, a.g.e, s. 27.

¹¹⁵ İleride kişisel kusur ile hizmet kusuru arasındaki ilişki anlatılırken, bu konu tekrar ele alınacaktır.

evrimin “sonuçları” Türk Danıştay’ınca büyük ölçüde benimsenmiş ve kararları aracılığıyla Türk idare hukukuna aktarılmıştır.”¹¹⁶

B. HİZMET KUSURUNUN NİTELİKLERİ

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

“Hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır.”¹¹⁷

1. Hizmet Kusurunun Asli Olma Niteliği¹¹⁸

Kusurdan kaynaklanan sorumluluğu idare üstlenir, yani sorumluluk idare hukuku ilkeleriyle bağlıdır, borçlar hukukundaki haksız fiil kaidelerinden ve istihdam edenlerin sorumluluğundan farklıdır.¹¹⁹ İdarenin, personelin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu asli ve doğrudan doğrudur, istihdam edenlerin çalışanlarından dolayı sorumluluğu ise dolayısıyladır.¹²⁰ İdare, bu hükümlere

¹¹⁶ OZANSOY, a.g.e, s. 253.

¹¹⁷ Danıştay 15. Daire, T. 23.1.2014, E. 2013/3732, K. 2014/137. Danıştay, benzer ifadeleri kullandığı bir başka kararında: “İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır” demektedir. (Danıştay 10. Daire, T. 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939; Danıştay 15. Daire, T. 8.10.2015, E. 2015/3646, K. 2015/5732)

¹¹⁸ “Birinci derecede” ya da “doğrudan doğruya” olması şeklinde de ifade edilir.

¹¹⁹ ONAR, S. Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. B., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1696; SARICA, a.g.e, s.859; DUEZ, a.g.e, s. 17-18; DURAN, a.g.e, s. 27. ÖZDEMİR, a.g.e, s. 35-36. OZANSOY, a.g.e, s.256-259.

¹²⁰ “Bu bakımdan idare, personelini seçmekte, yetiştirmekte, yönetmekte ve gözetmekte gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa bile bunların hizmet veya görev kusurlarından doğan zararları “idari kusur” sebebiyle ödeme yükümünden kurtulamaz. Gerçekten, idare ile personeli arasındaki

dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. “Zarara uğrayan kimse, evvela ajan aleyhine dava açmak, hatta ajanı davaya dâhil etmek veya ödemedi aczini ispat etmek mecburiyetinde olmaksızın doğrudan doğruya idare aleyhine dava ikame edebilir... Mesul tek bir şahıs vardır. Ajanın hukuki şahsiyeti ortada görünmez.”¹²¹ “Dolayısıyla, Türk Hukuku açısından, Borçlar Kanunu’nun [66. maddesinin] devletin sorumluluğu sorununda uygulanma olanağı yoktur.”¹²²

2. Hizmet Kusurunun Bağımsız Olma Niteliği¹²³

İdarenin sorumluluğu, “idare hukukuna has, nev’i şahsına münhasır, muhtar, müstakil, orijinal bir mefhumdur.”¹²⁴ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin meşhur “Blanco” kararında¹²⁵ hizmet kusurunun bağımsız olma karakteri şöyle ifade edilmişti:

“Kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı kişilerce özel kişilere verilen zararlardan dolayı devlete düşen sorumluluk, Code Civil’de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler tarafından yönetilemez. Esasen genel ve mutlak olmayan

ilişki statüde niteliktedir ve sözleşmeli de olsa kamu hukuku düzenine bağlıdır. Bu nedenle “idari kusur” idarenin yapısından ve işleyişinden çıkan, organ ve ajanların dışında, kendine özgü bir karaktere sahiptir.” (DURAN, a.g.e., s.27.)

¹²¹ DUEZ, s.17. Bkz. ÖZDEMİR, a.g.e, s. 35; ESİN, a.g.e, s. 29.

¹²² OZANSOY, a.g.e, s.257.

¹²³ “Müstakil” , “özerk” ya da “otonom” olarak da tanımlanmaktadır.

¹²⁴ SARICA, a.g.e, s.859. Sıddık Sami ONAR da benzer şekilde şöyle ifade eder: “Hizmet kusuru, müstakil bir karakteri haizdir... Kusurun bu nev’i idare hukukuna mahsus, müstakil ve orijinal bir mefhumdur.” (ONAR, a.g.e, s.1695.)

¹²⁵ Karara konu olan olayda, devlet tarafından emanet usulü ile işletilen tütün işletmesinin işçileri tarafından kullanılan bir vagonet, caddeden geçmekte olan Agnès Blanco isimli, sekiz yaşındaki küçük bir çocuğa çarparak onun yaralanmasına sebep olmuştur. Çocuğun babası, Fransız Medeni Kanunu’nun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adli yargıda devlet aleyhine tazminat davası açmıştır. Davanın açıldığı mahkeme görev uyuşmazlığı kararı çıkarır ve dava Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelir. (CROZAT, Charles, “Fransız Amme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, çev. Ferit H. SAYMEN, C. 1, S. 3, Ağustos 1935, s. 281-302, s. 284; GÖZLER, a.g.e, s. 1020; CANDAN, a.g.e, s.164-165.)

bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişen özel kuralları vardır. Bu nedenle yukarıda açıkladığımız kanunlar çerçevesinde devletin sorumluluğuna karar verme konusunda görev idari yargı yerlerine aittir.”¹²⁶

Böylece bugünkü ayırımın temel kuralları bu kararlarla belirlenmiştir. Yani bir kamu hizmetini yerine getiren idari faaliyetler esas olarak idare hukuku kurallarına tabidir ve kamu hukukunu ilgilendiren bir davaya mahal verir. Diğer bir deyişle, bu tür faaliyetlerden kaynaklanan bütün davalar adli yargının görev alanı dışında yer alır. Ancak bunun aksine, bir kamu hizmetinin işleminin temini olmayan ve özel hukuk kaidelerine tabi olan idari faaliyetten doğan davalar adli yargının görev alanına girmektedir.¹²⁷

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

¹²⁶ T. C. 08.02.1873, “Blanco”, Dalloz, 1873, s.17; Sirey, 1873, s.153. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s.1.) DUEZ, 1873 tarihli “Blanco” kararının kendisinden önceki “Rothschild” kararındaki formülü izlediğini ve bundan daha iyi bir tesbite ulaştığını söylemektedir. 1855 tarihli “Rothschild” kararında mahkeme: “idarenin yürütmekle mükellef olduğu amme hizmetlerinin şartlarını kanunun hâkimiyeti altında düzenlemek yetkisi ancak idareye aittir. Devlet ve onun namına hareket eden birçok ajanlar ve hizmetlerden faydalanan fertler arasında amme hizmetleri dolayısıyla bu münasebetlerden doğan karşılıklı hak ve vecibelerin şümülünü ve mahiyetini bilmek ve takdir etmek de idareye aittir. Bu münasebetlerle hak ve vecibeler iki fert arasında olduğu gibi yalnız medeni hukuk kaideleri ve hükümleri ile düzenlenemez...” demektedir. (DUEZ, a.g.e., s.14-15.)

¹²⁷ BONNARD, Roger, **İdarenin Kazai Murakabesi**, çev. A. Reşid TURNAGİL, İstanbul, Devlet Basımevi, 1939, s. 182.

İdarenin sorumluluğunu özel hukuk hükümleri çerçevesinde, adli yargının görev alanına bırakan istisnalara örnek olarak şunlar gösterilebilir: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesine göre “işleteni veya sahibi devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların zararlara ilişkin olanları dâhil, bu kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür... hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu kanun hükümleri uygulanır”; savaş zararları da bu sorumluluğun kurallarına göre değil, kanun koyucunun kabul edeceği kanun hükümlerine göre tazmin edilir; terörle mücadelede görev alan güvenlik görevlilerinin uğradığı zararlar, 2330 sayılı “Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanun”a göre tazmin edilir. (CANDAN, a.g.e, s. 165.)

LAUBADÈRE'e göre "kusur... idarenin sebep olduğu zararı ödemekle yükümlü kılınması için esasî değil, koşulu oluşturur."¹²⁸

ONAR, bir kısım yazarların kusurun, sorumluluğun esasını değil koşulunu oluşturduğunu söylediklerini ifade ederek, kanımızca LAUBADÈRE'e atfen şunları aktarmaktadır: "Devletin kusura dayanan bu [mesuliyetin] medenî hukuktaki kusura dayanan [mesuliyetten] bu esaslı farklarını nazara alan bir kısım müellifler bu halde kusurun, [mesuliyetin] esasını değil şartını teşkil ettiğini söylemektedirler; gerçekten kusur mahiyeti itibariyle sübjektif hatta psikolojik bir mefhumdur. Bu bakımdan da psikolojik bir varlığı olmayan, ancak hükmî birer şahıstan ibaret bulunan devlet ve diğer idare hükmî şahısları için böyle bir kusur bahis konusu olmaz ve binaenaleyh bunların [mesuliyetinin] esasını da sübjektif ve psikolojik bir mefhum olan kusur teşkil edemez. Burada kusur, Devletin ve diğer idare hükmî şahıslarının ferdin zararlarını tazmin etmelerinin ancak bir şartını teşkil eder."¹²⁹ Ancak ona göre bu oldukça teorik bir tartışmadır ve pekâlâ kusur, sorumluluğun esasî sayılabilir.

OZANSOY, hizmet kusurundaki kusurun özel hukuktaki kusur kavramıyla özdeş olmadığı gerçeğine katılmakla beraber, bu gerçeği, hizmet kusurunun tümünden bağımsız nitelikte bir kuruma dönüşmesi için yeterli bulmamakta ve buna ihtiyatla yaklaşmak gerektiğini belirtmektedir.¹³⁰ GÖZLER de idarenin sorumluluğunun ilkelerinin özel hukuk karşısındaki ilkelerden esas olarak farklı olduğuna katılmakla beraber, VEDEL'in ifade ettiği şekilde "idari sorumluluğun maddi bakımdan özel hukuk karşısında özerkliği bakımından mutlak değil, nispi nitelikte..."¹³¹ olduğu yönündeki düşüncesini de dile getirir. Çünkü her ikisi bakımından benzerlikler de vardır. "Kusur", "tehlike" ve "manevi zarar" gibi kavramlar özel hukuktan alınmıştır.¹³² Elbette, bu tür benzerlikler mevcut olsa da bu, idarenin sorumluluğunun

¹²⁸ LAUBADÈRE, **Traité Élémentaire De Droit Administratif**, 3. B., Paris, L.G.D.J., 1963, s.612, (Nakledenler: DELCROS, a.g.e, s.4.; OZANSOY, a.g.e, s.255-256.)

¹²⁹ ONAR, a.g.e, s.1696.

¹³⁰ OZANSOY, a.g.e, s.256.

¹³¹ VEDEL, DEVOLVÉ, **Droit Administratif**, Presses universitaires de France, C. 1, Paris, 1992, s. 549. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s.1035.)

¹³² VEDEL, DEVOLVÉ, a.g.e, s.550. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s.1035-1036.)

özel hukuk sorumluluğundan farklı bir niteliğe sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.¹³³

3. Hizmet Kusurunun Anonim Olma Niteliği

İdarenin kusurdan dolayı sorumlu tutulması için kusurun “ismen, cismen, malum ve muayyen bir şahsa, tayin ve teşhis edilen bir ajan ve memura atıf ve izafesine gerek yoktur.”¹³⁴ Çünkü daha önceki bölümlerde bahsedildiği üzere, sorumluluk hukukunda illiyet bağı aranmaktadır. Zarar ile zarar verdiği iddia edilen eylem arasında mutlaka bir bağlantı olmalıdır. Bu bağı yokluğu halinde, idarenin sorumluluğu da ortadan kalkar. Zira ortada bir zarar yokken idare, tazminat ödemeyeceği gibi, ortaya çıkan zarar idareye izafe edilemiyorsa da idare sorumluluktan kurtulur.

İdare hukukunda, bu illiyet bağının bir tarafında zararın kaynağı olarak idare yer alır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus ise, idarenin bir kamu görevlisi ya da bir kamusal ajan olarak kişi üzerinde değil, bir tüzel kişi üzerinde somutlaştırılmak suretiyle taraf gösterilmesidir. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın 129. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceğini hükme bağlamıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de, kamu personelinin görevleri sırasında verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları düzenlenmiş, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, bu görevleri

Ayrıca, AYİM bir kararında, kusursuz sorumluluğa hükmederken, Borçlar Kanunu'na dayanan bir uyarılma önermiştir. Kararda, “... davacının zararının BK. 58. Maddesindeki bina malikinin sorumluluğunun idare hukuku alanında yansması biçiminde uygulanarak kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idarece giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır...” demektedir. (AYİM 2. Daire, T. 01.12.1993, E. 993/555, K. 993/519. Nakleden: GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s. 779.)

¹³³ GÖZLER, a.g.e., s.1036.

¹³⁴ SARICA, a.g.e., s.860.

yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılacağı kuralı yer almıştır. Dolayısıyla hizmet kusurunu kanıtlayabilmek için, kusuru işleyen bir kamu görevlisi aramaya, onun şahsına atıf yapmaya gerek yoktur. Hizmetin kuruluşu veya işleyişindeki bir bozukluk veya aksaklığı tespit etmek yeterlidir. DURAN'ın ifadesiyle, “idari sorumluluğa sebep olan aykırılıklar anonim sayılır, yani belli personele mal edilemez veya edilmez.”¹³⁵ Hizmet kusurunun anonim niteliği gereği idare, kendisinin değil, ajanının kusurlu olduğunu söylemek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz.¹³⁶

Conseil d'État'nın “*Anguet Kararı*”¹³⁷, hizmet kusurunun anonim bir karaktere sahip olduğunu göstermesi bakımından en iyi örneklerden biridir¹³⁸. Bu karara konu olayda, Anguet isimli bir kişi, postane kapısının normal saatinden önce kapanması yüzünden içeride kalmış, bir posta memuru tarafından personelin kullandığı başka bir kapıdan dışarı çıkarılmak istenmiştir. Anguet'yi bu kapıda gören diğer posta memurları, müşterilerin bulunmasının yasak olduğu bu bölümde bulunması nedeniyle kendisini kaba kuvvetle dışarı atmak isterlerken, Anguet'nin ayağı kapının eşiğine takılarak kırılmıştır. Anguet'nin hizmet kusuruna dayanarak idare aleyhine açtığı davada mahkeme, fiziksel güç kullanması açısından posta memurlarının kişisel kusurunu kabul etmekle birlikte -ki bunlar zaten dövmek ve yaralamaktan dolayı mahkûm olmuşlardır- postane kapısının normalden erken saatte kapatılması ve iyi düzenlenmiş bir idarede olmaması gereken, kapı eşiğinde bozuk bir çıkıntının varlığı nedeniyle hizmet kusurunun da varlığına işaret etmiştir. “Davacıyı kapı dışarı eden ajanların şahsi mesuliyeti ne olursa olsun, kendisinin uğradığı kaza, hizmetin fena işlemesine atfedilmek lazımdır.”¹³⁹ Bu nedenle

¹³⁵ DURAN, a.g.e, s. 26.

¹³⁶ “... bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindedir.” Danıştay 2. Daire, T. 9.5.2005, E. 2004/1813, K. 2005/1642; *Danıştay 2. Daire, T. 25.2.2005, E. 2004/619, K. 2005/751*

¹³⁷ CE, 05.02.1911, “*Anguet*”, RDCE, 1911, s.146. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1122.)

¹³⁸ DUEZ, a.g.e, s. 19.

¹³⁹ DUEZ, a.g.e, s. 19.

mahkeme, istenirse idare aleyhine de dava açılabilceğini belirtip, idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.¹⁴⁰

GÜNDAY, “idare hep tüzel kişilerden oluştuğuna göre, hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur, kişiselleştirilebilsin ya da kişiselleştirilemesin aslında kamu görevlilerinin kusurudur” demektedir.¹⁴¹ VEDEL’e göre hizmet kusurunda, kusuru işleyen faillerin tespit edilmesine gerek duyulmadan, doğrudan idare aleyhine dava açılabilir olması, idare hukukuna has bir özellik değildir. Özel hukukta da, istihdam edenler aleyhine doğrudan dava açmak mümkündür. O halde, hizmet kusuru, çoğunlukla yazıldığı gibi anonim ve gayri şahsi vasfı ile karakterize edilemez. Hatta çoğu zaman, “hizmet kusuru, hizmetten ayrılabilen şahsi kusur karakterini taşımayan ve hizmetin bir veya birçok ajanlarına isnad edilebilen bir kusurdur.¹⁴² VEDEL’e katılmakla beraber diğer taraftan da ONAR’ın belirttiği üzere bir hizmetin kuruluş ve işleyişindeki kusurların her zaman idarenin ajanlarına izafesi de mümkün değildir. Hizmet kusuru, kanunlardan kaynaklanan eksiklikler veya mali yetersizliklerden kaynaklanabileceği gibi hizmeti yerine getirenlerin bilimsel ve teknik bilgilerinin ya da tecrübelerinin yetersizliğinden de kaynaklanabilir. Elbette bütün bu eksiklikler birtakım gerçek kişilerin kusurudur ancak, genellikle bu kişiler milletvekilleri gibi siyasi sorumluluğa tabi şahıslardır ve asıl hizmeti görenlerin ve hatta hizmeti gören bir kısım kamu tüzel kişilerinin dışındadır. “Bir bütçe veya teşkilat kanununun noksanlığından dolayı hizmetin iyi işlememesi halindeki hizmet kusurunu muayyen bir şahsa izafe etmek ve onu hukuki mesuliyete tabi tutmak imkânı yoktur.”¹⁴³ Dolayısıyla, kamu personelinin görevden ayrılabilen kişisel kusuru istisna olmak koşuluyla¹⁴⁴, hizmet kusuru denildiğinde, kusurun öncelikle anonim bir mahiyette olduğu kabul edilmektedir.

¹⁴⁰ CE, 05.02.1911, “*Anguet*”, RDCE, 1911, s.146 (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1122.)

¹⁴¹ GÜNDAY, a.g.e, s.369.

¹⁴² VEDEL, **Droit Administratif**, C.1, Paris, 1958, s.212. (Nakleden: ÖZDEMİR, a.g.e, s. 23.)

¹⁴³ ONAR, a.g.e, s. 1695.

¹⁴⁴ Kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları söz konusu olduğunda dahi, hizmet kusurunun anonim olma niteliği gereği, idarenin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir. Danıştay İDDK, 2012 tarihli bir kararında şu açıklamalara yer vermiştir :“geniş anlamda kişisel kusur

4. Hizmet Kusurunun Genel Olma Niteliği

Kusur sorumluluğu, hem uygulamada devlete ve idare genel terimi altında ifade edilen bütün kamu tüzel kişilerine uygulanan bir sorumluluktur¹⁴⁵, hem de maddi anlamda idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı başvurulabilecek bir esastır¹⁴⁶. Fransız içtihadında, ilk zamanlar, devletle komün idareleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar medeni kanunun istihdam edenlerin sorumluluğu çerçevesinde ele alınmaktayken¹⁴⁷, bugün bu içtihat terkedilerek, sorun, bütün kamu tüzel kişileri yönünden hizmet kusuru bağlamında çözülmektedir.¹⁴⁸

5. Hizmet Kusurunun Esnek Olma Niteliği

İleride görüleceği gibi her hizmet kusuru idarenin sorumluluğunu gerektirmez. “İdarenin sorumlu tutulabilmesi için, derecesi çeşitli koşullara göre değişen bir düzensizliğin varlığı aranır.”¹⁴⁹ Her somut olayda hizmet kusuru yeniden değerlendirilerek tespit edilir.¹⁵⁰

olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanabilecek görev kusurunun mevcudiyeti halinde de, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.” (Danıştay İDDK, T. 15.3.2012, E. 2010/2740, K. 2012/194.)

¹⁴⁵ DUEZ, a.g.e, s. 22; ÖZDEMİR, a.g.e, s. 25; ONAR, a.g.e, s. 1698.

¹⁴⁶ ALTAY, Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.278; SARICA, a.g.e, s. 887.

¹⁴⁷ Bunun sebebi, komün idarelerinin bir zamanlar özel hukuk tüzel kişisi sayılmasıdır. (ONAR, a.g.e, s.1698.)

¹⁴⁸ DUEZ, a.g.e., s.22-23; ÖZDEMİR, a.g.e., s.25-26; SARICA, a.g.e, s.886.

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

¹⁴⁹ ESİN, a.g.e, s. 31.

¹⁵⁰ ONAR, a.g.e, s. 1697.

C. HİZMET KUSURUNUN ORTAYA ÇIKTIĞI HALLER

İdare hukukunda, hizmet kusurunun ortaya çıktığı haller için, yaygın olarak DUEZ'in sınıflandırılmasının kabul edildiğini söylemiştik. Bir kez daha hatırlatmak gerekirse bunlar: “Hizmetin fena (kötü) işlemesi”, “Hizmetin hiç işlememesi”, “Hizmetin geç işlemesi” halleridir.¹⁵¹

Hizmetin kötü işlemesi, diğer tüm hizmet kusurlarını kapsayacak bir ifade olarak kullanılabilir mi? Hizmetin geç işlemesi ya da hiç işlememesi (“zımni red” veya “olumsuz eylem” olarak düşünüldüğünde), aslında hizmetin aynı zamanda kötü işlemesi anlamına gelmemekte midir,¹⁵² eğer öyleyse, neden bu tür üçlü bir ayrıma gidilmiştir? Mesela, çoğu zaman geç işleyen bir hizmetin aynı zamanda kötü işlemiş olduğu düşünülebilse de, hizmetin geç işlediği, fakat kötü işlemediği durumlar da mevcuttur. Böylesi durumlarda, “gerçekten, hizmetin düzenli ve mevzuata uygun biçimde yürütülmesi yeterli olmayıp aynı zamanda belirli bir çabukluk düzeyine de erişmesi gerekmektedir.”¹⁵³ Genellikle, sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, bunun örneklerini görmekteyiz. Bir bebeğin dudaklarında morarma ve solunum güclüğü çekmesi üzerine, sevk edildiği üç farklı hastanede de boş yatak olmadığı gerekçesiyle müdahalenin gecikmesi üzerine, bebeğin ölümünün gerçekleştiği bir olayda, Danıştay şu yönde bir değerlendirme yapmıştır:

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

¹⁵¹ DUEZ, a.g.e, s.24-37.

¹⁵² YAYLA, geç işlemenin de bir tür kötü işleme olduğunu söylemektedir. (YAYLA, a.g.e, s. 364.)

¹⁵³ ESİN, a.g.e, s. 44.

yürütülmediği ve bu durumun da hizmet kusuru oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır.”¹⁵⁴

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

Aynı zamanda, uyuşmazlık konusu birçok olayda, hizmetin geç ve kötü işlemesi durumlarından her ikisinin birden gerçekleştiği durumlar da, sıkça mahkeme önüne gelmiştir. Buna örnek bir kararda Danıştay, 1993 tarihindeki 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliklerinin ikinci gününde gerçekleşen, Madımak Oteli'nin yakılmasıyla sonuçlanan olayların başlamasından, otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre boyunca idarenin, kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini alamadığı, kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmadığını tespit ederek, hizmetin *geç ve kötü* işlemesi sonucu zararların meydana geldiğine hükmetmiştir.¹⁵⁵

Bundan başka, hizmetin hiç işlememesinin geç işlemesiyle karıştırıldığı durumlar da mevcuttur. Örneğin, 1993 tarihinde gerçekleşen bir olayda, İsviçre'ye gitmek üzere havalimanında bulunan davacının, askerlikten dolayı yurtdışına çıkmasında sakınca bulunduğu ilişkin bilgisayar kayıtlarına dayanılarak, yurtdışına çıkmasına izin verilmemiştir. Davacı, her ne kadar askerlik şubesinden aldığı ve askerlik nedeniyle yurt dışına çıkmasına herhangi bir engelinin bulunmadığını gösteren belgeyi görevlilere ibraz etse de, idarenin izin vermeme yönündeki iradesi değişmemiştir. Bunun üzerine davacı, yurt dışına çıkmasına izin verilmemesi

¹⁵⁴ Danıştay 15. Daire, T. 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691.

¹⁵⁵ Danıştay 10. Daire, T. 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559.

nedeniyle kullanamadığı uçak biletlerinin bedelinin, olay tarihi itibariyle hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açmıştır. İdare mahkemesi incelemesinde, askerlik nedeniyle herhangi bir engelin bulunmadığına ilişkin “ *bu bilginin havalimanındaki bilgisayar kayıtlarına girilmemiş olması, başka bir anlatımla hizmetin geç işlemesi nedeniyle kullanılmayan uçak bileti bedeli kadar zarara uğranıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle...*”, tazminat isteminin kabulüne karar vermiştir. Davalı idare, ilgili kişi hakkındaki yurtdışı tahdidinin bilgisayar kayıtlarına geçmemesi nedeniyle uyuşmazlığın ortaya çıktığı, bu durumun, bir hizmet kusuru oluşturmadığı savıyla, anılan mahkeme kararının temyizi istemiyle Danıştay’a başvurmuştur. Bunun üzerine, Danıştay, yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak, verilen idare mahkemesi kararının, usul ve hukuka uygun olduğu, bozma nedeni bulunmadığı gerekçesiyle temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına karar vermiştir.¹⁵⁶

DUEZ’in üçlü ayrımı üzerinden hareket edildiği takdirde, olayda, idare mahkemesi, hizmetin hiç işlememesi durumunu, kanımızca hatalı olarak, geç işlemesi şeklinde yorumlamış¹⁵⁷; idare ise, ilgilinin yurtdışı tahdidinin kayıtlara geçmemesi dolayısıyla, (katıldığımız şekliyle) hizmetin hiç işlememesini, (katılmadığımız şekliyle) hizmet kusurunu ortadan kaldıracak bir neden olarak savunmuştur. Ancak sonuç itibariyle, Danıştay, (katıldığımız şekliyle) hukuka aykırılığı yeterli bir neden olarak görüp, hizmetin hiç işlememesi veya geç işlemesi tartışmasına girmeksizin, idare mahkemesi kararını onamıştır.¹⁵⁸

Eğer, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinden her biri için farklı sorumluluk rejimleri ve yaptırımlar belirlenmiş olsaydı, burada ileri sürülen tartışma bir anlam kazanacaktı. Fakat bu üç durumdan hangisi içinde

¹⁵⁶ Danıştay 10. Daire, T. 25.2.1998, E. 1996/3181, K. 1998/834.

¹⁵⁷ Çünkü dava konusu işlem tesis edildiği esnada bilgisayar kayıtlarında askerlik durumunun güncel bilgisi hiç yer almamıştır. Daha sonra gecikmeyle, kaydın yenilenmiş olup olmadığını bilmiyoruz, ama uyuşmazlığın çıktığı ilk tarihte, idare tarafından işlemin hiç tesis edilmediği açıktır.

¹⁵⁸ Danıştay 10. Daire, T. 25.2.1998, E. 1996/3181, K. 1998/834.

kalırsa kalsın, sorumluluk için hizmet kusurunu tespit etmek yeterli olacağından,¹⁵⁹ tek bir başlık altında toplamak ya da daha fazla başlıklar altında detaylandırmak, ZABUNOĞLU'nun belirttiği gibi yalnızca “hizmet kusurunun somutlaştırılması” na¹⁶⁰ yarar. Kaldı ki DUEZ'in kendisi de bu üçlü ayrımı, “hizmet kusurunu teşkil edebilen haller” başlığı altında sıralamaktadır. İctihadın gelişmesinde bu hallerin her gün çoğaldığına işaret ederek, sözü geçen kategorileri, kendilerine “az çok tekabül edilen” üçlü bir kategori olarak kurgulamıştır.¹⁶¹ Biz de OZANSOY gibi, hizmetin bir bütün ve yöneldiği amacın belli olduğunu, bu amaçla uyarlı olmayan ve zarar doğuran her idari davranışın, -önüne hiçbir sıfat almasa da- sorumluluk nedeni olarak sorgulanmayı hak ettiği için hizmet kusurunun bu üçlü ayrım içine sıkıştırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz.¹⁶² Yine de, herhangi bir kesinlik ifade etmeyeceği kaydını düşerek, bu üçlü ayrıma DUEZ'in deyimiyle “az çok” denk düşen örnekler vereceğiz.

1. Hizmetin Kötü İşlemesi

“Kamu hizmetinin değişkenliği ve uyumu kullanıcıların, zorunlu olanlar dışında hizmetlerin kaldırılmamasını ve koşullarının değiştirilmemesini istemesine

¹⁵⁹ Örneğin, “idarenin sorumluluğu, hizmetin geç işlediği takdirde azalmakta, kötü işlediğinde ağırlaşmakta, hiç işlemediğinde ise ortadan kalkmaktadır” diye bir ayırım söz konusu değildir. Ya da “her biri için ayrı mevzuat hükümleri geçerlidir” de diyemeyiz. Hizmetin hiç işlememesi durumunda, idarenin takdir yetkisi, devletin mali kaynaklarının yeterliliği gibi unsurlar, sorumluluk hususunda, genellikle idare lehine karar verilmesine neden olmaktadır. Ancak, idareyi sorumluluktan kurtaran şey, doğrudan doğruya hizmetin hiç işlememesi kategorisinin kendisi olmayıp, biraz önce belirttiğimiz, idarenin takdir yetkisi ve devletin mali kaynaklarının yeterliliği gibi unsurlardır. Yani bu kategori hiç yaratılmamış olsaydı bile, mahkeme yukarıdaki unsurları göz önüne alabilecekti. Kaldı ki, bu üç durumdan herhangi biri içinde değerlendirilemeyecek bir hizmet kusuru örneği vermek oldukça güçtür. Verilebilecek en istisnai örnek bile kanımızca, “hizmetin kötü işlemesi” içinde değerlendirilebilecektir. Önemli olan husus, hâkimin hizmet kusurunu tespit etmesidir. Yoksa hizmetin “geç işleme”, “kötü işleme” ya da “hiç işlememe” durumlarından hangisinin içinde yer aldığı değildir. Çünkü çoğu zaman yukarıda gösterildiği gibi, bu üçlü kusur tasnifi birbirinin içine geçmiş olabilir.

¹⁶⁰ ZABUNOĞLU, a.g.e, s. 713.

¹⁶¹ DUEZ, a.g.e, s. 24.

¹⁶² OZANSOY, a.g.e, s. 267.

engel olmakla birlikte, kullanıcıların varlığını sürdüren hizmetlerin hedeflediği toplumsal ihtiyacı karşılayacak içerik ve nitelikte yerine getirilmesini isteme hakkı vardır.”¹⁶³

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

“...maddi ve manevi tazminat verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda İlköğretim ve eğitimin devlet eliyle yürütülen bir kamu hizmeti olduğu, ilkokul çağındaki çocukları ana ve babalarının gözetim ve denetiminden alıp kendi görevlilerinin gözetim ve denetimine bırakan idarenin okul saatleri içinde bu gözetim ve denetimi aksatmadan sürdürmek zorunda olduğu, bu sorumluluk yalnız ders saatleri ile sınırlı olmayıp, okulda bulunan sürenin tamamını, bu arada teneffüs, yemek ve dinlenme aralarını da kapsadığı bu bakımdan Milli Eğitim kamu hizmetlerinin sadece eğitim ve öğretim yönü ile ilgili bir hizmet olmadığı, öğrencilerin gözetim ve denetimini de içeren bir kamu hizmeti olduğunu kabul etmek gerektiği, olayda bu hizmetin kötü işlediği, tazminat konusu zararın oluşum biçiminden anlaşıldığı, okul bahçesinde idarenin sorumluluğu altında kaldığı, öğrencilerin birbirlerine karşı oyun amacıyla da olsa zarar verebilecekleri göz önünde bulundurularak gerekli tedbirlerin alınması gerekirken bu tedbirlerin alınmamış olduğu, her ne kadar okul bahçesinin çöp, taş vb. maddelerden arındırılmış olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılacakla birlikte öğrencilerin teneffüs sırasında gözetimden uzak kaldığı ve ancak olayın oluşumundan sonra öğrencinin gözüne bir başka öğrenci tarafından, birbirlerine çöp atarken çöp batırılmış olduğunun anlaşıldığı, bu durum kamu hizmeti sırasında bu hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunu ortaya koyduğu, bu nedenle... toplam ... liranın dava gününden itibaren hesaplanarak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin İdare Mahkemesi kararının bozulması isteminden ibarettir.

¹⁶³ KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 274.

... İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren başka bir neden de bulunmadığından taraf temyiz istemlerinin reddi ile anılan kararın onanmasına karar verildi.¹⁶⁴

Danıştay, idare mahkemesinin, idare aleyhine hizmetin kötü işlemesi nedeniyle tazminata hükmederek sonuçlandırdığı bu davada hizmet kusurunun varlığını kabul etmiştir. Ancak 2001 tarihli başka bir kararında ise, bu örneklerle neredeyse çok benzer bir olay karşısında, idarenin sorumluluğunu bu defa hizmet kusuruna göre değil, kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirleme yolunu tercih etmiştir. İdare mahkemesi, tenefüs sırasında arkadaşının fırlattığı kalemin gözüne isabet etmesi sonucu bir gözünü kaybeden ilkokulu ikinci sınıf öğrencisinin, gözünü kaybetmesi nedeniyle ağır maddi ve manevi kayıplarının oluştuğunun tartışmasız olduğunu kabul etmiştir. Ancak, idarenin bütün önlemleri alması halinde bile bir anda oluşabilecek bir olaydan dolayı hizmet kusurunun varlığından söz edilemeyeceği gibi kusursuz sorumluluk ilkesine göre de idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. İdare mahkemesinin red kararının bozulması istemiyle önüne gelen davada Danıştay, idare mahkemesi gibi, uyuşmazlık konusu olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet

¹⁶⁴ Danıştay 8. Daire, T. 13.10.1988, E. 1987/539, K. 1988/690.

Yargıtay'da görülen benzer bir dava örneği:

Özel anaokulundaki bir çocuğun ders sırasında kâğıttan yaptığı uçağı atarak başka bir öğrencinin gözüne zarar verdiği olay neticesinde, asliye mahkemesinde açılan davayı, mahkeme, okula karşı açılan davada husumetin, zarar veren öğrenci velisine yönelmesi gerektiğinden bahisle reddetmiştir. Bunun üzerine mahkeme kararının temyizi istemiyle görülen davada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, “Davalının istihdam ettiği öğretmenin hazırlanan kâğıttan uçağı fark etmemesi, kullanılmasına engel olmaması zararlar uygun sebep-sonuç bağı olan ihmali bir eylemdir. Bu itibarla öğretmen kusurlu olmasa bile onu istihdam eden davalı Borçlar Kanununun 55. maddesi ve 27.3.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca sorumlu olduğundan gerçek zarar araştırılarak tahsiline” karar verilmek gerektiği yönünden hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Mahkemenin direnme kararının temyizen incelendiği davada, Yargıtay, önceki kararındaki gerekçeleri tekrarlayarak, öğretmen kusursuz olsa bile, çalıştıran sıfatıyla anaokulu yönetimini sorumlu bularak, mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir.(Yargıtay HGK, T. 12.04.1974, E. 1974/395, Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 2, S. 3, Mart 1976, s. 295-297. Nakleden: ÜNAL, Mehmet, “Karar Tahlili”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.36, S. 1, 1979, s. 295-304.)

kusuru olmadığını düşünmektedir. Ancak, idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararlarda nedensellik bağı aranmadan zararın tazmin edilmesi gerektiğini söylemiştir. Bu nedenle, idarenin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de sorumlu tutulmayarak davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararını hukuka uyarlı bulmamıştır¹⁶⁵.

Hizmetin kötü işlemesi genellikle, sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda:

Hatalı teşhis ve tedaviden kaynaklanan durumlarda ağır hizmet koşuluyla¹⁶⁶,

Hastanelerin hijyen şartları açısından gerekli dikkat ve özenin göstermemesi halinde¹⁶⁷

Sağlık hizmeti yürüten idarenin, genel olarak idari işleyişe ilişkin kusurlarında¹⁶⁸ ortaya çıkmaktadır.

Belediye işleri ya da bayındırlık ve tarımla ilgili hizmetler söz konusu olduğunda şu örnekler verilebilir:

Yol ve menfez yapımı sırasında davacının zarara uğramasına neden olan idare, gerekli önlemleri almayarak, gözetim ve denetim görevini gereğince yerine getirememiştir.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Danıştay 8. Daire, T. 5.6.2001, E. 2001/1439, K. 2001/2817.

¹⁶⁶ Bkz. Danıştay 15. Daire, T. 22.10.2015, E. 2014/9309; Danıştay 15. Daire, T. 22.10.2015, E. 2014/6668, K. 2015/6470;

¹⁶⁷ Bkz. Danıştay 15. Daire, T. 08.10.2015, E. 2015/6119, K. 2015/5733.

¹⁶⁸ Hastane personelinin asansör boşluğundan düştüğü olay hakkında bkz. Danıştay 10. Daire, T. 6.4.1982, E. 1982/447, K. 1982/701; Sağlık Bakanlığında hukuk müşaviri olarak görev yapan davacının, görevi başında olduğu bir sırada odasının pencere camının aniden çerçevesinden çıkarak başına düştüğü olay hakkında bkz. Danıştay 10. Daire, T. 12.10.1999, E. 1997/3244, K. 1999/4801.

¹⁶⁹ Danıştay 10. Daire, T. 6.4.1982, E. 1982/431, K. 1982/699.

Sulama hizmeti sırasında idare, tahliye kanalının ucunu gereken uygun bir yere bağlamayarak davacının arazisinde nihayetlendirmek suretiyle burasının bataklık haline gelmesine neden olmuştur.¹⁷⁰

Su taşkını olaylarında gerekli dikkat ve özeni göstermemiştir,¹⁷¹

Sıtma Savaş Başkanlığı'nın sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında bir kişinin iki ineği ölmüştür.¹⁷²

İdarenin heyelan bölgesinde yer alan karayolunun güvenliğini sağlayamaması böylece hizmeti açık biçimde kusurlu işletmiş olması sonucu kahvehanedeki ölüm olayları meydana gelmiştir.¹⁷³

Köyünde bulunan trafoda meydana gelen elektrik kaçağı sonucu davacıya ait ineklerden biri ölmüştür.¹⁷⁴

Trafik güvenliğini tehlikeye atacak eylemler idarece engellenmemiş, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereği gibi yapılmamıştır¹⁷⁵.

Kamu hizmetinin işleyişindeki yetersizlik, eksiklik ve düzensizlik nedeniyle bir çocuk sokak köpeklerinin saldırısına uğramıştır.¹⁷⁶

Bu gibi durumlarda hizmetin kötü işlediği kabul edilir.

Kolluk hizmetlerinin kötü işlenmesi nedeniyle ortaya çıkan hizmet kusuru için de aşağıdaki örnekleri sayabiliriz:

¹⁷⁰ Danıştay 10. Daire, T. 26.10.1982, E. 1982/292, K. 1982/2126.

¹⁷¹ Danıştay 10. Daire, T. 14.03.1983, E. 1982/302, K. 1983/505.

¹⁷² Danıştay 10. Daire, T. 21.2.1983, E. 1982/3147, K. 1983/322.

¹⁷³ Danıştay 10. Daire, T. 13.09.1993, E. 1993/724, K. 1993/3146.

¹⁷⁴ Danıştay 10. Daire, T. 25.02.1998, E. 1996/4292, K. 1998/833.

¹⁷⁵ Danıştay 8. Daire, T. 30.05.2005, E. 2004/4513, K. 2005/2528.

¹⁷⁶ Danıştay 8. Daire, T. 25.6.2010, E. 2010/3241, K. 2010/3782.

Tokat'ta meydana gelen toplum olayları sırasında bazı kalabalık ve saldırgan gurupların tahribe dönüşen davranışları sonucu davacının işyerinin tahrip edilmesi ve bir kısım eşyanın yağmalanması olayında Danıştay, meydana gelen olaylarda, halkın can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulünün zorunlu olduğu ve bundan doğan zararların hizmeti yürütmekle görevli idarece tazminin gerektiğine hükmetmiştir.¹⁷⁷

Malatya Belediye Başkanı ile gelini ve iki torununun, bombalı bir paketin patlaması sonucu ölmeleri nedeniyle açılan davada, Ankara Emek Postanesi'nden verilen paket üzerinde gerekli incelemenin yapılmamış olması hizmetin kusurlu işlediğini gösterdiğinden, idarenin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararı tazmin etmesi gerektiğine karar verilmiştir.¹⁷⁸

Davacıların oğul ve kardeşi olan kişinin Emniyet Müdürlüğünde işkence edilmek suretiyle öldürüldüğünden bahisle açılan davada, idarenin kendisine verilen suçu önleme ve işlenmiş bir suç nedeniyle suçun failini yakalama ve adalete teslim etme şeklindeki kamu hizmetini yürütürken bu hizmetin gerektirdiği personeli de hizmetin gereklerine uygun olarak yetiştirmek zorunda olduğu, hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı için personelini yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almayan idarenin hizmet kusuru olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Danıştay 10. Daire, T. 17.05.1982, E. 1982/2823, K. 1982/1321.

¹⁷⁸ Danıştay 10. Daire, T. 18.10.1982, E. 1982/2428, K. 1982/2068.

¹⁷⁹ Danıştay 10. Daire, T. 30.03.1983, E. 1982/206, K. 1983/665. İşkence dolayısıyla dava konusu edilen olaylara ilişkin Türkiye'deki yargı kararları oldukça zengindir. Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 1.6.1983, E. 1982/2539, K. 1983/1357; Danıştay, 10. Daire, T. 12.10.1999, E. 1997/3568, K. 1999/4782; Danıştay 10. Daire, T. 20.6.2001, E. 1999/2410, K. 2001/2637; Danıştay 10. Daire, T.

Polisin kendisine yasayla verilmiş silah kullanma yetkisi bulunmamasına ve merkezden verilen kaçan aracın lastiklerine ateş edilmesi yolundaki emre rağmen kaçan aracın yavaşladığı bir sırada ateş açması ve kurşunun lastiklerin çok üstündeki bir yerden sol arka kapı camından girerek maktulün ölümüne neden olması idarenin hizmet kusurunun açık delili sayılmıştır.¹⁸⁰

23-24 Aralık 1978 tarihlerinde Kahramanmaraş ilinde meydana gelen toplumsal olaylar sırasında davacılar murisinin öldürülmesi nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararın istemiyle açılan davada Danıştay, her ne kadar, davalı idare savunmasında gerekli önlemlerin alındığı, buna rağmen olayların meydana gelmesinin engellenemediğini ileri sürüyorsa da, güvenlik güçlerinin olayların gelişmesini önleyememiş olmaları hali bile, gerekli önlemlerin zamanında alınmadığını veya alınan önlemlerin yeterli ve etkin olmadığını gösterdiğine işaret etmiştir ve hizmet kusurunu, meydana gelen toplumsal olaylarda halkın can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya koymuştur.¹⁸¹

Patlamamış bir fünyenin köy arazisi içerisinde, insanların sürekli kullanımında bulunan bir alanda bırakılması, unutulması ya da düşürülmesinde, idarenin gerekli ve yeterli önlemleri almayarak hizmet kusuru işlediği hususunda bir çekişme görülmemiştir.¹⁸²

Örneklerden de anlaşılacağı gibi bu kategorinin sınırları pek belirgin değildir, bu nedenle hizmetin kötü işlemesine, daha sayısız örnek verilebilir. Çünkü DUEZ'in ifadesiyle "uyandırdığı pratik alakaya rağmen bilgi ve fikir bakımından zenginliği en

06.02.2009, E. 2006/1212, K. 2009/652; Danıştay 10. Daire, T. 28.9.2010, E. 2007/5028, K. 2010/6974.

¹⁸⁰Danıştay 10. Daire, T. 22.06.1983, E. 1982/775, K. 1983/1596.

¹⁸¹Danıştay 10. Daire, T. 21.03.1984, E. 1982/2715, K. 1984/631. Danıştay aynı gerekçeyi, Tarsus İlçesinde meydana gelen toplu olaylar sırasında saldırgan gruplarca bir evin tahrip ve yağma edildiği, traktörünün yakıldığı olaydan kaynaklanan zararın tazmini için açılan davanın temyiz aşamasında görüldüğü sırada da kullanmıştır. (Danıştay 10. Daire, T. 03.06.1985, E. 1982/3130, K. 1985/1156.)

¹⁸² Danıştay 10. Daire, T. 29.01.2007, E. 2004/6176, K. 2007/227.

az olan kısımdır.”¹⁸³ Fikir ve bilgi bakımından içerdiği bu eksiklik, kategorinin kapsamını genişleten bir nitelik yaratmıştır. Dolayısıyla da hizmet kusuru, hiçbir yere yerleştiremiyorsa, en kötü ihtimalle, hizmet kötü işlemiştir denilebilmektedir.

2. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin olağan sayılamayacak kadar¹⁸⁴ çok yavaş olduğu zaman, bozuk ve bundan dolayı kusurlu sayılmasıdır.¹⁸⁵ Bazı durumlarda, idarenin bir davranışta bulunması, mevzuat hükümleri uyarınca belirli bir süreye açıkça bağlanmıştır, ancak mevzuatın süreye ilişkin bir sınırlama getirmediği durumlarda da idarenin, “yürütülen hizmetin özelliği”ne göre “makul” sayılabilecek süre içinde hareket etmesi gerektiği kabul edilir.¹⁸⁶ Bu makul sürenin ölçüsü ise, zarar doğuracak sonuca yol açmakla açmamak sınırındadır. Yani idarenin harekete geçmekte gecikmesi¹⁸⁷ ve bazı durumlarda harekete geçtiği halde hizmeti geç sonuçlandırması¹⁸⁸ nedeniyle bir

¹⁸³ DUEZ, a.g.e, s. 26.

¹⁸⁴ GÜNDAY, a.g.e, s. 371.

¹⁸⁵ DUEZ, a.g.e, s. 32.

¹⁸⁶ “Yasal yükümlülüğün yerine getirilmemesi, herkes için olduğu gibi, idarenin de hukuki sorumluluğunu gerektirir. Yasadan doğan ödeme yükümlülüğünü makul sayılabilecek süre içinde yerine getirmeyen, temerrüde düşen idarenin hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü zorunlu olup; uğranılan zararın hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği açıktır.” (Danıştay İDDK, T. 19.10.2006, E. 2006/2712, K. 2006/1173.)

¹⁸⁷ “İdarenin sınavla aldığı uzman yardımcılarının üç yıl gibi uzun bir yetiştirme süresinden geçirdiği gözönüne alındığında, üç yıllık sürede kadroların hazırlanması mümkün iken, bütün bunlar yapılmaksızın durumlarına uygun boş kadro bulunmadığı gerekçesiyle uzmanlık kadrosuna atamasının yapılmamasında hukuka uyarlık bulunmadığından; idarenin kadroların hazırlanmasında gereken özeni göstermediği, hizmetin geç işlemesi nedeniyle davacının uzmanlık kadrosuna birlikte sınava girip kazandığı emsali uzman yardımcılardan daha geç atanmasında idarenin hizmet kusuru olduğu anlaşıldığından, davacının bu nedenle oluşan zararlarını ödemekle yükümlüdür.” (Danıştay 5. Daire, T. 08.07.2005, E. 2003/6682, K. 2005/3464 .)

¹⁸⁸ “Ebe olarak çalışmakta iken malulen emekliye ayrılan davacı, hakkında düzenlenen maluliyet raporu üzerine göreviyle ilişkisi kesilmesine rağmen on bir ay sonra emekli aylıkları ve ikramiyelerini alabildiğini, bu gecikmenin iki ayı emeklilik işlemlerinin tamamlanması için gerekli süre sayılsa bile dokuz aylık gecikmenin işlemlerin yapılması için gerekli süre sayılamayacağı... Yürütmekle görevli olduğu hizmeti makul sayılabilecek süre içinde yapmayarak geciktiren idarenin hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü zorunlu olup; hizmetin geç yürütülmesi sonucu kişilerin uğradığı zararın, hizmet

zarar ortaya çıkıyorsa, bu durum hizmet kusuru sayılmaktadır. Çünkü “muntazam icra olunan hizmet, mevzuat hükümlerine, idari prensiplere uygun ve gereken süratle yürütülen bir hizmettir.”¹⁸⁹

Diğer taraftan, “gecikme nedeniyle hizmet kusurundan söz edebilmek için, idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir hizmetin bulunması gerekir. Danıştay, idareye ait ödevler arasında yer almayan işlerle ilgili gecikmeyi, sorumluluğu gerektirir nitelikte görmemektedir.”¹⁹⁰ Örnek davada, milletlerarası balıkçılık kongresinde Akdeniz Balıkçılık Konseyi’ni temsilen bulunmasını isteyen davet mektubunun iki buçuk ay saklanarak kendisine verilmediği ve bu suretle kongreye katılmak imkânından mahrum bırakıldığından, idareden tazminat talep edilmektedir. Danıştay kararında şöyle demiştir:

“Hizmet kusuru sebebiyle idare aleyhine tazminata hükmolunabilmek için, idarenin ifaya mecbur olduğu hizmetin idarece yapılmaması, geç yapılması veya kusurlu ifası gerekli olup, hadisede, davacı adına memuriyet adresine gelen bir mektubun kendisine geç intikal ettirilmiş olması, davalı idarenin yapmakla mükellef olduğu hizmetler meyanında bulunmaması sebebiyle, mesnedi bulunmayan tazminat talebinin reddine...”¹⁹¹

kusuru olan idarece tazmini gerektiği açık bulunmaktadır.” (Danıştay 10. Daire, T. 01.05.1984, E. 1984/1041, K. 1984/910.)

“Bakılan davada davalı idareye ait barajın önceden yeterli önlemlerin alınmaması ve dolu savak boşaltma kanalı inşaatının geç bitirilmesi ne deniyle, yağın şiddetli yağmurlar sonucu taşarak taşkın sularının davacının ekili arazisine zarar verdiği anlaşıldığından, davalı idarenin hizmet kusuru sonucu oluşan bu zararın idarece tazmini gerekmektedir.” (Danıştay 10. Daire, T. 07.03.1985, E. 1982/3348, K. 1985/477.)

¹⁸⁹ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 69.

¹⁹⁰ ESİN, a.g.e, s. 45.

¹⁹¹ Danıştay 8. Daire, T. 03.07.1962, E. 1961/3207, K. 1962/3280. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 46; ÖZDEMİR, a.g.e, s. 74-75.)

3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesinden kaynaklanan hizmet kusuru durumunda idarenin, belirli bir kamu hizmetini yerine getirmesi gerekirken, herhangi bir sebeple bu hizmeti yerine getirmemesi söz konusudur.¹⁹² Bir hizmetin yerine getirilmediğinden söz etmek içinse, idarenin bu hususta yükümlü veya görevli kılınmış olması gerekir. Yani idarenin ödevli olmadığı bir işi gerçekleştirmediğinden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.¹⁹³ DUEZ'e göre de "hizmetin harekete geçmemekle bir kusur işleyebileceğini kabul etmek, hizmetin harekete geçmeye mecbur olması ve hareketsizliğin sonuçlarını tazmin ile mükellef bulunması demektir."¹⁹⁴ İdarenin bu gibi durumlarda hareketsiz kalması Danıştay tarafından "olumsuz eylem"¹⁹⁵ olarak kabul edilerek, sorumluluk tespit edilmektedir.¹⁹⁶

¹⁹² SARICA, a.g.e, s. 890.

¹⁹³ DURAN, a.g.e, s 30.

¹⁹⁴ DUEZ, a.g.e, s.27.

¹⁹⁵ "Deprem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bu davada... idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapip yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. Olaya bu açıdan bakınca yukarıda yapılan belirleme sonucu olayda idarelerin hareketsizliği söz konusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin "olumsuz eylem" olarak kabulü gerekmektedir." (Danıştay 6. Daire, T. 12.04.2004, E. 2004/1477, K. 2004/2115.) Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 11. Daire, T. 13.05.2008, 2006/5120, K. 2008/5262; Danıştay 11. Daire, T. 29.06.2007, E. 2005/1353, K. 2007/6248; Danıştay 11. Daire, T. 30.04.2004, E. 2001/4552, K. 2004/2026.

¹⁹⁶ "Görüldüğü gibi davacı; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan dere yatağını kum ocağı olarak kiraya veren davalı Bakanlığın, kiralanın yerlerin koordinatlarının, sınırlarının tam olarak belirlemediğini, kum ocağı işletmelerinin çevredeki taşınmazlara zarar vermemesi, dere yatağının değişmemesi için önlem almadığını, gerekli kontrolleri yapmadığını, olayda hizmet kusuru bulunduğunu ileri sürerek, uğradığını iddia ettiği zararın tazmini isteminde bulunmaktadır.

Bu haliyle dava konusu uyumsuzluk, davalı idare ile şirketler arasında yapılmış kira sözleşmesinden doğmayıp, davalı Bakanlığın, dere yatağını kum ocağı olarak kiraya verme şeklindeki idari işlemlerinden ve kum ocağı işletmelerinin çevreye zarar vermemesi yolunda gerekli denetimleri yapmamasından, önlemler almamasından, bir başka deyişle hareketsiz kalarak yaptığı idari eylemlen kaynaklanmaktadır." (Danıştay 10. Daire, T. 18.04.2006, E. 2004/8703, K. 2006/2507.)

SARICA, ister bağılı yetki içinde olsun, isterse takdir yetkisi içinde, hizmetin hiç işlememesi idarenin sorumluluğuna sebebiyet verebilir der.¹⁹⁷ Gerçekten, idarenin, “yapmama” biçimindeki iradesiyle ortaya çıkan hukuka aykırılıklarda, takdir yetkisinin konumu da önem arz etmektedir. Çünkü hizmetin hiç işlememesi, takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda sıkça görülmektedir. BONNARD’ın bir şeyi yapmak veya yapmamak hususunda koşulların gerektirdiği ölçüde idarenin karar vermekte özgür olması olarak tanımladığı¹⁹⁸ takdir yetkisi, bir başka açıdan, hiçbir zaman idarenin keyfi hareket edebilme yetkisi de değildir.¹⁹⁹ İdarenin sorumluluk sebeplerini ortadan kaldıran bir durumsa hiç değildir.²⁰⁰ Dolayısıyla, idareye karar alıp almama yönünde bir serbestlik tanınan durumlarda idarenin, sırf takdir yetkisi olduğunu iddia ederek karar almaması hukuka aykırıdır ve sorumluluğuna yol açar. Bu da şu anlama gelir: Yasal koşullar oluşmuşsa idare, karar almak ve işlem yapmak zorundadır.²⁰¹ Çünkü aslında, seçim yapma ve karar alma-almama serbestliği çoğunlukla seçim yapma ve karar alma lehinedir. “İdarenin herhangi bir nedene bağlanmadan hareketsiz kalma veya “yapmama” yetkisi yoktur.”²⁰² Eğer sebep ile konu arasındaki ilişki zorunlu hale gelmişse, idare harekete geçmek zorundadır. Çünkü DUEZ’in de belirttiği gibi, yetkinin kullanımı, kamu görevlisinin üzerine bir imtiyaz olarak değil, bir görev olarak bırakılmıştır.²⁰³

¹⁹⁷ SARICA, a.g.e, s. 890-891.

¹⁹⁸ BONNARD, a.g.e, s. 64.

¹⁹⁹ ÖZYÖRÜK, Mükbil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Teksir-Daktilo-Fotokopi, Ankara, 1972-1973, s. 132.

²⁰⁰ SARICA, a.g.e, s. 890, 52.dipnot.

²⁰¹ Danıştay bir kararında şöyle demiştir: “...7256 sayılı yasanın 1.maddesi anılan hizmetin ücret karşılığı yapılacağını öngörmüş ve bu konuda idareye kararname çıkarılması için gerekli işlemleri yapma görevini vermiştir. Davalı idarenin yasayla kendisine verilen bir yükümlülüğü yerine getirmek için gerekli işlemleri yapmaması hizmetin kusurlu olarak yapıldığını göstermekte olup, idarelerin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararları ödeme zorunda oldukları bilinen bir idare hukuku ilkesidir.” (Danıştay, 5. Daire, T. 27.03.1986, E. 1981/1654, K. 1986/410.)

²⁰² KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 499.

²⁰³ DUEZ, a.g.e, s.27.

Bazı durumlarda bağılı yetki ile takdir yetkisi birbirinin içine geçmiş olarak bulunur. “İdarenin yerindelik araştırması, maddi vakaların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, muayyen bir yönde hareket edip etmemek imkânı, harekete geçme zamanının tayini unsurlarından ihtiva olur. Bu unsurların üçünün birden ortadan kalkması halinde bağılı yetki söz konusu olur.”²⁰⁴ Yani hukuk kuralları idareye bir değer yargısı verme olanağı tanımamış bile olsa, idari işlemin yapılabilmesi açısından idareye “harekete geçmesi için uygun bir zamanın saptanmasında” ya da “maddi olayların değerlendirilmesinde” parçalı (kısmi) bir serbestlik tanıyabilir²⁰⁵. Bu durumda kullanılan yetki hala takdir yetkisi sınırları içinde değerlendirilir. Diğer taraftan, idarenin elindeki sebep ya da sonucu belirlemeye yönelik seçeneklerden bir veya birkaçı, somut olay bağlamında hukuka aykırı hale gelmiş olabilir. Takdir yetkisi böylece azalmış ya da ortadan kalkmış olabilir. Kısacası, seçeneklerin tükenmesi, idareyi tek bir işlemi yapmaya ve tek bir sonuç doğurmaya zorluyorsa, takdir yetkisinin bağılı yetkiye dönüşmesi söz konusu olur.

İdarenin atama yapmama işlemine karşı açılan davalarda bunun birçok örneğini görebiliriz. İdarenin personel istihdam etmek için karar alması ve kadro belirlemesi işlemi takdiri bir işlemdir. Daha sonra açılan bu kadro için müracaat edenler arasından, yapılan sınavda başarılı olan veya olanların atamasını yapmak ise artık takdiri olmaktan çıkmış, bağılı yetkiye dönüşmüştür. Yani atama yapma sırasında artık herhangi bir takdir yetkisi kalmamıştır. Nitekim Danıştay, sınavı kazanan davacının, güvenlik soruşturması sonucu somut olmayan delillere dayanılarak atamasının yapılmaması işlemine karşı açılan davada verdiği kararda:

“Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece "boş olan kadroya atamak veya atamamak" konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağılı yetki içine girer ... Sübjektif değer yargılarına bağılı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfilige

²⁰⁴ YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 39, S. 1-4, İstanbul, 1980-1981, s. 201-211, s. 208.

²⁰⁵ GİRİTLİ, İsmet, ve d., **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2013, s. 127.

dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşır²⁰⁶ demektedir.

Bu halde “idare, yeterli olanaklara sahip bulunduğu halde, kullanmak zorunda olduğu bir yetkiyi kullanmamak ve harekete geçmemek suretiyle bir zarara sebebiyet verdiği, kural olarak bu zararlı sonuçtan sorumlu tutulur.”²⁰⁷ Danıştay’ın da kabul ettiği gibi,

“İdareye verilen takdir yetkisinin ancak yasanın temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu edilen idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.”²⁰⁸

Öte yandan, Anayasa’nın 65. maddesinde devletin görevlerini “*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*” yerine getireceği hükmü yer alır. Bu hüküm, devletin mali kaynakların yetersizliği gerekçesiyle, idarenin bir hizmeti hiç yerine getirmediği durumlarda, hizmet kusurunun oluşmayacağı iddiasını destekleyen bir dayanak olarak görülebilir. Nitekim Danıştay’ın 1972 tarihli bir kararına konu olayda, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nce olaydan çok önceki bir tarihte Kum Çayı adında bir çay açılmıştır. Bu çay, seneler içinde biriktirdiği kum ve millerle git gide yükselerek paralelindeki Akpınar Çayı ile birleşme noktasına gelmiştir. Bu noktaya gelene kadar ise çay yatağının zaman zaman idare tarafından temizlenmiş olması gerekirken, bu hizmet hiç yapılmamıştır. Sonuç olarak Akpınar çayı, Kum çayının kendisi ile birleşmesi nedeniyle akması gereken kanaldan saparak, yönünü davacıların gayrimenkullerine doğru çevirmiştir. Uyuşmazlık, gayrimenkullerin

²⁰⁶ Danıştay 5. Daire, T. 13.03.2003, E. 2001/5253, K. 2003/796.

²⁰⁷ ESİN, a.g.e, s. 38.

²⁰⁸ Danıştay 5. Daire, T. 10.12.2004, E. 2004/3658, K. 2004/5187.

tarım yapılamaz hale gelmesinden kaynaklanmaktadır.²⁰⁹ Danıştay, önüne gelen davada,

“...Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliğiyle sınırlıdır. Dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulması mali ve teknik imkânlarla bağlı olduğundan, bu kabil hallerde doğan zararlardan devleti sorumlu tutmaya hukuken imkân mevcut değildir”²¹⁰

diyerek yukarıdaki görüşü benimsemiştir. Dava konusu olayda, DURAN’a göre Danıştay’ın bu hatalı kararının gerekçesi, sadece söz konusu uyumsuzluk için değil, bütün tam yargı davalarındaki tazminat taleplerinin reddine yol açacak bir niteliğe sahiptir.²¹¹ GÜNDAY da DURAN ile aynı yönde düşünmektedir. Ona göre mali kaynakların yetersizliği gerekçesini sınırlı tutmak gerekir, aksi halde idare her zaman bu gerekçeyi öne sürerek sorumluluktan kurtulabilir²¹². Kanımızca DURAN’ın bu karar üzerinden elde ettiği sonuç, mali kaynakların yetersizliği gerekçesini sınırlamak için oldukça dikkate değerdir. DURAN’a göre, idare bir defa bir hizmeti, çalışma programı içine almış ve hizmet alanına sokmuşsa, artık bu hizmetten geri çekilemez. Olayda, DSİ Genel Müdürlüğü, Kum Çayı’nı çalışma programına sokmuştur, hatta bu çayı kendisi açmıştır. Dolayısıyla “artık çayın bakım işlerinin idarenin mali ve teknik imkânlarına bağlı olduğundan bahisle, sorumlu tutulamayacağı kabul edilemez... bir kere başlatılan kamu hizmeti, sonradan imkansızlıklar ileri sürülerek bırakılamaz; bırakılırsa idare sorumluluktan kurtulamaz.”²¹³

²⁰⁹ Danıştay 12. Daire, T. 29.04.1972, E. 1970/5736, K. 1972/1282. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s 245.) Aktarılan bu örnek karar DURAN (a.g.e, s. 31.) ve GÜNDAY (a.g.e, s. 372.) tarafından seçilmiştir.

²¹⁰ Danıştay 12. Daire, T. 29.04.1972, E. 1970/5736, K. 1972/1282. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s 245.)

²¹¹ DURAN, a.g.e, s. 31.

²¹² GÜNDAY, a.g.e, s. 372.

²¹³ DURAN, a.g.e, s. 32.

Danıştay, 2012 tarihli bir kararına konu olayda, idareye ait kanalizasyon borusunun patlaması nedeniyle bir kişinin evini su basması sonucu oluşan zararın tazmini istenmiştir. İdare mahkemesi, “mevzuat uyarınca alınması zorunlu olan yapı ve iskân ruhsatı bulunmayan binada meydana gelen

Benzer bir değerlendirmeyi HAURIOU, Conseil d'État'nın 1899 tarihli, "Lepreux"²¹⁴ kararındaki notunda belirtmiştir. Fransa'da kolluk hizmetlerinden dolayı henüz idarenin sorumlu görülmediği bir tarihte verilen bu karar, kolluk hizmetleri konusunda sorumsuzluğun kabul edildiği son karardır. Dava konusu olayda Lepreux, meydana gelen bir kaza neticesinde uğradığı zararın tazminini isterken gerekçesinde, kazanın faillerinin polis memurları tarafından yeterli gözetime tabi tutulmamasını ve bu güvenlik önlemleri ile ilgili ihmalden dolayı devletin sorumlu tutulması istemine yer vermiştir. Mahkeme ise zararın tazmini için devletin sorumluluğuna gidilemeyeceğini, ilgili polis memurları hakkında kişisel kusura başvurulabileceğini söyleyerek tazminat istemini reddetmiştir. HAURIOU'ya göre, devlet bir güvenlik hizmetinin örgütlenmemesinden sorumlu değildir belki ama devlet, bir hizmeti bir defa örgütlemişse, onun düzenli işleyişinden de sorumludur. Bu nedenle, söz konusu karar hatalıdır, güvenlik hizmeti de diğer kamu hizmetleri gibi devletin sorumluluğunu gerektirir.²¹⁵ Bu karar ile bizim yukarıda verdiğimiz kararın red gerekçeleri birbirinden farklı olsa da, kararlara yönelen itirazlar aynı gerekçede buluşmaktadır.

zarara ilişkin davalı idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyeceği, davalı idarenin hizmet kusuru ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle"

davayı reddetmiştir. Danıştay, idarenin sorumluluğunun en temel anayasal dayanağı olan 125. maddedeki "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmünü hatırlatarak, idare mahkemesinin kararını bozarken şu gerekçeye yer vermiştir:

"*Davacıya ait binanın yapı ruhsatı ve iskân izni bulunmadığı halde, davalı idare tarafından su ve kanalizasyon hizmetlerinden faydalandırılmıştır. Bu taşınmazda anılan hizmetlerden faydalanan davacının olay nedeniyle meydana gelen zararın tamamına katlanmasını beklemek davalı idarenin yürüttüğü hizmetten kaynaklanan sorumluluğun yok sayılması anlamına gelmektedir. Bu durum ise yukarıda aktarılan Anayasal hüküm ve hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu gibi hakkaniyete de uygun değildir. Bu durumda, davalı idarenin hizmet kusuru ile davacının iskân ve yapı ruhsatı bulunmayan binada oturması nedeniyle oluşan kusur durumlarının birlikte değerlendirilmek suretiyle bulunacak kusur oranları çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda anılan gerekçelerle tazminat isteminin reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.*" (Danıştay 8. Daire, T. 13.03.2012, E. 2008/9957, K. 2012/856.)

²¹⁴ CE, 13.01.1899, "Lepreux", Sirey, 1900, s. 3. HAURIOU'nun değerlendirmesini içerir. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 21.)

²¹⁵ A.g.e, s. 21-22.

III. İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA KALDIRAN HALLER

Sorumluluğun şartları anlatılırken, ortada bir zararın mevcut olması ve bu zararın “uygun illiyet bağı” ile idareye bağlanabilmesi gerektiğini söylemiştik. Zarar ile zarara yol açan sebep arasındaki ilişki, idarenin sorumluluğu açısından, hem bir kamu hizmetini ilgilendirmeli hem de idareye yabancı bir müdahale ile kesilmemiş olmalıdır. Bu yabancı müdahale, mücbir sebep veya beklenmeyen haller söz konusu olduğunda idarenin kusur sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmakla birlikte, idarenin meydana gelen zararın etkilerine katkıda bulunduğu durumlar, sorumsuzluğun istisnalarını teşkil eder. Beklenmeyen olaylardan kaynaklanan zararların tazmini açısından kusursuz sorumluluk esasları da değerlendirilirken aynı şey, mücbir sebepler için geçerli değildir. Zararın, zarara uğrayan kişinin kendi kusurundan veya üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanması halinde ise idarenin sorumluluğu belli koşullar altında tamamen veya kısmen ortadan kalkmaktadır.

A. MÜCBİR SEBEP

“Mücbir sebep, yer sarsıntısı, feyezana, ihtilâl gibi evvelden takdir ve tahmini kabil olmayan, menşei tabii, içtimaî veya hukukî olması itibariyle failin dışında kalan yani hakikî veya hükûmî bir şahsın irade ve fiilinin tamamen dışında kalmış olan ve bu şahıs tarafından önlenmesi mümkün bulunmayan hâdiselerdir.”²¹⁶ Bu tanımdaki mücbir sebebin kaynağı durumlara, yıldırım, kasırga, bora, toprak ve dağ kayması, çığ, sel vb. gibi doğa olaylarını ekleyebiliriz. Bunun yanında, harp, ayaklanma, ekonomik abluka, ihtilal, olağanüstü durumların yol açtığı yağmacılık, çapulculuk

²¹⁶ ONAR, a.g.e, s. 1719.

“Mücbir sebep, ‘yer sarsıntısı, feyezana, ihtilal gibi, önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibariyle failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önleme olanağı bulunmayan ‘olaylar’ dır.” (Danıştay 12. Daire, T. 18.06.1975, E. 1972/2721, K1975/1343, Amme İdaresi Dergisi, C. 8, S. 3, s. 213. Nakleden: YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 45-59, s. 47.)

gibi toplumsal olaylar²¹⁷ da mücbir sebepler arasında sayılmaktadır. Kanaatimizce, doğa olayları dışındaki bu tip durumların, birazdan sayacağımız önlemez, öngörülemez ve dışsal olmak karakterlerini tam olarak taşıyıp taşımadığı tartışmaya açıktır. Örneğin, olağanüstü durumlardan kaynaklanan yağmacılık olayları için, bir süre için önlemez olduğunu kabul etsek bile, ne ölçüde idareye dışsal veya öngörülemez olduğunu iddia edebiliriz? Bu nedenle, mücbir sebeplerden bahsedildiğinde, bizim aklımıza ilk olarak doğa olayları gelmektedir.

Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, bir olayın mücbir sebepten ileri geldiğini söyleyebilmek için, “öngörülemez”, “önlenemez” ve “dışsal” olma kriterlerini sağlaması gerekir. Diğer taraftan, yukarıda sayılan deprem, sel, fırtına vb. durumlar, mücbir sebebin kaynağı olarak gösterilmiş olsa da, sadece kendi başına varlıkları, onları mücbir sebep yapmaya yetmez. Söylediğimiz üç kriterin de “aynı anda” gerçekleşmiş olması gerekliliğinin yanında, bu durumların “olağanüstü ağırlıkta ve yoğunlukta” olması gerektiği de kabul edilir. Bütün bunlar gerçekleştiğinde, idari bir davranış ile zarar arasında illiyet bağının bulunamayacağı²¹⁸, daha doğrusu, bu tip durumların, illiyet bağı varsa bile bu bağı kestiği, ortadan kaldırdığı²¹⁹ kabul edilir. Dolayısıyla idarenin, kural olarak ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğu vardır. Hemen eklemek gerekir ki, “kural olarak sorumsuzdur” dedik, çünkü eğer idarenin, mücbir sebepten ileri gelen zararın ağırlaşmasına katkısı bulunmuşsa, kısmen sorumlu tutulabileceği de kabul edilmektedir. Şimdi, mücbir sebebin bahsettiğimiz kriterlerine daha yakından bakacağız.

²¹⁷ ESİN, “Esas”, s. 237; GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, 1977, Kazancı Yayınları, Ankara, s. 26.

²¹⁸ GÜNDAY, a.g.e, s. 384.

²¹⁹ GÖZLER, a.g.e, s. 1334.

1. Öngörülemezlik

Olayın meydana geleceği, önceden sezilemez, tahmin edilemez,²²⁰ bu akla gelse bile olayın sonuçları, baştan tahmin edilemeyecek boyutlarda etkilidir.²²¹ Öyleyse mücbir sebep, o güne kadar hiç görülmemiş, rastlanılmamış, öngörülemeyen olaylara²²² karşılık gelmektedir denilebilir. Çünkü daha önceden gerçekleşmişse, bir kez daha gerçekleşebileceği tahmin edilebilir ki böyle olduğunda ise artık mücbir sebep sayılamaz. Diğer taraftan, mücbir sebep sayılan durumların, aslında o güne kadar benzerleri yaşanmış ve az çok bilinen olaylar²²³ olduğunu da itiraf etmek gerekmektedir. Bu bilinen olaylarınsa “bazıları”, “bazen” mücbir sebep sayılır²²⁴, her zaman değil. Örneğin, Türkiye Deprem Bölgeleri Haritasına göre deprem bölgesi olarak belirlenen bir yerde meydana gelen depremin mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, somut olayın özelliklerine göre yeri, zamanı, koşulları bakımından yapılacak değerlendirmeden sonra mümkün olacaktır.²²⁵ Bunu takdir edecek olan idari yargıdır.²²⁶ Yargıcın da bir olayın öngörülebilir olup olmadığını takdir ederken başvuracağı kriterler şunlardır:

Zarara yol açan olay, olağan mıdır yoksa olağan dışı mıdır? Sık sık karşılaşılan olayların mücbir sebep sayılmaması gerekir.

²²⁰ SELİÇİ, Özer, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 61- 69, s. 64.

²²¹ YAYLA, a.g.e, s. 50; KUTLU, Meltem, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, C. 32, S. 4, Aralık, 1999, s. 15-27, s. 20.

²²² ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 209;

²²³ YAYLA, a.g.e, s. 50; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 6. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 609;

²²⁴ YAYLA, a.g.e, s. 50.

²²⁵ KUTLU, a.g.e, s. 20-21.

²²⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, a.g.e, s. 87.

Olayın yer ve zamanı belirlenebilir midir? Belirlenebiliyorsa, örneğin belli mevsimlerde veya belli aylarda daha önce rastlanmışsa artık öngörülemez değildir²²⁷.

Olayın yoğunluğu ve süresi de önceden bilinen ve yaşanmış bir olaya mücbir sebep niteliği kazandırabilir. Örneğin yağışların zaten çok sık yaşandığı bir bölgede, bu defa yağışlar öyle bir yoğunlukta yaşanmış ya da o kadar uzun süre devam etmiştir ki, aslında olağan sayılabilecek bir doğa durumu, öngörülemez olduğu ve önlenemediği için mücbir sebep kabul edilir.²²⁸ Ancak unutulmamalıdır ki, “olay ne kadar ağır olursa olsun, zarar ne kadar büyük olursa olsun, söz konusu olay öngörülebilir nitelikteyse, bu olay mücbir sebep oluşturmaz.”²²⁹ Mücbir sebep sayılması için yağışın, idarenin sahip olduğu ölçüm teknikleri ve imkânları ile elde edilen hava tahminlerini, olağanüstü ölçüde aşan bir yoğunluk veya sürede gerçekleşmesi gerekir.

2. Önlenemezlik

Bir olayı mücbir sebep olarak nitelemek için idarenin, ortaya çıkan zararları önlemeyi ne kadar istese ve bütün tedbirleri alsada önleyememesi gerekir. Öngörülemezlik için söylediğimiz, olayın olağanüstü yoğunlukta olması özelliği, önlenemezliği için de tekrarlanabilir. “Olağanüstü ağırlıkta olmayan, kendisine dayanılabilen, kendisine karşı konulabilen olaylar mücbir sebep teşkil etmez.”²³⁰

Önlenemezliğin, öngörülemezlikle adeta birleştiği, öngörülebilenin, aynı zamanda önlenebilir de olduğu söylenmektedir,²³¹ ancak önlenemezlikle ifade edilmek istenen aslında genellikle, mücbir sebep sayılan hallerden kaynaklanan “zararların” önlenemeyeceğidir. Bu durumda, idarenin öngörebilse dahi, bir depremi ya da sağanak yağışları önleyebilmesi beklenemez, bunlardan kaynaklanacak olan zararları önlemesi beklenir. Diğer taraftan, bu doğa olaylarından kaynaklanan

²²⁷ YAYLA, a.g.e, s. 51.

²²⁸ YAYLA, a.g.e, s. 53-54; ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 209;

²²⁹ GÖZLER, a.g.e, s. 1330.

²³⁰ GÖZLER, a.g.e, s. 1132.

²³¹ ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 209.

zararları önleyebiliyorsa da, bu olaylar artık mücbir sebep sayılmazlar. Bazen ise bu hallerden bazıları, öngörülebiliyorsa gerçekten önlenabilir anlamına da gelir. Yani bir doğa olayının sadece zararları değil, “kendisi” de önlenabilir. Örneğin heyelan riski, teknik, bilimsel yöntemlerle en aza indirilebilir veya ortadan kaldırılabilir, yani gerçekleşmesinin önüne geçilebilir. Buradan anlaşılacağı gibi önlenemezlik, mücbir sebep olarak sayılabilecek bir durumun yaratacağı zararlardan tamamen kaçınabilmeyi kapsadığı gibi kısmen kaçınma olanağını da kapsar.²³² Dolayısıyla, bu tip önlenilmesi veya etkilerinin azaltılması mümkün olaylar, mücbir sebepler arasında sayılmaz. Çünkü eğer mümkünse, idareden harekete geçmesi ve olanakları ölçüsünde müdahil olması beklenir.

İdarenin, faaliyet yerini seçerken doğa olaylarını dikkate alması, bireylerin karşılaşabilecekleri tehlikelere karşı onları uyarması, bu tehlikelere karşı etkin tesis, araç ve gereçlerini seferber etmesi gerekmektedir.²³³ Bu yönlerden bir eksiklik tespit edildiği takdirde idare, kusuru ölçüsünde sorumlu olacaktır.

3. Dışsallık

İdareyi, meydana gelen zarardan sorumlu tutabilmek için, davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. İdarenin sorumluluktan kurtulabilmesi için de, diğer kriterlerin yanında, zarar ile idarenin iradesi arasındaki illiyet bağının, idareye yabancı bir müdahale ile kesilmiş olması gerekir. Buradaki “yabancılık” sıfatı, idareye ilişkin bir uzaklığa işaret eder. Zararın kaynağının idareye yabancı olması dışsallık için yeterli bir koşuldur. Bu yabancılık aynı zamanda, idarenin tüzel kişiliği, tesisleri, araç ve gereçleri veya personeli ile de hiçbir şekilde bağ kurulamaması gerektiği anlamına da gelmektedir. Bu koşullar altında “mücbir sebep daima bir dış kuvvetin eseridir.”²³⁴

²³² KUTLU, a.g.e, s. 21.

²³³ YAYLA, a.g.e, s. 55-56.

²³⁴ DÜREN, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 447, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 331.

GÖZLER, buraya kadar anlattığımız mücbir sebep şartlarını “kümülatif şartlar” olarak adlandırmaktadır. Yani, “bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için bu üç şartı birlikte yerine getirmesi gerekir.”²³⁵ Dolayısıyla, idareye dışsal olan ve öngörülemeyen, fakat önlenabilir olan; öngörülemeyen ve önlenemeyen, fakat idareye dışsal olmayan olaylar, mücbir sebep teşkil etmezler. Sonuçları açısından mücbir sebepler, zararın doğması veya önlenememesine yol açmış ise idare, hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluktan kurtulur.²³⁶ Çünkü mücbir sebepten doğan zararları idareye yükleyebilme ve zararlar hizmet arasında illiyet bağı kurabilme olanağı yoktur.²³⁷

Mücbir sebeple ilgili son olarak, Danıştay’ın görüşlerine yer vererek, somut olayların mücbir sebep kapsamında mahkemece nasıl değerlendirildiğini göstermeye çalışacağız. Zaten yukarıda mücbir sebep teşkil eden olayları sayarak kriterlerini belirtmiştik. Böyle durumlarda idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Burada vereceğimiz örnekler ise, mücbir sebep olarak adlandırılan birtakım olaylardan doğan zararların artışına idarenin katkıda bulunduğu ve bu nedenle hizmet kusurundan dolayı sorumlu olduğu örnekler olacaktır. Öncelikle, mücbir sebep denildiğinde, nedense –bizim de yaptığımız gibi ilk olarak deprem örneği verilmektedir. Oysa özellikle 1999 Marmara Depreminin yol açtığı olağanüstü yıkım ve can kaybından sonra, idarenin deprem öncesi ve sonrasında, doğması ihtimali olan zararları önlemeye veya doğmuş olan zararları azaltmaya yönelik faaliyetleri bakımından “en temel kamu hizmetlerinin bile gereği gibi veya hiç işlemediği”²³⁸ görüldükten sonra, deprem denilince artık ilk olarak mücbir sebep ve sorumsuzluk değil, hizmet kusuru ve idarenin sorumluluğu akla gelmektedir. 1999 yılına gelmeden önce bile, 1992 tarihinde yaşanan Erzincan Depremi sonucu, bir Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesinin, ikamet ettiği lojmanın yıkılması nedeniyle

²³⁵ GÖZLER, a.g.e, s. 1332.

²³⁶ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 49; ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 208; GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s. 775; ÇAĞLAYAN, a.g.e, s. 614; ZABUNOĞLU, a.g.e, s. 734; GÖZLER, a.g.e, s. 1334.

²³⁷ ESİN, a.g.e, s. 238; ÖZAY, a.g.e, s. 773.

²³⁸ ULUSOY, Ali, “Deprem ve Kamu Hizmetlerinin Etkinliği”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 54-56, s. 56.

uğradığı zararın tazmin edilmesi için açtığı dava sonucunda, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun verdiği karar, depremin bir mücbir sebep olarak her zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığını göstermesi açısından önemlidir.²³⁹

Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesinin açtığı tam yargı davası sonucunda, Sivas İdare Mahkemesi'nin tazminat talebini kabul ettiği ve Danıştay 10. Dairesi tarafından bozulan kararı şu yöndedir:

“...çoğu zaman idarenin risk taşıyan hizmetlerinden doğan zararlar ve bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında bazı kimselerin olağandışı olarak uğradığı zararlardan da idarenin kusuru aranmaksızın bu zararların yine kamuca karşılanması, kamuya yayılmasının gerektiği, idarenin bu zararın tazmini ile yükümlü tutulabilmesi için idarenin zarar doğurucu bir tutum ve davranışının varlığı bu tutum ve davranış sonucu doğan özel nitelikte ve gerçekleşmiş bir zararın bulunması ve bu zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği, burada yönetimin zarar doğuran davranışı bir etkinlik olabileceği gibi hareketsiz kalma şeklinde de olabileceği...”

...10 yıl önce 6 daire olarak satın alındığı, binanın tamamen zemin kata yığıldığı, bina kalıntılarında yapılan incelemelerden I. derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatılarının beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğunun belirtildiğinin anlaşıldığı, bu lojmanların... Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığının... teklifi üzerine... Bakanlık oluru ile satın alındığı, özel kişilerce yapılmış bu binaların satın alınması sırasında bedelinin tespiti dışında hiçbir teknik incelemenin yapılmadığının anlaşıldığı, öte yandan; davacı kamu hizmeti ifası için Erzincan'da bulunmakta olup diğer meslektaşları ile kıyaslandığında özel ve olağandışı bir zarara uğradığı, her ne kadar deprem felaketi *umulmayan bir durum* ise de idare hukukunda; umulmayan hal ile hizmet arasında zahiri bir ilişki

²³⁹ Bizden başka, mücbir sebep olarak depremi ele alan pek çok yazar da, Danıştay'ın bu kararını örnek olarak kullanmaktadır. Bkz. ÖZKAN, Oğuz, “İdari Yargı Uygulamasında Doğal Afetler”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 123- 172, s. 144-151; KUTLU, a.g.e, s. 20; GÖZLER, a.g.e, s. 1334; ERKUT, Celal, “Deprem ve İdare'nin Sorumluluğuna Danıştay'ın Yaklaşımı”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 44-49, s. 49; GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s. 777-778; ÇAĞLAYAN, a.g.e, s. 613; EVREN, a.g.e, s. 292-293.

olduğundan; bunun yol açtığı zarar idari bir hasar niteliğinde kabul edilerek "hasar" kuramına göre idarenin sorumluluğunun kabul edildiği, umulmayan hal hizmet kusurunu ortadan kaldırdığı halde, kusursuz sorumluluğu önleyemeyeceği, bu durumda lojmanın satın alınması sırasında idarece deprem bölgesi olan Erzincan'da satın alınan binanın gerekli teknik şartları taşıyıp taşımadığı hiç araştırılmadığından idarenin kusurlu bulunduğu... 1. derecede deprem bölgesi olduğu da bilinmekte olduğundan, "deprem" felaketinin idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle, davacının maddi ve manevi tazminat isteminin reddi yolundaki davalı idare işleminin iptaline, maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne”

karar verilmiştir. Bu karar, davalı bakanlık tarafından temyiz talebiyle Danıştay 10. Dairesinin önüne gelmiştir. 10. Daire,

“...idari hizmetlerin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradıkları özel nitelikteki zararların, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla idarelerce tazmininin hukukun genel kurallarından olduğu... olayda, davacı tarafın...meydana gelen deprem sonucu kalmakta olduğu lojmanın yıkılması nedeniyle zarara uğradığını belirterek, zararın gerekli teknik yeterliğe sahip olmayan lojmanı almakla hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği öne sürülmekte ise de, zararın *mücbir sebep* sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği, kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak, zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği, bu duruma göre de olayın gelişimi ve zararın belirtilen niteliği karşısında idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye olanak bulunmadığı, öte yandan, gerek mahkeme kararında hükme esas alınan teknik rapor, gerekse temyiz dosyasına davacı tarafından ibraz edilen raporlar, olayda idarenin *mücbir sebep dışında tazmin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte bir kusurunun varlığını somut ve kesin verilerle ortaya koymadığı*, davacının uğradığı zararın mücbir sebepten ileri gelmiş bulunması karşısında; mahkeme kararında olayın umulmayan hal olarak nitelendirilerek, bu gibi hallerde zararın hasar kuramına göre idarece tazmininin kural olduğu, kaldı ki idarenin hizmet kusurunun da bulunduğu yolundaki irdelemede de hukuki isabet görülmediği, zira umulmayan halin idarenin faaliyetleri içinde doğan sebeplerden kaynaklandığı, bu özelliğiyle de idarenin faaliyetleri dışında doğan mücbir sebepten ayrıldığı, bu ayrım nedeniyle

depremin umulmayan hal olarak nitelendirilmesine olanak olmadığı gibi umulmayan hallerde nedensellik bağı kurulması koşuluyla idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilebilirken nedensellik bağı bütünüyle ortadan kalkan mücbir sebep hallerinde idarenin tazmin sorumluluğuna gidilemediği”

gerekçesiyle bozmuştur. İdare Mahkemesinin ısrar kararı vermesi üzerine bakanlıkça talep edilen temyiz incelemesini yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, temyiz talebini reddederek idare mahkemesinin ısrar kararını onarken, kararında şu gerekçelere dayanmıştır:

“İdare üstlendiği, kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi nedeniyle kişilere verilen zararın idarece giderilmesi zorunludur.

... bilirkişi kurulunca mahallinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen teknik raporda, binanın tamamen yıkılarak boş olan ve garaj olarak kullanılan zemin kata yığıldığı, bina kalıntılarında yapılan incelemede 1.derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatıların beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığı, idare tarafından gönderilen işlem dosyasında ise lojmanın 14.6.1984 tarihinden özel bir şahıstan hiç bir teknik inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... İlinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin *hizmet kusurunun* bulunduğu anlaşılması nedeniyle davacıya ... maddi ve... manevi tazminat ödenmesine karar verildiği, mahkemenin, maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddine ilişkin temyize konu kararının usul ve hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır.”²⁴⁰

Görüldüğü gibi, “mücbir sebep kavramı göreceli bir kavramdır. Somut olayın özelliklerine göre yeri, zamanı, koşulları vs. bakımından yapılacak değerlendirmeden sonra, deprem mücbir sebep olarak nitelendirilebilir.”²⁴¹ Bu karar da göstermektedir ki, deprem bir mücbir sebep olarak, her ne kadar idarenin sorumluluğunu ortadan

²⁴⁰ Danıştay İDDGK, T. 17.01.1997, E. 1995/752, K. 1997/57. (Vurgular yazara aittir.)

²⁴¹ KUTLU, a.g.e, s. 20.

kaldırın sebeplerden sayılsa da idarenin, depremin yol açtığı zararlarda artış meydana getiren kusurlu davranışları, hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunu gerektirebilmektedir. Dolayısıyla depremin mücbir sebep olarak nitelenmesi, idarenin depremden kaynaklanan zarara katkısından dolayı sorumluluğunu etkilememektedir.

Diğer taraftan, idarenin bir katkısı olmasaydı bile, günümüzde depremin artık mücbir sebep alanından çıkma eğiliminde olması, çoğu durumda idarenin sorumluluğunun söz konusu olmasını mümkün kılmaktadır. YAYLA'nın söylediği gibi, "gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır."²⁴² Bu gelişmeyle, deprem bölgeleri, hazırlanan haritalarla önceden bilinebilmekte, dolayısıyla artık öngörülü idareler, deprem ihtimalini göz önünde tutarak gerekli önlemleri alma ve zarardan kaçınma imkânına sahip olmaktadır.²⁴³ Böyle olmakla birlikte, idarenin bu yönde yürüteceği hizmetlerin birer kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, sorumluluğun tespitini kolaylaştırmakta ve fakat idarenin, üzerine düşen kamu hizmetini etkin bir şekilde yürütmesi için yeterli olmamaktadır. Kaldı ki idarenin, deprem öncesindeki imar uygulamaları ve depremden sonra yürütmesi gereken hizmetler, ilgili mevzuat uyarınca düzenlenmiştir. Bunlara aykırı olarak yürüteceği hizmetlerden dolayı zaten her zaman sorumlu tutulabilmektedir.²⁴⁴ Danıştay, bir kararında bu durumu çok açıklayıcı bir dille şöyle ifade etmiştir:

²⁴² YAYLA, a.g.e, s. 58.

²⁴³ KUTLU, a.g.e, s. 22.

²⁴⁴ Bkz. a.g.e, s. 22-26.

AZRAK, hizmet kusuru çerçevesi içinde ele alınabilecek hususlara, "ruhsata aykırı inşaatı yeterince izlememek ve yaptırımların çıkar karşılığı uygulanmasından sarfi nazar edilmesi, yapının deprem yönetmeliğine uygun bir biçimde yapılmaması, denetlemenin yetersizliği vb. sorumluluk sebepleri" örnek göstermektedir. (AZRAK, A. Ülkü, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 50-53, s. 51.)

Danıştay bir kararında, "...deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin

“ülkemizin, jeolojik ve topoğrafik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol açan deprem felaketleriyle sık sık karşılaşan ülkelerin başında geldiği, afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araştırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ülke içindeki bilimsel, teknik ve idari çalışmaları koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası işbirliği, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ülkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliştirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmanın devletin yetki, görev ve sorumlulukları arasında olduğu, deprem olgusunun doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi hatta ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu, depremin, yeri, zamanı, koşulları vs. bakımından yapılacak değerlendirmelerden sonra mücbir sebep olarak değerlendirilebileceği, öngörülemezlik ölçütünün uygulanabilmesi için yer ve zaman olarak öngörmenin mümkün olmadığı fakat önlenemezlik ölçütü bakımından tedbirli ve öngörülü bir idareden beklenen özeni göstermesi sonucunda öngörülemeyen doğal olayın yaratacağı zarardan kısmen veya tamamen kaçınma olanağının mümkün olduğu, bu zarardan kaçınmak için idarenin gerekeni yapmaması durumunda ise hizmet kusurundan sorumlu olacağı...

...Türkiye gibi birinci derecede deprem bölgesinde bulunan ve sık sık depremlerin olduğu ve gelecekte de olacağı bilinen bir ülkede, depreme dayanıklı, deprem koşullarına uygun bir bina olmadığı, deprem nedeniyle sadece bu hizmet kusurunun ağırlaştığı, dolayısıyla davalı idarenin meydana gelen zararı hizmet kusurunun bulunması nedeniyle tazmin etmesi gerektiği...”²⁴⁵

tazmin sorumluluğu altında bulunduğu söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur” demiştir. (Danıştay İDDK, T. 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108.) Dolayısıyla, depremden kaynaklanan bütün zararlardan sorumlu tutulamaz. Zararların ne kadarında veya hangi zararlarda idarenin katkısının bulunduğu tespiti de, bütün delillerin özenli bir incelemesini yapacak olan idari yargıcın takdirindedir.

²⁴⁵ Danıştay 6. Daire, T. 19.03.2004, E. 2004/359, K. 2004/1691.

Danıştay'ın kararın son paragrafında belirttiği gibi deprem, Türkiye'de sık sık yaşanan ve gelecekte de yaşanacağından emin olduğumuz bir doğa olayıdır. Bu nedenle deprem, mücbir sebep olmaktan çok, "hizmet kusurunu ağırlaştırır" bir sebeptir. Tartışılması gereken asıl konu, bu sorumluluğun, depremin yol açtığı zararları engellemekteki etkililiğidir. Çünkü sorun genellikle, tam da "kamu hizmeti statüsüne sokulmuş faaliyetlerin düzgün ve etkin işletilememesinden kaynaklanmaktadır."²⁴⁶ Bütün bunlarla birlikte deprem olgusunun artık mücbir sebep kategorisinin dışına çıkması, idarenin sorumluluk alanının genişlediğine işaret ederken, aynı zamanda yargı kararlarıyla, idarenin kendisinin de bu sorumluluğunun farkında olmasına zorlamaktadır.

Verilen ilk dava konusu olay²⁴⁷ hakkında belirtmek istediğimiz bir başka husus daha vardır ki karara bakıldığında, idare mahkemesi depremi beklenmeyen hal olarak görmüş; Danıştay 10. Dairesi buna katılmayarak mücbir sebep nitelmesi yapmış; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise, idare mahkemesi kararını onarken, ne mücbir sebep ne de beklenmeyen hal tartışmalarına girmiş, konuyu hizmet kusuru bağlamında değerlendirmiş olduğu görülmektedir. Şimdilik, bizim katıldığımız görüşün sonuncusu, yani hizmet kusuru kuramı olduğunu söylemekle yetineceğiz. Bu konuyu, bir sonraki başlıkta, beklenmeyen hal anlatıldıktan sonra, benzerlik gördüğümüz başka bir karar ile birlikte tekrar değerlendirmek üzere şimdilik burada noktalıyoruz.

Danıştay'ın kararlarına baktığımızda da görülüyor ki, zarara yol açan tabii bir afet, ne önlem alınırsa alınsın engellenemeyecek dahi olsa mahkeme, öncelikle idarenin gerekli önlemlerini aldığını ve fakat engellenmesinin imkânsız olduğunu görmek istemektedir. Yani mücbir sebep ancak şu halde idareyi sorumluluktan kurtarmaktadır. İdare üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yürütmüştür, ancak zarara yol açan sebep o kadar tahmin edilemez ve önüne geçilemezdir ki, bütün öngörüler ve önlemlere rağmen yine de zararlı sonuç ortaya çıkmıştır. Örneğin, 2010 tarihinde Kocaeli'nin bir beldesinde yağın yoğun yağmur sonrasında, ani şekilde

²⁴⁶ ULUSOY, a.g.e, s. 55.

²⁴⁷ Danıştay İDDGK, T. 17.01.1997, E. 1995/752, K. 1997/57.

gelen su baskını nedeni ile uğranılan zararın, idarenin sorumluluğunda olan menfez ve geçiş kanallarından kaynaklandığından bahisle, idarenin kusurlu olduğu iddiasıyla açılan davada idare mahkemesi, Meteoroloji Genel Müdürlüğüne gönderilen belgelerle, mevsim normallerinin çok üstünde yağın yağmurların "şiddetli yağış" karakteri taşıdığı belirlendiği, için yoğun yağışları mücbir sebep olarak değerlendirmiş ve zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine Danıştay,

“İdare Mahkemesince, meydana gelen yağışların "doğal afet" niteliğinde olduğu, mücbir sebep hali sebebiyle olayda idarenin sorumluluğu bulunmadığı yönünde hüküm kurulmuş ise de; sözü edilen tarihlerde meydana gelen yağışların doğal afet niteliğinde bulunup bulunmadığı teknik bir konu olduğundan, öncelik bu hususun, bilirkişi olarak tayin edilecek bir meteorolog tarafından düzenlenecek rapor dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir.

Dava dosyasında yer alan ve adli yargıda açılan tespit davasında tayin edilen bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, davacının zararının, karayolunun kenarında yağış sularını boşaltabilecek yeterli açık kanal hendek veya menfezlerin bulunmaması sebebiyle oluştuğu ifade edildiğinden, bilirkişi incelemesi sonucunda anılan yağışların doğal afet niteliğinde bulunmaması veya doğal afet niteliğinde bulunmakla birlikte tahliye kanallarının açık ve yeterli olması halinde, oluştuğu ileri sürülen zararın meydana gelip gelmeyeceği hususunun da, aralarında inşaat mühendisinin de yer aldığı bir bilirkişi heyetince irdelenmesi gerekmektedir”²⁴⁸

²⁴⁸ Danıştay 10. Daire, T. 9.9.2015, E. 2012/1539, K. 2015/3678.

1982 tarihli, benzer bir karara konu olayda da Danıştay, açıkça idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu dile getirmiştir.

“İdare kendisine verilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi için önce gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın aynı, şahsi ve mali olanak ve araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlüdür. Bunların zamanında sağlanmaması ve yerine getirilmesindeki kusur sonucu hizmetin hiç işlememesi veya geç ve noksan işlemesine sebebiyet verilmiş olması idareye bu nedenle zarar gören kişilerin bu zararlarının tazmini sorumluluğunu yükler... bilir kişi tarafından yerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapordan ve tesbit tutanağından mevcut yolu sel baskınından koruyan menfezlerin düşünülmediği, yolun araziye doğru eğilimli olması nedeniyle menfezler den geçen yağmur sularının sel baskını halinde tarlanın aşınmasına ve ekili mahsulün ziyan olmasına neden olduğu, mevcut menfezler iptal edilerek arazi sınırlarına yeni menfezler inşa edildiğinde arazinin sel baskınından korunacağı ve tarlada mevcut pancarın menfezlerden gelen sel suları tarafından sürüklenip

diyerek, mahkemece eksik inceleme sonucunda davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığından bahisle, davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görmemiştir. Karardan anlaşılan, selin, ancak gerekli koşulları sağladığı takdirde mücbir sebep olarak kabul edilebileceğidir. İdarenin, sel sularının tahliyesi için hiçbir önlem almamış olması ya da yeterli çalışmayı yapmamış olması hizmet kusuruna neden olmaktadır. Nitekim idarenin teknik yönden gerekli önlemleri aldığı, ancak fotoğrafçılık yapan ve fotoğraf malzemesi satan davacının, meydana gelen sağanak yağmur ve sel felaketi sırasında dükkânının sel suları altında kalması nedeniyle uğradığı zararın doğmasının önüne geçilemediği olayda Danıştay, idare mahkemesinin,

“...meydana gelen yağışların normalin çok üstünde afet derecesinde olduğu, dükkânın bulunduğu bölgede, taşıma kapasitesi ve hizmet verdiği nüfus itibariyle teknik yönden yeterli kanalizasyon bulunduğu, bu durumda davalı idarelere yüklenebilecek bir hizmet kusurunun bulunmadığı, zarara afet derecesindeki yağışların yol açması nedeniyle kusursuz sorumluluk ilkesine de gidilemeyeceği gerekçesiyle”²⁴⁹

tazminat talebini reddettiği kararının onanmasına hükmetmiştir. Mahkeme, her ne kadar afet derecesindeki yağışları mücbir sebep olarak adlandırmasa da biz karardan, o yönde bir değerlendirme yaptığı sonucunu çıkarabiliriz.

B. BEKLENMEYEN HAL – BEKLENMEYEN OLAYLAR

Mücbir sebebe dair öngörülemezlik ve önlenemezlik özellikleri, aynı zamanda beklenmeyen olayları da kapsamaktadır. Bu açıdan mücbir sebeplerle beklenmeyen haller arasında hiçbir fark yoktur.²⁵⁰ Oysa, ikisi arasındaki ayrımı

götürüldüğü, anlaşılmış bulunmaktadır. Yol ve menfez yapımı sırasında gerekli ve yeterli önlemleri almayarak davacının zarara uğramasına neden olan davalı idarenin hizmet kusuru açık bulunmaktadır. Bu nedenle davacının uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerekir.” (Danıştay 10. Daire, T. 6.4.1982, E. 1982/431, K. 1982/699.)

²⁴⁹ Danıştay 8. Daire, T. 01.03.1993, E. 1992/988, K. 1993/1048.

²⁵⁰ ÇAĞLAYAN, a.g.e, s. 614.

belirleyen esas kriter, dışsallık kriteridir²⁵¹. Bu kriterin varlığı mücbir sebebin, tersi durum (içsellik) ise beklenmeyen halin koşuludur. Yani beklenmedik hal, idarenin bir etkinliğinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkar.²⁵² Mücbir sebeple arasında ayırım yapılması ise kusursuz sorumluluk açısından önemlidir.²⁵³ Mücbir sebebin aksine beklenmeyen hal, idarenin faaliyeti sırasında meydana geldiğinden, ortaya çıkan zarar ile bu faaliyet arasındaki illiyet bağı varlığını korumaktadır. Öngörülemez ve önlenemez olduğu için de, kusurlu sorumluluk tamamen veya kısmen ortadan kalksa bile, zarara yol açan “sebeple, idarenin sahibi olduğu bir şey veya etkinliktir.”²⁵⁴ Dolayısıyla kurulan bu illiyet bağı sayesinde, kusursuz sorumluluk esasları, “koşulları varsa”²⁵⁵ her zaman ileri sürülebilmektedir. İdarenin bir faaliyeti yürütürken aniden ortaya çıkan, yani öngörülemeyen, fakat öngörülseydi önlenebilir olan her olay, beklenmeyen hale örnek oluşturmaktadır.²⁵⁶

Beklenmeyen halde dikkat edilmesi gereken bir başka husus da, zarara neden olay olayın bilinmeyen bir sebepten kaynaklanmasıdır. Çünkü eğer bilinebiliyorsa, ya idarenin kusuru ya üçüncü kişinin ya da zarar görenin kendi kusuru söz konusu olacaktır ki, bu durumların her biri idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğunu farklı yönlerden etkilemekte ve beklenmeyen hal durumu ortadan kaldırmaktadır.²⁵⁷

Beklenmeyen hal sık sık mücbir sebep ile karıştırılmaktadır. Bu ayrımı daha da netleştirmek için HAURIOU ve DUGUIT'nin, 1912 ve 1920 tarihli iki mahkeme kararına ilişkin değerlendirmelerine yer vereceğiz.

²⁵¹ YAYLA, a.g.e, s. 57.

²⁵² ZABUNOĞLU, a.g.e, s. 734.

²⁵³ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, 778.

²⁵⁴ ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 212.

²⁵⁵ GÜNDAY, a.g.e, s. 385.

²⁵⁶ KUTLU, a.g.e, s. 18; ÖZAY, İ. Han, **Günışığında Yönetim**, XX inci Yüzyılın Son Çeyreğinin “Jön Türk”lerine, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002, s. 772.

²⁵⁷ “İdarenin aracının bilinmeyen bir sebeple kaza yapması, cephaneliğin bilinmeyen bir sebeple infilak etmesi, bir gemide bilinmeyen bir sebeple yangın çıkması, bir barajın bilinmeyen bir sebeple patlaması olayları ” beklenmeyen hale örnek gösterilebilir. (GÖZLER, a.g.e, s 1337.)

1912 tarihli “*Ambrosini*” kararına konu olayda, 1909 tarihinde *Toulon* limanında askeri bir geminin (*Jena Zırhlısı*) patlamasıyla etrafa saçılan şarapnel parçalarından biri, o sırada yoldan geçmekte olan babasının kucağındaki on sekiz aylık *Ambrosini*’ye isabet ederek, ölümüne sebep olmuştur. Ölüm olayı nedeniyle, *Ambrosini*’nin ailesi, denizcilik bakanlığına tazminat talebiyle dava açmıştır. Mahkeme,

“yapılan tahkikat neticesinde davacının oğlunun ölümü mücbir bir sebebe dayandığına ve devletin sorumlunu haklı kılacak hiçbir sebep de mevcut olmadığına göre...”

diyerek tazminat talebini reddetmiştir.²⁵⁸

İkinci olarak, 1920 tarihli karara konu olayda, aynı limanda iki sene sonra, 1911 tarihinde, *Liberté* zırhlısının patlaması sonucu birçok tayfa hayatını kaybetmiştir. Tayfalardan birinin ailesi tarafından açılan davada, mahkeme bu defa, zarardan dolayı devleti sorumlu tutmuştur ve:

“ *Liberté* zırhlısının infilakından ileri geldiği inkâr edilmediğine göre... davacıların devlet tarafından zararın tazmin edilmesini ileri sürmeleri haklıdır.”

ifadesini kullanmıştır.²⁵⁹ HAURIOU’nun “*Ambrosini*” kararıyla ilgili düşüncesi şu yöndedir. Mücbir sebeple beklenmedik olay, sık sık karıştırılan ancak, birbirinden farklı iki kavramdır. Beklenmedik olaylar insan öngörüsünden uzaktır, ama hizmetin işleyişiyle ilgilidir. Örneğin, bir madende meydana gelen grizu patlaması böyledir. Mücbir sebep, beklenmedik bir olgudur, ancak işletme veya hizmet için “harici” sebeplerden kaynaklanır. Örneğin, bir deprem, sel, kasırga, iç savaş, yabancı işgali birer mücbir sebeptir. Mücbir sebep halinde, kesinlikle hizmette bir kusur yoktur.

²⁵⁸ CE. 10.05.1912, “*Ambrosini*”, Recueil, 1912, s. 549; Sirey, 1912, III, s. 161, HAURIOU’nun düşüncesiyle birlikte. “**La distinction de la force majeure et du cas fortuit**”, Note sous Conseil d’Etat, 10 mai 1912, *Ambrosini*, S. 1912.3.161: Revue générale du droit *on line*, 2013, numéro 13263 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13263) ; Nakledenler: DUGUIT, a.g.e, s. 166; CROZAT, a.g.e, s. 297.

²⁵⁹ 21.03.1920, Recueil, s. 532. (Nakleden: DUGUIT, a.g.e, s. 166.)

Çünkü söz konusu olayın hizmetle hiçbir bağı yoktur. Örneğin, hiçbir fabrika sahibi, bir deprem veya kasırgayı ne tahmin edebilir ne de önleyebilir. Tersine, beklenmedik olayda ise, teorik olarak teknolojik ve teknik bilgilerin gelişimine bağlı olarak, ortaya çıkacak kazanın önlenme olasılığı her zaman vardır. Dolayısıyla, bugün bir grizu patlamasının önlenmesi teknik olarak mümkün olmasa bile, gelecekte bir gün mümkün hale gelebilir.

Sonuç olarak mücbir sebep kavramı, mutlak bir şey içerir ve hala insan gücünün üzerinde birtakım olaylar vardır. Beklenmedik olaylarda ise, bu durum mücbir sebepte olduğu kadar kesin değildir, insan gücünün üstündeki beklenmedik olaylar geçici bir bahanedir. Çünkü şimdi önlenemeyen bir olay gelecekte, teknik ilerlemelerle önlenebilecektir. Bu bilgiler ışığında, HAURIOU, Jena patlamasının aslında beklenmedik olayla açıklanabileceğini, mücbir sebebin olmadığını söyler. Çünkü, ne deprem ne de hortum vardır. Yani gemiye hariç olan hiçbir sebep yoktur, hatta bizzat sebep, gemiye dâhildir. Hizmette ya teknik ya da denetim eksikliğinden kaynaklanan bir kusur meydana gelmiştir. Ancak öyle bir eksiklik ki, onu tamamen öngörmek veya önlemek kesin olarak mümkün müdür bilinmemektedir. Bu nedenle mahkeme, olayın mücbir sebepten ileri geldiğini düşünmüştür. Gerçekte ise bilinmesi mümkün olmayan bir hizmet kusuru mevcuttu. İşte “*Ambrosini*” kararında mahkeme, aynen bu düşünceye dayanmaktaydı, ancak tek bir farkla: Mücbir sebebi, beklenmedik olay yerine kullanıyordu. Doğru bir terminolojiyle şöyle ifade edilmeliydi: Davacıların oğlunun ölümü tesadüfi, beklenmedik bir olaya bağlı olarak gerçekleşmiştir. Mahkeme, mücbir sebep ile beklenmedik olayı birbirinden ayırmaksızın, zararın katiben önlenmesi imkânsız bir kuvvetten meydana geldiğinden, idarenin sorumluluğunun doğmayacağına hükmetmiştir. Bu karar isabetli değildir.²⁶⁰

DUGUIT’ye göre, yukarıda gösterdiğimiz olaylar birbirinin tıpkısı olaylardır ve bunlar üzerine verilen kararlar, birbirine taban tabana zıt ve çelişiktir. İlk kararda

²⁶⁰ “La distinction de la force majeure et du cas fortuit, Note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912.3.161”: Revue générale du droit on line, 2013, numéro 13263 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13263); CROZAT, a.g.e, s. 299.

kusur fikrinden hareket edilerek mücbir sebebin varlığı nedeniyle devletin sorumluluğu kabul edilmemiş; sekiz sene sonraki diğer kararda ise, belki de mücbir sebep vardı ama bu dikkate alınmayarak, devlete ait bir zırhlının patlamış olduğu gerekçesiyle, zararın bir kamu hizmetinden kaynaklandığı ve tazminatın kollektif kasaya düştüğüne karar verilmiştir.²⁶¹ DUGUIT, bu iki olayla ilgili beklenmedik hal veya mücbir sebeplerden hangisinin söz konusu olduğuna dair bir yorum yapmamakta, ancak son kararın gerçeğe ve hakkaniyete daha uygun olduğunu düşünmektedir. Kaldı ki ona göre, mücbir sebep halinde bile devletin “risk” ilkesi gereği sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. “İdare edilenlerin, bir hizmet kusuru olsa da olmasa da ve hatta uğradığı zarar umulmadık bir hal veya mücbir sebep dolayısıyla olsa da tazminata hakkı vardır.”²⁶²

Biz de burada, yukarıdaki örnek kararlarla benzer çelişkiler içeren bir AYİM kararına yer vermek istiyoruz. Bir sınır karakoluna çığ düşmesi sonucu hayatını kaybeden askerin yakınları tarafından açılan davada mahkeme, idarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkânları ve uzman personeller yardımıyla artık öngörülemezlik unsurunun daralmakta olduğunu, mücbir sebep uygulamasının giderek azaldığını, çünkü idarenin özel kişilerin çok üstünde yüksek standartlara sahip olduğunu ifade ettikten ve idarenin bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerine seçmekte takdir yetkisine sahip olduğunu, bu yetkisine rağmen örneğin heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirmişse, yolun çökmesi halinde sorumlu tutulabileceğini²⁶³ belirttikten sonra, olaya ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...Dava konusu sınır karakoluna çığ düşmesi olayında da ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı nedeniyle, davacıların desteğinin öldüğü maddi bir vakıadır. 1984 yılından itibaren giderek geniş bir alana yayılan ve devletin bütünlüğüne ve öz varlığına yönelen bölücü terör olayları nedeniyle, sınır karakollarının sayısı davalı idarece çoğaltılmış ve askeri açıdan stratejik konum ve önemi bulunan sınır

²⁶¹ DUGUIT, a.g.e, s. 166-167.

²⁶² A.g.e, s. 166.

²⁶³ Danıştay’ın aynı gerekçeyle idarenin hizmet kusuru olduğuna hükmettiği örnek kararı için bkz. Danıştay 12. Daire, T. 31.01.1968, E. 1965/44, K. 1968/172. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 95-96.)

bölgesinde bu karakollar inşa edilmiştir. *Davalı idare, bu karakolları inşa ederken bölgenin coğrafi ve iklim yapısından ziyade, güvenlik nedenlerini daha ön planda tutmak zorunluluğunda kaldığından, davacı vekilinin çığa müsait bir bölgede karakolun inşasının hatalı olduğu, bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun açık olduğuna ilişkin iddialarına katılmak mümkün görülmemiştir.* Ancak, olayın ceryan ettiği anda salt askerlik hizmetinin ifası maksadıyla davacının sınır karakolunda görevli olarak bulunması dahi, idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden oluşturacağından, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Gerçekten askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamından soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası, Türk Devletinin sınırlarını bölücü teröristlerden korunması maksadıyla *sınır karakolunda görevlendirilen desteğin, bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her halükarda askeri görevin sebep ve etkisi bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak da idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir.* Dolayısıyla, *ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, öğretilerde bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararları gözetilerek ve idarenin yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*²⁶⁴

Bize göre bu karar çelişkilidir. GÖZLER de bizimle aynı yönde düşünmektedir ve bu kararı hem çelişkili hem de yanlış bulmaktadır. “Çünkü çığa müsait bir yerde inşa edilmiş bir binanın üstüne çığ düşmesi, mücbir sebep olarak kabul edilemez; zira söz konusu olayda ‘öngörülemezlik’ şartı gerçekleşmemiştir. Bu karar çelişkilidir; çünkü mahkeme yanlış olmasına rağmen çığ düşmesini mücbir sebep olarak nitelendirdiğine göre, idarenin sorumsuz olduğuna karar vermeliydi; zira mücbir sebep illiyet bağını keser; idarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırır.”²⁶⁵

Mahkemeye göre, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcuttur. Hayatını kaybeden kişinin ölümünde, her halükarda görevin

²⁶⁴ AYİM 2. Daire, T. 14.04.1993, E. 1993/6, K. 1993/147. Vurgular yazara aittir. (Nakledenler: GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s. 776-777; ERKUT, a.g.e, s. 45.)

²⁶⁵ GÖZLER, a.g.e, s. 1336.

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

Diğer bir çelişki ise mahkemenin, güvenlik gerekçeleri ön planda tutulduğundan, idarenin çığ riski bulunduğunu bildiği bir bölgede karakol inşa etmesini, “hizmet kusuru teşkil etmez” şeklinde yorumlaması ve uğranılan zararın, kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesine karar vermesidir. Mahkemenin, zararın görev ile olan bağı kurması ve tazmin talebini kusursuz sorumluluk esaslarına göre tespit etmek istemesi, her ne kadar mücbir sebepten ileri geldiğini vurgulasa da, sanki olayı beklenmedik halmiş gibi gördüğünü düşündürüyor. Çünkü mahkeme, bir yandan ölen askerin yakınlarına tazminat ödenmesine karar vermek istemekte ve bir yandan da güvenlik hizmeti gerekçesi, karakolun o noktaya inşa edilmesini diğer bütün gerekçeler yönünden öncelediğine göre, idareyi kusurlu görmek istememektedir. Bu nedenle, idarenin sorumluluğuna gidebilmek için en uygun seçeneği kusursuz sorumluluk esasları olarak görmüştür. Erzincan depremi sırasında ikamet ettiği lojmanı yıkılan Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesinin, depremden doğan zararlarının tazmin edilmesi amacıyla açtığı davanın sonucunda benzer bir manzara ile karşılaşmıştık ve o konuyu daha sonra ele alacağımızı söylemiştik²⁶⁶. Hatırlanacak olursa oradaki deprem olayını idare mahkemesi, beklenmeyen hal olarak görmüş; Danıştay 10. Dairesi buna katılmayarak mücbir sebep nitelmesi yapmış; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise bu ayrıma girmeksizin idarenin sorumluluğuna hizmet kusuru yönünden yaklaşmıştı. İdare mahkemesinin de depremi beklenmeyen hal olarak değerlendirmesi, kanımızca idareyi tazminata mahkûm etmek için uygun bir gerekçe arayışından kaynaklanmaktaydı.

²⁶⁶ Bkz. Tez, s. 72.

Oysa her iki olayda da idarenin hizmet kusuru açıkça kendini göstermektedir. İster beklenmeyen hal, isterse mücbir sebebin varlığı kabul edilmiş olsun, denilebilir ki, eğer çığ düşmesi veya deprem ihtimali biliniyordu ise, artık öngörülemezlikten söz etmek mümkün değildir, bu nedenle idarenin bir seçimde bulunabilirdi. Çığ olayında, o noktaya ya hiç karakol inşa etmeyerek zararı tamamen engelleyebilmeliydi ya da eğer, güvenlik açısından orada bir karakolun bulunması olmazsa olmaz bir nitelikte görüldüyse, çığ tehdidine karşı gerekli önlemleri almalıydı²⁶⁷. Deprem olayında ise, binanın satın alınmadan önce gerekli teknik incelemelerden geçirilmesi, gerekiyorsa binanın depreme karşı mukavemetinin artırılması, gerekiyorsa da depreme dayanıklı olmayan bu bina lojman için tahsis edilmek üzere satın alınmamalıydı. Dolayısıyla, bu gibi olaylarda, mücbir sebep kavramına bir sorumsuzluk bahanesi olarak sarılmak hiç mümkün görünmediği gibi²⁶⁸, beklenmedik hal kavramına da idarenin kusursuzluğunun bir bahanesi olarak yaklaşmamak gerekmektedir.

AYİM'in en başta ifade ettiği, idarenin yüksek standardı sayesinde, öngörülemezliğin daraldığı ve mücbir sebep uygulamalarının azaldığı yönündeki tespitine bütünüyle katılmakla ve zararı tazmin etmek yönündeki gayretine hak vermekle birlikte, idarenin kusurunu görmemek yönündeki ısrarına katılamamaktayız. Ortaya çıkan bu zarardan dolayı, idare sorumlu tutularak davacıların tazminat talepleri kabul edilmek isteniyorsa, mahkemenin bunu kusursuz sorumluluk esaslarına göre değil, hizmet kusuru esaslarına göre değerlendirmesi gerekirdi. Çünkü olayın mücbir sebepten ileri geldiği söylediğine göre, idarenin artık ne kusurlu ne de kusursuz sorumluluğundan söz edilebilir. Kanımızca AYİM, DUGUIT'in dile getirdiği gibi bir mücbir sebep veya beklenmeyen halden

²⁶⁷ Bu yöntemler; teraslama, yeniden ağaçlandırma, kar çitleri, ağlar, şaşırtmacalı kazıklar ve tripodlarla kar örtüsünün duraylılığının sağlanması; saptırma duvarları, barajları ve mahmuzlarla çığ akış yönünün değiştirilmesi; çığın hızını azaltan, akış mesafesini düşüren ve durduran önlem yapıları olarak geciktirme yapılarının kullanılması; suni çığ düşürme olarak adlandırılan kontrollü olarak çığın düşürülmesi yöntemlerini sayabiliriz. Bkz. Çığ Önleme Teknikleri

(<https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/24092012162155.pdf>)

²⁶⁸ SEROZON, Rona, "Depremzedelerin Tazmin İstekleri", **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 59-63, s. 60.

kaynaklansa bile zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği, kusursuz sorumluluk esasınca tazmin edilmesinin hakkaniyete daha uygun olduğunu kabul etmiştir. Bu görüşe katılmamız mümkündür, fakat söylediğimiz gibi bize göre, olayda bir mücbir sebep veya beklenmeyen hal söz konusu değildir. Dolayısıyla, mahkemenin söylediği gibi kusursuz sorumluluk da yoktur, hizmet kusuru vardır ve bunun görülmesi gerekirdi. Çünkü tamamen doğanın bir marifeti olan çığdan veya depremden dolayı idareyi kusurlu görmek mümkün olmadığından -belki bilimsel olarak yapay çığ veya depremler yaratılabiliyor olsa da, en azından söz konusu olaylarda böyle bir durum mevcut değildir- idarenin sorumluluğunu başka bir yerde aramak gerekmektedir, bu yer genellikle doğal afetler yaşanmadan önce alınan tedbirler ve sonrasındaki kurtarma çalışmaları alanıdır. Sonuç olarak bu afetler meydana gelmiş, ortaya bir zarar çıkmıştır ve idarenin kusurlu davranışlarıyla, zararda artış meydana gelmiştir. Depremi önlenemez zararlarını idarenin, birinci derece deprem bölgesinde gerekli inceleme ve araştırma yapmaksızın bir bina satın alarak arttırdığı olayda olduğu gibi, burada da çığ düşmesinin doğurduğu zararın etkilerine –elbet bir gün oraya çığ düşeceğini öngörmesine rağmen riskli bir bölgede karakol inşa eden- idarenin katkıda bulunduğu açık olduğundan, kusursuz sorumluluğuna değil, hizmet kusuru bağlamında sorumluluğuna hükmedilmesi, kanımızca daha isabetli bir karar olurdu.²⁶⁹

C. ZARAR GÖRENİN KENDİ KUSURU

Zararın, zarara uğrayan kişiden kaynaklanması, yani zarar gören kişinin kendi kusuru olması durumunda idare, zararın önlenmesini engellemiş veya zararı ağırlaştırmışsa bazen tamamen bazense kısmen sorumlu olur. Bu hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu için geçerlidir.²⁷⁰ Eğer zarar görenin kusurlu davranışı, zarar ile idare arasındaki ilişkiyi kesecek nitelikte ise, idare sorumluluktan

²⁶⁹ Danıştay'ın hizmet kusuru mevcut olduğu halde, idarenin kusursuz sorumluluk nedeniyle tazminat ödemesine karar verilmesini yerinde bulmamaktadır. Bu yöndeki kararları için bkz. Danıştay 10. Daire, T. 30.05.2007, 1195/3123; Danıştay 10. Daire, T. 14.11.1996, 4000/7542; Danıştay 10. Daire, T. 10.04.1996, 53/1913. (Nakleden: ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 262,263.)

²⁷⁰ ONAR, a.g.e, C. 3, s. 1721; GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s. 779; ZABUNOĞLU, a.g.e, s. 735; GÖZLER, a.g.e, s. 1341.

kurtulur.²⁷¹ Bu durumda idare, zarara uğrayanın kusurunu ispatlamak zorundadır.²⁷² Zarar görenin kendi kusuru ve idarenin bu zarara katkısının belirlenip değerlendirilmesi hassas bir iştir ve bu konuda kesin ölçütler konulmasına imkân olmadığından,²⁷³ hâkimin takdir yetkisinin rolü büyüktür.²⁷⁴

Danıştay, zararın tamamen zarar görenin davranışlarından kaynaklanması halinde zarar görenin zarara kendisinin katlanmak zorunda olduğuna ve idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermektedir.

Tarla sahibinin pamuk ekili tarlasının batısından geçen kapalı borulu sistem sulama kanalının idarece gerekli bakım ve onarımın yapılmaması nedeniyle taşması sonucu uğranıldığı iddia edilen zararın idareden tazmin edilmesi için açılan dava konusu olayda,

“...davacının pamuk ekili tarlasının batı kesiminden geçen davalı idareye ait kapalı borulu sistem sulama kanalının, faaliyete geçirildiği sırada bu sistemden yararlanacak bölgedeki tüm çiftçilere alfa-alfa kapağı adı verilen bir kapağın idarece dağıtıldığı, davacının tarlasında da bulunması gereken bu kapağın bulunmadığı ve bu kapağın takılacağı boru ağzının açık olduğu, ayrıca çevreye göre düşük kotta bulunan tarlanın çevresine davacı tarafından yapılması gereken su tahliye arklarının da yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacıya ait tarlanın bir kısmını su basmasında idarenin eyleminden çok davacının kendi kusur ve ihmalinin bulunduğu ve bu nedenle idareye bir kusur atfının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.”²⁷⁵

Bir elektrik teknisyeninin, idareye ait enerji nakil hattındaki arızayı gidermek üzere çalıştığı sırada, elektrik çarpması sonucu yara alması ve sol kolunu kaybetmesi

²⁷¹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s. 779; GÜNDAY, a.g.e, s. 385; ÖZAY, a.g.e, s. 771; GÖZLER, a.g.e, s. 1340-1341.

²⁷² ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 212.

²⁷³ ÖZAY, a.g.e, s. 771.

²⁷⁴ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 81.

²⁷⁵ Danıştay 10. Daire, T. 31.10.1983, E. 1982/2725, K. 1983/2125

üzerine açtığı davada, olayda idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunduğunu ileri sürülmüştür. Mahkeme,

“...bilirkişilerce düzenlenen raporda, davacının, ekip şefi olarak kendi çalışma yaptığı tesislerde, ilgili yönetmeliklerde belirtilen ve kesinlikle uyulması gereken emniyet tedbirlerini almaması ve hat bakımı ile görevlendirdiği ekiple elektrik enerjisinin verilme saati üzerinde kesin olarak anlaşmaya varmaması nedeniyle, olayda 8/8 oranında tümüyle kusurlu olduğu, ilgili diğer kişilerin kusuru olmadığı sonucuna varılmıştır.

Kurulumuzca yeterli ve hükme esas alınabilecek nitelikte bulunan bu rapor karşısında, davacının kendi ihmal ve kusuru nedeniyle enerji nakil hattında çalışırken elektrik akımına kapıldığı açık olup; davacının kişisel kusuru nedeniyle meydana gelen zararın idarece karşılanıp giderilmesi olanaksızdır.”²⁷⁶

diyerek davanın reddine karar vermiştir. Danıştay, lise öğrencileri arasında çıkan sağ-sol çatışması sırasında zarar gördüğünü iddia eden kişinin topluluk üzerine ateş açması, küfretmesi ve topluluğu tahrik ederek otosu ile dükkânının yakılmasına neden olmasını²⁷⁷; İdareye ait bir kurumda çalışan davacının kendi dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu elini et kıyma makinesine kaptırmasını²⁷⁸; yıkılacak derecede tehlikeli duruma gelen ve onarılması gerekliliği idarece bildirildiği takdirde gereken onarım yapılmayan evin, tehlikeli durumu nedeniyle yıktırılması olayında, ev sahibinin tehlikeli surumu gidermeyerek kusurlu hareket etmesini²⁷⁹; dava konusu olan su basması olayının yaşanmasından önce, zaman zaman taşmalar yapan ırmağın civardaki arazilere zarar vermemesi için idarenin almak istediği tedbirlere, o bölgede yaşayanların mani olmasını²⁸⁰; ayakları kesilerek sakat kalan kişinin, söz konusu

²⁷⁶ Danıştay 10. Daire, T. 07.03.1985, E. 1982/4927, K. 1985/462.

²⁷⁷ Danıştay 10. Daire, T. 15.12.1985, E. 1982/2394, K. 1982/2586.

²⁷⁸ Danıştay 10. Daire, T. 26.02.1998, E. 1996/4007, K. 1598/905. Aynı kararı inceleyen GÖZLER, söz konusu olayda idarenin kusuru olmasa bile, olayın iş kazası olarak değerlendirilip, zararın mesleki risk kapsamında kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Ona göre Danıştayın idareyi sorumsuz gördüğü bu kararı yanlışır. (GÖZLER, a.g.e, s. 1345.)

²⁷⁹ Danıştay 6. Daire, T. 30.05.1966, E. 1965/4120, K. 1966/2262. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 221.)

²⁸⁰ Danıştay 12. Daire, T. 22.01.1968, E. 1966/2504, K. 1968/73. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 222.)

zarara kaçak olarak bindiği trenden atlayarak kendisinin sebep olmasını,²⁸¹ idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran haller olarak değerlendirmektedir.

GÖZLER'in bu konudaki bir tespiti, kendi davranışlarıyla zarar gören kişinin küçük olması veya temyiz kudretinin bulunmamasının, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan bir öneme sahip olmadığıdır.²⁸² Örneğin, 13 yaşında, akli dengesi bozuk, sağır ve dilsiz çocuğun koşarak tren altında kalarak hayatını kaybettiği olayda Danıştay, zarara çocuğun kendinin sebep olduğu ve sorumluluğun anne babasında olduğu gerekçesiyle, açılan davayı reddetmiştir²⁸³.

Diğer taraftan, zarara kendi kusurlu davranışıyla sebep olan kişinin çocuk olması, bazı durumlarda mahkemeyi müterafik kusur (mukayeseli olarak birlikte kusur) araştırmasına yönlendirmektedir. Birazdan vereceğimiz iki karar birbirine çok benzer iki olay üzerine ancak farklı yönde verilmiş iki karardır. İlkinde zarar gören kişi bir çocukken, ikinci olayda ise 18 yaşında yetişkin biridir. İlk davaya konu olayda, bir çocuğun çöplükte bulduğu el bombasını karıştırması sonucunda bomba patlamış ve iki parmağı kopmuştur. İdare mahkemesinin bu durumu, askerin eğitilmesine yönelik kamu hizmetinin düzenlenmesi ve işleyişinde yetersizlik şeklinde ortaya çıkan hizmet kusuru olarak değerlendirip tazminat talebini kabul etmesi üzerine temyiz edilen karar, Danıştayca ana babanın çocuğun yetiştirilmesi ve gözetiminde gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğinin araştırılması gerektiği, bu yapılmadığı için eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır denilerek, idare mahkemesinin kararı bozulmuştur.²⁸⁴

²⁸¹ Danıştay 12. Daire, T. 13.01.1969, E. 1967/1812, K. 1969/36. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 223-224.)

²⁸² GÖZLER, a.g.e, s. 1341.

²⁸³ Danıştay 12. Daire, T. 20.10.1980, E. 1978/2465, K. 1980/4023. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1342.)

Danıştay daha eski bir kararında ise, tren altına kalarak hayatını kaybeden kişinin yüzde yetmiş beş oranında kusurlu olduğu tespit edilmesine rağmen, idarenin de ölen kişi ile birlikte kusurlu olduğuna kanaat getirerek, kusur nisbetince tazminat ödenmesine karar vermiştir. (Danıştay 12. Daire, T. 11.11.1971, E. 1969/3878, K. 1971/2540. Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 105.)

²⁸⁴ Danıştay 10. Daire, T. 11.10.1993, E. 1992/714, K. 1993/3724.

Benzer bir karara konu olan, bir çocuğun ot biçerken bir adet tanksavar mermisini bulduğu ve annesine haber verdiği, ancak mermiyi otların arasına gizlice yerleştirerek akşam eve getirdiği, ertesi gün bir topluluk önünde mermiyi yere çarparak veya ellerinden düşürerek patlaması sonucu ölüm olayının meydana geldiği olayda da mahkemenin,

“...ölenin mümeyyiz küçük olarak kusurlu olduğu öte yandan idarenin askeri tatbikattan sonra tatbikat alanındaki can ve mal güvenliğini tehlikeye sokacak her türlü patlayıcıyı toplaması temizlemesi ve imha etmesi gerekirken bu hizmeti gereği gibi yapmamasından dolayı aynı oranda kusurlu bulunduğu...”

sonucuna vardığı ve tazminatı müterafik kusur oranında paylaştığı kararı, Danıştay tarafından onanmıştır.²⁸⁵

Diğer bir örnek olarak, 17 yaşında olan ve ayırdetme gücüne sahip davacı ve arkadaşının, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış lav silahı mühimmatı bulduktan sonra, bu mühimmata bir cisimle vurması veya mühimmatı sert bir yüzeye vurması üzerine oluşan patlamada yaralandıkları olayda idare mahkemesinin

“...zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılmasının, idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağımlı kestiği; zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının bulunmadığı olayda, idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyeceği”

gerekçesiyle davayı reddettiği kararı, Danıştay tarafından,

“...o bölgede ikamet edenlerin günlük yaşantıları içinde gidebilecekleri mesafede, kamuya açık bir alanda mühimmat bulunmasında ve sonrasında meydana gelen patlamada, güvenlik hizmetinin yeterince işlememesi nedeniyle ortaya çıkan hizmet kusurunun neden ve tesirinin bulunduğu, dolayısıyla, davacının zararının hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği açıktır. Öte yandan, anti-tank roketine sert bir

²⁸⁵ Danıştay 10. Daire, T. 8.10.1996, E. 1995/1508, K. 1996/5887.

cisimle veya mühimmatı sert bir yüzeye vuran ve olay tarihinde on yedi (17) yaşında olan davacılarından 'ın gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek olayın meydana gelmesinde müterafik kusuru bulunduğundan, hükmedilecek tazminat belirlenirken tarafların kusur oranının da dikkate alınması gerekir”

gerekçesiyle bozulmuştur.²⁸⁶

Başka bir konusu olayda, çobanlık yaparken arazide bir el bombası bulan kişi, bombayı önce bulduğu arazide bırakmış, durumu arkadaşına anlattıktan sonra arkadaşının merakı üzerine el bombasını bularak parçalamışlardır. Davacının merak etmesi sonucunda, ayrılan fünüye kısmını davacının arkadaşının davacıya verdiği, davacının, arkadaşından 3 metre kadar uzaktayken, bombanın fünüye kısmı ile oynarken ateşleme mekanizmasını çıkarması sonucunda bombanın patladığı anlaşılmıştır. Patlama sonucu yaralanan davacının idareye yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine açtığı tam yargı davasında idare mahkemesi, davalı İçişleri Bakanlığı'nın hizmet kusuru saptanamasa bile sosyal risk ilkesi gereği zararın tazmin edilmesi yönünde karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay,

“...olayda, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır; ancak meydana gelen zarar, davacı ve arkadaşının kişisel kusurlarından kaynaklandığından, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılması, idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmektedir. Zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağıının bulunmadığı olayda, idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir. Bu nedenle sosyal risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumlu olduğu gerekçesiyle zararın davalı idarece tazmini yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”²⁸⁷

diyerek, idare mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir.

²⁸⁶ Danıştay 10. Daire, T. 26.10.2015, E. 2012/3275, K. 2015/4623.

²⁸⁷ Danıştay 10. Daire, T. 18.09.2007, E. 2005/4493, K. 2007/4199.

(<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=77&t=17766&start=55>, Erişim tarihi, 02.04.2016)

İdarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin gayrimeşru veya meşru durumunun tespiti de önem taşımaktadır. İdarenin sorumluluğu için zarar gören kişinin meşru bir hakkının veya menfaatinin ihlal edilmiş olması gerektiği kabul edilir.²⁸⁸ Danıştayca, eğer bir kişinin uğradığı zarar, onun gayrimeşru durumundan kaynaklanıyorsa, idare zarardan sorumlu tutulmamaktadır.²⁸⁹ Örneğin, bir cezaevinde koğuş arkadaşı tarafından yaralanan mahkûmun, zararının tazmini için açtığı davada, davacının cezaevine silah soktuğu ve kendisini koğuş sorumlusu ilan edip, aynı cezaevinde bulunan bir sanığı hizmetinde kullanmak ve kumar komisyonu toplatmak için yardımcı olarak belirlediği tespit edilmiştir. Yardımcısına hakaret edip, tahrik etmesi üzerine bu kişi tarafından yaralanması karşısında, olayın bütünüyle davacının ve yardımcısının kusurundan kaynaklandığını kabul eden mahkeme,

“İdarenin hukuki sorumluluğunun kabulü, öncelikle uğranılan zararın, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanmamış olması şartına bağlıdır. Uğranılan zararın bütünüyle zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanmış olması halinde, yürütülen hizmet ile zarar arasında nedensellik bağı kurulmasına, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkelerinden hareketle idarenin hukuken sorumlu sayılmasına olanak bulunmamaktadır...Olayda, cezaevine silah sokulmasını engelleyemeyen idarenin hizmet kusuru bulunmakla birlikte... Davacı, cezaevi düzenini bozan eylem ve davranışları nedeniyle kendi kusuru sonucunda yaralanmış olup, uğradığı zararlar yürütülen hizmet arasında nedensellik bağı kurulup, idarenin hukuki sorumluluğuna gidilmesine olanak görülmemektedir.”²⁹⁰

yönünde bir karara varmıştır. Gayrı meşru duruma diğer bir örnek, hazine arazisini izinsiz olarak işgal etmektir. İşgal eden kimselerin, idarenin o arazi üzerinde yürüttüğü hizmetlerden dolayı uğradıkları zararları tazmin edilmemektedir. Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünce yürütülen programda yer alan gölet, sulama ve toprak koruma projeleri kapsamındaki hazine arazileri üzerindeki kavak ağaçlarını idarenin uyarısı üzerine keserek götüren bir kişinin, fidan ve kereste bedellerinden

²⁸⁸ GÖZLER, a.g.e, s. 1309.

²⁸⁹ ÇAĞLAYAN, a.g.e, s. 616.

²⁹⁰ Danıştay 10. Daire, T. 15.03.2006, E. 2003/646, K. 2006/1932.

yoksun kaldığı iddiasıyla, zararın idarece tazmin edilmesini istediği davada mahkeme, bu kişinin söz konusu ağaçları izinsiz olarak hazine arazisi üzerinde yetiştirdiği gerekçesiyle hukuken korunması gereken bir zarardan söz edilemeyeceğine ve hizmet kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir.²⁹¹

Köyünde besicilik yapan bir şirketin sığırlarında sığır vebası hastalığının çıkması üzerine, idarece hastalık mahallinde gerekli sağlık önlemlerinin alındığı, fakat buna rağmen 11 sığırın kendiliğinden, 195 sığırın da hastalığa yakalandığından itlaf edildiği dava konusu olayda davacı şirket, idareden zararının tazmin edilmesini istemektedir. Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda, hayvan sağlığı yasasındaki hükümlere aykırı olarak menşe şahadetnamesiz nakledilen ve idarece ilan edilmesine karşın ilaç ve aşı uygulamayan hayvan sahibinin hayvanlarının ölmesinde idarenin hizmet kusuru bulunmadığından tazminat yükümlülüğü doğmadığına hükmetmiştir.²⁹²

İdareye ait ana su borusunun patlaması sonucunda su basması nedeniyle bir iş yeri sahibinin iş yerindeki tekstil emtialarının zarar görmesi üzerine açılan davada, su şebekesinin, idarenin bakım ve gözetimi altında olması nedeniyle idare, yüzde seksen oranında kusurlu bulunsa da, kişinin mevzuat gereği alınması zorunlu olan ruhsat alınmaksızın faaliyete geçtiği anlaşıldığından, bu durumun idarenin hizmet kusuru ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı kestiyine kanaat getirilmiş ve idarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.²⁹³

Danıştay, yukarıdaki kararlardan anlaşıldığı gibi, zarar gören kişinin gayrimeşru durumunun, idarenin faaliyetiyle zarar arasındaki illiyet bağı kesen bir nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Diğer taraftan, bu gayrimeşru duruma rağmen kusuru varsa idare, meydana gelen zarardan, bazı koşullarda sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin iskân izni olmayan bir konutun, kanalizasyon atık suyu ve yağmur suyu ile dolması, eğer o konuta davalı idareler tarafından elektrik, su, kanalizasyon, doğalgaz, telefon hizmetleri götürülmüşse, idarenin hizmet kusurundan

²⁹¹ Danıştay 10. Daire, T. 6.11.1995, E. 1994/4415, K. 1995/5152.

²⁹² Danıştay 10. Daire, T. 25.06.1998, E. 1997/3832, K. 1998/3101.

²⁹³ Danıştay 8. Daire, T. 16.09.2005, E. 2005/1331, K. 2005/3668.

dolayı sorumluluğunu gerektirmektedir. Danıştay, böyle durumlarda zarar gören kişinin gayrimeşru durumunu idare için bir sorumsuzluk bahanesi olarak görmemektedir. Çünkü idare zaten bunu bile bile o hizmetlerden faydalandırılmıştır, dolayısıyla da “yürüttüğü hizmetin işleyişini sürekli kontrol etmek ve gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün tam ve gereği gibi yerine getirilmemiş olması nedeniyle doğan zararların, hizmeti yürütmekle yükümlü bulunan idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.”²⁹⁴

Son verdiğimiz örnek dışında, buraya kadar aktardığımız bütün kararlarda, Danıştay, zarar görenin kendi kusurundan kaynaklanan zararlarda idarenin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Burada vereceğimiz örnekler ise, müterafik kusur olarak kabul edilen idarenin, zarar gören kişi ile birlikte kusuru oranında sorumlu tutulduğu kararlardan seçilmiştir. Yani, “zarar görenin tutum ve davranışı, zarar doğurucu tutum ve davranışlardan birisi ise, bu gibi durumlarda, idarenin sorumluluğu azalır. Bu azalma zarar görenin kusurunun ağırlığı ile orantılıdır.”²⁹⁵

İdareye ait elektrik direğine tırmanarak cereyana kapılan kişinin hayatını kaybetmesi üzerine yakınları tarafından açılan davada, davalı idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu elektrik dağıtım hizmetini gereği gibi yerine getirmeyerek hizmeti kusurlu işlettiği, zararın hizmet kusurundan kaynaklandığı, ancak ölenin can güvenliğini düşünmeyerek elektrik direğine tırmanması nedeniyle 4/8 oranında kusurlu olduğu olayda müterafik kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır.²⁹⁶

Bir çocuğunun güvenlik güçlerinin operasyon bölgesine izinsiz girdiği ve kaçak orman kesimi yaptığı, askerlerin sesle uyarmalarına rağmen uyarıyı önemsemeksizin sınıra doğru koştuğu sırada vurularak öldürüldüğü olayda idare mahkemesi,

²⁹⁴ Bkz, Danıştay 8. Daire, T. 11.12.2007, E. 2007/4703, K. 2007/6951; Danıştay 8. Daire, T. 13.03.2012, E. 2008/9957, K. 2012/856.

²⁹⁵ Danıştay 10. Daire, T. 14.12.2010, E. 2010/6546, K. 2010/10673.

²⁹⁶ Danıştay 10. Daire, T. 15.10.1996, E. 1995/482, K. 1996/5981.

“...zararı gören kişinin kendi eylemiyle olaya sebebiyet verdiği, bu durumda sorumluluğun olaya tamamen kendi kusurlu hareketiyle sebep olan çocuğa ve yanındaki gruba ait olduğu, bu itibarla zararlar idarece yürütülen hizmet arasındaki illiyet bağının kesildiği ve idarenin söz konusu zararı tazminle sorumlu tutulamayacağı, ayrıca ağaç kesimin izinsiz yapıldığı gerekçesiyle”

davanın reddine karar karar vermiştir. Danıştay, davacıların, ölüm olayının güvenlik kuvvetlerinin tedbirsiz ve dikkatsiz olması nedeniyle meydana geldiği, ölen kişinin herhangi bir kusurunun bulunmadığı ve silahlı olmadıkları, sınırın geçilmesinin mümkün olmadığı, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ölüm olayının meydana geldiği yönündeki iddialarını dikkate alarak,

“... bütün bu iddiaların araştırılması ve idarenin ajanlarının söz konusu olayın gerçekleşmesinde kusurlu olup olmadığının dolayısıyla idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının ortaya konulması ve zarar gören kişinin de olayın doğuşunda, önlenememesinde kusuru olup olmadığının tekrar incelenmek suretiyle hüküm tesis edilmesi gerekirken, olayın sorumluluğunun tamamının kendi kusurlu hareketiyle olaya sebep olan müteveffa ve yanındaki gruba ait olduğu gerekçesiyle..”

davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulmamıştır.²⁹⁷ Yani müterafik kusurun olup olmadığının araştırılmasını istemiştir.

İdareye ait bir yurdun misafirhanesinde kalan yurt yönetim memurunun, nöbet odasındaki televizyonun antenini düzeltmek için çatıya çıktığı, anteni düzelttikten sonra, ricası üzerine ona su getiren davacının çatıya çıktığı, inerken de şaka amacıyla ayağıyla kar attığı sırada ayağının kayması ve çatıdan düşmesiyle sonuçlanan olayda Danıştay,

“... gece saat 23.30 sıralarında çatıya çıkan yurt görevlisinin davacıdan su istemesi, yurttaki o saatte görevli olan personelin de davacının çatıya çıkmasına engel olmaması karşısında, olayın oluşumunda müterafik kusur bulunduğunun, davacının kusuru

²⁹⁷ Danıştay 10. Daire, T. 28.05.1998, E. 1996/9113, K. 1998/2308.

yanında, yurttta gerekli düzenin kurulamaması, görevlilerin ihmal ve kayıtsızlıkları nedeniyle idarenin de hizmet kusuru olduğunun kabulü gerekmektedir.”²⁹⁸

yönünde bir karara vararak, davacı ile davalı idarenin kusur oranları belirlenip, belirlenecek oran dahilinde idarenin sorumlu tutulması gerekirken, idarenin hizmet kusurunu görmeyen idare mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir.

Bu konudaki örnekleri çoğaltmak mümkündür, fakat zarar gören kişinin kusurunun, sorumluluğu ne ölçüde idare lehine ortadan kaldıracağı ya da azaltacağı konusunda hâkimin takdir yetkisi o kadar etkilidir ki, bu durum içtihadın yönünü tespit etmek açısından bizi oldukça zorlamaktadır. Nitekim mahkeme, idarenin sorumluluğuna gidileceği zaman genellikle, denetim ve gözetim görevine referans vermektedir ya da kusursuzluk bağlamında sorumluluk bulmaktadır, ancak kararlar incelendiğinde, çerçevesi kesin olarak belirlenmiş ayrımlar yapmak çok güçtür. Daha fazla karar araştırıldığında ise bu durum bir o kadar belirsizleşmektedir. Çünkü Danıştay, yukarıdaki örneklerin aksine, pek çok kararında da zarar görenin, zararda kendi kusuru varmış gibi görünen ve aslında mantıken yukarıdaki olaylarla pek çok yönden benzerlik kurulabilecek olaylar dolayısıyla açılan davalarda, karar verirken, zarar görenin kusurunu kabul etmeyerek sorumluluğu, müterafik kusur değil, doğrudan idarenin hizmet kusuruna atfetmektedir.

Örneğin, traktör römorkundaki yükün üzerine oturan bir kişinin, enerji nakil hattı altından geçerken, elektrik çarpması sonucu yaralandığını ve kaldırıldığı hastanede hayatını kaybettiği olayda, elektrik çarpması olayının, enerji nakil hattının fazla salınım yapması nedeniyle meydana geldiği anlaşılmıştır. Ölüm olayından kaynaklanan zararın tazmin edilmesi için açılan davanın Danıştay’a gelmesi üzerine mahkeme, elektrik üretim, iletim, dağıtım hizmetlerini yürüten ve yürüttüğü bu kamu hizmetinin tehlike doğurucu niteliğini göz önüne alıp her türlü önlemi zamanında alması zorunlu olan davalı idarenin, olayda gerekli önlemleri almayarak hizmeti kusurlu işlettiğini tespit ederek şu değerlendirmeyi yapmıştır:

²⁹⁸ Danıştay 10. Daire, T. 22.12.2006, E. 2004/1690, K. 2006/7348.

“davalı idarenin tütün tarlasından geçen enerji nakil hattını, yürüttüğü hizmetin tehlike doğurucu niteliği nedeniyle, hattın geçtiği yerde yeterli özenin gösterilemeyeceğini de dikkate alıp zamanında onarması, enerji nakil hattının tehlikeye yol açmasını önlemesi gerektiği açıktır. Davalı idarece ileri sürülen aksine, olayda, fazla salınım yapan enerji nakil hattının altından geçen traktör sürücüsünün ve traktör römorkundaki yüke oturduğu gerekçesiyle de davacının ölen kızının kusurlu bulunduğu kabul edilemez.”²⁹⁹

Diğer taraftan Danıştay’ın, idarenin tehlikeli durumu, uyarıcı yazı veya levhalarla çevre halkına duyurmadığı ve tehlikeli alan çevresinde gerekli önlemleri almadığı zaman, bu tehlikeli durum nedeniyle uğranılan zararlardan doğan sorumluluğun sahibi konusundaki görüşlerini aktaracağımız iki kararına ver vermek istiyoruz. İlk kararına konu olayda, bir köy karakol komutanlığının yakın emniyeti için karakol çevresine döşenen mayınlı sahaya hayvan otlatmak için giren çocuğun, mayın patlaması sonucu sol ayak bileği kopmuştur. Uğranılan zararın tazmini için açılan davada idare mahkemesi,

“Jandarma Karakol Komutanlığınca onayının döşendiği 11.3.1995 tarihinden bir gün sonra 12.3.1995 tarihinde mayın döşenen sahaya girilmemesi konusunda davacı ve diğer köylülerin yazılı ve sözlü tebligatla uyarıldığı, bu haliyle olayda davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmadığı, olayın meydana gelişinde davacının kusuru bulunduğu, davacının kusuru nedeniyle olaya objektif sorumluluk hallerinin de uygulanamayacağı dolayısıyla doğan zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle”

davanın reddine karar vermiştir. Davacıların, mayınlı sahaya girilmemesi konusunda köylülerin uyarılmadığı, mayınlı sahada tel örgü bulunmadığı iddialarına rağmen Danıştay, temyiz isteminin reddine idare mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir.³⁰⁰

²⁹⁹ Danıştay 10. Daire, T. 25.10.1984, E. 1982/3018, K. 1984/1764.

³⁰⁰ Danıştay 10. Daire, T. 24.11.1998, E. 1997/4889, K. 1998/6084. Bu kararlar ilgili eleştiri için bkz. GÖZLER, a.g.e, s. 1343-1344.

İkinci kararına konu olan, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün yürüttüğü faaliyet dolayısıyla kendiliğinden oluşan göletin, bir tehlike unsuru teşkil etmesine rağmen etrafında gerekli önlemleri almaması ve tehlikeli durumun uyarıcı yazı veya levhalarla çevre halkına duyurulmaması nedeniyle bir kişinin bu gölette boğularak hayatını kaybettiği olayda İdare Mahkemesinin, bilirkişinin tespitlerini esas alarak, ölenin kusurunun, idarenin kusuru ile tazmin yükümlülüğü arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldırdığına kanaat getirip davanın reddine karar vermesi üzerine Danıştay örnek bir karar vermiştir. Kararda şunlar ifade edilmektedir:

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 31. maddesi ile gönderme yapılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 275. maddesinde, "...Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez." hükmüne yer verilmiştir. Esasen, Mahkemece bilirkişilere yöneltilen sorular arasında da, bu kapsamda olan "Ölenin kusurunun bulunup-bulunmadığı?" sorusuna yer verilmemiştir.

Dolayısıyla, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konuda, uzmanlık alanı inşaat ve çevre mühendisliği olan bilirkişilerin bu görüşünün esas alınmasında isabet bulunmadığı gibi, çoban olan davacının eğitim ve sağlık durumu, geçim kaynağı olan hayvanlarını kaybetme endişesinden doğabilecek panik hali, olay sırasındaki irade bozukluğu olabileceği gibi öznel; göletin derinliği ve tehlikeli olabileceği yolundaki uyarı levhalarının bulunmaması, girişin engellenmediği gibi nesnel durumlar ağırlıklandırılarak değerlendirildiğinde, ölenin kusuru ile illiyet bağının kalktığından söz edilemez.

Sonuç olarak, uyuşmazlığın kusurlu sorumluluk esasına göre çözümlenmesi gerekirken, belirtilen gerekçe ile davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”³⁰¹

Her iki karar birlikte okunduğunda Danıştay, tehlike yaratabilecek alanlarda zarar görenin kusurunun, eğer alanın etrafında tehlikeye işaret eden levhalar varsa idarenin sorumluluğunu kaldıracağını ifade ederken; bu alanlara girişi engelleyecek tedbirlerin alınması gerekliliğine de işaret etmektedir. Yani sadece uyarı levhası koymak idarenin sorumluluğu açısından bir nevi kurtuluş beyyinesi anlamına

³⁰¹ Danıştay 8. Daire, T. 02.02.2005, E. 2004/4535, K. 2005/375.

gelmemektedir. Bu yönde verilen kararlara sık sık rastlamakla birlikte, konunun pek çok yönden tartışmaya değer olduğunu söyleyebilir ve şu soruları sorabiliriz. Tehlikeli alanlar için koyulan uyarı levhalarının, tehlikeli alan işaretlenmediği ya da çevrilmediği ve girişinin engellenmediği takdirde, bu alanın sınırlarını çizmek açısından işlevselliği nedir, nerede başlayıp nerede bittiği nasıl bilinecektir? Levhalar, günün karanlık saatlerinde yeterince seçilebilmekte midir? Levhalardaki semboller veya yazıları herkes anlayabilmekte midir? Ayrıca, kullanılan dili herkes anlayabilir mi, yani kişiler ya o dili hiç bilmiyorsa ya da okuma yeteneği yoksa, ya da görme engelliye, bu levha önleyici bir tedbir sayılabilir mi? Kişiler, koyulan levhayı görmeyecek bir açıdan, bilmeden tehlikeli alana girebilir mi? Geniş bir alandan söz ediliyorsa, tek veya birkaç levhanın bu tehlikeyi nasıl önlemesi beklenmektedir? Eğer sık aralıklarla bu uyarı levhaları konulduysa, bu yapılmışken alanı çitle veya tel örgüyle çevrelemek daha etkin bir yöntem değil midir? İdarenin yürüttüğü hizmet kapsamında ortaya çıkan ve genellikle ağır yaralanmalar, ölümlerin söz konusu olduğu bu tehlikeli alanların çevrelenmesi veya girişinin engellenmesi için alınacak tedbirler açısından, devletin maddi olanaklarının ölçüsü bahane edilebilir mi?

Aklımıza ilk başta gelen sorular bunlar olmakla birlikte, sadece levha koymanın yanında alanı tel örgü vb. materyallerle çevirmenin de bir başına yeterli olamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü daha önce sözünü ettiğimiz gibi idarenin bir hizmetin yürütülmesini üstlendikten sonra hizmetin işleyişini de sürekli olarak denetim ve gözetim altında tutmak yönünden sorumluluğu devam etmektedir. Diğer yandan, denetim ve gözetim hususları çok dar olarak yorumlandığında, idareyi kolayca sorumluluktan kurtarmak mümkünken; çok geniş yorumlandığında ise, idarenin her şeyden sorumlu tutulabileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, hâkimin, farklı zaman mekân ve koşullar altında ortaya çıkan her somut olay karşısında, sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken, Danıştay'ın sözünü ettiği öznel ve nesnel, bütün durumları dikkatle incelemesinin ne kadar önem arz ettiğini hatırlatmak isteriz.

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

İdarenin sorumluluğunun ortadan kalkması için zararlı eylemi tesis eden kişinin üçüncü kişi, yani idare ile hiçbir şekilde hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlar olması gerekir.³⁰² Üçüncü kişinin kusuru, idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağına kesiyorsa, idarenin tamamen sorumsuz olduğu; zararın meydana gelmesine idare, üçüncü kişiyle birlikte neden olmuşsa, sorumluluk kusurları oranında her ikisine de paylaştırılır. Ancak idare hukukunda, özel hukuktaki gibi “müteselsil” sorumluluk yoktur.³⁰³ Dolayısıyla, zarara uğrayan kişi zararın tamamı için idareye dava açamaz, idareye karşı idari yargıda, üçüncü kişiye karşı da adli yargıda dava açması gerekmektedir. Adli yargıda açacağı dava ile ise üçüncü kişiden zararın tamamını isteyebilir, çünkü özel hukukta bu mümkündür. Üçüncü kişinin tazminat ödemesine karar verildiği takdirde, zararı tazmin eden üçüncü kişi idareden, tazmin ettiği zararın idarenin kusuru oranındaki payını isteyebilir, idare bu isteği reddederse de tam yargı davasıyla talep edilir.³⁰⁴

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

Hastanede teknisyen olarak görev yapan kişinin, idareye yabancı bir kişi tarafından tasarlanarak öldürülmesi olayında, idarenin yürütülen hizmetin gerektirdiği ölçüde özel güvenlik tedbirleri aldığını fakat kendisinden genel güvenlik hizmetleri sağlamasının beklenemeyeceği nedeniyle zarar doğuran olaydan sorumlu

³⁰² ÖZAY, a.g.e, s. 772.

“Kural olarak, ajanların dışındaki kişilerce verilen zararlar idareyi borçlandırmaz (ilzam etmez). Bununla birlikte, idarenin gözetim ve denetimi altında ve idari buyrukla iş gören kişileri (imtiyaz sahibi, müteahhit gibi) ayırık tutmak gerekir. Danıştay, anılan kişilerin idare adına yürüttükleri işlerden doğan zararları da idare tüzel kişiliğine tazmin ettirmektedir.” (ESİN, “Esas”, s. 233.)

³⁰³ GÖZLER, a.g.e, s. 1349.

³⁰⁴ Bu durumun beraberinde karışıklıkları da getirdiği iddia edilmektedir. Bkz. GÖZLER, a.g.e, s. 1349-1350; ÇAĞLAYAN, a.g.e, s. 623;

tutulamayacağına karar veren idare mahkemesinin bu kararı Danıştay tarafından onanmıştır³⁰⁵.

Dopingli olarak yarıştırdığı tespit edilen ve koşuda birinci gelen atın sahibinin, doping olayında kusuru bulunmadığı tespit edilen olayda, üçüncü kişinin kusuru mevcut olduğundan, atın yarışlardan bir yıl süreyle yasaklanması işleminin iptali kararı onanmış, fakat geri alınan ikramiyenin idarece tazmin edilmesine ilişkin idare mahkemesinin kararı Danıştay tarafından bozulmuştur.³⁰⁶

Otomobili, kimliği belirsiz kişilerce yakılan kişinin zararından idarenin sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.³⁰⁷

Yatılı yurttan kalan bir öğrencinin, aynı yurttan kalan iki öğrenci tarafında öldürülmesi sebebiyle açılan davada öldürülme olayının, okul, pansiyon ve eklentilerinin dışında Yatılı Bölge İlköğretim Okulunun 650 metre ilerisinde gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle, maktulün okul yöneticileri ve öğretmenlerinin denetim ve sorumluluk alanından çıktığından idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyeceğine hükmeden idare mahkemesinin kararı Danıştayca onanmıştır.³⁰⁸

Sulama kanalında delik açan bilinmeyen kişiler yüzünden, bu delikten taşan sularla bir başkasının pancar tarlası ve ürünlerinin zarar gördüğü olayda Danıştay, idareyi sorumsuz bulmuşken³⁰⁹ başka bir olayda, üçüncü kişilerce karayoluna dökülen küspe suyu nedeniyle meydana gelen kaza dolayısıyla açılan davada, idare mahkemesinin, yola küspe suyu dökülmesinden idarelerin önceden haberdar olmasına olanak bulunmadığından, idarelerin gerekli tedbirleri almalarının da beklenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi yönündeki kararı, Danıştayca şu gerekçeyle bozulmuştur:

³⁰⁵ Danıştay 10. Daire, T. 09.05.2001, 1655/1696. (Nakleden: ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 324-325.)

³⁰⁶ Danıştay 10. Daire, T. 05.06.2001, 6156/2103. (Nakleden: ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 325.)

³⁰⁷ Danıştay 12. Dairesi, E. 1971/503, K. 1972/1756. (Nakleden, GÖZLER, a.g.e, s. 1351.)

³⁰⁸ Danıştay 8. Daire, T. 07.11.2006, E. 2005/3527, K. 2006/405.

³⁰⁹ Danıştay 12. Daire, T. 25.01.1972, E. 1969/3894, K. 1972/273. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 236-237.)

“...2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 5. maddesinde trafik düzeni ve güvenliği ile ilgili trafik zabıtasına ait görev ve yetkiler; aynı Kanunun 7. maddesinde ise, karayollarının yapım ve bakımı ile karayolları Genel Müdürlüğüne ait görev ve yetkiler sayma yolu ile belirtilmiştir... Karayolları Trafik Kanununun 5. ve 7. maddelerinde yer alan denetim, gözetim ve bakım görevlerini yerine getirmeyen davalı idarelerin olayın oluşumunda kusurlarının bulunduğu açık olduğundan, aksi değerlendirmeyeyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.”³¹⁰

Bir davada da, ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilerek bir hastanın ölümüne sebep olan ve idare mahkemesince tazminata mahkûm edilen idarenin, temyiz sırasında öne sürdüğü, kusurun kendilerinde olmadığı, hatalı tüp dolumu yapan firmaya (üçüncü kişiye) ait olduğu yönündeki iddiaları, Danıştay tarafından kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmeyerek, istemin reddi ve idare mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir.³¹¹

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

³¹⁰ Danıştay 8. Daire, T. 13.05.2005, E. 2004/4382, K. 2005/2250.

³¹¹ Danıştay 10. Daire, T. 21.12.1995, E. 1994/5037, K. 1995/6647.

İKİNCİ BÖLÜM

HİZMET KUSURUNUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

Bu bölümün başlığı hizmet kusurunun belirlenmesine ilişkin özel durumlar olarak seçilmiştir, çünkü burada anlatılacak olan durumların tamamı hizmet kusuru oluşturmakta, fakat kusurun her somut olay bağlamında içerdiği istisnai nitelikleri, idareyi kimi zaman tazmin sorumluluğundan kurtarmaktadır. Henüz en başındayken söylemek gerekirse, İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin bazı koşullar altında idarenin sorumluluğunu gerektirmediği kabul edilirken, yine bazı durumlarda hizmet kusuru, ağır kusur teşkil etmiyorsa da idare sorumsuz görülmektedir. Kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlar ise çok istisnai durumlarda idareyi sorumluluktan kurtarmaktadır.

I. HUKUKA AYKIRI İŞLEM - HİZMET KUSURU

Anayasanın 125. maddesinin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, son fıkrasında ise, idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu yazmaktadır. İdarenin sorumluluğuna ilişkin bu anayasa kuralı, idarenin “işlem” ve “eylem” ini birbirinden ayırmamaktadır. Yani idarenin eylemlerinden kaynaklanan zararlar ile işlemlerinden kaynaklanan zararlar söz konusu olduğunda, yargı yolunun açık olduğu ve idarenin bu zararları ödemekle yükümlü olduğu açıktır. Biz şimdilik, bu başlık altında, idarenin “hukuka aykırı işlemler” inden kaynaklanan zararlardan dolayı, her zaman sorumlu tutulup tutulamayacağını araştıracağız. Kural olarak, yürürlükteki yasalara ve hukuk kurallarına aykırı işlem tesis eden ve bunu uygulayan idare, hizmet kusuru işlemiş sayılır³¹². Ancak, Fransa ve Türkiye’deki yargı içtihatlarına bakıldığında, her hukuka aykırı işlemin hizmet kusuru olarak görülmediği ortaya çıkmaktadır. Bu da,

³¹² ESİN, a.g.e, s. 261. Aynı yönde mahkeme kararları için bkz. Danıştay 6. Daire, T. 22.03.1982, E. 1978/4027, K. 1982/676; Danıştay 6. Daire, T. 14.03.1983, E. 1979/443, K. 1983/1030; Danıştay 6. Daire, T. 07.06.1983, E. 1980/2876, K. 1983/2459; Danıştay 5. Daire, T. 21.12.1983, E. 1982/3491, K. 1983/8550; Danıştay 6. Daire, T. 11.3.1986, E. 1986/104, K. 1986/218; Danıştay 10. Daire, T. 11.10.1995, E. 1994/2455, K. 1995/4327.

yukarıdaki kuralın istisnaları olduğu anlamına gelmektedir. Bu istisnaların neler olduğuna cevap verebilmek için, “esas bakımında hukuka aykırılıklar” ile “şekil bakımından hukuka aykırılıklar” arasında ayırım yapmak gerekir.³¹³

A. ESAS BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIK NEDENİYLE HİZMET KUSURU

İdari işlemin unsurlarından sebep, konu ve amaç unsurlarına ilişkin sakatlıklar genellikle ağır ve önemli sayılır. Bu bakımdan, sonradan giderilemeyen, üst hukuk normları değiştirilmedikçe, hukuka aykırı işlemin yeniden aynı sebep, konu ve amaca dayanarak tesis edilmesine imkân vermeyen aykırılıklar, esas bakımından hukuka aykırılıkları teşkil eder³¹⁴. Hangi hukuka aykırılıkların ağır ve önemli sayılacağı saptarken ise, doktrin ve içtihadın dayandığı birkaç içerik vardır. Bunlar “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılıklar”, “içtihadi hata”, “takdir hatası” veya daha eski deyimlerle “içtihadı mütehammil ve müsait hususlar”dır. Danıştay içtihadında, bu deyimler, “kural tasarrufların yorum ve uygulanması, hizmet gereklerinin takdiri ve ilgili kişilerin durumlarının değerlendirilmesi sırasında”³¹⁵ “idarenin, çetin ve karmaşık mevzuat hükümlerini yorumlamada yanlış görüş ve düşüncelere kapılarak, sakat işlemler yapması, işlemin iptalini gerektirmekle birlikte tazmin borcunu doğurmaz”³¹⁶ şeklinde yorumlanmaktadır.

Danıştay, 1947 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, “ *idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esas olduğu, içtihadi tasarrufların zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse bu takdirde dahi idarenin sorumlu tutulması tabi bulunduğu*” nu ilke olarak kabul etmekle beraber, içtihadi tasarruflardan idarenin sorumlu olup olmadığı yolunda mutlak bir kural koyulmaması, bu hususun her olayda ayrı ayrı araştırılması

³¹³ GÖZLER, a.g.e, s. 1063.

³¹⁴ A.g.e, s. 1065.

³¹⁵ ESİN, a.g.e, s. 262.

³¹⁶ DURAN, a.g.e, s.38.

gerektiğini söylemiştir.³¹⁷ DURAN'a göre, burada ifade edilen, hizmet kusurunun esneklik ve değişkenlik niteliğine yapılan vurguya Danıştay'ın aşırı ölçüde sarılmasından dolayı, "içtihadi hata" gerekçesiyle idarenin, çok kere sorumsuzluğuna hükmedilmiştir.³¹⁸

Eksik incelemeye dayanan bir yıkım kararının iptal edilmesi üzerine, doğan zararın tazmin edilmesi istemiyle, söz konusu davada³¹⁹; bir inşaatın durdurulmasına ilişkin işlemin, imar yönetmeliğinin uygulanmasındaki hatadan kaynaklanması durumunda³²⁰; idari bir içtihadı dayanılarak, idarenin okuldan öğrencinin kaydını silinmesine ilişkin işleminin söz konusu olduğu olayda³²¹; yine bir öğrencinin, başarısızlığı nedeniyle üniversite ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptal edilmesi dolayısıyla tazminat talebine ilişkin davada³²²; şike yaptığı kanısına varılan bir futbol kulübünün, bu kanıya dayanılarak hükmen yenik sayılmasına ilişkin kararının iptal edilmesi neticesinde, futbol kulübü tarafından, zararın tazmin edilmesine ilişkin talebinin söz konusu olduğu davada³²³; Gümrük İdaresi'nin, bir eşyanın hangi pozisyona girdiğini, kanundan açık ve belirgin bir biçimde anlayamaması nedeniyle yaptığı yanlış tarhiyat neticesinde zararın doğduğu olayda³²⁴; hatalı not takdirine ilişkin işlemin, ilmi bir takdirin sonucuna bağlandığı olaylarda³²⁵ Danıştay, işlemdeki sakatlığın, "idari görüş yanlışlığı" veya "olağan

³¹⁷ Danıştay İDDGK, T. 26.12.1947, E. 947/83, K. 947/164, KD, sayı 18-39, s.41. (Nakleden: ÖZDEMİR, a.g.e, s. 86-87; DURAN, a.g.e, s. 38.)

³¹⁸ DURAN, a.g.e, s. 39.

³¹⁹ Danıştay 6. Daire, T. 27.04.1971, E. 1969/532, K. 1971/1451. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s.275-277.)

³²⁰ Danıştay 6. Daire, T. 27.04.1967, E. 1966/2636, K. 1967/1388. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s.279-280.)

³²¹ Danıştay 12. Daire, T. 24.02.1968, E. 1967/947, K. 1968/380. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 280.)

³²² Danıştay 8. Daire, T. 28.06.1990, E. 1990/981, K. 1990/812.

³²³ Danıştay 12. Daire, T. 08.04.1968, E. 1966/1395, K. 1968/799. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 280-281.)

³²⁴ Danıştay 7. Daire, T. 28.03.1983, E. 1982/2494, K. 1983/469.

³²⁵ Danıştay 8. Daire, T. 16.03.1993, E. 1992/848, K. 1993/1389; Danıştay 8. Daire, T. 20.12.2004, E. 2004/1274, K. 2004/4987.

nitelikteki hatalar” sebebiyle doğması halinde, bu yanlışlığın “ağır ve önemli olmaması” kaydı ile hizmet kusurundan söz edilemeyeceği, bir işlemin herhangi bir nedenle yasalara veya hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olmasının, idarenin kusurlu olduğunun kabulü için yeterli olmadığını kabul etmiştir.

Diğer taraftan, Danıştay’ın bu yöndeki içtihadını terk ettiğini tespit ettiğimiz kararları da mevcuttur. Danıştay’ın 1993 tarihli kararına konu teşkil eden olayda, bir kişi, kahvehane işletmek amacıyla idareye ruhsat verilmesi istemiyle başvuruda bulunmuş, başvurusunun reddedilmesi üzerine, idare mahkemesinde açtığı iptal davası sonucunda idarenin red işlemi iptal edilmiştir. Bunun üzerine, idarenin iptal edilen işleminin tesis edildiği tarihle, iptal üzerine ruhsatın verildiği tarihe kadar yoksun kaldığını öne sürdüğü zararının tazmini için, idare mahkemesinde dava açmıştır. İdare mahkemesi ise aşağıdaki gerekçeyle davanın reddedilmesine karar vermiştir.

“idare hukuku ilkelerine göre yürürlükteki yasalara ve hukuk kurallarına aykırılığından dolayı iptal edilen işlem ile iptal kararları doğrultusunda işlem tesis etmeyen ve bunu uygulamayan her idarenin, kural olarak hizmet kusuru işlemiş olduğunun kabul edildiği, ancak idarenin kendi anlayışı doğrultusunda ifa ettiği ve iptal ile sonuçlanan her işlemde dolayı maddi ve manevi tazminat ile sorumlu tutulamayacağı...”

Davacının, yerinde olmadığı iddiasıyla anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istemi neticesinde Danıştay, idare mahkemesinin kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

“Hukuk devleti ilkesi uyarınca faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, hukuka aykırı eylem yapması, işlem tesis etmesi kural olarak hizmet kusurudur. Sadece yetkisizlik veya şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırı biçimde tesis edilen, idari yargı yerince iptal edilmiş bulunan işlem yerine yeniden işlem tesis edilmesinin mümkün olması halinde, hizmet kusurundan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez. *Ancak hukuka aykırı işlem veya eylemiyle bir hakkın ihlaline neden olan idarenin, hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü, ortaya çıkan hak ihlalini gidermesi, doğan zararı tazmin etmesi hukuk devleti ilkesi gereğidir.*

Temyizen incelenen kararda da belirtildiği gibi, bir idari işlemin idari yargı yerince iptali, yukarıda da açıklandığı üzere, her zaman idarenin hukuki sorumluluğunu gerektirmeyebilir. Fakat *hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemlerle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeye sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmaz*. Esasen öğreti ve uygulamada, idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasında sayılan "*içtihadi hata*" hali mutlak kurallara bağlı olmaması nedeniyle her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kriter olup, bu kriterin, hukuka aykırı işlemlerle bir hakkın ihlal edilmiş olduğunun belirlenmesi halinde uygulanması mümkün değildir.

... olayda hizmeti kusurlu işlettiği açık bulunan idarenin davacının zararını tazmin etmesi gerekmektedir. Davacının tazminat isteminin esasına girilerek, tazmin edilecek miktarın araştırılıp, saptanması ve buna göre bir karar verilmesi gerektiğinden, idarenin kendi anlayışı doğrultusunda tesis ettiği ve iptal ile sonuçlanan her işleminden dolayı sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemektedir"³²⁶

Danıştay, 1996 tarihli bir başka kararında, yukarıdaki içtihadını tekrarlayarak şöyle söylemiştir:

"Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerinden olup, bu husus Anayasanın 125.maddesinde de hükme bağlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesi gereği faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, hukuka aykırı eylem yapması veya işlem tesis etmesi, kural olarak hizmet kusurudur. Ancak, hak ihlalinin bütün sonuçlarıyla birlikte giderilmesini amaçlayan tam yargı davalarında, öncelikle hak ve nesafet ilkeleri uyarınca ortada bir hak ihlalinin bulunup bulunmadığı araştırılacağından; neden, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygun olmakla birlikte salt yetki ve şekil unsurları yönünden hukuka aykırı işlem tesis edilmiş olması; işlemin iptal nedeni olduğu halde hak ihlali doğurmayacak ve bu durumda idarenin hizmet kusuruna dayalı olarak

³²⁶ Danıştay 10. Daire, T. 06.10.1993, E. 1992/1449, K. 1993/3681. (italikler bize aittir) Aynı karar, GÖZLER'in "*Danıştay'ın "içtihadi hata" içtihadından vazgeçtiği bir karar*" başlığı altında da incelenmiştir. Bkz. GÖZLER, a.g.e, s. 1073.

tazmin sorumluluğuna gidilmeyecektir. Hukuka aykırı bir işlemin, idare hukuku ilkeleri uyarınca giderilmesi gereken bir hak ihlali meydana getirmiş olması halinde ise, temyizen incelenen kararda ifade edilen içtihadi hata veya her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık, hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gibi ölçütler, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.”³²⁷

2011 tarihine ait bir kararında da Danıştay, idare mahkemesinin,

“...idari işlemin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusurunun varlığının kabul edilebilmesi için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olmasının gerektiği, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yol açmayacağı...”

gerekeçisiyle tazmin istemini reddettiği kararının bozulmasına karar verirken, yukarıdaki kararlarında olduğu gibi, ne şekil ne de esas bakımından hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilen idari işlemlerden kaynaklanan zararların idarenin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağını tartışmıştır. İdarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için, hukuka aykırı işlemi, zararı ve illiyet bağını yeterli görmüştür. Danıştay, kararında şöyle söylemektedir:

“İdarenin oluşan bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen gerçek bir zararın bulunması, zararın oluşumunda idarenin hizmet kusurunun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı, oluşan zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

... idarenin ihale aşamasında şartname ile yapmış olduğu düzenlemenin hukuka aykırı olduğu saptanmıştır. İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda, idarenin işleyişindeki aksaklık kamu hizmetinin kötü işlenmesi olarak değerlendirilecek ve idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilecektir. Bu nedenle şartname hükümlerini hukuka aykırı olarak hazırlayan idarenin hizmet kusurunun varlığı açıktır.”³²⁸

³²⁷ Danıştay 10. Daire, T. 11.11.1996, E. 1995/5361, K. 1996/7290.

³²⁸ Danıştay 13. Daire, T. 20.09.2011, E. 2011/2603, K. 2011/3886.

“İçtihat hatası”, “takdir hatası”, “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılıklar” gibi gerekçeler açısından, GÜNDAY’a göre “gerek yasalardaki karmaşıklığı gerekse idari görev ve yetkilerin karmaşıklığını idarenin sorumsuzluğu için bir gerekçe olarak görmek ve bunların sonuçlarına zarara uğrayanların katlanmasını kabul etmek...isabetli görünmemektedir.”³²⁹ “Aksi kabul, idarecilere keyfi davranma ve hukuka aykırı işlem tesis etme gibi bir imkân tanır ki, bunun kabulü hiçbir hukuk devletinde mümkün olmaz. Bu tür bir kabul, idarenin işlemlerinin belirliliği ve hukuki istikrar ve güven ilkelerinin de çiğnenmesine zemin hazırlayabilir”³³⁰. Bu nedenle, idareni sorumsuzluğunu, içtihat hatasında aramaktansa daha nesnel kurallara bağlamak gerekir.³³¹ DURAN, hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasındaki isabetsizliklerin, idarenin sorumluluğunu kaldıran sebeplerden sayılmaması gerektiğini düşünmektedir. Çünkü bugünün karmaşık ve kötü yazılmış mevzuatı ve dolayısıyla bunun hatalı yorumlanmasından kaynaklanan, kamu gücünün bozuk ve aksak yanının sonuçları olan zararları, ilgili bireylerin sırtına yüklemek doğru ve yerinde olmaz.³³² Aynı yönde düşünen GÖZLER’e göre de esas bakımından hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilen bir idari işlem ile aynı içerikte bir başka idari işlemin yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla bu bakımdan hukuka aykırılıklar sonradan giderilemeyeceği için kusur ile aralarında mutlak bir eşitlik vardır ve bu eşitliğin bir istisnası olamaz.³³³

Fransa’da bu eşitliğin, 1973 tarihine kadar bir istisnası vardı. Bu durum “basit değerlendirme hatası” (*simples erreurs d’appréciation*) olarak adlandırılıyor, hukuka aykırılık kabul ediliyor fakat “kusur” görülmeyerek idarenin sorumluluğuna hükmedilmiyordu. Conseil d’État, bu içtihadından, 1973 tarihli “*Driancourt*”

³²⁹ GÜNDAY, a.g.e, s. 373. Aynı yönde bkz. DÜREN, a.g.e, s. 294; GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s. 743.

³³⁰ ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 72-73.

³³¹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s.743.

³³² Ancak DURAN’a göre, kıymet hükmü veya teknik ya da estetik değerlendirme içeren maddi olguların takdirinde hata edilmesi bağışlanabilir. (DURAN, a.g.e, s. 38.)

³³³ GÖZLER, a.g.e, s. 1065. Ayrıca, GÖZLER’in Türkiye’deki içtihadi hata teorisinin eleştirisi için bkz. GÖZLER, a.g.e, s. 1067-1082.

kararıyla vazgeçmiştir.³³⁴ Bu kararlar, idarenin hatalı takdir ve içtihatla; kamu düzeni ve huzuruna ve genel ahlaka aykırı olduğu nedeni ile atari oyunları işleten bir eğlence yerinin kapatılmasına ilişkin tesis edilen, emniyet müdürlüğü işleminin iptaline hükmedilmesi üzerine, iş yerinin kapalı kaldığı sürece uğradığı zararların, değerlendirme ve yorum yanlışlığından ileri geldiğine bakılmaksızın, ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir³³⁵. Türkiye’de ise, yukarıda verilen üç örnek karara bakarak Danıştay’ın “takdir hatası”, “içtihat hatası”, “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılıklar” gibi gerekçelere dayanarak, idarenin sorumsuzluğuna hükmettiği içtihadından tamamen vazgeçtiğini söylemek için henüz erken olsa bile, en azından bu yönde bir eğilime sahip olduğunu ifade edebiliriz.

B. ŞEKİL BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIK NEDENİYLE HİZMET KUSURU

Burada konuya, “şekil bakımından” diyerek, aslında geniş anlamda “şekil” kavramının “yetki ve usul”ü de kapsadığını belirterek başlayacağız. Bu anlamda bir idari işlemin, şekil bakımından hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi halinde, idarenin iptal edilen işlem yerine hemen ve kolaylıkla, hukuka uygun yeni bir işlem yapabilme olanağına sahip olduğu kabul edilerek, hizmet kusurundan söz edilemez denilmektedir. Çünkü ilgili kişi, o işlemin doğuracağı sonuçlara eninde sonunda katlanacaktır³³⁶. Yani şekil bakımından hukuka aykırılıklar nedeniyle iptal edilen işlemi, idarenin hukuka uygun olarak yeniden tesis etmesi olanaklı bulunduğundan, ilgilinin durumunda sonuç olarak bir değişme meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla, genel olarak bu tür hukuka aykırı işlemlerin, idarenin sorumluluğuna yol açmadığı kabul edilir.

Ancak DUEZ, Conseil d’État’nın, bir yetkinin suistimal edilmesi söz konusu olan durumlarda, hiçbir zaman idarenin sorumluluğunu bertaraf etmediğine dikkat

³³⁴ ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 71; GÖZLER, a.g.e, s. 1066;

³³⁵ CE, 26.02.1973, “*Ville de Paris/sieur Driancourt*”, AJDA, 1973, s. 273. (Nakleden: DURAN, a.g.e, s. 38); bkz. ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 71.

³³⁶ ESİN, a.g.e, s. 262; DURAN, a.g.e, s. 37; DUEZ, a.g.e, s. 52; GÖZLER; a.g.e, s. 1063,

çeker. Bunun için öncelikle yetki unsurunu ele alır ve “konu itibarıyla yetki” ile “kişi itibarıyla yetki” olarak ikiye ayırarak açıklar. “Konu itibarıyla yetkisizlik”te, ağır bir kanunsuzluk söz konusu olduğu için idarenin sorumluluğunun gerekli olduğunu söylerken, “kişi itibarıyla yetkisizlik”te otomatik bir şekilde sorumluluğun ortaya çıkmayacağını ifade eder. Çünkü ikinci durumda, yani “kişi itibarıyla yetkisizlik” durumunda, yetki unsuruna ilişkin hukuka aykırı tasarrufu, iptal kararından sonra başka bir ajana yaptırmak suretiyle yeniden tesis edebilmektedir³³⁷. Dar anlamda şekil unsuruna ilişkin hukuka aykırılıklar söz konusu olduğunda da aynı yorum geliştirilebilir. “Esaslı” ve “tali” şekil bozuklukları ayrımı yapılarak; ilki için idarenin sorumluluğunun ortaya çıkabileceği, ikincisi için yeterince ağır olmadığı ve işlem kolayca yeniden tesis edilebileceği için idarenin sorumluluğunun olmadığı söylenebilir³³⁸. Buna ilişkin, Conseil d’État kararlarının ne kadar eskiye gittiğini göstermek için, 1921 tarihli “*Monpillié*” kararı örnek verilebilir.³³⁹ Ayrıca, Conseil d’État’ın, “*Ministre de L’Equipement/sieur Bourasseau*” kararında GUILLAUME³⁴⁰, her hukuka aykırı ve zarar doğurucu işlemin, bu işlemi tesis eden için, doğan zararın tazminini gerektiren bir kusur oluşturmadığını tekrarlamıştır. İçtihatlarda oldukça istisnai bir değere sahip olduğunu hatırlatarak, hukuka aykırılığın yalnızca işlemin şekil unsurunda olması veya idareyi böyle bir karar almaya iten haklı nedenlerin bulunması halinde, bazen kamu gücünün kusura dayalı sorumluluğunun tümüyle kalkacağını söyler.³⁴¹ Bu karardan daha erken tarihli olan, “*Leca*” kararında da Conseil d’État, hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilen işlem, hukuka uygun usullerle

³³⁷ DUEZ, a.g.e, s. 52. Aynı yönde bkz. ÖZDEMİR, a.g.e, s. 83.

³³⁸ DUEZ, a.g.e, s. 52-53.

³³⁹ CE, 04.11.1921, “*Monpillié*”, Rec., s. 903 (Nakleden: DUEZ, a.g.e, s. 53.)

³⁴⁰ GUILLAUME, her ne kadar dava konusu olayda idarenin “takdir hatası”na dayanılarak davanın reddedilmemesi gerektiğini düşünse de, idarenin hukuka aykırı işleminin hizmet kusuru oluşturmayacağını kabul edildiği iki durumu belirtmesi açısından bu karardan alıntı yapılmıştır. Çünkü henüz o tarihte Conseil d’État, bu yöndeki içtihadından vazgeçmemiştir.

³⁴¹ CE, 31.01.1969, “*Ministre de L’Equipement/sieur Bourasseau*”, 1969, A.J.D.A, s. 194 (G. GUILLAUME nin düşüncesi ile birlikte) (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 16.) Aynı zamanda, hukuka aykırılığın yalnızca basit bir değerlendirme hatasından ibaret bulunması halinde de durumun aynı olacağını -idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağını- ekler.

yeniden yapılabilecekse, tazmini gereken gerçek bir zarar olmadığına karar vermişti.³⁴²

Türkiye’de ise Danıştay, davacının tümgeneralliğe yükseltmemesi yolundaki işlemin şekil yönünden hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edildiği olayda³⁴³, genelev işleten bir kimsenin, işletmesinin kapatılması için tesis edilen işlemin yetkisizlik nedeniyle iptal edildiği olayda³⁴⁴; içkili işyerlerinin kapatılması işleminin yetki yönünden iptal edildiği olayda³⁴⁵, şekil veya yetki unsuru yönünden hukuk aykırı bulunan işlemlerin, idarece hukuka uygun olarak yeniden tesis edilmesi mümkün olduğundan, tazmin gerekçesi olmayacağına hükmetmiştir.

DURAN da “yetkisizlik nedeniyle batıl sayılan bir işlem de yeniden yapılabileceğine göre sorumluluğu gerektirmemektedir. Meğerki idare, o konuda tamamen yetkisiz bulunsun!” demektedir. Yani idarenin, tamamen yetkisiz bulunduğu durumlarda, sorumluluğuna gidilebileceğini ifade eder. Çünkü o da DUEZ gibi, esaslı ve etkili olmayan şekil noksanlıkları dışında hukuka aykırılıkların, idari işlemi batıl kılsa da her butlan halinin, idari sorumluluk sebebi sayılmayacağını düşünmektedir.³⁴⁶ ESİN de şekil ve yetki bakımından, ancak gerekli şartlar oluştuğunda, hizmet kusurunun, idarenin sorumluluğuna yol açabileceğini söyler ve bunlar için, konu yönünden yetkisizlik ile ağır şekil noksanlıklarını örnek verir.³⁴⁷ Böylece, “her şekil bakımından hukuka aykırılıkların idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı” istisnasının da istisna durumları belirtilmeye çalışılmıştır.

GÖZLER, hukuka aykırılık ile kusur arasında bir eşitlik olduğuna işaret eder ve idari işlemin hukuka aykırı ise aynı zamanda kusurlu olduğunu söyler. Keza bir

³⁴² CE, 22.05.1942, *Leca*, RDCE, 1942, s.160. (LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDEMET, **Traité de Droit Administratif**, 15. B., Paris, LGDJ, 1999, s.985’den nakleden: GÖZLER, a.g.e., s.1064.)

³⁴³ Danıştay DDK, T. 25.06.1971, E. 1971/270, K. 1971/709. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 277-279.)

³⁴⁴ Danıştay 10. Daire, T. 20.11.1995, E. 1994/5015, K. 1995/5773.

³⁴⁵ Danıştay 10. Daire, T. 04.10.1996, E. 1995/964, K. 1996/5781.

³⁴⁶ DURAN, a.g.e, s. 37.

³⁴⁷ ESİN, a.g.e, s. 262.

idari işlem hukuka aykırı değilse kusurlu da değildir.³⁴⁸ Ancak hukuka aykırılığın kusura eşitlenmesinin yalnızca bir istisnası vardır. Bu da, idari işlemin yargı yerleri tarafından iptal kararından sonra, idarenin yapacağı yeni bir işlemle, sonradan giderilebileceği durumlarda ortaya çıkar. Yani GÖZLER'e göre "şekil bakımından hukuka aykırılıklar", kusur teşkil etmez ve tazmin sorumluluğuna yol açmazlar. Çünkü işlem özü itibariyle kusurlu değildir, hatalar düzeltilerek aynı işlem tekrar yapılabilir. Yetki, şekil ve usul bakımından hukuka aykırılıklar iptal edildikten sonra, idare bu hataları tekrarlamadan yeniden bir işlem tesis edebilir. Bu nedenle GÖZLER, hukuka aykırı bir işlemde dolayı idarenin sorumluluğunun doğacağına ilişkin önermenin tek istisnasını, şekil bakımından, esaslı olmayan hukuka aykırı işlemlerin oluşturduğunu düşünmektedir.³⁴⁹ Özetle, Fransa ve Türkiye'deki doktrin ve içtihatlarda genel eğilim, "konu yönünden yetkisizlik" ile "ağır (esaslı ya da asli) şekil eksiklikleri" halleri dışında, idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği yönündedir.

Kanımızca, idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, sorumsuzluğa gidebilecek istisnalar yaratmak konusunda daha ihtiyatlı davranmalıyız. Çünkü istisnayı, "şekil bakımından hukuka aykırılıklar" a sabitlemek demek, idarenin işlemi hukuka uygun olarak yeniden tesis etmesi durumunda, zararın ortaya çıkmamış olacağı ya da telafi edilmiş olacağı varsayımına dayanmak demektir. Bu varsayım aynı zamanda, yargılama süresinin kapladığı zaman aralığını göz ardı etmek anlamına gelir. İdarenin, hukuka aykırı işlem tesis etmesi, bu işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi ve idarenin yeniden hukuka uygun işlem tesis etmesi, sanki çabucak gerçekleşiyormuş gibi bir düşünceye dayanmaktadır. Oysa biliyoruz ki, idari yargıda pek çok dava yıllarca sürebilmektedir. Öyleyse şekil bakımından hukuka aykırı bir işlem, mahkeme tarafından iptal edildikten sonra, yeniden, ama bu defa aynı hatalar tekrarlanmadan tesis edildiği takdirde bile, hukuka aykırı işlemin ilk tahsis edildiği tarih ile iptal kararı sonucunda işlemin yeniden tesisi arasında geçen zaman aralığında, bir zararın meydana gelmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda, idarenin yeniden işlem tesis etmesi, her zaman bu zararın

³⁴⁸ GÖZLER, a.g.e, s. 1063.

³⁴⁹ Bkz. GÖZLER, a.g.e, s. 1058-1066.

telafi edildiği, sonradan giderildiği anlamına gelmemektedir. Kaldı ki ilgililerin, idareye başvuru yoluyla, zararının giderilmesi talepleri çoğu zaman sonuçsuz kalmaktadır.

Şekil yönünden hukuka aykırılıkların idarenin sorumluluğunu doğurmaması gerektiğine ilişkin bu ortak kabul, yukarıda saydığımız yargılama sürecinin uzun olduğunu elbette bilmektedir. Ancak, bu zaman aralığında ortaya çıkabileceğini öngördüğümüz zararı, gerçek ve kesin bir zarar olarak görmemektedir. Çünkü idari işlemin aslında, konu yönünden hukuka aykırı olmadığı düşünölmektedir. Yani eğer, şekil ve yetki unsurları bakımından işlem, usulüne uygun bir şekilde tesis edilmiş olsaydı, ulaşılmak istenen sonuç hukuka uygun olacaktı. Dolayısıyla idarenin bu unsurlar yönünden hataya düşmüş olması, gerçek bir zararın varlığını kanıtlamamaktadır. Çünkü ilgili eninde sonunda bu zarara katlanmak zorunda kalacaktı. Ancak, idarenin yeni bir işlemle aynı sonucu doğurabileceğinden hareket ederek, zararın her halükarda zaten doğacak olduğunu kabul etmek, idarenin bazen önemsiz görölen hatalar yaparak hukuka aykırı davranabileceği, iptal kararlarının gereğini yerine getiremeyebileceği, dahası yargı kararlarına uymamasının bazı durumlarda mazur görölebileceği anlamına gelmektedir. Oysa biz bu noktada SARICA'ya katılmaktayız. SARICA, gerek Fransız içtihatlarında gerekse Türk içtihatlarında, iptal sebebinin aynı zamanda, mutlak olarak bir hizmet kusuru teşkil etmeyeceği yönündeki görüşe katılmamaktadır. Belirli bir memurun şahsına isnat ve izafesi mümkün bir kişisel kusurun mevcudiyeti tespit edilen haller istisna kalmak suretiyle, diğer bütün hallerde idare tarafından alınan bir kararın, hizmet kusuruna binaen, idarenin sorumluluğuna tekaböl edeceğini söyler. Çünkü hizmet kusuru nihayet, devlet nizamına, mevzuata ve hukuka riayeti gereken kurallara aykırı hareketten başka bir şey değildir. Bu yüzden, idarenin mevzuata aykırı karar alması, aynı zamanda hizmet kusuru işlemleri demektir. Ona göre, ideal bir idareden hukuka aykırı karar alması beklenemeyeceği için, ne zaman ki idare, mevzuata aykırı bir karar alırsa, o zaman kötü kurulmuş, bünyesinde, teşkilatında, düzeninde, personeline ve işleyişinde bir bozukluk ve aksaklık mevcuttur. O halde, hukuka aykırı bir karar dolayısıyla mahkeme önüne gelen olayda, ayrıca bir hizmet kusuru

arayışına gerek olmaksızın, idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusurunun mevcudiyetini, bir karine olarak kabul etmek gerekmektedir.³⁵⁰

Danıştay'ın, yukarıdaki iddiamız ile aynı yönde hareket ederek verdiği “nadir” kararlarından vereceğimiz ilk örnekte, dava konusu olay, içkili gazino olarak faaliyet gösteren işyerinin ruhsatının iptal edilerek, işyerinin faaliyetten men edilmesine ilişkin, idarenin işlemiyle ortaya çıkmıştır. İşlemin yetki itibarıyla hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmesinin ardından, işyeri sahibi, idarenin hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işleminden doğan zararların tazmini için idare mahkemesinde dava açmıştır. İdare mahkemesi, idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının, yetkili makamca yeniden bir işlem tesisine engel oluşturmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bunun üzerine, temyiz incelemesinde, idare mahkemesinin kararının bozulmasına hükmeden Danıştay, şu gerekçelere yer vermiştir:

“Kamu idareleri, yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini sürekli olarak denetlemek ve hizmetin ifası esnasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek hizmetin kötü veya geç işlemesi veyahut gereği gibi işlememesi ve bu yüzden zarara neden olunması halinin idareye bu zararın, hizmet kusuru kriterlerine göre tazmini sorumluluğunu yükleyeceği; bireylerin uğradıkları özel nitelikteki zararların, idari faaliyet ile zarar arasında *nedensellik bağının bulunması* koşuluyla tazmin edilebileceği sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ve Anayasa gereğidir.

Hukuka aykırı işlem tesis ederek yürütmekle görevli olduğu hizmeti kötü işleten idarenin, *hizmet kusurundan dolayı meydana gelen zararları tazmin etmesi gerektiği* bilinen idare hukuku ilkelerindedir.

Her ne sebeple olursa olsun, hukuka aykırılığı yargı yerlerince saptanan idari işlemlerin hukuk öznelerinin *patrimuanlarında bir zarara* (eksilme veya artma olasılığından yoksunluk) yol açtıkları tartışmasızdır.

Olayda, davalı idarenin yetkisi olmamasına karşın davacının işyerinin ruhsatını iptal ederek, işyerini faaliyetten men etmesinde hizmet kusurunun olduğu, davacının

³⁵⁰ SARICA, Ragıp, “Mahkeme İçtihatları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası**, C. 10, S. 1-2, İstanbul, 1944, s.389-408, s. 399. Aynı yönde bkz. ÖZDEMİR, a.g.e, s. 87.

zararı ile davalı idare işleminde *illiyet bağının bulunması* sebebiyle de davacının zararının davalı idarece karşılanması gerektiği açıktır.

Bu nedenle; davacının tazminat istemini "*tazminata dayanak olan işlemin yetki yönünden iptal edildiği*" gerekçesiyle reddeden *İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet görülmemiştir.*"³⁵¹

Buna ilişkin vereceğimiz ikinci örnek, Danıştay'ın 2009 tarihli bir kararıdır. Dava konusu olayda, aday itfaiye eri olarak görev yapmakta olan bir kişinin, eğitimde başarısız olması nedeniyle, 657 sayılı kanunun 56. maddesi uyarınca, *belediye başkanı* tarafından görevine son verilmiştir. Bunun üzerine açılan iptal davası sonucunda dava reddedilmiştir. Oysa ki 1580 sayılı kanunun 83. maddesine göre, belediye memurlarının görevlerine son verilme yetkisi *belediye encümeninin*indir. Dolayısıyla, yetki yönünden hukuka aykırılığı gören Danıştay 12. Dairesi tarafından idare mahkemesinin kararı bozulmuş, idare mahkemesi de temyiz kararına uyarak işlemin iptaline karar verilmiştir. Görevine geri dönen davacı, iptal edilen göreve son verme işlemi nedeniyle uğradığı zararların tazmini istemiyle idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine, açıkta kaldığı dönemde yoksun kaldığı tüm özlük ve parasal hakları ile manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle, yeniden dava açmıştır. Bu sırada idare, *iptal kararında belirtilen eksiklikleri gidererek*, yani belediye encümeni kararıyla, aday itfaiye erinin görevine tekrar son vermiştir. Davaya bakan idare mahkemesi, davacının memuriyetle ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin tesisine eğitim kursuna gitmeyerek kendisinin sebebiyet verdiği açık olduğunu tespit etmiş, işlemin usul hükümlerine uyulmadığı gerekçesiyle iptal edildiği, ayrıca idarenin iptal kararında belirtilen eksikliği gidererek tekrar davacının ilişkisinin kesilmesine karar verdiğine işaret ederek, idarenin işleminde hukuka aykırılık görmeyip, davanın reddine karar vermiştir. Davacı ise hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlem nedeniyle uğradığı zararların tazmini gerektiğini öne sürmüş ve idare mahkemesinin bu kararının bozulması istemiyle temyiz yoluna gitmiştir. Danıştay'ın oy çokluğuyla, idare mahkemesinin kararının bozulmasına hükmettiği kararda, şu gerekçelere yer verilmiştir:

³⁵¹ Danıştay 8. Daire, T. 11.06.2003, E. 2003/1833, K. 2003/2827. (Vurgular yazara aittir.)

“... Bir idari işlemin yargısal bir kararla iptali halinde, bu iptal kararlarının işlemin yapılması sırasında unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüyen sonuçlar doğurduğu, başka bir anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağladığı İdare Hukukunun bilinen ilkelerindedir. *Yargı mercileri tarafından idari bir işlemle ilgili olarak verilen iptal kararının doğurduğu bu sonucun, verilen iptal kararı ister usul yönünden, isterse esas noktasından verilmiş olsun, hiçbir şekilde değişmeyeceği açıktır.*

Zira, anılan İdare Hukuku ilkesinden dolayı idare, *iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak, işlemin hiç yapılmamış sayılmasının bir gereği olarak önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla yükümlü bulunmaktadır.* Dolayısıyla, görevine son verilen bir kamu görevlisinin *yargısal yoldan bu işlemin iptalini sağlaması halinde, ister usul yönünden ister esas noktasından verilmiş olsun, idarenin bu karara uygun işlem tesis etmesi ve işlemin doğurduğu hukuki ve fiili bütün sonuçları ortadan kaldırması gerekmektedir.*

Bakılan davada, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılarak iptaline hükmedilmiş olması karşısında, Anayasanın 125. maddesinde yer alan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu kuralı nedeniyle, davacının görevine son verildiği 21.1.1997 tarihinden göreve başlatıldığı 4.2.2003 tarihe kadar yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi gerekirken, *dava konusu işlemin usul yönünden iptaline hükmedilmiş olduğu gerekçesiyle davacının parasal haklara ilişkin talebinin reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.*³⁵²

Görüldüğü gibi ilk olayda, hangi yönden söz konusu olduğu anlaşılmasa da, yetki yönünden bir hukuka aykırılığın varlığı, karardan da okunabileceği gibi açıktır. İkinci olayda ise “kişi yönünden yetkisizlik³⁵³” söz konusudur, yani idarenin genellikle sorumsuzluğunun kolayca kabul edildiği bir durum mevcuttur. Danıştay,

³⁵² T.C. Danıştay 12. Daire, T. 14.10.2009, E. 2007/3502, K. 2009/5412. (Vurgular yazara aittir.)

³⁵³ “İdarenin organlardan oluştuğu durumlarda ki tüzel kişiliği olan idareler böyledir, organlar arası yetki dağılımı, kişi itibarıyla yetki dağılımıdır.” Bkz. Danıştay 6. Daire, T. 13.04.1982, E. 1981/792, K. 1982/918, DD, s. 48-49 (Nakleden: KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 339.)

her iki davada da, yetki yönünden hukuka aykırılığı, sorumluluğun bir istisnası olarak görmemiştir. 2003 tarihli kararında, hizmet kusuru için, bir idari işlemin yol açtığı patrimuanda ortaya çıkan zararı, nedensellik bağı ve hukuka aykırılığı yeterli bularak idarenin sorumluluğuna hükmetmişken; 2009 tarihinde verdiği kararında farklı gerekçelere yer vermiştir. Bu kararında, yargısal yoldan bir işlemin iptalini sağlaması halinde, ister usul yönünden ister esas noktasından verilmiş olsun, idarenin bu karara uygun işlem tesis etmesi ve işlemin doğurduğu hukuki ve fiili bütün sonuçları ortadan kaldırması gerektiğini söyleyerek, bu yönde hiçbir istisna tanımadan, hukuka aykırı işlemlerin kusura eşit olduğunu ortaya koymuştur. Çünkü asıl vurgulanması gereken yer, iptal kararlarının sonuçlarıyla ilgili olan yerdir. Mahkeme kararını tekrar etmek gerekirse *“Yargı mercileri tarafından idari bir işlemle ilgili olarak verilen iptal kararının doğurduğu bu sonucun, verilen iptal kararı ister usul yönünden, isterse esas noktasından verilmiş olsun, hiçbir şekilde değişmeyeceği açıktır. Zira, anılan İdare Hukuku ilkesinden dolayı idare, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak, işlemin hiç yapılmamış sayılmasının bir gereği olarak önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla yükümlü bulunmaktadır.”* Yani idarenin önceliği, iptal edilen kararını hukuka uygun hale getirip, yeni bir işlemle aynı sonuçların doğmasını sağlamak değil; *“iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak, (idari işlemin hiç yapılmamış sayılması ilkesinin gereği olarak) önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamaktır”*³⁵⁴. Bu gereklilik aynı zamanda, yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin, Anayasanın 138. maddesinde belirtilen *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”* kuralının ve İYUK’un 28. maddesindeki, *“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez”* kuralının bir sonucudur. *“Uyuşmazlıkları çözmek görevini aynı zamanda*

³⁵⁴ Danıştay 5. Daire, T. 30.05.2007, E. 2004/4757, K. 2007/2687.

bir yetki olarak benimsemiş olan devlet, bu uyuşmazlıkların çözümü sonucunda verilen kararları uygulamak görevini de birlikte yüklenmiş demektir.³⁵⁵ Dolayısıyla, yargı kararlarının uygulanamayabileceğini kabul etmemiz mümkün değildir. “Aksi, yargı organlarının uygulanabilirliği olmayan kararlar verdiği anlamına gelir ki, bu husus kararların uygulanması hususundan çok yargı organlarının varlıklarını tartışılır hale getirir.”³⁵⁶

C. İDARENİN HUKUKA AYKIRI İŞLEMLERİ SÖZ KONUSU OLDUĞUNDA HİZMET KUSURU İLE İLGİLİ ORTAYA ÇIKAN DİĞER DURUMLAR

İdarenin sorumluluğu için sadece hukuka aykırılık ve kusur yeterli değildir, aynı zamanda “tazmin edilecek bir zarar”ın da ortaya çıkmış olması gerekir.³⁵⁷ “Dikkat edilmesi gereken nokta, işlem yapılmadan önceki durumla işlem iptal edildikten sonraki durum arasında bir fark olup olmadığıdır.”³⁵⁸ Diğer taraftan, önceki açıklamalarımız çerçevesinde diyebiliriz ki, somut olarak bu farkın ortaya çıkmadığı ancak, çıkma olasılığının olduğu durumlar da hesaba katılmalıdır. Yani zarar mevcut değilse ya da zararın doğma ihtimali yoksa, ilgilinin durumu etkilenmemişse, idarenin sorumluluğu yoktur. İdarenin hukuka aykırı işleminden kaynaklanan bir olayda Danıştay:

“Sağlık hizmetinin bünyesinde risk taşıması ve karmaşık bir yapıya sahip olması sebebiyle bir hastalığa teşhis koymak veya bir durumu tespit etmek amacıyla düzenlenen sağlık raporunun hatalı olması her zaman ve tek başına idarenin tazmin sorumluluğu doğurmamakla birlikte hatalı tanıya dayalı birtakım tıbbi müdahaleler

³⁵⁵ ULER, Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 81.

³⁵⁶ ALTAY, a.g.e, s. 195.

³⁵⁷ ROUGEVIN-BAVILLE, SAINT MARC , LABE-TOULLE, **Leçons de Droit Administratif**, Paris, PUF, 1980, s. 337; LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDEMET, **Traité de Droit Administratif**, Paris, L.G.D.J., 15. B., 1999, C. I, s. 985. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s.1062.); ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 71-72.

³⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e, s.743; DÜREN, a.g.e, s. 294.

yapılmışsa veya bu tanıya dayalı birtakım külfetler çekilmişse bu takdirde idarenin tazmin sorumluluğundan bahsedilebilir”³⁵⁹ demiştir.

Danıştay’ın bu kararından anlaşıldığı üzere hukuka aykırı bir işlem iptal edilebilirlik ile bağılyken, bu hukuka aykırı işlemin kendisi, yalnızca hukuka aykırılığı nedeniyle tazminat gerekçesi olamaz. Çünkü sorumluluğun ilk koşulu “zarar”dır. Dolayısıyla “hareketin sadece gayrimeşru veya mevzuata aykırı olması, başkasına zarar vermediği takdirde hiçbir sorumluluğa sebebiyet vermez, ancak duruma göre tasarrufun sakatlığını gerektirir.”³⁶⁰

Yukarıdaki örnek davadan başkaca sonuçlar çıkarmak da mümkündür. Kararda, bir idari işlemin sorumluluğa yol açabilmesi için bu işleme dayalı başkaca edim ve davranışların yerine getirilmesi gerektiği söylenmektedir. Buradan anlaşılan şudur ki, hukuka aykırı bir idari işlemin başlı başına kendisi, o işlemi tesis eden idareyi sorumlu tutmaya yetmez. ESİN’e göre, “bir idari işlemin amaçladığı hüküm ve sonuçların doğumu, ancak onun uygulama alanına konulması ile sağlanabilir. Gerçekten, idari işlemler uygulanmak, yürütülmek üzere tesis olunurlar.”³⁶¹ Uygulayıcı, idarenin personeli³⁶² de olabilir ilgili³⁶³ de olabilir, önemli olan uygulamadan bir zararın ve sorumluluk şartlarının doğmasıdır. HAURIOU’ya göre de hizmet fiili, bir ifa veya adem-i ifa fiilidir; her halde ifa kategorisine dahil olup icrai karar kategorisine dahil değildir. Bu demektir ki idare, kendi bünyesinden çıkan kararların doğurduğu, sırf hukukî sonuçlardan muhakkak surette sorumlu değildir. İdarenin malî sorumluluğu ancak ifa fiili ile meydana gelebilir.³⁶⁴

³⁵⁹ Danıştay 15. Daire, T. 23.01.2014, E. 2013/3732, K. 2014/137.

³⁶⁰ ÖZDEMİR, a.g.e., s.6.

³⁶¹ ESİN, a.g.e, s. 257.

³⁶² Örneğin, yıkım kararı verilen bir yapının, idarenin personeli tarafından yıkılması ya da idari kararlar yasaklanan bir etkinliğin kolluk tedbiri ile önlenmesi. (Bkz. ESİN, a.g.e, s. 257.)

³⁶³ Örneğin, idarenin iznine bağılı bir işin idarece yasaklanması sonucu o işin ilgili tarafından yapılmaması yoluyla işlemin uygulanması ya da bedeni veya mali yükümlülük getiren işlemlerde, ilgilinin istenen ödevi yapmasıyla uygulamanın gerçekleşmesi. (Bkz. ESİN, a.g.e, s. 257.)

³⁶⁴ CROZAT, a.g.e, s. 289.

DUGUIT ve DUEZ, ise sorumluluktan bahsedebilmek için bir idari işlemde ifaya geçilmesinin gerekli olmadığını düşünmektedirler. Zarara sebep olan bir icrai karar zaten doğrudan doğruya idarenin sorumluluğunu doğurur. Bir hukuki tasarrufun sorumluluk doğurması için her zaman icrai olmasına gerek yoktur³⁶⁵. SARICA da, işlemin sonuç doğurması için tesis edilmesi ve bildirim yapılmasını yeterli görmekte, ayrıca uygulama ve yürütme işlemlerinin aranmasına gerek görmemektedir. İdarenin bazı işlemleri gerçekten de ancak bir uygulama ile icra olunabilir. Bunlar örneğin, belediyelerin bina yıkım işleri veya sokak köpeklerinin ıslahı gibi işlerdir. Buraya kadar doğru olmakla birlikte, zararın ancak uygulama işlemiyle doğabileceği iddiası yetersizdir. Çünkü idarenin bazı işlemleri, uygulama aşamasına geçilmeksizin zarar doğurabilir³⁶⁶. SARICA, bu tür işlemlere sadece tesisi ile bir zarara ve idarenin sorumluluğuna yol açan idarenin olumsuz işlemlerinden örnekler vermektedir. İdareden talep edilen bir hususun idare tarafından yerine getirilmemesi ya da bir sübjektif hakkın tanınmaması gibi işlemler uygulanma şartına bağlı olmadan ilgilinin hukuki durumu üzerinde etki doğurmaktadır. Tek gerekli olan işlemin tesis edilmesi ve bildirim yapılmasıdır.³⁶⁷ ESİN'e göre idari işlemleri, "tesis ve uygulamanın içiçe olduğu" ile "tesis ve uygulamanın birbirini takip ettiği işlemler" olarak iki gruba ayırmak mümkün olsa da bu ayırımın bir önemi yoktur. Her ne koşulda olursa olsun sorumluluk için yeterli olan şey, işlemin uygulanmış, hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olmasıdır.³⁶⁸

Diğer taraftan ve son olarak, hukuka aykırılık yoksa kusurun da olmadığı kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, hukuka aykırı olmayan (hukuka uygun) bir karardan dolayı zarar meydana gelmişse, idarenin "kusurdan dolayı" sorumluluğu yoluna gidilemez. İdare, "hukuka uygun olan işlemlerinden dolayı, 'kamu külfetleri

³⁶⁵ A.g.e, s. 289.

³⁶⁶ SARICA, Ragıp, "İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 10, S. 3-4, 1944, s. 486-514, s. 488 vd.

³⁶⁷ SARICA, **İdari Kaza**, C.I, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s. 341-378. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 258.); SARICA'nın daha detaylı açıklamaları için bkz. SARICA, Ragıp, "İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları".

³⁶⁸ ESİN, a.g.e, s. 258-259.

karşısında eşitlik’, ‘muhatara’ (*risque*) veya ‘sebepsiz iktisap’ gibi, objektif esaslara göre, kusursuz surette malî mesuliyete muhatap olabilir.”³⁶⁹

II. KUSURUN DERECELENDİRİLMESİ - BASİT VE AĞIR KUSUR

Roma Hukukuna kadar uzanan bir geçmişe sahip olan kusurun derecelendirilerek ayrılması, esas olarak özel hukuka özgü bir nitelendirme olup, idare hukuku içine buradan ithal edilmiştir.³⁷⁰ Özel hukukta kusur sorumluluğunun doğması açısından kusurun derecesinin önemi yoktur. Kusurun derecesi, tazminatın miktarı açısından önem arz eder.³⁷¹ Medeni Kanunda, kusurun ağırlık derecesi örneğin, boşanma davalarında taraflardan birine itiraz hakkı tanımakta³⁷², nafaka borcuna etki etmekte³⁷³ ya da vasinin görevden alınması³⁷⁴ gibi sonuçlar doğurmaktadır. Borçlar Kanununda da 51.maddeye göre, “*hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” Bu, ölçü alınarak yine Borçlar Kanununun 52.maddesine göre “*zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*” İdare hukuku içinde ise ağır

³⁶⁹ DURAN, Lütfi, “İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası – Tam Yargı Davası”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 3-4, 1967, s. 3-26, s. 10.

³⁷⁰ ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 119.

³⁷¹ ÖZAY, a.g.e, s. 738.

³⁷² TMK 166.madde: “*Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.*”

³⁷³ TMK 175.madde: “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir*”

³⁷⁴ TMK 483.madde: “*Vasi, görevini ağır surette savsaklar, yetkilerini kötüye kullanır veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunur ya da borç ödemedede acze düşerse, vesayet makamı tarafından görevden alınır.*”

kusur, özel hukuktan farklı bir anlam ifade etmektedir. Bazen gerçekten özel hukuktaki gibi, tazminatı ağırlaştırıcı bir sebep olarak görülürken, bazen ise idarenin sorumluluğunu sınırlamak için kullanılmaktadır.

Kusurun derecelendirilmesi konusunda birkaç tanım yapılabilir. Örneğin CHAPUS, ağır kusuru “basit kusurdan daha ağır kusurdur” şeklinde tanımlamaktadır.³⁷⁵ Bu tanım, görüldüğü üzere, ağır kusuru niteleme noktasında basit kusuru referans almaktadır. O halde, bunu tersinden söylemek de mümkündür, yani “Basit kusur, ağır kusurdan daha hafif kusurdur.”³⁷⁶ Sonuç olarak, bu tanımlara göre, öncelikle basit kusurun ya da ağır kusurun ne olduğu konusunda bir içtihat birliği önem taşımaktadır. Ancak böyle bir birlik mevcut olmalıdır ki, artık uyuşmazlık konusu kusurun buna göre daha basit veya daha ağır olup olmadığı üzerinde yeniden bir değerlendirme yapılabilsin. Diğer taraftan böyle bir içtihat birliğini elde etmek her zaman için pek mümkün olmamaktadır. Örneğin, idari yargı yerleri, tıbbi müdahaleler veya kolluk faaliyetleri gibi risk içeren faaliyetlerde, idarenin sorumluluğuna hükmetmek için ağır hizmet kusuru koşulunu aramaktadır. Uygulamada, kusurun derecesi, bu gibi belirli konular bakımından içtihat istikrar kazanmış olsa da, her geçen gün idarenin, kamu hizmeti olarak gerçekleştirdiği faaliyetler çeşitlenmekte ve diğer bilimsel, teknolojik gelişmelerle zararın ve tehlikenin en aza indirilmesini sağlayacak yeni tedbir yöntemleri ortaya çıkmaktadır. Daha önce risk faktörünü fazlasıyla içinde barındıran faaliyetler, bu gelişmelerle birlikte artık tehlikeye daha az mahal verecek bir nitelik kazanmış olabilirler. Bu durumda, sağlık hizmeti içindeki tıbbi müdahalelerden bazıları, belki artık çok daha az bir risk unsurunu içermeye başlayacaktır. O halde içtihat da bu yönde bir gelişme göstererek, sürekli kendini yenilemek durumundadır. Dolayısıyla basit ve ağır kusur ayrımının sınırlarını açıkça belirleyen içtihadi bir bütün elde etmek oldukça zordur. Kuramsal olarak da tatmin edici bir ifade elde edememekteyiz. Örneğin “bünyesinde risk faktörü içeren faaliyetler dolayısıyla idarenin sorumluluğu, kusurun ağır olması koşuluna bağlıdır” diye bir içerik yaratacak olsak bile, yine de, ister istemez kusurun

³⁷⁵ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, C.I, s.1303. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1086.)

³⁷⁶ Örneğin, “hafif kusur, ağır kusurun karşıtı olarak da tanımlanabilir” de denmiştir. (DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e, s. 56.)

ağırlığı meselesinin çözümünü, idari yargıların takdirine bırakmış olacağız. Dolayısıyla bu konuda herhangi bir pozitif hukuk kuralı mevcut olmadığı sürece, içtihat ve doktrinin birbirini takibinde, içtihat lehine bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Bu görünüm, bir olumsuzluğa işaret etmemekte, yalnızca tartışmanın referans kaynaklarının önceliğini belirlemektedir. GÖZÜBÜYÜK'ün de üzerinde durduğu gibi, yönetimin sorumluluğunun koşullarının belirlenmesinin yargı içtihadına bırakılması, yönetimin sorumluluğunun koşullarına esneklik vermesi bakımından önemlidir. Yönetimin üstlendiği hizmetlerin karmaşıklığı, yönetimin tutum ve davranışlarından doğan zararın karşılanmasında "öze" ilişkin koşulların yasa ile saptanmamış olması, yönetsel yargı yerlerine serbestçe hareket etme, tazminata neden olan olguyu serbestçe değerlendirme olanağını vermektedir. Yönetimin sorumluluğuna hükmederken, yargı yerinin dayanacağı nedenlerin önceden belirlenmemiş olması, kimi kez kusursuz sorumluluğun hizmet kusuru ile karıştırılmasına, kimi kez yönetimin sorumluluğunun aynı zamanda hem hizmet kusuruna hem kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırılmasına, kimi kez de kusursuz sorumluluğun uygulama alanının genişlemesine neden olmaktadır. Bu gibi durumları önlemek, yönetsel yargı alanında bir yüksek mahkeme olan Danıştay'ın içtihatlarının açık ve yol gösterici nitelikte olmasına bağlıdır.³⁷⁷

Bir başka tanım SARICA tarafından yapılmaktadır. SARICA, hafif kusuru, iyi bir idareden beklenemeyecek kusur; ağır kusuru ise, daha önemli bir kusur olup, vasat bir idarenin dahi işlemeyeceği bir kusur olarak tanımlamaktadır³⁷⁸. Bu tanımlar çoğaltılabilir ancak hepsi, kaçınılmaz olarak bir muğlaklık taşımaktadır ve içeriğinin daha açık ifadeler veya kriterlerle belirginleşmeye ihtiyacı vardır.

³⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", s.194.

³⁷⁸ SARICA, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", s. 866-867. SARICA, Fransız içtihatlarına dayanarak yaptığı bu tanımların yanına, fevkalade (olağanüstü) ağır kusur tanımını da eklemektedir. Bu tip kusur ise, aşikâr derecede ağır ve vahim bir kusur olup, kötü bir idareden bile beklenemeyecek bir kusurdur. Olağanüstü kusur kavramı artık kullanılmadığına göre, bu tanım içinde yer alan "kötü idare" ifadesini, bundan böyle, ağır kusur tanımının içine mi yerleştireceğiz, yoksa "vasat idare" nitelemesini yerinde mi bırakacağız sorusu akla geliyor.

Bu açıdan, sorumluluğun tespitinde Fransa'da, Danıştay'ın içtihatları hep çok belirleyici olmuştur³⁷⁹. Türkiye'de ise, ne anayasada ne de kanunlarda hizmet kusurunun tanımı ve ağırlığına ilişkin herhangi bir derecelendirme mevcut değildir. Bu konudaki bilgiler ancak yine, içtihat taraması yoluyla elde edilebilir ve türetilir. Türkiye'de "devletin sorumsuzluğu" ilkesi, Şurayı Devlet'in 1927 yılında yeniden çalışmaya başlamasına kadar geniş bir uygulama alanı bulmuştur.³⁸⁰ 1876 Anayasası'nda devlet ile olan uyumsuzluklara bakmakla görevli yargı yeri olarak Şurayı Devlet değil, genel mahkemeler gösterilmişti.³⁸¹ 1924 Anayasası döneminde, bu görev Şurayı Devlet'e verilmiş olsa da, idareye karşı açılan tazminat davaları çekingin bir biçimde kabul edilerek karara bağlanmaya başlamıştır. Dava Daireleri Umumi Heyeti'nin 1947 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında "İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti(nin) esas olduğu... ancak hizmet kusuru hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle..." görüşü yer almıştır.³⁸² 1949 yılındaki bir kararında ise "... ağır bir kusur telakki olunmadığı cihetle tazminat hükmüne mahal görülmediği"ne hükmetmiştir³⁸³. Görülüyor ki (daha doğrusu göreceğimiz ki) idari yargı, Conseil d'État'nin etkisi ile idareye karşı açılan tazminat davalarında, idareyi tazminata mahkûm edebilmek için "ağır hizmet kusuru" aramıştır. Bu alanda asıl gelişme 1961 Anayasası'ndan sonra olmuştur. Bunda 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde yer alan "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür " kuralının etkisi büyük olmuştur.³⁸⁴ Bu dönemde Danıştay bir yandan ağır hizmet

³⁷⁹ DUPUIS, Georges, GUÉDON, M. José, CHRÉTIEN, Patrice, **Droit Administratif**, 11. B., Paris, Dalloz, 2009, s. 592.

³⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e, s. 193.

³⁸¹ Bkz. KARAHANOGULLARI, Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 126-134; GÖZLER, a.g.e, s. 1021.

³⁸² K. 947/164, HOCAOĞLU, A. Şeref, **Devlet Şurası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hülasaları**, Ankara, 1955, s. 721-722. (Nakleden: OZANSOY, a.g.e, s. 277.)

³⁸³ Danıştay 5. Daire, K. 949/1600, (HOCAOĞLU, a.g.e, s. 725-725. Nakleden: OZANSOY, a.g.e, s. 277.)

³⁸⁴ 1982 Anayasası da, 125. maddenin son fıkrasında, "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür " kuralına değiştirmeden yer vermiş, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin, 1. fıkrasının, b bendi ile "idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları

kusuru anlayışından yavaş yavaş uzaklaşmış, diğer yandan da hizmet kusurunun uygulama alanını genişletmiş, bununla da yetinmeyerek kusursuz sorumluk ilkesini de uygulamaya başlamıştır.³⁸⁵

Hizmet kusurunun doktrin ve içtihatlarda, derecesi ne olursa olsun her durumda idarenin sorumluluğunu gerektiren bir niteliğe sahip olmadığı kabul edilir. İdarenin sorumluluğunu gerektiren durumların pek çok istisnası olmakla beraber, kusurun derecelendirilmesiyle elde edilen sonuç da bu istisnalara dâhil edilebilir. Mahkemelerin ağır kusuru aramak yoluyla, idarenin sorumluluğuna istisnalar getirmesinin ardında yatan sebep, kamu hizmetinden kaynaklanacak her türlü kusurdan dolayı idarenin sorumluluğuna gidilmesi halinde, idarenin her an için doğması mümkün zararlardan dolayı, altından kalkamayacağı ölçüde ağır bir yük ile, çalışma sistemini kaybedeceği endişesidir. Böylece, zarar gören kişilerin menfaatinin, idarenin teşkilat ve faaliyetlerinden kaynaklanan her türlü eksiklik ve kusurun sorumluluğa esas teşkil eden bir hizmet kusuru olarak ifade edilmesi halinde, kamu menfaati ile çatışma içinde olduğu kabul edilmekle beraber, hizmetin tazminat tehditleri altında gereği gibi işleyememesinin önlenmesi amacıyla, sorumluluk belirli ölçülerde sınırlanmak istenmiştir.³⁸⁶ Çünkü “hizmete ilişkin her savsama (ihmal), yanlışlık veya gecikme nedeniyle tazminat ödeme zorunda kalmak, idareyi mali yönden güçsüzlüğe uğratabileceği gibi, görevlilerin (ajanların) işten soğumaları, korkak ve çekingen olmaları sonucunu da doğurur.”³⁸⁷ Bu nedenle, idarenin kusura dayanan sorumluluğundan söz etmek için kusurun bir dereceye kadar ağır olması gerektiği kabul edilir.

Kusurun derecesini belirtmek üzere kullanılan “basit kusur”, “ağır kusur”, “fevkalade ağır kusur”, “aşikar derecede ağır kusur” gibi terimlerden bazıları artık kullanılmamakla birlikte, hangi faaliyetlerden kaynaklanan olaylarda, ne tip durumları karşılamak için kullanıldığını tespit etmek için yargı kararlarına

doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”nın idari yargının görev alanına girdiği belirtilmiştir.

³⁸⁵ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e, s. 193.

³⁸⁶ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 98.

³⁸⁷ ESİN, a.g.e, s. 47.

başvurmak zorundayız. Bugün yalnızca yukarıdaki terimlerden ikisine, “ağır kusur” ve “basit kusur”a yer verilmektedir, diğerlerinin kullanımı terk edilmiştir. Danıştay, bazı eski kararlarında ağır hizmet kusuru koşulunu ararken, bazı kararlarında ise basit kusurdan kaynaklanan sorumluluğu kabul etmiştir, ancak bu konuda kriterleri belirgin bir içtihat geliştirememiştir³⁸⁸. Daha önce ağır kusur koşulunun arandığı, çoğu benzer davalarda bu defa ağır kusur aranmamakta ya da herhangi bir yoğunluk derecesi belirtilmeksizin, sadece kusuru tespit etmekle yetinilmektedir. Danıştay örneğin, bir kararında şöyle demektedir:

“Hizmet kusuru, kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya bu faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Ancak idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir.”³⁸⁹

Yukarıdaki hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiğini söyleyen ve fakat bu derecenin sınırlarını belirtmeyen ifadenin belirsizliğinden de anlaşılacağı gibi, ülkemizde idari yargı içtihatları bakımından, hizmet kusurunun yoğunluğu ve derecelendirilmesine ilişkin bir ölçüt belirlemek oldukça zordur. Çünkü mahkeme kararlarında, genellikle ağırlık derecesini tespiti yönelik ölçütler verilmeden³⁹⁰, her olayın kendi özelliği dikkate alınarak hizmet kusuru nitelemesi yapılmaktadır.³⁹¹ Dolayısıyla, uyuşmazlık konusu olaylarda idari

³⁸⁸ GÜNDAY da Danıştay’ın hangi hallerde ağır hizmet kusurunun, hangi hallerde de sadece hizmet kusurunun bulunduğu konusunda belirli bir ölçüt ortaya koyamadığını dile getirmektedir. (Bkz. GÜNDAY, a.g.e, s. 373.)

³⁸⁹ Danıştay 15. Daire, T. 19.02.2015, E. 2014/9944, K. 2015/954.

³⁹⁰ Örnek karar için bkz.: Danıştay 10. Daire, T. 21.1.2004, E. 2002/6052, K. 2004/472. “...herhangi bir hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasayla yetkili kılınan mercii emri bulunmaksızın telefon konuşmaları dinlenen davacının uğradığı manevi zararın, olayda ağır hizmet kusuru bulunan davalı idarece manevi tazminatın niteliği de göz önüne alınmak suretiyle tazmin edilmesi gerektiği...”

³⁹¹ CANDAN, a.g.e, s. 186.

yargıçlar, sorumluluk doğurmaya elverişli hizmet kusurunu “*in concreto*” olarak, yani davanın durumuna göre değerlendirmektedir.³⁹²

SARICA da, aslında bu belirsizliği ortadan kaldıracak genel geçer kurallar ve tasnifler oluşturamasak bile, içtihadı yön verecek ya da içtihadın incelenmesinden elde edilebilecek bilgiler üretebileceğimize dikkat çeker. Bu ayrıca gereklidir de, çünkü ona göre, ister özel hukuktaki anlamıyla, isterse de idare hukukundaki anlamıyla olsun, kusur kusurdur. Bir hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır olması gerekliliğinin arkasında da, hizmet kusuru ile haksız fiil kavramlarını ayırmak niyeti vardır. Kusuru özel hukuktaki haksız fiil bağlamından koparıp, idare hukuku içinde bir sorumluluğa denk düşürebilmek için ise “kusurun her hizmetin bünyesine, nev’ine, cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlerine, şart ve mutalarına göre muayyen derecede vahim ve ağır olmasını zaruri telakki etmek”³⁹³ gerekmektedir.³⁹⁴

³⁹² DUEZ, La Responsibilite de la puissance publique “en dehors du contrat”, Paris, Dalloz, I, s.40. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 18.)

³⁹³ SARICA, “Hizmet kusuru ve Karakteri”, s.862.

³⁹⁴ Buradan, haksız fiil ile hizmet kusurunu birbirinden ayıran şeyin, tek başına kusurun ağır olup olmaması kriterine bağlandığı yönünde bir yanlış anlama ortaya çıkabilir. Oysaki kanımızca SARICA’nın ifadesinden anlaşılması gereken şey, hizmet kusuru ile haksız fiili birbirinden ayıran şeyin kusurun ağır olup olmaması değil; hizmet kusurunun haksız fiilden farkının, içinde kusurun yoğunluğuna ilişkin bir derecelendirmeye sahip olması ve bu derecelendirmenin, özel hukuktaki gibi tazminatın miktarına etki eden değil, idarenin sorumluluğuna hükmeden nitelikte olmasıdır. BALKAR’ın da belirttiği gibi, gerçekten de maddi unsurları bakımından, haksız fiil ve hizmet kusurunun arasında bir fark bulunmamaktadır ancak, ikisini birbirinden ayırmak için dikkat edilmesi gereken asıl şey, zarara neden olan fiilin kamu hizmeti ile ilgisini kesip kesmediğidir. (BALKAR, K. Galip, “Haksız Fiil mi, Hizmet Kusuru mu?”, **Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3, Ankara, 1957, s. 109-113, s. 110.)Diğer bir deyişle, kusurun hizmetten ayrılıp ayrılmamasıdır. Haksız fiil olarak değerlendirebilmek için zarar doğuran fiilin kamu hizmeti ile ilgisini kesmiş olması gerekir. Aksi takdirde hizmet kusuru olarak düşünülecektir. SARICA’nın ağır hizmet kusurunu tespit etmek için sunduğu “hizmetin bünyesi, nev’i, cinsi, hal ve icapları, ihtiyaç ve zaruretleri, şart ve mutaları” idare hukukunda pek çok kavramın içeriğini ve uygulanma şartlarını belirlemek için sık sık başvurulan şartlardır. Bu şartlar, aynı zamanda kusurun, hizmet ile olan bağlantısını da ortaya koyacağından, hem haksız fiil ile hizmet kusurunu birbirinden ayırmaya yarayacak olması, hem de hizmet kusuruna özgü, kusurun ağırlığını da belirlemeye yardımcı olacak olmasından dolayı önem taşımaktadır.

O halde, kusurun derecelendirilmesi meselesinin içerdiği muğlaklığı aşabilmek için ne gibi kriterler belirlenebileceği önem kazanmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, mahkemeler bir hizmet kusurunun, “ağır” ya da “basit” kusurun hangisi içinde değerlendirileceğini nasıl tayin edeceklerdir? Bu durumda Danıştay, esas olarak iki teorik prensipten hareket etmektedir: Bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında idarenin maruz kaldığı zorluğun derecesini ve kamu hizmetinin sosyal önemi³⁹⁵ göz önüne almaktadır. Şayet hizmetin mükemmel bir surette icrası, idare için kolay ise, hafif kusuru yeterlidir. Hizmetin mükemmel surette icrası idare için oldukça zorluk arz etmekte ise, ağır kusur aranır.³⁹⁶ Sosyal önemi büyük olan kamu hizmetlerinde ortaya çıkan hizmet kusurundan dolayı idarenin sorumluluğuna karar verebilmek için kusurun ağır bir kusur olması, aksi durumda ise basit kusurun görülmesi gerekir.³⁹⁷

Bunlar genel hususlar olmakla beraber, mahkemenin herhangi bir olayda hizmet kusurunu hangi derece içinde değerlendireceğine cevap vermemektedir. ÖZDEMİR’e göre ağır kusurun tayinini ortaya koyacak kriterlerin verilmesi oldukça önemlidir, aksi takdirde, bir bilinmeyeni başka bir bilinmeyenle açıklamak gibi çelişik bir durum doğar³⁹⁸. Öyleyse, hizmet kusurunun hangi hal ve şartlar altında ağır ya da basit olarak değerlendirdiğine ilişkin, mahkeme içtihatlarına başvurduktan sonra, bir sınıflandırma elde edebiliriz. Çünkü DURAN’ın da belirttiği üzere, mahkemeler doktrinden yararlanmakla beraber, kararlarında kuramlar ve soyut ilkeler oluşturmak ve açıklamak durumunda olmadığından, idarenin sorumluluğunun temeli hakkında bir gerekçeye yer vermek zorunda değildir. “Bu iş mahkeme içtihatlarının ışığında doktrine düşer.”³⁹⁹ Dolayısıyla “hâkimin ağır dediği kusurlar ağır kusur, basit dediği kusurlar da basit kusur”⁴⁰⁰ olacaksa eğer, bizim de bu konuda, öncelikle içtihatlardan yola çıkarak, oldukça genel ve değişmeye meyilli

³⁹⁵ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 99-101; SARICA, a.g.e, s. 867-868.

³⁹⁶ SARICA, a.g.e, s. 867-868.

³⁹⁷ BENOÎT, F. Paul, **La Responsabilité de la Puissance Publique du Fait de la Police Administrative**, Paris, 1946, s. 22. (Nakleden: ÖZDEMİR, a.g.e, s. 100.)

³⁹⁸ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 131.

³⁹⁹ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 12. Aynı yönde bkz. ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s. 68.

⁴⁰⁰ GÖZLER, a.g.e, s.1086.

olan -ve bu nedenle, her daim güncellememiz gerekecek- bir sınıflandırma yapmamız zaruri hale gelmektedir.

Bunun için, doktrindeki çeşitli tahlillerinden faydalanarak, oldukça genel bir tasnif olduğunu kabul etmekle beraber, mahkemelerin dayandığı kriterleri sıralayacağız. Son olarak ise, buraya kadar yürüttüğümüz tartışmalar ve edindiğimiz çıkarımlar ışığında, kusurun derecelendirilmesinin ne gibi evrimler geçirerek bugüne geldiğini ve bizim ne tür bir sınıflandırma elde edebileceğimizi, Fransa'daki ve Türkiye'deki idari yargı içtihatlarından örneklerle göstermeye çalışacağız.

A. KUSURUN DERECELENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KRİTERLER

1. Zaman Şartları

Buradaki zaman şartları, yukarıda bahsedilen hizmetin yürütülmesindeki güçlük derecesi ile ilişkili olarak değerlendirilir⁴⁰¹. Yargı organları, hizmet kusuru sonucuna varmadan önce “hizmetin görüldüğü devrede ülkenin siyasal, sosyal, ekonomik koşulları ile doğa koşullarının olağan olup olmadığını araştırmak durumundadır.”⁴⁰² Hizmet normal zamanda mı yoksa savaş veya salgın hastalıklar gibi istisnai bir durum içinde mi işlemektedir?⁴⁰³ Olağanüstü koşulların zararlı hizmet arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldırdığı durumlarda idarenin sorumlu tutulamayacağı açıktır.⁴⁰⁴

2. Mekân Şartları

DUEZ, Fransa'nın bir sömürgeci devlet olarak varlık gösterdiği zamanlara ilişkin, anavatanda ya da sömürgelerinde hatta cezaevlerinde yaşanan olaylar karşısında mahkemelerin farklı kararlar alabileceğini söylemiştir.⁴⁰⁵ Biz, başka bir örnek olarak kolluk hizmetlerini gösterilebiliriz. Bu tür hizmetlerin kır ve kentlerdeki

⁴⁰¹ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 105.

⁴⁰² ESİN, a.g.e, s.49.

⁴⁰³ DUEZ, a.g.e, s.38; ÖZDEMİR, a.g.e, s. 104.

⁴⁰⁴ ESİN, a.g.e, s.49.

⁴⁰⁵ DUEZ, a.g.e, s.38.

işleyiş koşulları ya da halka açık ve kapalı alanlar içinde yerine getirilmesi⁴⁰⁶, yerine göre başkalık gösterecektir. Bu nedenle yargı yerleri, karar verirken mekân koşullarını da hesaba katmalıdır.

3. İdarenin, Üstlendiği Kamu Hizmetini Yürütmek için Yeterli Araçlara Sahip Olup Olmadığı ve Zararın Olasılık Derecesi

Mahkeme, idarenin, zararın doğacağı ihtimalini görüp görmediğini ve zararı önlemek için elindeki araç ve imkânlarının yeterliliğini göz önüne alarak kusurun derecesini tayin edecektir. Mevcut bozuklukların giderilmesi için idare, ne gibi bir zorluğa maruz kalmıştır? Hizmetin daha iyi işlemesine imkân verecek usuller ne dereceye kadar yayılmıştır? Hizmetin içeriği itibariyle bundan istifade edenlerin sayısı, bu usullerin uygulanması için gereken fedakârlığı ne dereceye kadar haklı gösterebilir? İşte bu gibi sorular sorularak, alınacak cevaplar sonucunda bir muhakeme yapılabilir.⁴⁰⁷ Ayrıca “hizmetin hiç işlememesi” konusu anlatılırken değinildiği üzere, Anayasanın, devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırını düzenleyen 65. maddesi çerçevesinde, devletin “mali kaynakların yeterliliği” ölçüsü dikkate alınır. Böylece, “idarenin sahip olduğu olanaklar değerlendirilirken; bir yandan hizmetin nitelik ve niceliğinin, diğer yandan bu hizmete ilişkin mevzuat, yöntem, örgüt, tesis, araç, gereç, personel ve ödenek durumlarının göz önünde bulundurulması gerekir.”⁴⁰⁸ Diğer taraftan zararın doğacağı olasılığını hesaplamasının mümkün ya da çok zor (ya da mümkün değil) olup olmaması, hizmet kusurunun varlığını ve ölçüsünü tespit ederken belirleyici bir nitelik arz eder⁴⁰⁹. Özetle idarenin, zararı tahmin etmesi imkânsız ya da zor ise ya da elindeki araçlar ve imkânlar zararı önlemek için yeterli değilse, ağır kusur sabit görülmeyecektir.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ ESİN, a.g.e, s. 49; ÖZDEMİR, a.g.e, s.105.

⁴⁰⁷ DUEZ, a.g.e, s.38-42.

⁴⁰⁸ ESİN, a.g.e, s. 48.

⁴⁰⁹ Daha sonra anlatılacağı üzere, “mücbir sebep” gibi özel durumlarda idarenin kusurdan dolayı sorumluluğuna gidilememektedir.

⁴¹⁰ SARICA, a.g.e, s.869; ÖZDEMİR, a.g.e, s. 103,106; DUEZ, a.g.e, s.38.

4. Zarara Uğrayanın Kamu Hizmeti Karşısındaki Durumu

Bu durumda, üçüncü şahıslar ile hizmetten faydalananlar arasındaki ayrım önemlidir⁴¹¹. Mahkemeler genellikle, üçüncü şahıslar lehine kolaylıklar sağlamaktadır. Çünkü hizmetin işlemesiyle bu şahıslar arasında doğrudan hiçbir menfaat bağı bulunmamakta, pasif durumdayken kendilerine gelip çatan bir zararla karşılaşmaktadırlar. Hizmetten faydalananlara karşı ise daha sert davranılmaktadır. Çünkü idareyi harekete geçiren kimse zarardan kaynaklanacak bazı tehlikeleri peşinen göze almış demektir⁴¹². Dolayısıyla mahkeme, zarara uğrayanın korunmaya değer olup olmayacağını göz önünde tutacaktır. Hizmetten doğrudan doğruya faydalananlar ile hizmeti harekete geçirmeyen ancak bundan zarar gören üçüncü kişiler söz konusu olduğunda mahkeme, birinciler için daha sert ve titiz, ikinciler için ise daha cömert olacaktır. Yani birinci halde daha ağır, ikincisinde ise basit kusuru yeterli görecektir.⁴¹³

5. Zarar Doğuran Hizmetin Mahiyeti ve Sosyal Önemi

İtfaiye, hapisane, akıl hastanesi, emniyet, sağlık gibi hizmetler söz konusu olduğunda sorumluluğun koşulları da değişkenlik göstermektedir⁴¹⁴. Hizmetin sosyal önemi ile kastedilen, hizmet kusuru dolayısıyla kolaylıkla idarenin sorumluluğuna gidildiği takdirde, herhangi bir kamu menfaatinin zarar görüp görmeyeceğidir. Çünkü “bunlar, bir yandan kamunun güvenlik ve esenliğini çok yakından ilgilendiren bir nitelik taşıırken, diğer yandan yerine getirilmesi son derece güç idari işleri, görevleri kapsarlar.”⁴¹⁵ SARICA ayrıca, sosyal önemi yüksek olan bir kamu hizmetinin idare tarafından görülmesi sırasında, idarenin tazminata ve zarara mahal vermemek kaygısıyla, hizmeti gereği gibi icra etmekten kaçınmasına yol açmamak için kusurun, az ya da çok önemli bir kusur olması hususunun arandığına dikkat

⁴¹¹ ÖZDEMİR, a.g.e, s.103-104.

⁴¹² DUEZ, a.g.e, s.42. “Değil mi ki kişi hizmetten bir çıkar sağlamaktadır, bunun karşılığında bir düzeye kadar zarara uğraması olağan sayılmalıdır, denir” (ESİN, a.g.e, s. 49.)

⁴¹³ SARICA, a.g.e, s.869.

⁴¹⁴ DUEZ, a.g.e, s. 43; ESİN, a.g.e, s.48.

⁴¹⁵ ESİN, a.g.e, s.48.

çeker.⁴¹⁶ Bu durumu daha açık bir şekilde ifade edebilmek için, itfaiye hizmeti dolayısıyla meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bir davadan örnek vermek istiyoruz. Olayda, davacının oturduğu apartmanda yangın başlangıcının görülmesi üzerine itfaiyeye haber verilmiş ve itfaiye, yangın çıkan bacaya su sıkarken davacıya ait diğer bacadan da evin içine suların girmesi neticesinde, davacıya ait eşyalar zarar görmüştür. Danıştay, kararda şu ifadelere yer vermiştir:

“İtfaiyeye düşen görev en kısa zamanda yangını söndürmek, cüz’i zararlar karşılığı büyük zararların doğmasını önlemektir. Su sıkamak, hatta yangının sirayetini önlemek için zorunlu görülen birtakım yıkımlara tevessül etmek hizmetin gereği olup, bu hal kaçınılması mümkün olmayan bir ameliyedir... Ayrıca davacı aynı apartmanda oturduğuna göre, yangının zamanında söndürülmesi; sonuç itibariyle kendisinin de büyük menfaatlerini koruyan bir hareket olarak tecelli etmektedir. Bizzat hizmetin bünyesinde mevcut zararlar için idareye bir hizmet kusuru atfı mümkün olmadığı gibi, bu gibi hallerde genel hukuk esaslarından bahisle idareyi sorumlu saymakta ve tazminat ödemekle yükümlü tutmakta da hukuki isabet düşünülemez.”⁴¹⁷

6. Hizmete İlişkin Yazılı Hukuk Kuralları

Zarar doğuran idari işlem ve eyleme yönelik, yazılı hukuk kuralları çerçevesinde düzenlenmiş herhangi bir kural veya davranış biçimi mevcutsa, kusurun derecelendirilmesi bu ölçüde kolaylaşır⁴¹⁸. Conseil d’État, birçok halde sorumluluğa neden olan kusuru tespit etmek için idarenin, hareket hatlarını gösteren bir metin varsa eğer bu metne riayet edip etmediğine bakmaktadır, bu takdirde, “idare ajanlarının kusuru, hareketlerinde tamamen serbest bırakılmış olmaları halinden daha ağırdır. Şu halde takip edilecek yol açıkça gösterilmiş olduğuna göre mesuliyeti kabul etmek daha kolaydır”⁴¹⁹. Ancak daha önce açıklandığı üzere örneğin, hizmet kusuruna yol açan hukuka aykırı işlemlerde, şekil yönünden hukuka aykırılık ve içtihat hatası gibi, idarenin kusurunun mazur görüldüğü haller göz önüne alındığında

⁴¹⁶ SARICA, a.g.e, s. 868. Ayrıca bkz. ESİN, a.g.e, s.48.

⁴¹⁷ Danıştay 12. Daire, T. 16.02.1972, E. 1970/1846, K. 1972/494. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s.51-52.)

⁴¹⁸ ESİN, a.g.e, s.50.

⁴¹⁹ DUEZ, ege., s.41.

mahkemelerin, hukuka aykırı bir işlemde kaynaklanan her hizmet kusurunu, sorumluluk doğurmaya elverişli bulmadığını unutmamak gerekir. Hukuk kurallarının ihlal edilmesi, yetkinin suiistimal edilmesi, yetki ve şekil yönünde hukuka aykırılıklar, idarenin yargı kararlarına uymaması gibi hukuka aykırılıklar durumunda ortaya çıkan hizmet kusurunun, “aranacak olan ağırlık derecesinin tayininde hâkimin rolü, geniş bir takdir hakkını gerektirmektedir; bu takdir hakkı, kesin bir formüle sığdırılmaz; zira kararlarındaki incelik, ihmal ve ihlal edilmiş olur.”⁴²⁰

7. Zarara Uğrayan Kişi Bakımından Doğan Sonuçların Önemi

Bu kritere göre, mahkeme, herhangi bir olayda kusurun önemini, derecesini bir kere zarara uğrayan kişi bakımından doğan sonuçların önemine göre takdir ve tayin edecektir⁴²¹. Genellikle ağır kusur şartının arandığı durumlarda, mahkeme, idarenin basit kusurunu görüp davayı bu tespite dayanarak sonuçlandırmamalıdır. İdarenin basit kusuru neticesinde eğer, kişi açısından ağır sonuçlar doğmuşsa, bu halde basit kusur, ağır kusur gibi görülerek sorumluluğa hükmedilmelidir⁴²². Çünkü zarara uğrayan bakımından doğan sonuçların önemi, idareninkini önceler.⁴²³

⁴²⁰ DUEZ, a.g.e, s. 53.

⁴²¹ SARICA, a.g.e, s. 868.

⁴²² BENOÎT, a.g.e, s.24. (Nakleden: ÖZDEMİR, a.g.e, s. 103.); SARICA, a.g.e, s.868-869.

⁴²³ Bu hususla ilgili olarak Danıştay’ın “içtihadî hata” bağlamında değerlendirip sonuçlandırdığı bir karara yer vermek istiyoruz. Ancak kararın konumuzla bağlantısı, içtihadî bir hatadan kaynaklanan hukuka aykırılığın sorumluluk doğurmaya yetip yetmemesi ile ilgili değil, kararın son paragrafına eklenen bir yorumla ilgilidir. Özetle olayda, bir üniversite öğrencisinin, başarısızlığı nedeniyle okulla ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlem, idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş, kararın Danıştay’ca onanması üzerine de, ilişik kesilmesi nedeniyle ve öğrenimin geç bitirilmesi dolayısıyla uğranıldığı öne sürülen, maddi ve manevi zararın, yasal faizi ile birlikte kendisine ödenmesi istemiyle, yeniden dava açılmıştır. İdare mahkemesi, yargı kararıyla hukuka aykırılığı tespit edilen işlemde kaynaklanan maddi ve manevi zararın davacıya verilmesine hükmetmiştir. İdare mahkemesinin bu kararının bozulması talebiyle görülen temyiz incelemesinde, Danıştay şöyle demektedir:

“İşlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak nitelendirilemez. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için, *saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna*

yol açmaz. Hizmet kusurunun oluşabilmesi için saptanan yanlışlık ve aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması gerekir... Olayda, davalı idarece, 2547 sayılı Yasanın 44. maddesi uyarınca davacının okulla ilişkisi kesilmiş ve kesinleşen mahkeme kararı ile de bu işlem iptal edilmişse de, anılan yasa maddesine farklı hukuki yorumlar getirildiğinden, yorum farklılığından doğan bu uyuşmazlıkta, *idarenin hizmet kusuru bulunduğu söylenemez. Kaldı ki, öğrencinin daha önceki eğitim durumu da göz önünde bulundurulduğunda, düzenli bir başarı sürdüremediği, kaydı silinmeseydi bile belirtilen zamanda okulunu bitirmesinin de şüpheli olduğu anlaşılmaktadır.*”

Karardan anlaşılan o ki, her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar, hizmet kusurunun oluşmasına yetecek kadar belirgin ve ağır değildir. Bir başka deyişle, içtihadi hatalar ağır kusur teşkil etmediğinden, idarenin sorumluluğuna gidilememektedir. Dava konusu olayda mevcut içtihadi hatanın ağır olmamasının ölçütü olarak ise, öğrencinin daha önceki eğitim durumundaki başarısızlığı gösterilmiştir. Özetle, öğrencinin, idarenin hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla saptanmış işleminden dolayı uğradığı zarar, mahkeme tarafından yeterince vahim görülmemiştir, çünkü zaten daha önceki eğitim hayatı başarılı değildir. Danıştay’ın, bir öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesi sonucu öğrenim hayatının sekteye uğratılmasını, nasıl olup da ağır kusur olarak değerlendirmedeğini anlamak mümkün değildir. Kaldı ki “eğitim hakkı” temel bir haktır. Bir temel hakka zarar veren ve hukuka aykırılığı idare mahkemesi tarafından tespit edilen bir idari işlemde kaynaklanan zararın, sorumluluk doğurması açısından “neden ağır kusur olarak değerlendirilemediği” değil, “neden ağır kusur olarak değerlendirilmesi gerektiği”ni de sormak gerekir.

Diğer taraftan üniversite öğrenimi boyunca, vasat ya da vasatın altında olarak değerlendirebilecek bir başarı ortalamasıyla son sınıfa dek gelen ve fakat dört yıllık öğrenimini tam zamanında bitirmeyi başaran sayısız öğrencilik hikâyesi örnek verilebilir. Hatta örnek model seçilecekse, bunun, ortalama bir öğrenci modeli olduğu da iddia edilebilir. Bu durumda mahkemenin, davacı öğrenci hakkında, idarenin işlemi neden olmasa bile zaten, kendi başarısızlığı okulunu zamanında bitirmesini şüpheli kılmaktadır, yönünde bir öngöründe bulunması, objektif bir değerlendirme ölçütüne dayanmadığının göstergesidir. Oysa kanımızca, hâkim kararını verirken, hakkaniyet kurallarıyla çelişmeyen bir çözüm bulmak zorundadır. Bu bakımdan hakkaniyet kuralları hâkimin takdir yetkisinin kullanımını sınırlamaktadır.

İdari yargı yerlerinin, gerçekleşmesi muhtemel olan ya da kesin olmayan zararlardan ötürü idarenin sorumluluğuna gitmekten kaçındığı onlarca örnek karar göz önüne alındığında, mahkemenin bizzat kendisinin, gerçekleşmesi kesin olmayan bir değerlendirmeyle, kişinin gelecekteki öğrencilik hayatının akıbetine ilişkin bu öngörüsüne hak vermek oldukça zor görünmektedir. Yukarıdaki örnek, kişi ile idarenin menfaatlerinin çakışması durumunda, kusurun derecesini takdir ederken mahkemelerin, daha ziyade hangi yönde bir tutum belirlemeleri gerektiğine ilişkin verilmiştir. Bu konuda, idare ile bireyin çatışan menfaatlerini düzenleyen ve çözüme bağlayan bir yasa kuralı bulunmadığından, idarenin mi yoksa bireyin mi menfaatinin üstün tutulacağına ilişkin

B. FRANSA'DAKİ YARGI İÇTİHATLARINDA AĞIR KUSUR VE BASİT KUSUR AYRIMI

Fransa'da idarenin sorumluluğuna gidilemeyen zamanlarda (sorumsuzluk rejimi)⁴²⁴, ağır kusur kavramının kullanılması, aslında idare edilenlerin lehine bir değerlendirmeyi içermekteydi. Çünkü böylece kamu gücünün faydalandığı sorumsuzluk rejimlerinin kolayca kaldırılmasına imkân tanınmış olunuyordu. Yani kusur, “ağır kusur” ya da “olağanüstü ağır kusur” şartlarına bağlansa bile, daha önce hiç müdahale imkânı olmayan alanlar, artık sınırlı da olsa, bir biçimiyle idarenin sorumluluk rejiminin kapsamına dâhil edilmişti. Daha sonra ise, kusurun derecelendirilmesi, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararları ödeme yükümlülüğünü kısıtlamak ve sınırlamak amacıyla kullanılan bir teknik olarak formüle edilmiştir. Conseil d'État, 1950'li yıllara gelinceye kadar, “basit”, “ağır”, “açıkça ve olağandışı ağır” olmak üzere, belirli birtakım yoğunluk dereceleri hesaplarken, günümüzde bu ayrımı terk ederek, sadece basit ve ağır kusur ayrımını

değerlendirmeyi yapacak olan hâkimin kendisi olmaktadır. Hâkim, iki menfaatten birinin ötekine üstün olduğunu belirtecek, bu menfaat üstünlüğü bizi, ötekinin çiğnenmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna götürecektir. (KANETİ, Selim, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu** (Ankara, 15-16 Aralık), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 143-162, s. 152.) Mahkemeler ise kararlarında, ne yazık ki genellikle, kusurlu olduğunu kabul etse bile, idarenin lehine sayabileceğimiz birtakım düşüncelere dayanmaktadır.

⁴²⁴ Tutuk adalet dönemleri olarak bilinen bu dönemlerde, idarenin kendini, kendi tanıdığı sınırlarda, kendi istediği kadar denetlenmesi durumu söz konusuydu. (Bkz. KARAHANOGULLARI, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, s.102; ATAY, “İptal Davasının Nitelikleri Ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, 2008, Ankara, s.25-95.) “Kral kötülük edemez, atasözü, devletin mesuliyetsizliği prensibini ortaya koyduğu için hiç değilse hâkimiyet tasarrufları dolayısıyla devletin mesul tutulmasına uzun zaman engel olmuştur.” (LEMOTHE, A. L. G. Dutheillet, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, çev. Süheyp DERBİL, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-4, Ankara, 1960, s. 113-120, s.113.)

kabul etmiştir.⁴²⁵ Ancak 1990'lı yıllardan bu yana Fransız içtihadı, tamamen ortadan kaldırmamakla beraber, ağır kusura gittikçe daha az yer vermektedir.⁴²⁶

Örneğin sağlık hizmetleri konusunda, Conseil d'État, “tıbbi işlemler” ile “hastanenin idari işleyişini ilgilendiren işlemler”i birbirinden ayırmakta, ilk durum için ağır kusur koşulunu ararken, ikinci durumda kusurun derecesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğunu kabul etmekteydi⁴²⁷. Bununla birlikte, 1992 yılına kadar kabul edilen tıbbi işlemlerle ilgili ağır kusur kriteri, “*M. ve Mme. V*”⁴²⁸ kararı ile bu tarihten itibaren terk edilerek, yalnızca hastanenin sağlık hizmetinden dolayı sorumluluğunu doğuracak basit nitelikte bir kusur yeterli görülmeye başlanmıştır. Bu konuda dikkate değer iki örnek, Conseil d'État basit kusur alanı üzerinde kendini konumlandırmayı tercih ettiği “*Theux*”⁴²⁹ kararı ile “*Améon ve diğerleri*”⁴³⁰ kararlarıdır. Bu kararlarla acil tıbbi yardım amaçlı faaliyetler ile deniz kurtarma operasyonları sırasında meydana gelen zararı tespit edilirken, basit kusur yeterli görülmüştür.

⁴²⁵ DURAN, a.g.e, s. 34. DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.592; DELCROS, a.g.e, s.18-19.

⁴²⁶ DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.593.

⁴²⁷ Tıbbi İşlemler dolayısıyla ağır kusura örnek için bakınız: “*Ciabrini*” Kararı, CE, 22.11.1967, “*Sieur Ciabrini*”, Rec. Lebon, s.437. Hastane idari hizmetlerinin eksik işlenmesine örnek için bakınız: Epoux Pech Kararı, CE, 09.07.1970, Epoux Pech, RDP, 1970, s.463. (Nakleden: DELCROS vd, a.g.e., s.24.)

⁴²⁸ CE, 10.04.1992, “*M. et Mme. V*”, RFDA, 1992. (Nakleden: DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.596) Olayda Bay ve Bayan V, sezaryen doğum sırasında uygulanan anestezi ve verilen kan sonucunda meydana gelen önemli fiziksel hasarlar neticesinde uğradıkları zararın tazmini dolayısıyla idare mahkemesinde dava açmışlardır. İdare mahkemesinin “ağır kusur” oluşmadığı yönündeki değerlendirmesi sonucunda davaları reddedilmiştir. Danıştay’da görülen temyiz incelemesinde ise mahkeme, hiçbir şekilde “ağır kusur” kavramını kullanmaksızın hastanenin sorumluluğuna yol açacak nitelikte tıbbi kusur oluştuğuna karar vererek idareyi tazminata mahkûm etmiştir. (GÖZLER, a.g.e, s.1089.)

⁴²⁹ CE, 20.06.1997, Theux, RFDA, 1998. (Nakleden: DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.593)

⁴³⁰ CE, 13.03.1998, Améon ve diğerleri, AJDA, 1998. (Nakleden: DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.593)

Güvenlik hizmetleri ya da kolluk faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan dolayı ise, Fransa’da yargı yerleri, 1905 tarihli “*Tomaso-Grecco*”⁴³¹ kararına değin, devletin sorumsuzluğuna hükmediyorlardı. HAURIOU, bu kararı, devletin kamu gücünün kullanımıyla ilgili böyle bir sorumluluğu bir tür kusur ile karşılama iradesi göstermesi bakımından, oldukça yenilikçi olarak değerlendirmektedir⁴³². Böylece sorumluluk, “kamu hizmeti kusuru” adı verilen bir kusur türüyle tanımlanmaya başlamıştır. Bu karardan 6 yıl önce, 1899 tarihli “*Lepreux*”⁴³³ kararında Conseil d'État, polis memurlarının ihmalkârlığı konusunda, devletin kural olarak sorumlu olamayacağı sonucuna varmışken, “*Tomaso – Grecco*” kararı ile “salt” polis faaliyeti kapsamında, ilk defa kusur sorumluluğunu kabul etmiştir⁴³⁴. “*Auxerre*” kararı ise, bu yönde verilen ikinci karar olup, tazminata

⁴³¹ CE, 10.02.1905, “*Tomaso – Grecco*”, Dalloz, 1906, s.81, (ROMIEU’nün düşüncesi içerir). (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 22.) Uyuşmazlığa konu olan olayda kaçan bir boğayı yakalamak için jandarmanın ateş açması sonucunda, Tomaso Grecco isimli vatandaş evinin içinde yaralanmıştır. Tazminat talebiyle dava açmış fakat mahkeme tarafından reddedilmiştir. Her ne kadar tazminat ödenmesi isteği reddedilmiş olsa da kararın gerekçesinde “*bu kazanın idarenin sorumluluğunu gerektirecek bir hizmet kusurunun sonucu olduğu hususları anlaşılamadığından..*” denilmiştir. (DELCROS, a.g.e, s.22.) Bu ifadeden şu sonuç çıkıyor: Söz konusu olayda kusur yoktur ancak olsaydı, idare kolluk faaliyetlerinden dolayı sorumlu olacaktı. (LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDEMET, **Traité de Droit Administratif**, Paris, LGDJ, 15. B., 1999, s.987. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e., s.1091.)

⁴³² HAURIOU, Maurice, “La consécration de la responsabilité de l’administration dans les services de la police”, (Note sous CE, 10.02.1905, Tomaso Greco, requête numéro 10365 et CE, 17.02.1905, Auxerre, S. 1905.3.113), (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=11579).

⁴³³ CE. 13.01.1899, “*Lepreux*”, Sirey, 1900, s.1, (HAURIOU’nun düşüncesini içerir). (Nakleden: DELCROS, a.g.e., s.21.) Güvenlik hizmetleri konusunda sorumsuzluğun kabul edildiği son karar olduğunu söylemiştik. HAURIOU’nun “*Lepreux*” kararına eklenen -yukarıda bahsettiğimiz için burada tekrarlamayacağımız- eleştirisi, içtihadı yönlendirmesi açısından oldukça önemlidir. HAURIOU’nun buradaki tahlilleri her ne kadar ustalıklı olsa da mahkeme için henüz tatmin edici bulunmamıştır. (CROZAT, a.g.e, s. 288.)

⁴³⁴ Conseil d'État, daha önceleri devletin, kolluk hizmeti dolayısıyla bazı özel durumlarda sorumluluğunu kabul ediyordu. Örneğin liman polisleri açısından bu durum böyleydi. “*Tomaso-Grecco*” kararında düşünceleri aktarılan ROMIEU “*Bir kamu hizmetinin işleyiş veya organizasyon noksanlığı veya idare edilenlerle görevlilerinin ağır kusurları nedeniyle zarara uğrayan vatandaşın, hukuka aykırı işlemin bir buyruk işlemi veya eleştirilen önlemin bir polisye önlem olması gibi bir gerekçeyle zararını tazmin ettirme hakkından yoksun bırakılması herhangi bir metne hukuk ilkesine*

hükmedilen ilk karardır. Karara konu olayda, bir askeri manevra sırasında, genç asker Auxerre, dolu bir fişegin kendine isabet etmesi sonucunda hayatını kaybetmiştir. Asker oğlu ölen babanın savaş bakanlığından tazminat talep etmesi üzerine, bakanlık, askerlik konusunda devletin sorumluluğunun özel mevzuat hükümlerine dayandığını ve söz konusu olayda devletin herhangi bir sorumluluğu olmadığını öne sürerek, bu talebi geri çevirmiştir. Bunun üzerine, açılan davada, Conseil d'État, tazminat talebini kabul ederek, davalı Savaş Bakanlığı'nın savlarını dikkate almamıştır.⁴³⁵ DUEZ'e göre, bu tür faaliyetler dolayısıyla idarenin sorumluluğu için ağır kusurun aranması, tarihi sebeplerle açıklanabilir. Sorumluluk, bu konuda geç kabul edilmiştir ve bu yüzden diğer hizmetlerde olduğu kadar henüz derinlere gitmemiştir.⁴³⁶

Benzer bir evrim, hapisane idaresi konusunda da kendisini göstermiştir. “*Chabba*”⁴³⁷ kararında Yüksek mahkeme, bir mahkûmun intiharında ağır kusurun varlığını göstermeye gerek olmadığına hükmetmiştir. “*Commune de Baolon*”⁴³⁸ kararında ise, idarenin kusurunu araştırırken, basit ya da ağır kusur ayırımına hiç değinmeksizin, yalnızca idarenin sorumluluğunu doğuracak herhangi bir kusuru görmenin yeterli olacağını ortaya koymuştur⁴³⁹.

Diğer taraftan, Fransız içtihatlarında, yargısal fonksiyonun yerine getirilmesi sırasında, devletin ağır kusur dolayısıyla sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir.

dayanmaz. Limanlar örgütü ile ilgili olarak devletin, görevlilerinin ihmali dolayısıyla sorumluluğunu kabul ettiği halde, kamu güvenliğine ilişkin polis örgütü söz konusu olduğunda kamu hizmeti kusurunun neden olduğu zararların tazminini isteyen vatandaşın bu talebinin “a priori” olarak reddedilmesin sebebinin anlaşılammakta” olduğunu dile getirmişti. (DELCROS, a.g.e., s.23.)

⁴³⁵ HAURIOU, a.g.e; CROZAT, a.g.e, 288-289.

⁴³⁶ DUEZ, a.g.e, s.46.

⁴³⁷ CE, 23.05.2003, “*Mme. Chabba*”, AJDA, 2004. (Nakleden: DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s. 593)

⁴³⁸ CE, 27.12.2006. “*Commune de Baolon*,” JCPA, 2006. (Nakleden: DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s. 594)

⁴³⁹ DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.593.

Ancak yargılamanın uzun sürmesi sonucu meydana gelen zararlar söz konusu olduğunda ise⁴⁴⁰, basit kusur yeterli olmaktadır.

C. TÜRKİYE’DEKİ YARGI İÇTİHATLARINDA AĞIR KUSUR VE BASİT KUSUR AYRIMI

1. Sağlık Hizmetleri

Danıştay, ilk olarak risk içeren veya tehlike faktörü içeren faaliyetler dolayısıyla sağlık hizmetlerinden yararlananların uğradıkları zararlar açısından ağır hizmet kusuru koşulunu aramaktadır.⁴⁴¹ Ancak hizmet kusurundan dolayı idarenin sorumluluğunu belirlerken, Fransa’daki uygulamayla benzer olarak, önemli bir ayırmadan da bahsetmektedir: “Tıbbi müdahaleler” ve “hastane hizmetleri”. Mahkeme, tıbbi müdahaleler (ameliyat, ilaç verme, ilk yardım v.b.) söz konusu olduğunda ağır kusuru ararken, hastane hizmetleri (hastanenin işleyişine ilişkin idari hizmetler ya da tıbbi bir müdahalenin olmadığı hizmetler) söz konusu olduğunda ise basit kusuru görmekle yetinmektedir.

“İdarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru" riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup, sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla

⁴⁴⁰ Bkz. CE, 28.06.2002. “*Ministre de la Justice / Magiera*”, RFDA, 2002. (Nakleden: DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, a.g.e, s.595.)

⁴⁴¹ “İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.” (Danıştay 15. Daire, T. 26.06.2014, E. 2013/4048, K. 2014/5742) Bkz. Danıştay 15. Daire, T. 03.06.2014, E. 2013/4012, K. 2014/4612, *Danıştay 15. Daire, T. 27.05.2014, E. 2013/4101, K. 2014/4341*, Danıştay 15. Daire, T. 12.03.2014, E. 2013/3865, K. 2014/1691, *Danıştay 15. Daire, T. 04.03.2014, E. 2013/3258, K. 2014/1371*, Danıştay 10. Daire, T. 3.4.2001, E. 2000/227, K. 2001/1241.

oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”⁴⁴²

Dolayısıyla, yoğun bakım ünitesinde tedavi görmekte olan davacıların yakınının sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalıştığı ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybettiği, yukarıdaki karara konu olayda Danıştay, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunu hizmet kusuru olarak kabul etmiş, olayda tıbbi bir müdahale söz konusu olmadığı için basit kusuru yeterli görmüştür.

Mahkemenin basit kusura dayanarak karar verdiği bir başka dava konusu olayda, hastanın ambulans ile hemşire refakatinde, doktor olmaksızın sevki sırasında kalbi durmuştur. Danıştay, hem olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Ambulanslar ile Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği'ne aykırı davranışları, hem de hastanın durumu gereği sevki sırasında ambulanda doktor bulundurulması gerekirken, sadece hemşire refakatinde sevk edilmesini, davacıların maddi ve manevi zararlarının tazmini için yeterli bir hizmet kusuru olarak görmüştür.⁴⁴³

Danıştay 10. Dairesi, 1986 tarihli bir kararında, “ağır” kusur şartını “açık” bir hizmet kusurunun varlığına bağlamıştır. Karara konu olan olayda Adli Tıp Kurumu'na yapılan inceleme üzerine varılan sonuca göre, davacıların kızlarının sezaryen ameliyatında ve tedavisi sırasında fenni ve teknik bir hatanın, ihmal veya kusurun saptanamaması karşısında, ölüm olayı nedeniyle davalı idarenin tazmin sorumluluğu bulunduğunu kabule olanak görülmediği sonucuna varılmıştır⁴⁴⁴. Danıştay 15. Dairesi, 2014 tarihli daha yeni bir kararında ise, daha önceki “açık”

⁴⁴² Danıştay 10. Daire, T. 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316.

⁴⁴³ Danıştay 15. Daire, T. 26.06.2014, E. 2013/4048, K. 2014/5742.

⁴⁴⁴ “... yapısında risk oranı yüksek olan sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü, yürütülen hizmetin niteliği itibariyle ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin, açık bir hizmet kusuru bulunduğunun saptanması halinde mümkündür.” (Danıştay 10. Daire, T. 23.01.1986, E. 1982/2696, K. 1986/73.)

kusur tanımını “belirgin” olma sıfatıyla pekiştirmiş, ayrıca “doğal kabul edilebilecek hatalar”ı da sorumluluk kapsamı dışında tutmuştur.⁴⁴⁵

Danıştay, ağır kusura ilişkin yukarıda verilen gerekçeyi, “sadece idarenin tıbbi hizmetler alanında *sorumlu olmadığına* karar verirken değil, idarenin *sorumlu olduğuna* karar verirken de kullanmaktadır.”⁴⁴⁶ Örneğin Danıştay, incelediği bir davada, Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastanelerde tıbbi operasyonlar geçiren davacının, yine Sağlık Bakanlığı’na bağlı bir hastanede geçirdiği operasyonda karnından spanç çıkarılması, spancın önceki operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun açık olması karşısında, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunduğu karar vermiştir.⁴⁴⁷ GÖZLER’in de ifade ettiği gibi, İdarenin sorumlu olduğunu gösteren kararlarında Danıştay’ın sorumluluğu ağır kusur şartıyla temellendirmesinin bir yararı yoktur, çünkü ağır kusur şartı idarenin sorumluluğunu sınırlandırmak amacıyla üretilmiştir, sorumluluğu temellendirmek için değil.⁴⁴⁸

Son olarak bu konuyla ilgili aktarmak istediğimiz bir not da, sağlık hizmetleri dolayısıyla idarenin sorumluluğunun, kusurun derecelendirilmesi yoluyla tespitinin, bazen ne ağır ne de basit kusur olarak adlandırılabilen, ama hizmet ile illiyet bağı

⁴⁴⁵ “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 dair açık ve belirgin kusurlar idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecektir.” (Danıştay 15. Daire, T. 05.03.2014, E. 2013/4312, K. 2014/1436.)

Tıbbi müdahaleler konusunda kusurun ağırlığını belirtmeden verdiği kararları da mevcuttur. Örnek olarak bir davada: “Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olup; davacının olay nedeniyle uğradığı zararların hizmeti kusurlu işleten davalı idarece tazmini gerekmektedir” demiştir. (Danıştay 10. Daire, T. 16.01.1985, E. 1982/2908, K. 1985/26.)

⁴⁴⁶ GÖZLER, a.g.e, s.1111.

⁴⁴⁷ Danıştay 10. Daire, T. 25.06.2008, E. 2007/2965, K. 2008/4831. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 10. Daire, T. 04.10.1990, E. 1989/303, K. 1990/2083; Danıştay 10. Daire, T. 01.06.1994, E. 1993/363, K. 1994/2502; Danıştay 10. Daire, T. 03.05.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379; Danıştay 10. Daire, T. 28.12.2007, E. 2005/8407, K. 2007/6526.

⁴⁴⁸ GÖZLER, a.g.e., s.1111.

koparmamış olaylar meydana geldiğinde yetersiz kaldığı durumlarla ilgilidir. GÜRAN'ın bu konudaki önerisi şu yöndedir: "...Belli birtakım doğal mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde, sorumluluğun kusursuz sorumluluk kuramına, özellikle de sosyal risk ilkesine kaydırılması artık kaçınılmazdır. İdarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbın ve hekimliğin gereklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen, örneğin nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır. Böylece, idarenin tıbbi faaliyetler alanında da alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında 'herhangi bir hüküm verilme'den salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir."⁴⁴⁹

2. Kolluk Hizmetleri

Yüksek Mahkeme 1948 yılında, 04.12.1945 gününde Beyazıt meydanında toplanan öğrencilerin, kalabalık bir kitle halinde "Tan Matbaası"nı tahrip ettikten sonra, Beyoğlu semtine geçerek "La Turquie" ve "Yeni Dünya" gazete binası ve içindeki eşyaları tahrip etmesi sonrasında, büyüyen olaylara kolluk güçlerinin müdahalede yetersiz kalması dolayısıyla meydana gelen zararın tazmin edilmesi istemi ile önüne gelen davada, kolluk hizmetlerinin kusurlu yürüyüp yürümediğinin tespitinde, kamu yararı ve kamu ihtiyaçlarını göz önünde tutarak bir karar varmıştır. Mahkeme, kişisel menfaat ve ihtiyaçların kamu yararı ve kamu ihtiyaçları içinde temin edileceği ve korunacağından hareket ederek, idarenin sorumluluğunu tayin etmek yoluna gitmiştir. Kamunun duygu ve düşüncelerinin bir ifadesi olarak cereyan eden gösterilerin başladığı yerde söndürülmeyerek, bunun taşkınlığa dönüşmesini önleyecek tedbirlerle yetinilmiş olduğuna kanaat getirmiş ve kusurun idarenin

⁴⁴⁹ GÜRAN, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, (12-13 Mart 1982, Ankara), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 77-87, s. 85-86.

sorumluluğunu gerektirecek nitelikte ağır kusur teşkil etmediğinden hareketle, tazminat talebini yerinde görmemiştir.⁴⁵⁰

Danıştay, kolluk hizmetinin gereği gibi yerine getirilmediği gerekçesiyle meydana geldiği iddia edilen zararlardan dolayı açılan tam yargı davalarında, çoğu kez aşağıda aktaracağımız şu paragrafa yer vermektedir:

“Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması Devletin asli görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. Ancak, idare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu kolluk hizmetinin riskli bir nitelik taşıması nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır.”⁴⁵¹

Yukarıdaki iki örneğe bakarak, Türkiye’deki yargı içtihatlarının, kolluk hizmetinden kaynaklanan kusurun, her zaman “ağır kusur” olmak koşuluyla, idarenin sorumluluğunu doğuracağını kabul eder, diyememekteyiz. Danıştay’ın yukarıdaki eski bir kararı ile daha güncel olan kararı arasında 60 yılı aşkın bir zaman geçmesine rağmen, ilk bakışta, içtihadın istikrarlı bir şekilde devam ettiğine kanaat getirebiliriz. Fakat bu yanıltıcı olacaktır, çünkü Danıştay, benzer olaylar karşısında bazen ağır kusur koşulunu ararken, bazen de herhangi bir derecelendirme yapmaksızın hizmet kusurunu tespitle yetinerek, idarenin sorumluluğuna hükmetmekte ve zararın tazmin

⁴⁵⁰ DDGK, T.09.11.1948, E. 1948/8, K. 1948/107. (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 54.) “Öğrenci nümayişi” başlığıyla basında da geniş yer bulan söz konusu olay ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ACAR, Ayla, “Basında Tan Olayı - 4 Aralık 1945”, **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S. 43, İstanbul, 2012, s. 1-22.

⁴⁵¹ Danıştay İDDK, T. 21.04.2011, E. 2007/1172, K. 2011/254.

Bir başka örnek karar için bkz. “...davacının annesinin öldürülmesi olayında faillerin ceza zamaşımı süresi içerisinde yakalanamaması nedeniyle idarenin ağır bir hizmet kusurunun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığından, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.” (Danıştay 10. Daire, T. 23.12.2005, E. 2003/2087, K. 2005/8025; Danıştay İDDK, T. 21.04.2011, E. 2007/1172, K. 2011/254.)

edilmesi yönünde karar vermektedir⁴⁵². Dolayısıyla Danıştay'ın hizmette ağır kusur arayan içtihadını devam ettirdiğini söylemek ne kadar zor ise, bu içtihadı terk ettiğini söylemek de o kadar zordur.⁴⁵³

Danıştay'ın, hizmeti kusurlu yürüten idarenin, hizmet kusurundan kaynaklanan zararların tazmini gerektiğine hükmettiği ve fakat kolluk hizmetlerinden kaynaklanan kusurun ağırlık derecesini zikretmeden, salt hizmet kusuruna dayanarak aldığı kararlarına örnek olarak şunlar verilebilir: Kusurun, kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıktığı durumlar⁴⁵⁴,

⁴⁵² Kolluk hizmetleri söz konusu olduğunda birçok dava sıklıkla, "kusursuz sorumluluk" bağlamında ele alınmakta ve sonuçlandırılmaktadır.

⁴⁵³ Güncel bir örnek vermek gerekirse, Danıştay 26.12.2013 yılında, idare mahkemesinin ağır hizmet kusuru bulunmadığı ve dolayısıyla tazminat ödenmesi koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verdiği kararın temyiz incelemesini yaparken "...idarenin, hizmetin kuruluşunda ve işletilmesindeki hizmet kusuru nedeniyle tazminle yükümlü olduğu sonucuna varılmaktadır" diyerek idare mahkemesi kararını bozmuştur. Dikkat edilmesi gereken husus ise Danıştay'ın salt hizmet kusurunu, idarenin sorumluluğu için yeterli görmesidir. Sadece bu davaya bakarak Danıştay'ın bir içtihat değişikliğine gittiğini söylemek bugün itibarıyla çok zordur. Çünkü diğer örnek kararlarından anlaşıldığı üzere, Danıştay bu konuda pek de istikrarlı hareket etmemektedir.

Karara konu olay şöyledir: Failler bir vatandaşın aracına binerek aracı gasp etmiş ve vatandaşı öldürmüşlerdir. Olaydan, 22.10.2006 tarihi akşam saatlerine kadar geçen son üç günlük süreç içerisinde, altı ayrı ölümlü saldırı olayı daha gerçekleştirdikleri, İçişleri Bakanlığı Müfettişlerinin hazırladığı raporda da belirtildiği üzere, kullandıkları otomobilin eşkâli ve kendilerinin kimlikleri bilindiği halde, güvenlik güçlerinin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle yakalanamadıkları ve sonraki olayların gerçekleşmesinin engellenemediği anlaşılmaktadır. İdare mahkemesi cinayetlerin görgü tanıklarının olmaması nedeniyle geç anlaşılması ve bu süre içinde katillerin yollarına devam ederek eylemlerini sürdürmeleri ve olayların başlangıcından yakalanmalarına kadar geçen süre içinde üç araç değiştirmeleri nedeniyle yakalanamadıklarının görüldüğü, davacıların murisi ...'nin öldürülmesine kadar geçen süre içinde cinayet faillerinin yakalanması konusunda idare ajanlarının mevzuat gereği yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları yerine getirmediklerine, ihmal veya kasıt olduğuna ilişkin bir tespit bulunmaması nedeniyle idarenin ağır hizmet kusurunun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı, diğer yandan, olayda sosyal risk ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de tazminat ödenmesi koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. (Danıştay 10. Daire, T. 26.12.2013, E. 2009/9893, K. 2013/9475.)

⁴⁵⁴ "...Her ne kadar davalı idare, posta hizmetini kusursuz yürüttüğünü iddia etmekte ise de, o günlerin anarşik ortamında ve aynı tarihlerde bombalı paket olayları da yaşanmışken, Ankara Emek

idarenin hizmetin yürütülmesi ile görevli personelini yeterli düzeyde eğitmeyerek, yeterli ve etkili bir denetimle zararın meydana gelmesini önleyici tedbirleri almaması⁴⁵⁵, suç delillerine el koymak, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve

Postahanesi'nden verilen paket üzerinde gerekli incelemenin yapılmamış olması hizmetin kusurlu işlediğini gösterdiğinden, idarenin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmektedir.” (Danıştay 10. Daire, T. 18.10.1982, E. 1982/2428, K. 1982/2068)

“Her ne kadar davalı idare, savunmasında gerekli önlemlerin alındığını, buna rağmen olayların meydana gelmesinin önlenemediğini ileri sürmekte ise de; güvenlik kuvvetlerinin olayların gelişmesini engelleyememiş olmaları hali bile gerekli önlemlerin zamanında alınmadığını veya alınan önlemlerin yeterli ve etkin olmadığını göstermektedir. Bu haliyle bakılan davada, meydana gelen olaylarda, halkın can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunlu olmakta ve bundan doğan zararların hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekmektedir.” (Danıştay 10. Daire, T. 17.05.1982, E. 1982/2823, K. 1982/1321)

Danıştay, bu konuyla ilgili olarak verdiğimiz 1948 yılına ait örnek kararında her ne kadar, kamunun genel faydası ve idarenin gösterileri başlangıcında söndürememesini affedilebilir görmüş olsa ve ağır kusur olmadığından hareketle tazminat istemlerini reddetse de, daha sonraki kararlarında, kamunun duygularının ifadesinin taşkınlıklara ve saldırılara dönüştüğü pek çok olayı değerlendirirken buradaki içtihadını terk etmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 12.07.1995, E. 1994/7359, K. 1995/3559; Danıştay 12. Daire, T. 29.06.1968, E. 1968/137, K. 1968/1526 (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 61-62.);

⁴⁵⁵ Genellikle bu tip kararlar, tutuklu veya gözaltındakilere yapılan işkenceden doğan zararlar veya idarenin personelinin ateşli silahları nedeniyle birbirlerine verdikleri zararlardan kaynaklanan davalarda söz konusu olmaktadır. Bu davalarda mahkeme “ağır kusur” u dile getirmeden, sıklıkla şu ifadelerle yer vermektedir: “Hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personelini yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur...” (Danıştay 10. Daire, T. 30.3.1983, E. 1982/206, K. 1983/665.) Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 01.06.1983, E. 1982/2539, K. 1983/1357; Danıştay 10. Daire, T. 22.06.198, E. 1982/775, K. 1983/1596; Danıştay 10. Daire, T. 12.04.1984, E. 1982/2517, K. 1984/791; Danıştay 10. Daire, T. 25.06.1985, E. 1982/2839, K. 1985/1297; Danıştay 10. Daire, T. 12.02.1986, E. 1984/2297, K. 1986/253; Danıştay, 10. Daire, T. 12.10.1999, E. 1997/3568, K. 1999/4782; Danıştay 10. Daire, T. 25.02.2014, E. 2009/9938, K. 2014/1117.

Mahkemenin, işkencenin “ağır kusur” teşkil ettiğini söylediği kararları da mevcuttur. Gazeteci Metin GÖKTEPE'nin gözaltındayken, işkence sonucunda öldürüldüğü olay dolayısıyla görülen davada mahkeme, idarenin kusurunu “ağır kusur” olarak değerlendirmiştir. “Dava dosyasının

yetkili makamlara teslim etmekle yükümlüken bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi⁴⁵⁶ gibi durumlardır.

Mahkemenin, yine ağır kusur veya basit kusur vurgusu yapmadığı fakat bu defa, idarenin sorumlu olmadığına kanaat getirdiği kararları da mevcuttur. Zarar doğurması muhtemel olaylar söz konusu olduğunda, idarenin önceden haberdar edilmemesi veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin belirtiler bulunmaması hallerinde, idarenin sorumluluğu görülmemekte,⁴⁵⁷ aksi durumda ise sorumluluğa gidilmektedir.⁴⁵⁸

incelenmesinden; İçişleri Bakanlığı müfettişleri tarafından yapılan soruşturma sonucu düzenlenen fezlekedede; ... Gazetesi muhabiri ...'nin görevini yapmak üzere gittiği Alibeyköy mezarlığında gözlem altına alındığı, daha sonra diğer gözlem altına alınanlarla Eyüp Kapalı Spor Salonu'na götürüldüğü, orada gözlem altında iken salonun değişik yerlerinde birden fazla polis memuru tarafından dövülmesi nedeniyle fenalaştığı, hayatının kurtarılması için gerekli gayret gösterilmeyerek, sorumsuz bir tutumla kendi haline terk edildiği yerde öldüğü sonucuna varıldığı anlaşılmakta olup, olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu tartışmasızdır.” (Danıştay 10. Daire, T. 20.6.2001, E. 1999/2410, K. 2001/2637) İşkencenin ağır kusur oluşturduğuna hükmeden diğer kararlar için bkz. Danıştay 10. Daire, T. 28.09.2010, E. 2007/5028, K. 2010/6974.

⁴⁵⁶ “Olayda, davacıyı gözaltına alarak, davacıya ait video kasetlerine ve ses bantlarına el koyan emniyet kuvvetlerinin, suç unsuru taşıdığını öne sürdüğü bu kaset ve bantları mevzuat gereği muhafaza ederek, eşya ve davacı hakkında karar vermeye yetkili adli makamlara aynen teslim etmesi gerekirken, bu kaset ve bantların bir kısmını mevzuatta öngörülen görev ve zorunluluklara aykırı olarak başkalarına da teslim etmesi hizmet kusuru oluşturmakta olup, uğranılan zararın da tazmini gerekmektedir” (Danıştay 10. Daire, T. 14.11.1996, E. 1995/5294, K. 1996/7533.)

⁴⁵⁷ “...bir başvuru yapılmadıkça veya olayın meydana geleceğine ilişkin kolluk kuvvetlerinin bilgileri olmadıkça zararın davalı idarenin gerekli önlemleri almamasından ve genel nitelikte önlemlerle yetinmiş bulunmasından meydana geldiği kabul edilemeyeceğinden zararın idarenin olumlu veya olumsuz eyleminden doğduğu söylenemez.” (Danıştay 10. Daire, T. 24.05.1982, E. 1982/1687, K. 1982/1388.) Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 23.11.2010, E. 2007/4863, K. 2010/9105.

⁴⁵⁸ “... önceden başvuruda da bulunulduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkan ve aracı temin ederek hazır bulundurmamış olduğu anlaşılan idarenin hizmet kusuru açık olup; idarenin doğan zararı tazmini gerektiğinden, mahkeme kararının temyizen incelenen davanın kabulüne ilişkin bölümü sonuç olarak hukuka uygun bulunmaktadır.” (Danıştay 10. Daire, T. 10.04.1996, E. 1995/53, K. 1996/1913.) Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 26.12.2013, E. 2009/9893, K. 2013/9475; Danıştay 12. Daire, T. 10.11.1969, E. 1968/233,

Sonuç olarak, yukarıda verilen örnek davalar çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, kolluk hizmetinin kusurlu işlemlerinden kaynaklanan zararlar neticesinde, dava konusu edilen olaylarda, kusurun derecesine göre idarenin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği yönünden Türkiye’de, idari yargı içtihatlarının istikrar kazanmış bir tutuma sahip olduğunu söyleyememekteyiz.

3. Cezaevi Hizmetleri

Cezaevlerinin yönetimi ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hizmetleri de kolluk hizmetleri içinde düşünmek gerekir⁴⁵⁹. Bizim ise bu tür hizmetleri ayrı bir başlık altında toplamamızın nedeni, anlatım kolaylığı sağlamaktır. Danıştay’ın cezaevi hizmetlerinden kaynaklanan hizmet kusuru söz konusu olduğunda, idareyi sorumlu tutabilmek için ağır kusur kriterini aradığı örnek bir karara rastlanamamıştır. Cezaevi yönetiminin gereken güvenlik önlemlerini iyi şekilde almadığı⁴⁶⁰, personelinin mahkûmlar üzerinde gerekli gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği⁴⁶¹, idarece cezaevi personeli ve hükümlüler üzerinde gerekli gözetim, denetim ve ceza infaz hizmetlerini gereği gibi yürütülmediği⁴⁶² gibi gerekçelerle, hizmet kusurunun varlığını, zararın tazmini için yeterli görmektedir.

Bir mahkûmun, cezaevinde tutuklu bulunduğu sırada çıkan isyan sırasında ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini amacıyla açılan davada, davacı taraf, hem maddi hem de manevi tazminat talep etmiştir. Mahkûmlara karşı yapılan müdahalenin, cezaevinde huzur ve sükûnun sağlanması için zorunlu hale geldiği anlaşılmakla birlikte, belirtilen amaçla bağdaşmayacak şekilde aşırı güç kullanıldığı, bu boyutta bir müdahalenin gereksiz ve ölçsüz olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ile dosyada bulunan belgelerde yer alan bilgiler bir

K.1969/1770 (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 62-63.) ; Danıştay 12. Daire, T. 20.01.1970, E. 1968/1045, K. 1970/91 (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 63-64.)

⁴⁵⁹ ESİN, a.g.e, s. 61.

⁴⁶⁰ Danıştay 12. Daire, T. 16.09.1967, E. 1966/1765, K. 1967/1294 (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 75-76.); Danıştay 10. Daire, T. 16.11.1999, E. 1997/5989, K. 1999/6046.

⁴⁶¹ Danıştay İDDK, T. 24.12.2009, E. 2006/3106, K. 2009/3385

⁴⁶² Danıştay 12. Daire, T. 14.10.1968, E. 1968/893, K. 1968/1826 (Nakleden: ESİN, a.g.e, s. 76-77.); Danıştay 10. Daire, T. 05.10.1994, E. 1993/4353, K. 1994/4566.

arada değerlendirilerek Danıştay tarafından tespit edilmiştir. Danıştay kararında, maddi tazminat için hizmetin kötü işlediği ve hizmet kusuru bulunduğu sonucunu yeterli bulurken, manevi tazminat açısından kusurun ağırlığı oranında bir belirleme yapılması gerektiğini söylemiştir.⁴⁶³ Bu karardan ağır kusur ölçütünün, idarenin sorumluluğuna ilişkin bir araç olarak değil, özel hukuktaki gibi tazminat miktarını belirlemek için kullanıldığı açıktır.

Ancak başka bir kararında Danıştay, davalı idarenin, hizmette ağır kusur olmadığı gerekçesiyle, manevi tazminata hükmedilmemesi gerektiği yönündeki itirazlarını dikkate almamış, idare mahkemesinin idarenin salt hizmet kusuru nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükmeden kararını onamıştır.⁴⁶⁴

4. Hukuka Aykırı İşlemler

İçtihadada bakıldığında, hizmet kusurunun tek başına varlığının, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurmaya yetmediği kabul edilir. İdari işlemin, hukuka aykırılığının söz konusu olduğu durumlarda iptal hükümleri işletilmekteyken, her zaman bu hukuka aykırılık bir tazmin nedeni olarak görülmez. Genellikle idarenin hukuka aykırı işlemi dolayısıyla, somut olarak maddi bir değer kaybından söz edilebiliyorsa, yargı yerleri bu zararı tazmin etmekteyken, manevi zararı tespit etmek için kusurun yeterince ağır olup olmadığını araştırmaktadır⁴⁶⁵. Ancak, “şekil yönünden hukuka aykırı işlemler” ve “esas yönünden, idarenin içtihat hatasından kaynaklanan hukuka aykırı işlemler”de ağır kusur kabul edilmediği için, hem maddi hem de manevi tazminata karar verilmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Danıştay, kararlarında bu durumlara ilişkin, şu ifadelere yer vermektedir

⁴⁶³ Danıştay İDDK, T. 02.12.2013, E. 2010/2741, K. 2013/4312.

⁴⁶⁴ Danıştay 10. Daire, T. 02.02.1994, E. 1993/4354, K. 1994/411.

⁴⁶⁵“... idare mahkemesince idarenin haksız olduğunun mahkeme kararıyla saptandığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmiş ise de, ortada idarenin ağır hizmet kusuru ile sakatlanmış bir işlem bulunmadığı ve yoruma dayalı bir idari tasarruf olduğundan aksine verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan, manevi tazminat, idari bir işlem veya eylem nedeniyle kişilerin duyduğu ağır bir elem ve üzüntünün karşılığı olup, ortada manevi tazminat verilmesine neden olacak bir durum da yoktur.” (Danıştay 8. Daire, T. 8.4.1997, E. 1995/3635, K. 1997/1209) Bkz. Danıştay 8. Daire, T. 20.12.2004, E. 2004/1274, K. 2004/4987.

“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. Diğer bir deyişle bir idari işlemin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi idarenin tazminatla sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir. Söz konusu hukuka aykırılığın kesin hüküm ilkesinin, kanunların ve genel hukuk ilkelerinin belirgin ve ağır bir ihlali sonucu oluştuğunun da tespit edilmesi gerekmektedir.”⁴⁶⁶

“...her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz.”⁴⁶⁷

Hukuka aykırı işlemlerden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi talebiyle açılan tam yargı davalarının konularına örnek verecek olursak: idarenin takdir yetkisine ilişkin olduğunda (çoğunlukla sınav notunun takdirine ilişkin işlemler ile idare mahkemesi tarafından hukuka aykırılığı gerekçesiyle iptal edilen disiplin cezalarından kaynaklanan zararlar)⁴⁶⁸, güvenlik soruşturması sonucunda hataya düşüldüğünde⁴⁶⁹, herhangi bir hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasayla yetkili kılınan mercii emri bulunmaksızın telefon konuşmaları

⁴⁶⁶ Danıştay 10. Daire, T. 01.02.1984, E. 1982/2604, K. 1984/143.

⁴⁶⁷ Danıştay 8. Daire, T. 10.10.1991, E. 1991/785, K. 1991/1587; Danıştay 10. Daire, T. 04.03.1998, E. 1997/3567, K. 1998/1000; Danıştay İDDGK, T. 11.12.1998, E. 1997/717, K. 1998/630;

⁴⁶⁸ “...Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz... İdare Mahkemesince iptal edilerek Dairemizce onanan söz konusu işlem takdir yetkisine dayalı olduğundan ve idarenin takdir yetkisine dayalı işlemlerinden ötürü her zaman tazminatla yükümlü tutulmasına idare hukuku ilkelerine göre olanak bulunmadığından manevi tazminat istemini kısmen kabul eden İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” (Danıştay 8. Daire, T. 17.10.1991, E. 1991/788, K. 1991/1657.) Bkz. Danıştay 8. Daire, T. 10.10.1991, E. 1991/785, K. 1991/1587; Danıştay 8. Daire, T. 20.12.2004, E. 2004/1274, K. 2004/4987; Danıştay 8. Daire, T. 16.03.1993, E. 1992/848, K. 1993/1389; Danıştay, 8. Daire, T. 17.10.1991, E. 1991/788, K. 1991/1657; Danıştay 8. Daire, T. 10.10.1991, E. 1991/785, K. 1991/1587; Danıştay 8. Daire, T. 8.4.1997, E. 1995/3635, K. 1997/1209.

⁴⁶⁹ “Ankara 8. İdare Mahkemesince iptal edilen öğretim görevliliğine atamasının yapılmaması işleminin tesisinde güvenlik soruşturması sonucunda hataya düşülmüş olması, hizmet kusuru sayılabilecek ve maddi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliğinde değildir. Bu nedenle idarenin maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulması gerekmez.” (Danıştay 8. Daire, T. 19.03.1996, E. 1995/4350, K. 1996/768.)

dinlendiği takdirde⁴⁷⁰, dava konusu olay, Danıştay tarafından, ağır kusur şartına bağlı olarak, yukarıdaki gerekçelerden herhangi biri dolayısıyla değerlendirilmektedir. Verilen örneklerin tamamında, hukuka aykırı işlemlerin hizmet kusuru demek olmadığı ve (temel olarak) hizmet kusuru sayılabilmesi için kusurun ağır bir nitelikte ortaya çıkması gerektiği içtihadına dayanarak, idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmedilmiştir. KARAHANOĞULLARI'na katılarak belirtmekte yarar görüyoruz ki bu durum, yani bir idari işlemin, ağır kusur görüldüğü takdirde dava konusu edilebilmesi, “idari yargıda *tarihsel bir tutukluk hali* yaratmıştır. İdari yargı, sanki bir istisna, ancak önemli konularda ve ağır hukuka aykırılıklarda devrede olması gereken bir istisna olarak algılanmış ve algılanmaktadır. Ağır olmayan hukuka aykırılıklar, düzeltilmesi gerekmeyen, katlanabilir hukuka aykırılıklar olarak kabul edilmiştir.”⁴⁷¹

5. Yargı Kararlarını Uygulamama

Anayasa'nın 2. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti... hukuk Devletidir*” denmekte, 138. maddesinin son fıkrasında “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” kuralına yer verilmektedir. Buradaki “geciktirilemez” ifadesi, mahkeme kararlarının belli bir süre içinde uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Yargı kurallarının uygulanmaması halinde ise Anayasa'nın 125. Maddesinin 1. fıkrasındaki “*idarenin*

⁴⁷⁰ “İdare Mahkemesince; olayda, Anayasa ile güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği esasının hukuk kurallarına uyulmaksızın davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanlarınca dinlenmesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, davalı idarenin kamuoyunda "Tele kulak" skandalı olarak bilinen olayla ilgili olarak sorumlular hakkında soruşturma açtırmış olmasının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, sadece, idareye söz konusu kişilere rücu etme imkânı vereceği, bu durumda, herhangi bir hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasayla yetkili kılınan mercii emri bulunmaksızın telefon konuşmaları dinlenen davacının uğradığı manevi zararın, olayda ağır hizmet kusuru bulunan davalı idarece manevi tazminatın niteliği de göz önüne alınmak...” (Danıştay 10. Daire, T. 21.01.2004, E. 2002/6052, K. 2004/472.)

⁴⁷¹ KARAHANOĞULLARI, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, s. 42.

her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” ifadesi anlamını yitirecektir.⁴⁷²

İYUK’un “Kararların Sonuçları” başlıklı 28. maddesi de, Anayasanın 138. maddesi hükmü paralelinde yazılmış fakat daha ayrıntılı bir düzenleme içermektedir. İYUK 28/1’de “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez*”, 28/3’te “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir*”, 28/4’te “*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir*” denmektedir. Böylece kararların hangi sürede içinde (kararın idareye tebliğinden başlayarak 30 gün) yerine getirileceği açıkça belirtilmiş, uygulanma zorunluluğu ve uygulanmaması hali de düzenlenmiştir.

İşte Danıştay’da, yargı kararlarını uygulamadığı gerekçesiyle açılan tam yargı davalarının kararlarında, genellikle yukarıdaki mevzuat hükümlerine yer verilmektedir. Yargı kararlarını “uygulamamak”, “hiç uygulamamak” ya da “gereği gibi uygulamamak⁴⁷³” olarak ortaya çıkar. Yargı kararlarına bakıldığında, hiç uygulanmaması durumuna çok sık rastlanmamakla beraber, gereği gibi uygulanmaması en çok dava konusu edilen durumlardandır⁴⁷⁴. Kanun yollarına

⁴⁷² ALTAY, a.g.e, s. 3.

⁴⁷³ “Gereği gibi Uygulamama” da kendi içinde üç alt başlıkta incelenebilir. Bunlar: 1.Geç Uygulama, 2.Eksik Uygulama, 3.Biçimsel Uygulama. (ALTAY, a.g.e, s.165-193.)

⁴⁷⁴ “İdarelerin yargı kararlarının gereğini gecikmeksizin yerine getirmesi zorunludur ve yerine getirilmemesi durumunda ağır hizmet kusuru işlendiğinin kabulü gerekir.” (Danıştay 6. Daire, T. 16.04.2002, E. 2001/1396, K. 2002/2298.)

“Davacının memuriyet intibakına ilişkin yargı kararını 6 ayı aşkın süre sonra uygulayan idarenin, olayda ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.” (Danıştay 5. Daire, T. 11.10.2002, E. 1999/2053, K. 2002/3798.)

başvurulduğu gerekçe gösterilerek kararın uygulanmasının ertelenmesi de mümkün değildir. Bu nedenle mahkeme kararına uyulmaması, ağır kusur teşkil edecektir.⁴⁷⁵ Benzer şekilde, yürütmeyi durdurma kararı verilen bir davada idarenin, esas kararın verilmesini beklediği gerekçesiyle yürütmeyi durdurma kararını uygulamaktan kaçınması da ağır kusur kabul edilmektedir.⁴⁷⁶

Yargı kararlarını uygulamamak, Danıştay kararlarında “ağır kusur” olarak nitelendirilir fakat “basit kusur” olarak sorumluluk doğurmaya yeterlidir. Yani yargı kararlarını uygulamamanın, ağır kusur yaratmaya sebep olabilecek belirli niteliklere sahip olmasına gerek yoktur. Çünkü “uygulamama” fiili zaten kendiliğinden ağır kusurdur. Bu nedenle kendiliğinden ağır kusur olan bir idari davranışın ağırlığını tespit etmeye gerek olmadığından, kusurun varlığı, idarenin sorumluluğunu doğurmak için yeterlidir. Bundan çıkan anlam ise mahkemenin, yargı kararlarını uygulamamaktan doğan hizmet kusurunu tespit etmek için basit kusuru yeterli gördüğüdür. Buradaki “ağır” kelimesi, sorumluluğu sınırlayan bir “ölçüt” ya da “koşul” olarak değil, yine bir “niteleme” olarak değerlendirilmelidir. Yani, mahkeme her halde hizmet kusurunu tespit ederek idareyi bundan dolayı sorumlu görmektedir ancak bunu yaparken ayrıca hizmet kusurunun ağırlığına da vurgu yapmak istemektedir.

Özetlemek gerekirse, ağır kusur, yürütülen kamu hizmetinin özel bir zorluğunun bulunduğu hallerde ve ilke olarak, bir yasanın her türlü sorumluluğu

⁴⁷⁵ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun, karar tarihinde yürürlükte olan 27, 28, 54. maddeleri hükümleri karşısında, Danıştay kararının kesin olduğu ve kanun yoluna gidilmiş olmasının kararın yürütülmesini durdurmayaacağı açık olup Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine rağmen kararın uygulamaması (Hukuk devleti) ilkesini zedeleyen ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır.” (Danıştay 5. Daire, T. 24.04.1991, E. 1989/2113, K. 1991/756)

⁴⁷⁶ “... yargı kararlarının uygulanmamasının hem bir iptal nedeni hem de ağır hizmet kusuru oluşturduğu açıktır. Yürütmenin durdurulması kararı da Anayasa’da ve İdari Yargılama Usulü Yasası’nda belirtilen nitelikte bir yargı kararı olduğuna göre, bu yolda karar verilmiş bir davada idarenin: esas kararın verilmesini, bu karar temyiz edilmiş veya kararın düzeltilmesi yoluna başvurulmuş ise verilecek kararı beklemesi, bu yolla, verilen yürütmenin durdurulması kararını sürüncemede bırakması, savsaklaması ve etkisiz kılması gibi seçeneği bulunmamaktadır.” (Danıştay 6. Daire, T. 09.10.1996, E. 1995/7076, K. 1996/4029.)

devre dışı bıraktığı durumlarda aranmaktadır.⁴⁷⁷ Bu derecelendirme açıkça mevzuat hükümlerinde yazılmadığı takdirde veya yazılmış olsa bile, her bir kusur sayma yoluyla sıralanamayacağı için, son tahlilde değerlendirmeyi yapacak olan hâkimin kendisi olacaktır⁴⁷⁸. Kusurun ağırlık derecesini tayin etme işi de, her hizmetin özelliği, zarar doğuran hizmetin mahiyeti ve sosyal önemi, zaman ve mekân koşulları, idarenin, üstlendiği kamu hizmetini yürütmek yeterli araçlara sahip olup olmadığı ve zararın olasılık derecesi, zarara uğrayanın kamu hizmeti karşısındaki durumu, zarara uğrayan kişi bakımından doğan sonuçların önemi ve hukuk ilkeleri göz önünde bulundurularak yapılacaktır.

III. KAMU GÖREVLİSİNİN KİŞİSEL KUSURU HİZMET KUSURUNU ORTADAN KALDIRIR MI?

Bilindiği üzere, halkın kolektif ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kamu hizmetini gören idare, “kendiliğinden hareket etmeye muktedir gerçek bir kişi, bir varlık olmayıp; sadece manevi ve hükmi bir şahıstır”⁴⁷⁹. “İdare tüzel kişiliği, bu faaliyet ve hizmetleri, kendi adına hareket eden birer gerçek kişi olan ajan ve memurları [aracılığıyla] yürütürler.”⁴⁸⁰ Bu nedenle, “hizmet kusuru bir teşkilat olarak idarenin işlediği bir kusur, kişisel kusur da kamu görevlilerinin işlediği kusur değildir. Bir teşkilatın, bir tüzel kişinin kusur işlemesi mümkün değildir. Hizmet kusuru da, kişisel kusur da kamu görevlileri tarafından işlenen kusurdur.”⁴⁸¹ Dolayısıyla, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğundan bahsedildiğinde, nihayet anlaşılması gereken, GÜNDAY’ın deyişiyle

⁴⁷⁷ ATAY, ODABAŞI, a.g.e, s.119.

⁴⁷⁸ “idare hukukunun her sahasının kanunlaştırılmasına imkân olmadığından bütün mesuliyet ihtilaflarının hal şekillerini de kanunlarda aramak doğru olmaz. İdare hukuku sahasında çıkabilecek zarar ve ziyan ve tazminat ihtilaflarında, diğer idari ihtilaflar ve bütün idare hukuku meseleleri gibi, hukukun umumi prensiplerine, hakkaniyet ve nefaset esaslarına dayanan içtihatlarla halledilmesi gerekir.” (ONAR, a.g.e, s. 1690.)

⁴⁷⁹ SARICA, Ragıp, “İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir Mi?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 11, S. 3-4, 1945, s. 3-35, s. 3.

⁴⁸⁰ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 127.

⁴⁸¹ GÖZLER, a.g.e, s. 1113.

“kişiselleştirilebilsin ya da kişiselleştirilemesin”⁴⁸², kamu hizmetini gerçekleştiren kamu görevlilerinin kusurudur. Diğer taraftan, hizmet kusurunun nitelikleri anlatılırken bahsedildiği gibi, hizmetin anonim olma özelliği, sorumluluğun bir tarafına idare tüzel kişiliğini yerleştirirken, kamu görevlisinin kişisel kusurunu kural olarak ilk başta⁴⁸³ hesaba katmamaktadır. Ancak burada sözü geçen kişisel kusura, “hizmetinin dışında olmamak” kaydını da eklemek gerekir. Bu son sözden anlaşılacağı üzere, kamu görevlilerinin bir de hizmet ile bağıını koparmış kişisel kusurları vardır ki bunlar, ileride bahsedileceği üzere, idarenin sorumluluğuna neden olmayan (hizmet kusuru sayılmayan) türden kusurlar olarak kabul edilir.

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun mevcut olduğu durumlarda, idarenin sorumluluğunun tespiti genel olarak şu sorular etrafında araştırılır: Kişisel kusurun hizmetle bağı kopmuş mudur, yoksa kişisel kusur, hizmetin içinde ya da dışında, hizmete ait araç gereçlerin kullanımıyla mı veya kamu görevlisi sıfatıyla mı ortaya çıkmıştır? Bu soruların cevaplarıyla da birbirinden farklı kusur tanımları elde edilir. Bunlar, “idari kusur, hizmet kusuru, hizmetin kusuru, hizmetten ayrılabilen/ ayrılabilen kusur, görev kusuru, görevsel kusur, kişisel kusur, salt kişisel kusur”⁴⁸⁴ gibi tanımlar olmakla birlikte⁴⁸⁵, sorumluluk yüklenen açısından da çeşitli sonuçlar doğar. Sorumluluk kamu personeline ya da doğrudan idareye yüklenebileceği gibi, her ikisinin de sorumluluğu paylaştığı durumlar söz konusu olabilir. Bu nedenle, öncelikle şunu söylemek gerekir ki, günümüzde kabul edilen görüşe göre, idarenin sorumluluğunu belirleyecek olan şey, tek başına kamu görevlisinin kişisel kusurunun olup olmaması değildir. Elbette kişisel kusurun varlığı araştırılmak zorundadır, ancak varlığı tespit edilse dahi, herhangi bir olaya ilişkin olarak, “söz konusu olayda kişisel

⁴⁸² GÜNDAY, a.g.e, s. 369.

⁴⁸³ “İlk başta” deyimini kullandık, çünkü idare sonradan, üstlendiği tazmin borcunu, kişisel kusuru nedeniyle ilgili kamu görevlisine rücu edebilmektedir. (Anayasa, 129/5. madde ve Devlet Memurları Kanunu 13. madde.)

⁴⁸⁴ OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 73-87, s. 74.

⁴⁸⁵ TEKİNSOY, Ayhan, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 71, 2013/1, s. 19-55, s. 27.

kusur vardır ve bu nedenle idarenin sorumluluğuna gidilemez” denilememektedir. Çünkü belirleyici olan, kişisel kusurun kendisinin bir başına varlığı değil, hizmet ile olan ilişkisidir. Bu ilişkinin, sorumluluğun yönünü tayin etmek açısından belirleyici olma karakteri, doktrin ve yargı içtihatları tarafından kabul görünceye kadar, uzunca bir zaman geçmiştir.

Türkiye’de idare hukuku alanında, hizmet kusuru ile kişisel kusur arasındaki ilişki, yeri geldikçe değineceğimiz farklı yanları olsa da, Fransa’daki gibi şekillenmiştir.⁴⁸⁶ Fransa’da önceleri, idare hukukunda, kişisel kusurun kamu görevlilerinin kişisel sorumluluklarını gerektireceği, hizmet kusurunun ise (yine bir kamu görevlisinin kusuru olmakla birlikte) idarenin mali sorumluluğunu gerektireceği yönündeki “geleneksel yaklaşım” tartışmalara yol açmış, iki tip kusuru birbirinden ayıracak kriterlerin varlığı konusunda doktrin ve içtihatlarda bir fikir birliğine varılamamıştır⁴⁸⁷. Fakat Fransa’da, hizmet kusuru ile kişisel kusur

⁴⁸⁶ GÖZLER, a.g.e, s. 1131.

⁴⁸⁷ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 128.

La FERRIERE, ajanın hırs, düşmanlık, kötü niyet gibi ruh hallerinden doğan zararı kişisel kusurla açıklamak bu ajana ödettirmek gerekir demektir. (ESİN, Yüksel, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul, 2.B., Ankara, 1976, s. 109.) “Eğer zarara sebep olan fiil gayri şahsi, hırsları (passions), zaafı (faiblesses) ve ihtiyatsızlıkları (imprudences) ile insanı değil, az çok hataya maruz bir idare adamını ortaya koyuyorsa, fiil idari vasfını muhafaza eder ve incelenmesi adli mahkemelere ait olmaz. Bilakis ajanın kişiliği cebir ve şiddet, zarar verme kast ve niyeti gibi adi hukuk kusurları ile tezahür ediyorsa, bu takdirde kusur fonksiyona değil, fonksiyon[u] icra edenlere isnad edilebilen bir vasıf alır ve bu durumda fiil idari karakterini kaybeder, incelenmesi de adli mahkemelere ait olur” (WALINE, Marcel, Droit Administratif, 8.B., Paris, 1958, s. 656. Nakleden: ÖZDEMİR, a.g.e, s. 130.)

HAURIOU’ya göre, ajanın, kişisel kusuru, kanuna ve hizmet gereklerine uymamak niyeti ve iradesinde aranmalıdır. (HAURIOU, Maurice, Précis de Droit Administratif, 12. B., Paris, 1934, s. 320. (Nakledenler: ESİN, a.g.e, Usul, s. 109. ÖZDEMİR, a.g.e, s. 132.) Eğer fiil ve hareketlerinde kötü niyetli ise kişisel kusur mevcuttur. (ÖZDEMİR, a.g.e, s. 132.)

DUGUIT, ajan görevinin amacı dışına çıkmış ise, kişisel kusur işlemiştir demektir. (ESİN, a.g.e, Usul, s. 109.)

JEZE, kişisel kusurun kriteri olarak ağır kusuru kabul etmektedir. Ağır kusur ona göre, mazeret kabul etmeyecek derecede fahiş bir hata ile karşılaşılan durumlarda ortaya çıkar. (ÖZDEMİR, a.g.e, s. 134.)

arasındaki ayırım, bugün önemini kaybetmiştir diyebiliriz⁴⁸⁸. Çünkü birazdan verilecek olan örneklerde görüleceği gibi, kişisel kusurun yürütülen hizmetin içinde olmasının yanında, hizmetin dışında olması durumlarında dahi, hizmet kusuru bağlantısı ile idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Hizmet kusuru genel, kişisel kusur ise istisna niteliğinde görülmektedir.⁴⁸⁹

Uyuşmazlık Mahkemesinin meşhur “*Pelletier*”⁴⁹⁰ kararından bu yana, kamu görevlilerinin hizmet kusuruna binaen açılan davaların, adliye mahkemelerinde görülemeyeceği, görevli yargı yerinin idari yargı yeri olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹¹ Bu karardan sonra Conseil d’État, kişisel kusurun tek başına kişisel sorumluluğu gerektirmeyeceği, hizmet ile kurulan bağ ölçüsünde, idarenin sorumluluğuna da gidileceğine ilişkin pek çok karar vermiştir. Hatırlanacak olursa 1911 tarihli “*Anguet*” kararında⁴⁹² mahkeme, postane kapısının normalden erken saatte kapatılması ve kapı eşiğinde bozuk bir çıkıntının varlığı nedeniyle hem hizmet kusurunu, hem de fiziksel güç kullanması açısından posta memurlarının kişisel kusurunu kabul etmişti. Bu nedenle istenirse hem posta memurları hem de idare aleyhine dava açılabilirdi yolu ilk kez bu karar ile göstermişti. GÖZLER bu durumda şu soruyu sormaktadır: “Peki ama zarara neden olan tek bir kusur varsa ve o kusur da kamu görevlisinin kişisel kusuru ise, acaba zarar gören kişi, isterse idareye karşı da dava açabilecek midir?”⁴⁹³ 1918 tarihli “*Lemonnier*”⁴⁹⁴ kararına kadar, kamu personelinin kişisel kusurundan dolayı idare aleyhine dava

Ayrıca, ajanın yaşı, öğrenim düzeyi ve mesleki yetişkinliği yönünden böyle bir kusuru işleyip işlemeyeceğinin de incelenmesi gerekir.(ESİN, a.g.e, Usul, s. 109.)

⁴⁸⁸ ÖZDEMİR, a.g.e, s. 127-128.

⁴⁸⁹ GÖZLER, a.g.e, s. 1112; ÖZDEMİR, a.g.e, s. 128.

⁴⁹⁰ T. C, 30.07.1873, “*Pelletier*”, Dalloz, 1874, 3. 5. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 84-85.)

⁴⁹¹ Bkz. SARICA, Ragıp, “Fransa’da Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında Şikâyeti Mucip Fiilin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusurumu Teşkil Ettiğini Takdir İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin *Pelletier* Kararındanberi Şaşmaz İctihadı Ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.13, S. 1, 1947, s. 23-64.

⁴⁹² Bkz., TEZ, s. 39.

⁴⁹³ GÖZLER, a.g.e, s. 1123.

⁴⁹⁴ CE, 26.07.1918, “*Epoux Lemonnier*”, RDCE, 1918, s. 761. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1124.)

açılmayacağı kabul edilmiştir. Sözü geçen kararlar birlikte Conseil d'État, tek bir kusurun söz konusu olduğu ve kusurun kamu görevlisinin kişisel kusuru kabul edildiği olaylarda da, zarar gören kişinin isterse idare aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir⁴⁹⁵. Özetle, “*Anguet*” kararıyla, hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olabileceği ve “kusurların birleşebileceği”⁴⁹⁶; “*Lemonnier*” kararıyla da hizmet kusuru ile kişisel kusurdan kaynaklanan zararların tazmininde kamu görevlisi ve idarenin “sorumluluklarının birleşebileceği”⁴⁹⁷ kabul edilmiştir.⁴⁹⁸

Conseil d'État'nın içtihadı yön veren diğer kararlarına örnek verecek olursak, 1937 tarihli, “*Demoiselle Quesnel*” kararında, posta memurunun kişisel kusuru nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesine hükmederken, kusurun görevin yürütümü sırasında gerçekleşmiş olması gerekçesiyle, devletin sorumluluğunun kendiliğinden doğmuş olduğuna ve zararı tazmin etmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁹⁹. 1954 tarihli “*Bernard*” kararında ise, bir halk balosu ve gösterilerinde görevlendirilen polis memurunun görev yerini terk ederek içki satış bürosuna gittiği ve burada başlayan ağız kavgası sonucunda, soğukkanlılığını kaybederek başka bir müşteriyi silahıyla yaraladığı dava konusu olayda, bu durum her ne kadar hizmetten ayrılabilen bir kişisel kusurmuş gibi görünse de aslında, hizmetle hiç bir ilişkisinin olmadığını söylemenin mümkün olmadığı dile getirilmiştir. Çünkü Conseil d'État'ya göre, polis memuruna verilmiş bir kamu hizmetinin yürütümü görevi vardır, zarar da bu görev dolayısıyla işlenmiştir, bu nedenle hizmetle ilişkiden tümüyle yoksun bırakılamaz⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ GÖZLER, a.g.e, s. 1124.

⁴⁹⁶ A.g.e, 1121-1123.

⁴⁹⁷ A.g.e, 1123- 1125.

⁴⁹⁸ “Birlikte sorumluluk” ya da kısaca “sorumluluk sistemi” olarak adlandırılan bu uygulamada, kamu görevlisi, idare edilenler karşısında neden olduğu zarardan sorumludur, zarara uğrayan kamu görevlisi ya da idare aleyhine tazminat istemiyle dava açabilir.(OZANSOY, “Tarihsel ve Kuramsal Açından”, s. 285.) İleride anlatılacağı gibi, ülkemizde bu sistem yerine “teminat sistemi” kabul edilmiştir.

⁴⁹⁹ CE, 21.04.1937, “*Demoiselle Quesnel*”, Rec., Lebon, s. 413. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 92.)

⁵⁰⁰ CE, 01.10.1954, “*Bernard*”, Dalloz, 1955, s. 167. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 93.) BÉNOIT, bu karara ilişkin notunda, “eğer olaylar, hizmetin yürütümü sırasında veyahut *az veya çok* hizmetin yürütümü dolayısıyla meydana gelmişse, idarenin sorumluluğu zarara uğrayan için son derece elverişli

Kişisel kusurun hizmet ile ilişkisinin ne kadar geniş tutulduğuna ilişkin Conseil d'État'nın bazı başka kararları da vardır. Ancak buradaki kararlara konu olaylar, biraz önce verdiğimiz örneklere göre biraz daha incelik arz eder. Çünkü birazdan aktaracağımız olaylarda kişisel kusur, hizmetin yürütülmesinin tamamen dışında işlenmiş olmakla beraber, hizmete ait araçlarla işlenmiştir. Örneğin, 1949 tarihli, “*Demoiselle Mimeur*” kararına konu olayda, askeri kamyon sürücüsü, hizmet dışında ve kişisel amacı için kamyonu kullandığı sırada bir kazaya sebep olmuştur. Conseil d'État, her ne kadar hizmetin yürütümü dışında kullanılmış olsa da, aracı, kamyon sürücüsüne idarenin emanet ettiğini göz önüne alarak, hizmetin yürütülmesiyle değil, aracıyla ilişki kurmuş ve bu nedenle idarenin tazmin sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir⁵⁰¹. 1973 tarihli “*Sadoudi*” kararında ise Conseil d'État, “*Demoiselle Mimeur*” içtihadını geliştirerek, idare ile idare adına hareket eden görevlilerin sorumluluklarının birleştiği halleri genişleterek ve salt kişisel kusur sayılabilecek bir durumda idareyi tazminata mahkûm etmiştir.⁵⁰² Karara konu olayda, bir polis memuru, görev silahını, çalışma saatleri dışında, kendi evinde kazara ateşlemiş ve bir arkadaşının ölümüne sebep olmuştur⁵⁰³. Burada zarar, her ne kadar hizmetin tamamen dışında meydana gelmiş olsa da, idarenin polis memuruna verdiği ve evine götürmesine müsaade ettiği, hizmete ait bir araç ile ortaya çıkmıştır⁵⁰⁴. Dolayısıyla, eğer polis memuru, kendi özel silahıyla bu fiili gerçekleştirmiş olsaydı idarenin sorumluluğuna hükmedilemeyecekti sonucu çıkarılabilir. Diğer örnek olayda, bir jandarma görevlisi, görevinin dışında ve kendi özel silahıyla cinayetler işler, fakat mahkeme tarafından sorumluluk bu defa idareye bağlanır. 1988 tarihli “*Epoux Raszewski*” kararına konu olan bu olayda, jandarma görevlisi kendi işlediği cinayetlerin soruşturmasında bizzat yer alır. Soruşturma sırasında elde ettiği bilgileri

kurallara göre doğmuş olacaktır. Tersine olaylar, hizmetle ilişkiden *tümüyle* yoksun ise, son derece sınırlı bir rejim uygulanacaktır” demektedir.

⁵⁰¹ CE, 18.11.1949, “*Demoiselle Mimeur*”, Rec., Lebon, s. 492. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 92-93.)

⁵⁰² DURAN, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, **Armağan**, TODAİE- Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 60-120, s. 111, 69. dipnot.

⁵⁰³ CE, Assemblée, 26.10.1973, “*Sadoudi*”, RDCE, 1973, s. 505. (Chapus'den nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1118.)

⁵⁰⁴ GÖZLER, a.g.e, s. 1118.

kullanarak, yine kendi özel silahıyla bir başka kişiyi daha öldürür⁵⁰⁵. Bu olayda soruşturma öncesinde işlenen cinayetlerden dolayı idarenin sorumluluğu kabul edilmezken, soruşturma sırasında yürüttüğü hizmet sayesinde, kendisini son cinayete götüren bilgileri elde ettiği için kusurun hizmetin dışında, fakat hizmetten tamamen kopuk olmadığı sonucuna varılmıştır⁵⁰⁶.

Verilen bu örneklerin ardından ve tam yeri gelmişken belirtmek istiyoruz ki, gerçekten, kamu görevlisinin kişisel kusurunun idareyi bağlamadığı durumlar da mevcuttur. Kamu görevlisinin hizmetten, kurumundan, görevinden, yetkilerinden, resmi kimliklerinden, hizmet araç ve gereçlerinden “kesin bir biçimde ayrılmış”⁵⁰⁷ olan işlem ve eylemleri olarak anılan kişisel kusur, “saf kişisel kusur” olarak adlandırılır ve “*hizmetin tamamıyla dışında* işlenmiş kişisel kusurlar”⁵⁰⁸ dan dolayı idarenin değil, kamu görevlisinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğu ortaya çıkar.⁵⁰⁹ “Çünkü uzaktan veya yakından, doğrudan veya dolaylı olarak, az veya çok kamu faaliyet ve hizmetleri ile ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler, personelin ancak birey ya da vatandaş sıfatıyla hareket ve tasarruflarından ibarettir ve herkes gibi bunların sonuçlarına kendisi katlanır.”⁵¹⁰ Böylece, kamu görevlisi, artık “herhangi bir kimse” olarak görülür⁵¹¹. Daha açık bir ifadeyle, hukuka aykırı işlem veya eylemden dolayı bir zarar meydana gelmiştir, kaynağı da kamu görevlisi olan bir gerçek kişidir. Gerçek kişidir ancak, sadece “herhangi bir kişi”dir. Çünkü zarar, görülen kamu hizmeti ve hizmete ait araçlar ile bütün ilişkisini kesmiştir. Yukarıda söylediğimiz gibi, örneğin, çalışma saatleri dışında, kendi özel silahıyla ateş ederek bir kişinin ölümüne sebep olan polis memurunun bu fiili, tamamen hizmetten ayrılabilen, kişisel ve psikolojik bir mefhumdur. Böyle durumlarda, zarar doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiçbir surette idareye atıf ve isnat edilemeyecek bir mahiyetteyse, yani saf kişisel sorumluluk söz konusuysa, “yegâne aktör yegâne

⁵⁰⁵ CE, 18.11.1988, “*Epoux Raszewski*”, RDCE, 1988, s. 416. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1118.)

⁵⁰⁶ GÖZLER, a.g.e, s. 1118.

⁵⁰⁷ GÜNDAY, a.g.e, s. 374.

⁵⁰⁸ GÖZLER, a.g.e, s. 1127.

⁵⁰⁹ GÜNDAY, a.g.e, s. 374;

⁵¹⁰ DURAN, a.g.e, s. 103.

⁵¹¹ GÜNDAY, a.g.e, s. 374; GÜRAN, a.g.e, s. 55; DÜREN, a.g.e, s. 296.

muhatap, yegâne sorumlu, kamu görevlisi sıfatının en ufak bir rol oynamadığı kamu görevlisinin kendisidir... uygulanacak tek hukuk, Özel Hukuk'un sorumluluk kurallarıdır; görevli tek yargı yeri de Adliye mahkemeleridir.”⁵¹²

Bu konuyla ilgili açıklanması gereken bir mesele daha vardır ki bu da, kişisel kusur denilince akla ilk olarak suç teşkil eden bir fiilin gelmesidir. Oysa her kişisel kusur suç olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kamu personelinin işlediği bir suç da, her halükarda kişisel kusur sayılarak zarardan doğan tazmin sorumluluğu şahsına izafe edilmemektedir. Bazı durumlarda hizmet kusuru olarak görülerek, idarenin sorumluluğuna gidilmektedir. Fransa’da eski mahkeme içtihatlarına göre, bir suç hiçbir zaman bir hizmet kusuru addedilmezdi. Bu suçtan doğan zararların, cezai bakımdan da sorumlu olan ilgili personel tarafından tazmin edilmesi gerektiği prensibi benimsenmişti.⁵¹³ Bu prensibin tam olarak hangi karar ile terk edildiği konusunda, doktrinde tam olarak bir uzlaşım olmasa da⁵¹⁴ “*Lemonnier*”⁵¹⁵, “*Thépaz*”⁵¹⁶, “*Dame Duez*”⁵¹⁷ kararları, başlıca kaynaklar olarak gösterilir. Bu kararlardan çıkan sonuç genel olarak şudur: Bir kamu görevlisinin saf kişisel kusur sayılamayan, yani hizmete ilişkin zayıf bile olsa herhangi bir bağ kurulabildiği kusurlarının, ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi halinde cezai müeyyidelere maruz kalması, aynı zamanda tazmin sorumluluğunu da gerektirmez. Yani idare, kamu görevlisinin suç niteliğindeki kusurlarını göstererek sorumluluktan kurtulamaz. Personelin hizmete tamamen yabancı bir fiili söz konusu olmadıkça, hizmet dolayısıyla işlenen suçun idarenin sorumluluğu açısından bir önemi yoktur. Böylece, fonksiyonun ifası sırasında ve hizmetin icrası münasebetiyle işlenen bir suç,

⁵¹² GÜRAN, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, S. 12/1, Mart, 1979, s. 55-62, s. 56.

⁵¹³ SARICA, “İdare Ajan ve Memurları”, s. 5; ÖZDEMİR, a.g.e, s. 138; GÖZLER, a.g.e, s. 1119.

⁵¹⁴ Bkz. SARICA, a.g.e, s. 11-13.

⁵¹⁵ CE, 26.07.1918, “*Epoux Lemonnier*”, RDCE, 1918, s. 761. (Nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1124.)

⁵¹⁶ TC, 14.01.1930, Consorts Degeith, R, s. 408. (Nakleden: ÖZDEMİR, a.g.e, s. 138.) ; TC, 14.01.1935, *Thépaz*, RDCE, 1935, s. 224. (Long’dan nakleden: GÖZLER, a.g.e, s. 1119.); SARICA, a.g.e, s. 17, 22.

⁵¹⁷ Cour d’appel de Douai, 04.03.1935, “*Dame Duez/Fournier*”, Dalloz, 1936, 2, s. 51. (Nakleden: DELCROS, a.g.e, s. 95; SARICA, a.g.e, s. 27.)

Fransa’da bazı durumlarda, hizmet kusuru içinde yorumlanmış, ilgili kişinin kişisel olarak mali sorumluluğuna gidecek yerde idarenin sorumluluğunu gösterme yoluna gidilmiştir.⁵¹⁸

Tanzimattan bu yana Fransız idari rejimini kendine örnek almış olan Türkiye’de idari faaliyet ve icraatlardan dolayı sorumluluklar, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı uyarınca, idare ve kamu görevlileri arasında paylaştırılmaktaydı. Kamu personelinin mali sorumluluğu konusu, herhangi bir kanunla hiçbir engele uğratılmadan genel hükümlere göre içtihatlar eliyle belirlenmekteydi.⁵¹⁹ Çünkü 1965 yılında yürürlüğe giren Devlet Memurları Kanunu’ndan (DMK) önce mevzuatta, kamu görevlilerine karşı açılacak davalara ilişkin açık bir kural mevcut değildi.⁵²⁰ Bu kanunun 12. maddesiyle getirilen düzenlemeye göre, “*devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadırlar. Görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tabidirler.*”⁵²¹ 12. madde, maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, şimdiye kadar yürürlükte olan esasa büyük bir değişiklik getirmemiştir.⁵²² Devlet memurları ve görevlilerinin, idareye verdikleri zararlardan doğan sorumluluğu konusunda zaten mahkemelerce oluşturulmuş içtihatların kanunlaşmış şeklidir. Esas

⁵¹⁸ SARICA, a.g.e, s. 35.

⁵¹⁹ DURAN, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, s. 61.

⁵²⁰ TEKİNSOY, a.g.e, s. 28.

⁵²¹ Resmi Gazete, No:12056, 23.07.1965. (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12056.pdf>)

DMK’nın 1982 tarihli ve 2670 sayılı kanunla getirilen değişiklikten sonra, 12. maddesi bugün şu şekildedir: “*Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.*

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.”

⁵²² Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 42, Dönem 1, Toplantı 4, Millet Meclisi Sıra S. 977. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf)

değişiklik 13. maddenin getirdiği düzenleme ile ortaya çıkmış, içtihatlarla benimsenen geleneksel görüş bu madde ile tümden değiştirilmiştir.⁵²³

Bu kanunun 13. maddesine göre: “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*”⁵²⁴ Bu madde, zarar gören kişilerin, zararın idarenin hangi personelinden ileri geldiğini tespit edebilsinler veya edemesinler, artık ancak idare aleyhine dava açabileceklerini, ilgili personele yönelemeyeceklerini açıkça ifade etmektedir. Buradan anlaşılıyor ki, Fransa’daki uygulamadan farklı olarak, Türkiye’deki mevzuat uyarınca kural olarak, kusurların birleşmesi halinde, zarar gören kişinin isterse hizmet kusurundan dolayı idare aleyhine, idari yargıda veya isterse kişisel kusurdan dolayı kamu görevlisi aleyhine, adli yargıda dava açma seçeneği yoktur⁵²⁵. Maddenin gerekçesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir:

“12.madde... idare ile memurun birlikte sorumluluğu esasından ayrılmakta ve teminat denen bir sisteme gitmektedir... Üstelik Türkiye’de Fransa’da mevcudolan bir koruma yolunun bulunmaması, memuru daha da güç mevkide bırakmaktadır. Adli mercilerde memur aleyhine tazminat davası açılan hallerde, Fransa’da olduğu gibi, idarenin Uyuşmazlık Mahkemesi nezdinde

⁵²³ DURAN, a.g.e, s. 62.

⁵²⁴ Resmi Gazete, No:12056, 23.07.1965. (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12056.pdf>)

DMK’nın, 1990 tarihli ve 3657 sayılı kanunla getirilen değişiklikten sonra, 13. maddesinin 1. fıkrası, bugün şu şekildedir: “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” Ancak, “3657 sayılı kanunla eklenen cümle, düzenlemenin mantığına aykırı bir yenilik getirmemiştir.” (TEKİNSOY, a.g.e, s. 28.)

⁵²⁵ GÖZLER, a.g.e, s. 1138; DURAN, a.g.e, s. 68.

*itirazda bulunabilmesi ve memurun bu yolla korunabilmesi zaman zaman istenmiştir. Madde, bu konudaki tenkidlere köklü bir çözüm getirmektedir.*⁵²⁶

Diğer taraftan, kamu hukukuna tabi görevleri yerine getiren personele karşı adli yargıda tazminat davası açılmamakla birlikte, idarenin “rücu” hakkı saklıdır. Yani ilgili kurum zarar gören kişiye tazminat ödedikten sonra, personele rücu edebilecektir. Öncelikle neden idarenin mali sorumluluğuna gidildiği sorusuna da, maddenin gerekçesinde sözü geçen “teminat sistemi” ile cevap verilmektedir⁵²⁷. Bu sistem olma özelliğini, gerekçe, iki bakımdan ele almıştır. Bunlardan ilki idare edilenler lehine teminattır.

*“ ... idare edilenler kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla, kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür.”*⁵²⁸

Teminat sisteminin koruduğu diğer taraf ise kamu personelidir. Bu düzenlemeyle

“daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşmayacaklardır.

⁵²⁶ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 42, Dönem 1, Toplantı 4, Millet Meclisi Sıra S. 977. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf)

⁵²⁷ Gerekçede, bu sistemin Alman sisteminden ilham alındığı dile getirilmektedir. DURAN ise gerekçeyi yazarların BALTA'nın derslerinde açıkladığı “yasal teminat sistemi”nden etkilendiklerini, fakat bu sistemin Alman sisteminden çok İsviçre sistemine benzediğini söyler. (Detaylı değerlendirmeler için bkz, DURAN, a.g.e, s. 73-76) OZANSOY, getirilen “teminat sistemi” nin, kendinden önce uygulanma imkânı bulan “birlikte sorumluluk” sistemine son vermeyi ve “yasal güvence sistemi” ne yönelmeyi amaçladığını belirtmektedir. (OZANSOY, “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan”, s. 285- 286.)

⁵²⁸ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 42, Dönem 1, Toplantı 4, Millet Meclisi Sıra S. 977. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf)

Ancak daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu madde ile memur mütemediyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğranmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir.”⁵²⁹

DMK'nın 13. maddesi, 1982 Anayasasının kabulünden sonra 40/3. madde⁵³⁰ ve 129/5. maddelerinin, kendisini destekler nitelikte yazılmasıyla anayasal dayanaklara da kavuşmuştur. Anayasanın 40/3. maddesi “*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*” demekte, 129/5. maddesi de “*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*” açılabilceğini kurala bağlamaktadır.

Böylece, DMK ile birlikte, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımına dayanan geleneksel yaklaşım etkisini kaybetmiş, idarenin sorumluluğu, kişisel sorumluluk lehine bir genişleme göstermiştir⁵³¹. Geleneksel ayırımın tamamen ortadan kalktığını ise kolayca söyleyememekteyiz, bu nedenle etkisini kaybetmiştir demeyi tercih ettik. Çünkü DMK'nın 13. maddesinin getirdiği yeni rejim, doktrinde ve yargı kararlarında uzun süre tartışmalara yol açmıştır.

A. DOKTRİNDE KİŞİSEL KUSUR - HİZMET KUSURU AYRIMI

Doktrinde, özellikle DURAN'ın DMK'nın 13. maddesi bağlamında ortaya koyduğu ve geliştirdiği “görev kusuru” (görevsel kusur) kavramı, yargı yerlerince

⁵²⁹ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 42, Dönem 1, Toplantı 4, Millet Meclisi Sıra S. 977. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf)

⁵³⁰ 2001 tarihli, 4709 tarihli kanunla maddeye eklenen ikinci fıkradan önce, şimdiki 40/3. fıkra, ikinci sırada yer almakta ve 40/2 olarak referans verilmekteydi.

⁵³¹ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e, s. 303.

oldukça tutulmuştur⁵³². DURAN, görev kusurunu şöyle tanımlamaktadır: “Personelin ‘görev kusuru’, geniş anlamda ‘kişisel kusur’ sayılabilirse de; aslında ‘hizmet kusuru’ niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel bir kusurdur... personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır... personelin hizmet dışında işlenen ve fakat görevden tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen veya engelleyen en hafif ve gevşek bir bağ ile hizmete ilişkili bulunan eylem ve kusurları dahi; ‘görev kusuru’ olarak idari sorumluluğu gerektiren hizmet kusuru sayılmaktadır.”⁵³³ Daha önce, kamu görevlerinin yerine getirilmesinden doğan kimi zararlar, belirli bir veya birkaç personelin işlem ve eyleminden ileri geldiği hallerde neden ve etken, idare ile personeldeyse, kişi ister idare ister personel aleyhine dava açabiliyordu ancak, idare aleyhine dava açması daha uygun bulunmaktaydı. Neden ve etken sadece personelde olduğunda ise, idare dava edilemez, adli yargıda personel dava edilirdi. DMK’nın 13. maddesi ile kamu görevlileri lehine tam bir yargı bağımsızlığı sağlanmıştır. Dolayısıyla artık, görev içindeyse veya sırasındaysa, göreve bağlanamayan davranışları bile kendilerine karşı dava açılmasına yetmez.⁵³⁴ Bu maddeye göre idare, tazminat ödedikten sonra genel hükümler uyarınca zarara yol açan personele dönebilecektir.

Diğer taraftan DMK’nın “rücu hakkı saklıdır” ifadesi, DURAN’a göre kamu görevlisine dönüp dönmeme konusunda idareye takdir yetkisi tanımıştır. Kanunun gerekçesinden yararlanarak, “ağır kusur” varsa döner diyebiliriz, fakat böyle bir zorunluluğu yoktur. Mahkemeler gerekçedeki temenni ile bağlı değildir. Bu nedenle konunun içtihatlarla bırakılmak yerine kanunla daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir.⁵³⁵

DÜREN’e göre, hizmet kusuru yargı kararlarının yarattığı bir kusur çeşidi olmasına karşın, “görevsel kusur” DMK’nın ürünüdür. Görevsel kusurdan söz edebilmek için ise, “mevzuatın kamu görevlisine yüklediği bir ‘kamusal görevin’,

⁵³² OZANSOY, a.g.e, s. 281; TEKİNSOY, a.g.e, s. 28.

⁵³³ DURAN, a.g.e, s. 110.

⁵³⁴ A.g.e, s. 67-69.

⁵³⁵ A.g.e, s. 71-72.

tanıldığı bir ‘devlet yetkisinin’, verdiği bir ‘araç-gereç’in bulunması” gerekir.⁵³⁶ Ayrıca DÜREN, görevin yerine getirildiği sırada ve görev vesilesiyle ortaya çıkan kusurlar arasında bir ayırım yapar, ona göre ilk durumda, görevsel kusur ve idarenin sorumluluğu, ikinci durumda ise kişisel kusur ve kişinin kendi sorumluluğu ortaya çıkar.

ÖZYÖRÜK, idare hukukunda memurun “idareye atıf ve izafesi mümkün olmayan” kararlarına ve hareketlerine, görev vasfı vermenin mümkün olmadığını, bu tip karar ve fiillerin şahsi kusur oluşturarak memurun üzerine kalması gerektiğini düşünmektedir. Ona göre “böylece, memurun görevi ile hiçbir türlü bağlantısı olmayacak kararlardan ve fiillerden dolayı bir üçüncü şahıs zarar görürse, bunu idareden değil, memurun kendisinden sorması, zararların giderilmesini ondan istemesi icabeder.”⁵³⁷ DMK’nın 13. maddesi memurun kişisel sorumluluk alanını daraltmakla birlikte tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bir vatandaşı döven polis memuru, bu fiilinden kendisi sorumludur ve hiçbir şekilde idarenin kusurundan söz edilemeyeceği gibi sorumluluğundan da söz edilemez.⁵³⁸

ESİN, kamu personelinin, hizmete ve idare tüzel kişiliğine mal edilemeyecek derecedeki bir kusurundan doğan zararların, kendisinin kişisel sorumluluğunu doğuracağını; eğer kamu personelinin bu derecede veya hiç kusuru olmaksızın, hizmetin kendi kuruluş ve işleyişinden bir zarar doğmuşsa da, idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunun söz konusu olacağını söyler⁵³⁹. DMK’nın 13. maddesinin öngördüğü kusur hali ise, DURAN’ın ifade ettiği görev kusurunun kendisidir.⁵⁴⁰ O halde, “personelin yürüttüğü görevle hiçbir ilgi ve ilişkisi bulunmayan, görevden ve hizmetten ayrılabilen, soyutlanabilen kusurlu tutum ve davranışlar maddenin kapsamı dışında yer almaktadır. İşte konumuz olan ve kişisel kusur denilen kusur türü de bu alanda karşımıza çıkar”, yani görevle ilgili olmayan kusur alanında. ESİN’e göre, görev sırasında veya görev dolayısıyla işlenen kişisel kusur, görevin

⁵³⁶ DÜREN, a.g.e, s. 295.

⁵³⁷ ÖZYÖRÜK, a.g.e, s. 124.

⁵³⁸ ÖZYÖRÜK, a.g.e, s. 125.

⁵³⁹ ESİN, “Usul”, s. 112.

⁵⁴⁰ A.g.e, s. 113.

nitelikleri, koşulları ve amacına o denli yabancıdır ki, nereden bakılırsa bakılınsın görevle ilgili bir kusur sayılmaz. DMK'nın 13. maddesi, böyle kusurları da kapsamı dışında bırakır. Kişisel kusur sayılırlar, ancak idarenin sorumluluğuna sebep olmazlar⁵⁴¹. Dolayısıyla DMK, aslında öteden beri olan kuralı bozmamıştır.⁵⁴²

OZANSOY'a göre, "memurlarca yerine getirilen ve zarara neden olan "görev"ün kime karşı olduğu da ortaya konulmalıdır. Bireyler yetki ve görev kullanımıyla, ancak memurlar aracılığıyla karşılaşırlar; ama gerçekten memur ile birey arasında bir hukuki ilişki yoktur ve dolayısıyla "taraf" da değildir. Gerek memur, gerek birey açısından taraf, "devlet"tir ve yalnızca onunla hukuki ilişki içindedirler. Dolayısıyla, memur aracılığıyla "görev" olarak yerine getirilen edimler, memurun bireye karşı değil, fakat, devletin bireye karşı hukuki yükümlerini gösterir."⁵⁴³ OZANSOY, görev kusurunu şöyle tanımlar: "Görev kusuru, somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin 'kendi davranışı' sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin 'kendi sorumluluğunu' doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı, 'göreve ve idareye' ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir."⁵⁴⁴ DÜREN'in de görüşlerinin dayandığı görev vesilesiyle yapılan davranışların, görevlinin kişisel sorumluluğunu doğuran ve idarilik niteliğini yitiren davranışlar olacağı iddiası, OZANSOY'a göre Alman uygulamasında kullanılan bir ölçüt olmakla beraber, anlamının ötesine taşınmıştır. "Vesile olması", davranışın, idarilik niteliğini ortadan kaldıracak bir güce sahip olduğu anlamına gelmez. Belirleyici olacak olan şey, görevlinin davranışının ne ölçüde kamusal faaliyet alanı içinde yer aldığı saptanması ve bu alana ait sayılmasıdır.⁵⁴⁵

OZANSOY, DMK'nın 13. maddesi ile ilgili olarak gündeme gelen bir sorundan bahsetmektedir. Bu sorun, hukuki rejim kapsamında, Anayasanın 129/5. maddesindeki "yetkilerini kullanırken" ifadesi ile DMK'daki "kamu hukukuna tabi

⁵⁴¹ A.g.e, s. 114.

⁵⁴² A.g.e, s. 116.

⁵⁴³ OZANSOY, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 3-4.

⁵⁴⁴ A.g.e, s. 285.

⁵⁴⁵ A.g.e, s. 310-311.

görevlerle ilgili uğranılan zararlar” ifadesinin, Anayasanın 125. maddesindeki “idarenin her türlü işlem ve eylemleri” ifadesiyle örtüşüp örtüşmediğidir. DURAN, “yetki” kavramının sadece “kamusal yetki” anlamında ve ancak “kamu hukukuna tabi görevlerde” kullanılabilir bir yetki olarak anlaşılması gerektiğini, her türlü görev ve hizmeti kapsadığını söylerken, OZANSOY, Anayasanın ifadesinden böyle bir sonuç çıkmadığını, sadece “yetki” kavramının kullanılmış olmasının bilinçli bir tercihten ileri geldiğini düşünmektedir.⁵⁴⁶ Böylece, eğer sadece, “kamusal yetki”den ve “kamu hukukuna tabi görevlerden” söz ediliyorsa, idarenin özel hukuk alanındaki bir görev ifasından doğan zararlar, idarenin sorumluluk alanının dışında kalabilir, gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Yargı kararlarına uymayan personel konusunda ise, personel aleyhine dava açılabilirliğini öngören İYUK’un 28/4. maddesinin, Anayasaya istisna getirme yeteneğine sahip olmadığı gibi Anayasanın geçici 15. maddesi dolayısıyla kaldırılmıyor oluşunun da, bu madde hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu düşünmemizi engellemeyeceği görüşündedir.⁵⁴⁷

GÖZLER, kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden dolayı kamu görevlisine karşı, özel hukuk hükümlerine dayanılarak adliye mahkemelerinde dava açılmayacağını, idari yargı organlarında, idareye karşı tam yargı davası açılabilirliğini kabul eder.⁵⁴⁸ DMK’nın 13. maddesi ile Anayasanın 129/5. maddesi birlikte düşünüldüğünde ise, o da OZANSOY gibi, bahsi geçen hükümlerin lafzından çıkarılabilecek bir ayrıma dikkat çeker. Ona göre, 129. maddede geçen “yetkilerinin kullanırken” ifadesi ile DMK’da geçen “kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğranılan zararlar” ifadesi, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından dolayı idarenin sorumluluğunu doğmasına dayanak oluşturur ve burada hiçbir soru işareti bulunmamaktadır. Ancak bu ifadelerin tersi düşünüldüğünde, yani, “yetkilerinin kullanımıyla ilgisi olmayanlar” ve “kamu

⁵⁴⁶ A.g.e, s. 301-302.

⁵⁴⁷ A.g.e, s. 336.

Nitekim, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunla bu maddenin son fıkrası; 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı kanunla da maddenin tamamı yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁴⁸ GÖZLER; a.g.e, s. 1132.

hukukuna tabi görevlerle ilgisiz olarak uğranılan zararlar” söz konusuysa, memur aleyhine adli yargıda tazminat davası açılmasının önünden mevzuat açısından hiçbir engel yoktur.⁵⁴⁹ Ancak, ona göre, ikinci durumda bile zarar gören açısından seçme hakkı bulunmalıdır. Yani zarar gören kişinin zararının kamu görevlisi tarafından ödenmesi meşru olduğu gibi, ödeme kabiliyeti açısından idareye de dava açması makuldür.⁵⁵⁰

GÖZÜBÜYÜK, hizmet kusuru ile kişisel kusur arasındaki ayrımın büyük ölçüde önemini kaybettiğini, hizmet kusurunun alanını genişlediği görüşünü savunmaktadır. Ona göre DMK’daki düzenleme, Danıştay içtihatları ve 129. madde ile somutlaşan Anayasal kural, bu ayrımın azalmasında etkili olmuştur. Ancak ona göre, “gerek Anayasa, gerek Devlet Memurları Kanunu ile getirilen düzenlemeler, kişisel kusuru ortadan kaldırmamakta, kural olarak, kişisel kusur dolayısıyla da davanın, hizmet kusurunda olduğu gibi yönetime karşı, yönetsel yargı yerinde açılması gerektiğini göstermektedir. Bu düzenleme, kamu görevlisinin kişisel kusurunu, hizmet kusuruna dönüştürmemektedir.”⁵⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, hizmetle bağlantısı olmayan kusurlardan dolayı idarenin sorumluluğunun doğmayacağı konusunda kuşku bulunmadığını söylemekle birlikte, şunu da ekler ki, Anayasanın getirdiği düzenleme, suç niteliğindeki kişisel kusurlardan dolayı kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılmasının önünde engel değildir.⁵⁵²

GÜNDAY, kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışlarının yanı sıra, hizmet içinde ve hatta hizmet ile ilişkili bazı kusurlu

⁵⁴⁹ A.g.e, s. 1139-1144.

⁵⁵⁰ A.g.e, s. 1148-1149.

⁵⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e, s. 305.

⁵⁵² A.g.e, s. 306.

Biz de belirtmek isteriz ki, GÖZÜBÜYÜK, kamu görevlisinin suç niteliği taşıyan kusurlarından dolayı, kendisi aleyhine adli yargıda tazminat dava açılması gerektiğini destekleyen yargı kararı örneklerini, oldukça eski tarihlerden seçmiştir. Bu kararlar: Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 05.03.1966, E. 1965/64, K. 1966/1; Danıştay 12. Daire, T. 21.06.1967, E. 1966/557, K. 1967/1124; Danıştay 12. Daire, T. 24.04.1968, E. 1968/777, K. 1968/925; Danıştay 12. Daire, 29.05.1971, E. 1969/3513, K. 1971/1401. (Bkz, a.g.e, s. 306-308.) Ancak ileride gösterileceği üzere Danıştay, bu içtihadını terk etmiş, aksi yönde pek çok karar vermiş, vermektedir.

davranışlarının kişisel kusur olarak kabul edildiğini söyler. Ona göre, kamu görevlilerinin görevleri ve resmi sıfatlarından kesin bir biçimde ayrılan kusurlu davranışları idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı gibi, aksi koşullar idarenin sorumluluğuna yol açar.⁵⁵³ DMK'nın 13. maddesi, öngördüğü sistemi “teminat sistemi” olarak adlandırmaktadır. “Gerçekten bu sistem ile, idare edilenler için bir güvence getirilmek ve idare edilenlerin zararlarının tez elden ödenmesi sağlanmak istenmiştir. Ancak anılan yasa hükmüne rağmen, uygulamada kamu görevlilerinin hizmet içinde ve fakat kişisel kusurları ile kişilere verdikleri zararlar nedeniyle, kamu görevlilerine karşı da haksız fiil esaslarına göre dava açılabilmesi kabul edilmiştir.”⁵⁵⁴ GÜNDAY'a göre kamu görevlilerine karşı, hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışları sonucu verdikleri zararlardan dolayı dava açılmaz, ancak bunun tek bir istisnası vardır ki o da, İYUK'un 28/4. maddesidir. Bu madde ise Anayasanın 129/5. maddesine aykırıdır.⁵⁵⁵

AKYILMAZ'a göre, bugün hala hizmet kusuru ve kişisel kusur arasındaki ayırım net olarak ortaya koyulabilmiş değildir. Görev kusuru ve salt kişisel kusur gibi kavramlar ise bu durumu daha da bulanıklaştırmaktadır. Kusur sorumluluğu denildiğinde asıl olarak hizmet kusurunun ve idarenin sorumluluğunun anlaşılması gerektiğini, kişisel kusurun ise yalnızca rücuyla ilgili konularda dikkate alınması gereken bir şey olduğunu düşünmektedir.⁵⁵⁶

B. YARGI KARARLARINDA KİŞİSEL KUSUR - HİZMET KUSURU AYRIMI

Yargı kararları açısından ise, özellikle DMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki tarihlerdeki kararlara bakıldığında⁵⁵⁷ Danıştay'ın önceleri geleneksel

⁵⁵³ GÜNDAY, a.g.e, s. 376.

⁵⁵⁴ A.g.e, s. 377.

⁵⁵⁵ A.g.e, s. 377-378. GÜNDAY'ın andığı bu İYUK maddesi, 21.02.2014 tarihli, 6526 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. Bu konuya ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

⁵⁵⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 537-549, s. 538-539.

⁵⁵⁷ Danıştay 12. Daire, T. 1706.1968, E. 1966/1229, K. 1968/1400; Danıştay 12. Daire, T. 30.11.1968, E. 1968/2722, K. 1968/2272; Danıştay 12. Daire, T. 28.10.1971, E. 1969/2245, K. 1971/2418;

yaklaşımını sürdürdüğünü ifade eden DURAN, 1968 ve 1972 tarihlerinde verilen iki kararla birlikte⁵⁵⁸, bu yaklaşımın tamamen terk edilmediğini, ancak aşılmaya başlandığını dile getirmektedir. Bahsi geçen kararlarda nihayet DMK dikkate alınmıştır alınmasına ve idarenin sorumluluğuna da hükmedilmiştir, ama kusur, hizmet kusuru olarak değerlendirilmemiş, idare, kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminata mahkûm edilmiştir. Danıştay'ın bu görüşünün değiştiğini hemen burada belirtmekle birlikte, bugünkü uygulamasına gelmeden önce, Yargıtayca benimsenen görüşe yer vermek istiyoruz. Çünkü AKYILMAZ'ın da belirttiği gibi, "hizmet kusuru" veya "kişisel kusur" ile ilgili bir tarama yapıldığında, oldukça fazla Yargıtay kararı ile karşılaşmaktayız⁵⁵⁹ ve bu durum ister istemez bizi, bu kararları da incelemeye mecbur kılmaktadır.

Yargıtay, DMK'nın 13. maddesinin, personelin kişisel sorumluluğu konusunda değişiklik yapmadığı içtihadını bir süre sürdürmüştür. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM'in), 3. Dairesinin görevini "*Askeri hizmetin ifası dolayısıyla, askeri görevin kural ve gereklerine uyulmadığı iddia edilerek üçüncü şahıslar tarafından asker kişiler aleyhine şahsi kusur isnadı ile açılacak tam yargı davalarına*" bu daire bakar şeklinde düzenleyen, 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 24. maddesi⁵⁶⁰, 1974 tarihinde, Yargıtayca önüne gelen dava dolayısıyla, itirazın Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Yargıtay başvuru gerekçesinde özel hukuk gerçek kişilerine karşı idare mahkemelerinde tam yargı davası açılmayacağını ifade etmiştir. Asker ve sivil kişilerin kişisel kusurdan kaynaklanan kişisel sorumlulukları nedeniyle açılacak tazminat davalarının, görevli yargı yeri bakımından ikilik

Danıştay 12. Daire, T. 04.04.1972, E. 1970/2007, K. 1972/1037. (Nakleden: DURAN, a.g.e, s. 77-79.)

⁵⁵⁸ Danıştay, 12. Daire, T. 02.10.1968, E. 1967/274, K. 1968/1811; Danıştay 12. Daire, 05.04.1972, E. 1970/5497, K. 1972/104. (Nakleden: DURAN, a.g.e, s. 78.)

⁵⁵⁹ AKYILMAZ, ilgi çekici bulduğu bu durumla ilgili şunları söylemektedir: "Aslında Türkiye'de adli yargı idari yargı ayrımı yapılmış. Bunun Anayasal temelleri var. İdari yargı niye ortaya konulmuş, bir ihtisas mahkemesi, ihtisas yargısı olarak ortaya konulmuş. Aslında idarenin sorumluluğuyla ilgili, idari işlemle ilgili kararlar verecek olan yargı yeri idari yargı yeri. Ama ilginçtir bizde idarenin sorumluluğu konusunda nerdeyse otorite olmuş Yargıtay." (AKYILMAZ, a.g.e, s. 538.)

⁵⁶⁰ R.G, 20.07.1972, 14251.

yaratacağından hareketle de, ilgili düzenlemenin hak arama hakkı ve özgürlüğü açısından eşitsizlik yaratacağından, Anayasaya aykırı olduğunu düşünmektedir⁵⁶¹.

Anayasa Mahkemesi, bu dava dolayısıyla, DMK'nın 13. maddesini de tartıştığı kararında özetle şu sonuçlara varmıştır: “*Personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılamaz*”⁵⁶². Anayasa Mahkemesi ayrıca, kişisel kusurun (salt kişisel kusur hariç) yalnızca görev dolayısıyla ortaya çıktığını belirtmekte, “*bilerek yani kasten*” ve “*ağır kusur*” teşkil eden, “*açık seçik şekilde hukuka aykırı*” fiilleri de, ilgili personelin kişisel sorumluluğu sonucunu doğuracak kişisel kusurları kategorisi içine dâhil etmektedir. DMK 13. madde, “*personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerine Adliye Mahkemelerinde açılacak tazminat davalarını önleyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılabilir.*” Görevden ayrılabilen kişisel kusur, hem salt kişisel kusur hem de yukarıda belirtildiği gibi görev dolayısıyla olsa da kasıtlı, ağır ve açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerdir. Dolayısıyla, DMK da engel olmadığı için, bu tür davranışlardan ötürü ilgili personelin kişisel sorumluluğu doğar.⁵⁶³

⁵⁶¹ Anayasa Mahkemesi, T. 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, Resmi Gazete, No: 15254, 03.06.1975. (Nakleden: TEKİNSOY, a.g.e, s. 34.)

⁵⁶² Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü, bundan sonraki Yargıtay kararları üzerinde oldukça etkili olmuştur. Personelin hukuka aykırı kişisel eylem ve davranışlarının idari işlem ve eylem sayılamaması, kanımızca, devletin hukuka aykırı davranamayacağı önkabulüne dayanmaktadır. OZANSOY'a göre devlet ile memuru arasındaki ilişkiyi bir vekâlet ilişkisi olarak gören bu tür bir yaklaşıma göre, devletin hukuka aykırı davranma ehliyeti yoktur. Memura da böyle bir yetenek verilmemiştir. Bu vekâlet aşılmışsa devlet taraf olmaz, tek sorumlu memurdur. (OZANSOY, “Türkiye İdaresinin”, s. 85-86.)

Diğer taraftan, devletin soyut bir varlık olduğu ve kamu hizmetlerini gerçek kişiler eliyle gördüğü düşünüldüğünde, kendi başına bir davranışta bulunamayacağından, sonuç olarak her eylem ve işlem devlet adına hareket eden görevlilerden kaynaklanmaktadır. TEKİNSOY'a göre böylece, bütün kusurlar kişisel kusur biçiminde tezahür eder, öyleyse de hiçbir hukuka aykırı idari işlem ve eylem idari yargıda dava konusu edilemez gibi bir sonucuna varılır. (TEKİNSOY, a.g.e, s. 37.)

⁵⁶³ TEKİNSOY, Anayasa Mahkemesi'nin DURAN'ın makalesinden alıntılarla konuyu tartışıp karara bağladığını tespit etmiştir. Makalesinde, kararın DURAN'dan alıntılanan yerlerini işaretleyerek göstermiştir. (Bkz. A.g.e, s. 33-37.)

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra Yargıtay'ın 1979 tarihli, İçtihadı Birleştirme Kararında, idari yargı kararlarının uygulanmamasıyla ortaya çıkan kusuru sanki “özel ve istisnai”⁵⁶⁴ bir kusur olarak görülmüş, DMK hükmü hiç değerlendirilme konusu yapılmaksızın, bu istisnai kusurun kişisel kusur sayılacağından bahisle, kişisel sorumluluğun doğacağını kabul etmiştir⁵⁶⁵.

1982 Anayasasının kabulünden sonra 40/3., 129/5. ve 138/4. maddeleri, Yargıtay'ın görüşünü etkilemiştir. Nitekim 1983 tarihli Yargıtay Genel Kurulu kararında, 1979 tarihli kararında belirttiği, bakanların ve diğer kamu görevlilerinin yargı kararlarına uymamasından kaynaklanan kusurun, kişisel sorumluluk doğuracağı yönündeki içtihattan vazgeçilmemiştir. Ancak OZANSOY'un, kararın içinden seçtiği şu sözlerden sonra yaptığı çıkarım dikkate değerdir:

"T.C. Anayasası zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla buna bağlı hukuki sorumluluğu hiç bir zaman ortadan kaldırmamış, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Açılan davalar zarar görenlere hiçbir ciddi külfet yüklemeyen ve *sadece hasım değiştirmek suretiyle* merciinde idareye karşı devam ettirilecek ve sonuçlandırılacaktır."⁵⁶⁶

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 1985 tarihinde verdiği başka bir kararda da,

“657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ve Anayasanın 129. maddesinde getirilen hükümlerle, memurun sorumluluğu kaldırılmamış; kamu görevlisi olan memurun, tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu *diğer sorumlu olan Devlet'e kanalize edilmiştir.*”⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ A.g.e, s. 38.

⁵⁶⁵ Yargıtay İBGK, T. 22.10.1979, E. 1978/7, K. 1979/2, R.G, 29.11.1979, 16824. (Nakleden: A.g.e, s. 37-38.)

⁵⁶⁶ Yargıtay HGK, T. 14.09.1983, E. 1980/4-1714, K. 1983/803. (Nakleden: OZANSOY, “Türkiye İdaresinin”, s. 75; DURAN, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, s. 16.)

⁵⁶⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 14.11.1985, E. 1985/7369, K. 1985/9399, YDK, C. 12, S. 4, Nisan 1986, s. 509-513. (Nakleden: OZANSOY, a.g.e, s. 76.) Bu kararda yer alan bir başka ifade ise şöyledir. “Devlet memurlarının görev ve yetkilerini kullanırken kişilere verdikleri zararlarda idarenin

ifadeleri yer almıştır. OZANSOY'a göre kararlara dair dikkat edilmesi gereken şey, Yargıtay'ın yukarıdaki sonuçlara ulaşırken, 1982 Anayasasının 129. ve 40. maddelerini, DMK'nın 13. maddesini teyit eder nitelikte olarak değerlendirmesidir. Dolayısıyla bu kararlar ilginçtir, çünkü 1982 Anayasası öncesinde, Yargıtay DMK'yı, kamu görevlilerine açılacak tazminat davalarını engeller nitelikte görmezken; 1982 Anayasasından sonra, kamu görevlilerin sorumluluğunun devlete kanalize edildiğinin ve hasımın idare olarak değiştirildiğinin gerekçesini temellendirirken de yine DMK'yı öne sürmüştür.⁵⁶⁸ Böylece, “tümüyle farklı sonuçlara ulaşan iki içtihat biçimine, aynı hüküm (DMK m. 13) pek kolay gerekçe yapılabilmektedir.”⁵⁶⁹

hizmet kusuru ile memurun şahsi kusuru birlikte bulunabilir. Bu gibi durumlarda, zarar görenin memur aleyhine tazminat davası (görev ve yetki ile bağdaşmayan örneğin adam dövme - yargı kararlarını yerine getirmeme gibi - özel durumlar hariç) açma olanağı bulunmamaktadır (657 s.K. m. 13; Anayasa m. 129). Ancak Devlet, zarar görene ödemek zorunda kaldığı tazminat için, memura şahsi kusurundan dolayı rücu edebilecektir.” Buradan anlaşılan o ki, adam dövme ve yargı kararlarını yerine getirmeme gibi özel durumlar, anayasa ve yasa ile sağlanan güvence içinde değerlendirilmemekte ve ilgili personel adli yargıda dava edilebileceği düşünülmektedir.

⁵⁶⁸ İdarenin veya devletin kendine ait olmayan, yani bir başkasının, kamu görevlisinin sorumluluğunu üstlendiği veya sorumluluğun kendisine kanalize edildiği hakkındaki düşünceler OZANSOY'a göre esas olarak, DMK'nın 13. maddesinin gerekçesinde yer alan “Alman siteminden ilham alındığı” ifadesinden cesaret bulmaktadır. Ancak bu yönde bir düşünce geliştirme girişimi Türk kamusal sorumluluk sistemi ile bağdaşmamaktadır. Alman sistemindeki kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğundan kaynaklanan sorumluluğu, birincil ancak üstlenilmiş, dolaylı bir sorumluluktur, fakat Türkiye’de bu sorumluluk asli bir sorumluluk sayılmaktadır. Anayasanın 125. maddesi bunu söyler. Almanya’da bile “*amtshaftung*” kavramını terk edilmek istenirken, Türkiye’de buna öykünülmesini anlamak güçtür. (OZANSOY, a.g.e, s. 82-83.) “*Amtshaftung*” kavramı ve uygulaması ile ilgili detaylı inceleme için bkz. OZANSOY, “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan”, s. 292-295; AZRAK, A. Ülkü, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 2, 1962, s. 367-381; GÜRSOY, K. Tahir, “**İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 71-135, 79-82.

⁵⁶⁹ OZANSOY, “Türkiye İdaresinin”, s.76-77.

Son olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014 tarihli bir kararına yer vermek istiyoruz. Davaya konu olayda, Kütahya İl Emniyet Müdürlüğünde görev yapmakta olan, il emniyet müdür yardımcısının, aynı yerde çalışan bir kadın polis memuruna kızarak “şıllık, şıllıklık yapma” diyerek hakaret ettiği ileri sürülmektedir. Kadın polis memuru, manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Asliye hukuk mahkemesinde açılan davaya temyizden Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bakmış ve mahkeme kararını bozmuş, mahkemenin direnme kararıyla ise dava, Genel Kurul'a taşınmış ve karara bağlanmıştır. Kararda:

“Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kamu görevlileri hakkında kasıt ve kusurlarından ötürü haklarında tazminat davası açılıp açılmayacağı, buradan varılacak sonuca göre de somut olayda davanın pasif husumet yokluğundan reddinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Öncelikle konuyla ilgili yasal düzenlemeler ortaya konularak somut olayda davalının eyleminin *görevden ayrılabilir salt kişisel kusur mu, yoksa görev kusuru mu oluşturduğu* irdelenmeli, husumet ehliyeti de buna göre ele alınmalıdır.”

denilerek, Anayasanın 129/5. maddesi ve DMK'nın 13. maddesi bir arada düşünüldüğünde, her ikisinin de aynı doğrultuda olduğu,

“personelin kişisel eylem ve davranışlarının idari eylem ve işlem sayılmayacağı”,

“memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkarak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemeyeceği ve gibi hallerin 657 sayılı Kanunu'nun 13.maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmadığı”

yönündeki bilindik içtihadı tekrarlanmış, il emniyet müdür yardımcısının hakaret içeren davranışları ise hizmet kusuru olarak görülmemiş, saf kişisel kusur olarak kabul edilerek davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁵⁷⁰ Biz burada, yer vereceğimiz bu karara yazılan, karşı oy yazısının, Yargıtay'ı bir dönüşüme davet etmesi açısından dikkate değer olduğunu

⁵⁷⁰ Yargıtay HGK, T. 21.5.2014, E. 2013/4-1601, K. 2014/681.

düşünmekteyiz. Bu nedenle, ilgili yazının önemli görülen yerlerini aşağıda aktarıyoruz.

“T.C. Anayasası 40/II ve 129/5 maddeleri ile devletin sorumluluğu bakımından "idari güvence" ilkesi anayasal ve yazılı olarak benimsenmiştir. Buna göre bir kişinin resmi görevliler tarafından ika edilen haksız eylem sonucu gördüğü zarar devletçe ödenir. Dolayısıyla böyle bir zararın varlığı halinde tazminat davası bir yetkiye dayanarak ve görev ifası sırasında haksız fiil işleyen kişinin çalışmakta olduğu kamu yönetimi aleyhine açılmak zorundadır. Bu husus 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de yer almaktadır. Geçmiş yıllardan beri sayılan yasa hükümlerine rağmen duraksamalar yaşandığından anayasal olarak idari güvence devlet tarafından benimsenmiştir. Bu herkes için bağlayıcıdır.

... kamu yönetimi sorumluluğunda memurla birlikte bile değil, doğrudan ve tek başına kamu görevlisi yerine sorumluluk esası geçerlidir. Kamu görevlisinin kişisel kusuru veya kişisel sorumluluğu sadece ve sadece rücu davasında incelenebilir.

... Tazminata konu zarar herhangi bir eylemden doğabileceği gibi herhangi bir işlemde de doğabilir. Önemli olan zararın kamu görevlisi tarafından görevin ifası, diğer ifadeyle kamusal yetkisini kullanmış olması sırasında doğmuş olmasıdır. Bu anlamda görev ifasıyla yetki kullanımı özdeş içeriklidir. Önemli olan zararlar işlem-eylem arasında görevsel bir bağın bulunmasıdır.

Hukukumuz açısından TAM TEMİNAT TEORİSİ GEÇERLİDİR.(Günday). Amaç zarar görenin zararının istisnasız bir şekilde karşılanmasının devletin teminatı altında olduğudur. Kişisel kusurluya dava açılabilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kişisel kusur tanımı YİB Büyük Genel Kurulunca 24.9.1979 T. ve 1978/7 E. 1979/2 K. Sayılı kararıyla geliştirilmiştir. O karar ile Danıştay kararlarına uymayan bazı bakan vb. kamu görevlilerinin kararı uygulamamak eylemlerinin kişisel kusur oluşturacağı benimsenmiştir. Oysa AY 129/V hükmü hukukumuzda 1982 anayasasıyla girmiş ve özel yasalardaki düzenlemeler de AY 129/V'e göre hukuk sistemimizde yer almıştır.

Bu durumda İBK konusu olan yasal gereksinim karşılandığı halde Anayasa ve yasa hükümleri mi uygulanmalıdır yoksa yasal ve anayasal düzenlemelerden önce geliştirilen İBK mı uygulanmalıdır Kişisel düşüncem artık İBK uygulama alanı bulamaz. Bu anlamda yasal düzenlemelerin getiriliş amaçları gözden uzak tutulmamalıdır.

Özellikle devletimiz açısından ve toplumumuz açısından kamu kurumlarında torpilciliğin hâkim-yaygın olduğu yönünde bitmek tükenmek bilmeyen tartışmalar süregelmektedir. Tartışmaların nedeni de yadsınamayacak düzeyde kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken-kamusal gücü kullanırken gerek ehliyetsizlikleri ve gerekse kötü niyetli uygulamalarından kaynaklandığı açıktır. Böyle bir durumda milyonlarca kamu görevlisinin vatandaş tarafından kişisel kusur yöntemiyle denetlenmesi mi tercih edilebilir bir yöntemdir?, yoksa devletin-kamu yönetiminin kayırmaz-sız-ehliyetli-dürüst-torpilsiz kamu görevlileri istihdam etmesi ve böylece zarar verici eylemlerin sona erdirilmesi mi tercih edilebilir? Kanımca ikinci yöntemde anayasal olarak verilen bunca kamusal yetki kullanımından doğan zararı devlet ödemekle zorunlu olmalı ki istihdam ederken dürüst kamu görevlileri seçsin. Böylece kamu yönetimi açısından özdenetim hem istihdam öncesi hem kamusal işlemlerin devamı sürecinde yerine gelmiş olsun.”⁵⁷¹

Danıştay’ın bu konuya yaklaşımına gelirsek; daha önce söylendiği gibi, önceleri geleneksel, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımına dayanarak, sorumluluğun yönünü ilk durumda idare, ikinci durumda ise kamu görevlisi aleyhine tespit ediyordu. 1968 ve 1972 tarihli kararlarıyla birlikte, kamu personelinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin sorumlu olduğuna hükmetmeye başlamış, ancak sorumluluğu bu defa kusursuz sorumluluk esasına bağlama eğiliminde olmuştur. Hemen söyleyelim ki Danıştay, bu içtihadından da vazgeçecektir. Artık, hizmet sayesinde veya dolayısıyla ortaya çıkan (hizmetin yürütülmesi esnasında veya hizmetin dışında ancak, hizmetle bağlantılı), kamu görevlilerinin kişisel kusurları da, hizmetten ayrılamayan kusur olarak değerlendirip görev kusuru sayılmakta ve idare de görev kusuru söz konusu olduğunda, kusurlu sorumluluk esasına dayanılarak sorumlu tutulmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Danıştay, her kişisel kusuru idareyi sorumluluktan kurtaracak bir kusur olarak görmemektedir. Öncelikle, nelerin kişisel kusur olarak kabul edildiğini göstereceğiz ve sorumluluğun yöneldiği kişiliği tespit etmeye çalışacağız.

⁵⁷¹ Yargıtay HGK, T. 21.05.2014, E. 2013/4-1601, K. 2014/681. (Aynı karşı oy yazısı, çok yakın tarihli bir başka kararda daha bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 13.05.2014, E. 2013/13271, K. 2014/7654.)

1. Saf Kişisel Kusur

Daha önce Fransa'daki uygulamayı özetlediğimiz sırada anlattığımız için burada bir kez daha tekrarlamayacağız, ancak söyleyebiliriz ki, bu tip kusurlar, kişinin (kamu görevlisinin) özel hayatında işlediği, hizmetle ilgisi kurulamayan kusurlardır. DURAN, personelin görev ve hizmetle doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir ilgisi olmayan alelade tutum ve davranışlarının, kişinin bir birey ya da vatandaş sıfatıyla hareket ettiği davranışlar olduğu ve bunların sonuçlarına kendisinin katlanması gerektiğini söyler. Ona göre bunlar teknik anlamda kişisel kusur niteliği taşımadığı için sorunumuzun dışında kalır.⁵⁷² Çünkü kamu görevlisinin kusurundan bahsedeceksek eğer, bu kusurun en azından hizmetle bağlantısını kurmamız gerekmektedir. Bunlar, hizmetin yürütülmesi sırasında ve dolayısıyla olabileceği gibi, kişinin resmi sıfatını kullanarak veya hizmete ait araçlarla işlediği kusurlardır, idarenin sorumluluğunu doğurmazlar ve idari yargının görev alanına girmezler. Doktrinde ve yargı kararlarında bu yaklaşım benimsenmiştir.⁵⁷³

2. Suç Niteliğindeki Kusurlar

Hizmetin içinde gerçekleşen, suç niteliğindeki davranışlar kişisel kusur kabul edilmektedir. Ancak Fransa'da da olduğu gibi, kusurun suç niteliği taşıması, idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumlu olamayacağı anlamına gelmemektedir. Danıştay'ın bu yönde verdiği bir kararına konu olayda, idarenin işlemine açılan iptal davası görüldüğü sırada, idarenin mahkemeye sunduğu savunma dilekçesinde davacıya yönelik hakaret içeren ifadelerin yer alması nedeniyle, davacı tarafından idare mahkemesinde tam yargı davası açılmıştır. İdare mahkemesi, kamu görevlilerinin kamu hizmetine tamamen yabancı kişisel kusurlarının idareye yüklenerek idari kusur olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay, Anayasanın 125. ve DMK'nın 13. maddesinden hareketle idareyi sorumlu bularak, idare mahkemesinin kararının bozulmasına hükmettiği kararında şöyle söylemiştir.

⁵⁷² DURAN, a.g.e, s. 103.

⁵⁷³ Danıştay'ın, saf kişisel kusurdan kaynaklanan zararlardan dolayı, idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu görülerek tazminat ödemesine hükmedildiği bir karara rastlanılmamıştır.

“Bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindedir.

...idarede görevli kişi ya da kişilerin kusurlu hareketinden ileri geldiği ve bu durumun savunma dilekçesinin mahkemeye sunulması görevinin ifası sırasında gerçekleştiği iddiası karşısında, yukarıda yer alan Anayasa ve Yasa hükümleri ile İdare Hukuku ilkeleri gereği idarenin hizmet kusuru nedeniyle var olan sorumluluğundan hareketle uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁵⁷⁴

Bu olayda Danıştay'ın hareket noktası, suç teşkil eden kusurun hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıkmış olması ve böylece hizmetten ayrılamaz bir kusur sayılmasıdır. Buradan hareketle, daha önce verdiğimiz il emniyet müdürü yardımcısının, kadın polis memuruna hakaret ettiği örnek olayda, dava eğer asliye mahkemesine değil de idare mahkemesine açılmış olsaydı, idare bu defa, idari yargı kararıyla tazminat ödemeye mecbur kalacaktı, sonucuna varabiliriz. Pek tabii, yukarıdaki olayda davanın idare aleyhine açılmış olmasındaki önemli faktör, muhatabın kesin olarak tespit edilememesi olabilir. Çünkü hakaret suçu, kadın polis memuruna yapıldığı gibi kanlı canlı bir kamu görevlisinin ağzından çıkmamış, idareyi temsilen, idarenin avukat veya avukatları eliyle ve fakat idarenin dilinden yazılmış bir dilekçede yer almış olmasıdır. İşte bu durum, hizmet kusurunun anonim olmasının kabulünde yatan nedenlerden birinin, bazen kusuru işleyen kamu görevlisinin kim olduğunun kesin olarak tespit edilememesi ihtimali olduğunun bir örneğidir.

Hakaret suçundan başka, işkencenin de suç niteliğinde bir kusur olduğu ve işkence eden polis memurunun kişisel sorumluluğunu idarenin hizmet kusuruna sebep olacağı konusunda da yargı kararları açısından bir tereddüt bulunmamaktadır. Emniyet müdürlüğünde işkence edilmek suretiyle öldürülen bir kişinin yakınları tarafından idare aleyhine açılan davaya ilişkin Danıştay'ın kararı şu yönde olmuştur.

⁵⁷⁴ Danıştay 2. Daire, T. 09.05.2005, E. 2004/1813, K. 2005/1642. Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 2. Daire, T. 25.02.2005, E. 2004/619, K. 2005/751; Danıştay 10. Daire, T. 15.10.1996, E. 1995/1806, K. 1996/5983; Danıştay 10. Daire, T. 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857.

“İdare kendisine verilen suçu önleme ve işlenmiş bir suç nedeniyle suçun failini yakalama ve adalete teslim etme şeklindeki kamu hizmetini yürütürken bu hizmetin gerektirdiği personeli de hizmetin gereklerine uygun olarak yetiştirmek zorundadır. Hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personelini yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu yüzden kişilere verilen zararların hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir.”⁵⁷⁵

Bu kararda ise dikkat çeken nokta, Danıştay’ın benzer davalarda da sıkça kullandığı, hizmeti yürüten personelin yeterli düzeyde eğitilmemiş ve etkili bir denetim, gözetime tabi tutulmamış olmasının, idarenin sorumluluğuna gerekçe gösterilmesidir⁵⁷⁶. Diğer taraftan bu gerekçeye, işkence fiilinin, hizmetle olan ilişkisini kurmak için, GÖZLER’den aktaracağımız şu mantıksal çıkarımı da eklemek yerinde olur kanaatindeyiz. “İşkence fiili pek muhtemelen idarenin binalarında ve idarenin araç gereçleriyle işlenmiştir. İşkence mağduru kişi pek muhtemelen bir suç soruşturması sebebiyle hukuka uygun olarak gözaltına alınmıştır. Dolayısıyla kişisel kusur (işkence), tamamıyla idarenin sağladığı ortam ve olanaklar sayesinde işlenmiştir. O halde bu tür kusurlardan idarenin de sorumlu olması gerekir.”⁵⁷⁷ ALTAY’ın da başka bir açıdan baktığı, katıldığımız düşüncesi şu yöndedir: “İşkence gördüğü iddiasında bulunan kişinin gözaltına alınması, bir

⁵⁷⁵ Danıştay 10. Daire, T. 30.03.1983, E. 1982/206, K. 1983/665. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 10. Daire, T. 01.06.1983, E. 1982/2539, K. 1983/1357; Danıştay 10. Daire, T. 12.2.1986, E. 1984/2297, K. 1986/253.

⁵⁷⁶ Polis memurlarının, işkence ettiklerine dair kanıt yetersizliğinden, haklarında açılan ceza davasından beraat etmiş oldukları başka bir davada Danıştay, idarenin tazminat ödemesine karar verirken, hizmet kusurunu, kamu görevlilerinin işkence fiillerine değil, karakolda fenalaşan kişiyi hastaneye götürmek için iki saat gecikmelerinde bulmuştur. Polis memurlarının ağır ihmali ve görevlerini gereği gibi yerine getirememelerinden ötürü kişinin ölümüyle sonuçlanan olayda, idarenin ağır hizmet kusuru olduğu sonucuna varılmıştır. (Danıştay 10. Daire, T. 28.09.2010, E. 2007/5028, K. 2010/6974.)

⁵⁷⁷ GÖZLER, a.g.e, s. 1149.

rastlantı eseri değil, kamu hizmetinin işleyişinin bir sonucudur. Bu nedenle, kamu görevlisinin kişisel kusurunun görev kusuru niteliğine büründüğü ve idarenin sorumluluğuna yol açtığı (rücu kaydıyla) kabul edilmelidir. Ayrıca işkence gören kişinin kendisine işkence yapan kamu görevlisini tespit edebilmesi de her zaman mümkün olmayabilmektedir. Kaldı ki, uyuşmazlık konusu davada⁵⁷⁸ olduğu gibi kişinin ölmüş olması halinde yakınlarının böyle bir tespitte bulunması da mümkün değildir.”⁵⁷⁹

GÖZLER’in, işkence fiili için de geçerli kabul edilebilir bulduğu, idarenin, sağladığı olanaklar ve araçlar sayesinde ortaya çıkan kişisel kusurdan dolayı, hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun kabul edilmesi (görev kusuru) Danıştay’ın çok sık başvurduğu bir gerekçedir. Bir polis memurunun tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ekip arkadaşı olan diğer polis memurunun ölüme sebebiyet verdiği ve sanık polis memuruna asliye ceza mahkemesince hapis ve adli para cezası verilen olayda, idarenin sorumluluğunun, zarara sebep olan kişisel kusurun, resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak gerçekleştirilmesi açısından görev kusurundan ileri gelebileceğini ifade etmiştir. Böylece, görev kusuru nedeniyle davacıların uğradığı maddi ve manevi zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁸⁰

Bir jandarma timinin idari bir görev nedeniyle gittikleri köyde köpeklerin saldırısına uğradıkları, köylülerden birinin köpeklere müdahale ettiği sırada jandarma tim komutanının silahından çıkan merminin köpeklere müdahale eden kişinin ölümüne sebep olduğu nedeniyle yapılan ceza yargılaması sonunda, ölüme sebep

⁵⁷⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 24.03.1997, E. 1997/15, K. 1997/14, R.G, 15.04.1997-22965. (Nakleden: ALTAY, a.g.e, s. 282.)

⁵⁷⁹ ALTAY, a.g.e, s. 282.

⁵⁸⁰ Danıştay, İDDK, T. 15.3.2012, E. 2010/2740, K. 2012/194. “...geniş anlamda kişisel kusur olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanabilecek görev kusurunun mevcudiyeti halinde de, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu anlamda görev kusuru, idarenin ajanının hizmet ve görevden ayrılmayan kişisel kusurudur.”

olan jandarma tim komutanı tam kusurlu bulunarak, *dikkatsizlik ve önlemsizlik* nedeniyle cezalandırılmıştır. Danıştay, bu davada da kişisel kusur suç olsa da, kusurun hizmet sırasında ve hizmetin araçları kullanılarak işlenmiş olması nedeniyle, idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumlu olduğuna ve tazminat ödemesine hükmetmiştir.⁵⁸¹

Başka bir olayda da dikkatsizlik sonucu kaza yapan polis memurunun, araçtaki diğer polis memurunun ölüne sebep olması kişisel kusur olarak görülmüş ancak genel güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamu hizmetini yürüten idarenin de bu hizmetin gereği olarak sağladığı aracı, personelin kullanımına bırakması bakımından, sorumlu tutulacağına karar verilmiştir.⁵⁸²

Askeri Tıp Akademisi içerisinde bulunan Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı kreş ve gündüz bakımevine gönderilen bir çocuğun, kreş çalışanı tarafından tecavüze uğradığı (ayrıca, bu çalışan ağır hapis cezasına çarptırılmıştır) dava konusu olayda ise Danıştay, İdare mahkemesinin, idarece çocukların ruh ve beden sağlıklarının özenle korunması gereken böyle bir kuruma personel alınırken gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, bu nedenle zararın meydana geldiği, bu şekilde oluşan hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararın tazminin idarece yerine getirilmesi gerektiği yönündeki kararının onanmasına karar vermiştir.⁵⁸³

Danıştay'da görülen bu tip davalarda, genellikle birinci derece mahkemelerinin, ya kişisel kusur dolayısıyla idarenin sorumluluğuna hükmetmekten kaçındıkları ya da idarenin sorumluluğuna karar verirken kusursuz sorumluluk esasına dayandıkları ve bir anlamda, aslında terk edilen eski içtihadı referans

⁵⁸¹ Danıştay 10. Daire, T. 15.10.1996, E. 1995/1806, K. 1996/5983. “bu durumun davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı sadece idareye söz konusu kişiye rücu etme imkânı vereceği açıktır. Zira bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun suç niteliği taşısa bile, hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Jandarma tim komutanının idari faaliyetle ilgili bir görev sırasında davacıların yakınlarının ölümüne neden olması hizmetin kusurlu işletildiğini göstermektedir.”

⁵⁸² Danıştay 10. Daire, T. 26.10.1995, E. 1995/3321, K. 1995/4995.

⁵⁸³ Danıştay 10. Daire, T. 11.06.1996, E. 1996/4313, K. 1996/3477.

verdikleri tespit edilmiştir. Danıştay ise önüne gelen, benzer ve neredeyse çoğu davada idarenin sorumluluğunu, görev kusuru bağlantısıyla, kusurlu sorumluluk olarak değerlendirerek, eski içtihadından dönme gayretini ortaya koymuştur.

3. Yargı Kararlarına Uymama

“Yasalar da yargı kararları da yanlış olabilirler ve bilimsel katta her zaman eleştirilebilirler, eleştirilmelidirler de. Ancak, bunları uygulamak durumunda bulunan yargıçlar ve görevliler, yasaları ya da yargı kararlarını ‘yanlış’ özüne sığınarak öznel ve kişisel yorum ve gerekçelerle uygulamaktan alıkoyamazlar. Onlara düşen, ne ve nasıl olursa olsunlar, yasaları ve yargı kararlarını uygulamaktır. Zira, yasalara doğru oldukları için değil, yasa oldukları için, yargı kararlarına da haklı oldukları için değil, yargı kararı oldukları için uyulur.”⁵⁸⁴

Yargı kararlarına uymamak, kamu görevlisinin kişisel kusuru kabul edilmektedir. Danıştay’ın bu konuyla alakalı kararlarını incelemeyen önce, buraya kadar bahsetmediğimiz, ancak idare hukuku alanında itirazlar ve içtihatlarla yer yer duraksamalara yol açan İYUK’nun 28/4. maddesine kısaca değineceğiz. Kanunun bu maddesinin 2014 tarihli, 6526 sayılı kanunla değiştirilmesinden önceki hali şöyleydi:

“ Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabilir.”

Bu madde, Anayasanın 129/5. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Çünkü kamu görevlilerine karşı, kişisel kusurlarından dolayı, adli yargıda dava açma imkânı getiren tek hüküm olma özelliğini taşıyordu. Ancak, Anayasaya aykırılığı iddiası öne sürüleliyordu, Anayasanın geçici 15. maddesi buna engel oluyordu. 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı kanunun 24.maddesiyle, geçici 15. maddenin yürürlükten kaldırılmasının ardından, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesinin önünde artık bir engel

⁵⁸⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 22.01.1998, E. 1997/10, K. 1998/1. (Nakleden: ALTAY, a.g.e, s. 7.)

kalmadığından⁵⁸⁵ bu maddeyi, itirazen Anayasa Mahkemesi önüne götürmüştü. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu ibareyi, Anayasa'nın 129.maddesine aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmişti.⁵⁸⁶

Nitekim Anayasa Mahkemesi, iptal istemini reddetmiş olsa da, 21.02.2014 tarihli, 6526 sayılı kanunun⁵⁸⁷ 18. maddesiyle, İYUK'un 28/4.maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

“Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”

Dolayısıyla, kamu görevlilerinin yargı kararlarına uymamalarından kaynaklanan kişisel kusurları nedeniyle doğacak zararın tazmini için, ancak idare aleyhine dava açılabilceğinin önünde herhangi bir engel kalmamıştır. Danıştay, İYUK maddesinin kaldırılmasından önce zaten, yargı kararlarını otuz gün içinde yerine getirmeyen kamu görevlisinin kusurunu, hizmet kusuru içinde görerek, idare aleyhine, idare mahkemelerinde açılan tam yargı davalarında bir problem görmüyordu. Yargıtay da benzer şekilde, “kasten” olmak kaydıyla⁵⁸⁸ kamu

⁵⁸⁵ GÜNDAY, İYUK'un bu maddesinin Anayasaya aykırılığının önündeki engelin, ilk olarak Anayasanın geçici 15. maddesinin son fıkrasının, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmasıyla mümkün olduğu tespitini yapmaktadır. (GÜNDAY, a.g.e, s. 378.) Bu fıkra hükmü şöyleydi: “*Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufla bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.*” OZANSOY da Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesinin önündeki engelin bu fıkra olduğuna işaret etmektedir. (OZANSOY, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 336.) Zaten, maddenin engel teşkil ettiğini söylediğimiz kısmı burasıydı. Dolayısıyla OZANSOY ve GÜNDAY'ın saptamasına katılıyoruz.

⁵⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 27.09.2012, E. 2012/22, K. 2012/133, R.G, 11.12.2012 - 28494. Mahkemenin red gerekçeleri, karşı oy yazısı ve bu kararın değerlendirmesi için bkz. TEKİNSOY, a.g.e, s. 49-54.

⁵⁸⁷ 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete, No: 28933, 06.03.2014. (mükerrer). (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140306M1.pdf>)

⁵⁸⁸ Kanımızca, yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlisi, bunu genellikle zaten “kasten” gerçekleştirmektedir.

görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan zararlardan dolayı, kendileri aleyhine açılan tazminat davalarında, adli yargıyı görevli görüyor ve davalara bakmaktan çekinmiyordu. Çünkü madde davacıya bir seçim hakkı sunmuştu. Ancak, 6526 sayılı kanun yürürlüğe girdikten sonra bu davalar, artık adli yargı yerlerinde görülmemektedir⁵⁸⁹.

Yargı kararlarının uygulanmaması genellikle iki kategori altında toplayabileceğimiz şekilde ortaya çıkar. Birincisi, kararların “hiç uygulanmaması”dır ki bu, idarenin hareketsiz kalması anlamına gelir ve Anayasanın açık hükümlerine (2. 125. ve 138. maddeler) aykırılık teşkil eder. İkinci kategori ise kararların “gereği gibi uygulanmaması”dır. Burada, bir işlem veya eylem bulunmakla birlikte idare, ya kararın uygulanması sırasında kusurlu bir davranışta bulunarak zarara sebebiyet verir, ya da kararın gereğini olduğu gibi yansıtmayacak bir işlem tesis eder.⁵⁹⁰

Kararların uygulanmama nedenleri olarak ise imkânsızlık halleri⁵⁹¹ gösterilebileceği gibi, kamu görevlisinin uygulamama kasdının varlığı da mevcut olabilir. Burada konuyu, kişisel kusur açısından ele alacağımız için, bu kusurun en belirgin ortaya çıktığı, kamu görevlisinin Anayasaya aykırı hareket ederek, bilerek ve isteyerek (kasten) yargı kararlarını uygulamaması üzerinde duracağız. Kamu

⁵⁸⁹ “Yargılama esnasında yürürlüğe giren 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Yasa'nın 18. maddesi ile, İYUK m.28/4'te değişikliğe gidilmiş, mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davasının ancak ilgili idare aleyhine açılacağı öngörülmüştür. Ancak, her dava açıldığı tarihte yürürlükte olan yasal düzenlemelere tabi olduğundan, bu yasa değişikliği, yürürlük tarihinden sonra açılan davalar için uygulanabilecek, daha önce açılmış davalar yönünden idari yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisine husumet düşmeye devam edecektir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 26.1.2015, E. 2014/16029, K. 2015/911, Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK, T. 14.1.2015, E. 2013/4-1553, K. 2015/11; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 13.4.2015, E. 2015/3597, K. 2015/4655.

⁵⁹⁰ ALTAY, gereği gibi uygulamama hallerini: geç uygulama, eksik uygulama ve biçimsel uygulama olmak üzere üç başlık altında incelemekte ve bu hallerden birden çoğunun aynı anda, bir arada olabileceğini hatırlatmaktadır. Kapsamlı inceleme için bkz. ALTAY, a.g.e, s. 164-193.

⁵⁹¹ ALTAY, bu haller için, emeklilik, istifa veya görevden çekilmiş sayılma, kurumlararası nakil, kadrosuzluk, özelleştirme, kurum içi yeniden yapılanma, personelin nitelik kaybı, mevzuat boşluğu ya da değişikliği ve yıkım kararı sonucu yıkımın gerçekleşmesinden sonra söz konusu işlemin iptal edilmiş olması gibi fiili imkânsızlık durumlarını örnek gösterir. (A.g.e, s. 193-254)

görevlilerinin bu tip kusurları, ağır kusur teşkil eden kişisel kusur sayılmaktadır. “Yargı kararlarının hiç uygulanmaması ve biçimsel uygulama hallerinde, kamu görevlisinin kasdının varlığı bir karine olarak kabul edilmektedir. Eksik ve geç uygulama hallerinde ise böyle bir karine yoktur. Kasdın varlığı, her zaman iddia ve ispat edilebilir.”⁵⁹²

İdarenin görevden alma, atama işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargı yerinin iptal kararına uyulmaması gibi sıkça karşımıza çıkan bu durumlara örnek olarak, görevinden üç kez alınarak, yargı kararıyla eski görev yerine dönen lise müdürünün davasını aktaracağız. Bu müdür, son ve dördüncü kez valilik onayına dayanan bir soruşturma sonucu düzenlenen rapor vesilesiyle, görevinden alınarak başka bir okulda öğretmenliğe atanması sonucunda açtığı davada, idare mahkemesinin iptal kararı sonucunda eski görev yerine bir kez daha dönmüştür. İdarece, dava konusu işlemin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek tesis edildiği, kaldı ki ilgilinin okul müdürlüğü yapamayacağına soruşturma ile belirlendiği, dava konusu işlemin daha önce tesis edilen ve yargı kararları ile hukuka aykırılığına hükmolunan işlemler ile ilgisinin bulunmadığı iddia edilerek temyiz incelemesi için Danıştay’a götürülen davada Danıştay, bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında hukuk kurallarına uyulmamasının hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini göstereceğini ve tazmin sorumluluğunu doğuracağını söylemiş, ayrıca kararında şunlara yer vermiştir:

“...idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen "*yargı kararını uygulamama ve/veya uygulamaktan kaçınma*" eyleminin gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır. Çünkü bir hukuk devletinde Anayasa'nın ve yasaların açık hükmüne karşın hiçbir hukuki veya maddi sebep gösterilmeden bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığını kabul etmek olanaksızdır.

Öte yandan, Anayasanın 129.maddesinin 5.fikrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve

⁵⁹² A.g.e, s. 254.

şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Bu hüküm karşısında, davacının görevinden alınmasına ilişkin 26.12.1995 günlü. 181012 sayılı ve 9.12.1996 günlü, 359321 sayılı işlemlerce naklen atama teklifini hazırlayan ve onaylayan Sağlık Bakanlığı Personelinin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kışı veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.”⁵⁹³

Yargı kararlarının yalnızca biçimsel olarak uygulanması olarak ortaya çıkan yukarıdaki dava konusu olayda, görülüyor ki idare, yargı kararlarına uymaktan kaçınmamış, ancak bu kararları etkisiz hale getirecek şekilde, yeniden işlem tesis etmek suretiyle, mahkemece hukuka aykırılığı tespit edilen işlemlerini sürdürmek konusunda güçlü bir irade göstermiştir⁵⁹⁴. Bir başka dava konusu olayda ise kamu görevlisi yönetici⁵⁹⁵, yargı kararını şeklen uygulamak bir yana, hiç uygulamamıştır. Başka bir göreve atanmak üzere müşterek kararnameyle görevden alınan Trabzon Vakıflar Bölge Müdürü’nün, açtığı dava idare mahkemesi tarafından kabul edilerek, söz konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. İptal kararı sonrasında idare, kişiyi eski görevine iade etmek yerine, Sivas Bölge Müdürlüğü’ne araştırmacı olarak atamıştır. Danıştay,

“...idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen "*yargı kararını uygulamama*" eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğunun” açık olduğunu ve

⁵⁹³ Danıştay 5. Daire, T. 20.01.1998, E. 1997/2176, K. 1998/67.

⁵⁹⁴ İdarenin daha güçlü irade gösterdiği olaylar da vardır. Bunun en bilindik örneği, on bir kez ve on iki kez görevlerinden alınan ve yargı kararlarıyla görevlerine tekrar dönen, “meşhur” milli eğitim müdürleri Ekrem EKİCİ ve Fevzi BUDAK’ın hikâyeleridir. Basında da görevden alındıkça haberleştirilen (“rekortmen müdür” başlıkları tercih edilmektedir) bu müdürlerin, görülen-görülmekte olan davalarına ulaşamadığımız için isimlerini burada zikrederek, araştırmayı okuyucunun kendisine bırakıyoruz. Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/11inci-kez-gorevden-alindi-7374988>; <http://www.hurriyet.com.tr/fevzi-budak-karsa-atandi-17109577>.

⁵⁹⁵ Kişisel kusuru sabit görüldüğü için, “idare” demek yerine ifadeyi, “kamu görevlisi” üzerinden kurduk.

“...bir hukuk devletinde Anayasa'nın ve yasaların açık hükmüne karşın, (hukuka aykırılığı yargı kararlarıyla saptanan işlemlerin iptali üzerine) bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığını kabul etmenin olanaksız”

olduğunu vurguladıktan sonra,

“Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesi şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır.”

diyerek, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğuna karar vermiştir.⁵⁹⁶

Bu tip kararlarda dikkati çeken diğer bir şey, Danıştay'ın, kişisel kusurdan kaynaklanan zararların idarece tazmin edilmesine karar verdiği davalarda, idarenin “mutlaka” ilgili personele “rücu” etmesinin gerekliliği vurgusudur. Özellikle, kişisel kusurun aynı zamanda suç sayıldığı ve yargı kararlarına kasten uyulmamak suretiyle ortaya çıktığı durumlarda Danıştay, bu vurguyu sıklıkla tekrarlamaktadır⁵⁹⁷. Bunun dayanağını da, Anayasanın 129. maddesinde yer alan “rücu edilmek kaydıyla” ibaresinde bulmaktadır. Danıştay bu ibareyi bir anlamda, takdiri değil bağlı yetki olarak yorumlamaktadır.

⁵⁹⁶ Danıştay 5. Daire, T. 29.09.2004, E. 2000/3316, K. 2004/3372.

⁵⁹⁷ Bkz. Danıştay 5. Daire, T. 10.11.1997, E. 1995/3611, K. 1997/2485; Danıştay 5. Daire, T. 25.12.2001, E. 1998/1970, K. 2001/5153; Danıştay İDDGK, T. 20.09.2002, E. 2002/191, K. 2002/644; Danıştay 5. Daire, T. 29.09.2004, E. 2000/3316, K. 2004/3372; Danıştay 10. Daire, T. 27.02.2007, E. 2004/13990, K. 2007/739; Danıştay 5. Daire, T. 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234; Danıştay 10. Daire, T. 06.02.2009, E. 2006/1212, K. 2009/652.

Peki, Danıştay'ın kararlarında sıklıkla vurguladığı rücu gerekliliğinin, idare açısından bağlayıcılığı nedir? Daha açık bir ifadeyle, idari yargıda açılan davalardan, davacı lehine iki tip sonuç ortaya çıkar: Ya idarenin işlemi hukuka aykırı bulunup iptal edilir ya da idare, hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden ötürü tazminata mahkûm edilir. Danıştay'ın bu durumda, “rücu edilmesi gerekir” ifadesi, Türkiye'deki idari yargı sisteminde “yargısal emir” kurumunun yokluğu ve “güçler ayrılığı” ilkesi göz önüne alındığında nasıl bir etkiye sahiptir? Teorik olarak idarenin rücu edebileceğini söylemek elbette mümkündür. Ancak bildiğimiz kadarıyla bürokratik dayanışma ve bazen de sorumluluk sahibi kişinin, kurumun en üst yöneticisi olduğu durumlar, rücu mekanizmasının işlemesine genellikle izin vermez. Rücu edilmesinin bir zorunluluk teşkil etmediği, Anayasanın 40. ve DMK'nın 13. maddelerinde yer alan “rücu hakkı saklıdır” ifadesinden yola çıkılarak, takdiri bir niteliğe sahip olduğu pekâlâ iddia edilebilir. Böyle düşünüldüğünde şu kadarını söyleyebiliriz ki, mahkemenin rücu edilmesi yönündeki baskın vurgusu, idarenin nazarında, kendini uymak mecburiyetinde görmediği, sadece yargısal bir temenni olarak kalır. Ancak bir yandan da Anayasanın başka bir açık hükmü olduğu, 129. maddenin, kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde, “rücu edilmek kaydıyla” sözüyle, rücu edilmesi zorunluluğunu işaret ettiği savunulabilir⁵⁹⁸.

Böyle bir durumda, tazminata mahkûm edilen ve bu borcunu ödeyen idarenin, sonrasında kişisel sorumluluğu bulunan personele rücu etmesini sağlamak amacıyla nasıl bir yol izlenebileceğini, bir örnek dava üzerinden göstermeye çalışacağız.⁵⁹⁹ Olayda, Bergamalı yurttaşların, devlet aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM) açtıkları davada AİHM, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkına sahip olan

⁵⁹⁸ Danıştay, hatta bir kararında tam olarak söyle söylemiştir: “Anayasanın sözü edilen maddesindeki ‘kendilerine rücu edilmek kaydıyla’, ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallede davacıların, dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmemektedir.” (Danıştay 5. Daire, T. 20.01.1998, E. 1997/2176, K. 1998/67.)

⁵⁹⁹ Danıştay 5. Daire, T. 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234.

başvurucuların, bu hakkının güvence altına alınmasına ilişkin yükümlülüğün, devlet tarafından yerine getirilmediği ve 8. maddenin ihlal edildiği; ayrıca, ulusal makamların, ulusal yargı kararının Sözleşmenin 6/1. maddesinin gerekli kıldığı biçimde aynen ve makul bir sürede yerine getirilmesinde ihmalkâr davrandığı kanaatine vararak, Sözleşmenin "adil yargılanma hakkı"na ilişkin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan Mahkeme tarafından, ilgililerin maddi tazminat istemleri reddedilmiş, ancak her başvurucuya 3000 Euro manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından davacılara ödenmesine hükmedilen manevi tazminat, Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdürlüğü tarafından hak sahiplerine, 24.6.2005 tarihinde, hazine adına ödenmiş, ancak sorumlu personele rücu edilmemiştir. Kişisel sorumluluğu bulunan personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla, davacılar tarafından idareye yapılan başvuruda, bu tutarın 1998 yılından bu yana T.C. hükümetlerinin başbakanları ve bakanlarına, Çevre, Orman ve Sağlık Bakanlığı müsteşarları ve müsteşar yardımcıları, ilgili genel müdür ve yardımcıları, daire müdürü ve imzası bulunan uzmanlarına rücu edilmesi istenmiştir. İdarece verilen cevapta ise, başvurunun incelendiği ve gereğinin yapılması için ilgili kurum/kurumlara iletildiği bildirilmiş; sonuç olarak, idare tarafından sorumlu personele rücu mekanizması işletilmemiştir.

Rücu edilmesi isteğiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Mahkemece, davacıların işlemin iptalini istemekte hukuken korunması gereken bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Temyiz edilen bu kararın nasıl değerlendirildiğini, Danıştay 5. Daire'sinin verdiği kararı olduğu gibi aktararak göstereceğiz.

“Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir Hukuk Devleti olduğu belirtilmiş; 138. maddesinin son fıkrasında, "Yasama ve Yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." yolunda açık, kesin ve buyurucu bir kurala yer verilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde

Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen tüm etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvenceye bağlanması ve yargı kararlarının aynen ve gecikmeksizin uygulanmasıyla olanaklıdır. Anayasanın 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilerek Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü vurgulanmış; bu bağlamda olmak üzere 129. maddenin 1. fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları hükme bağlanarak, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğü kamu görevlileri yönünden tekrar ve teyit edilmiştir.

Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarına ve yargı kararlarına uyulmaması hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğunu doğurur. Ancak, idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen "yargı kararını uygulamama" eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır.

Anayasanın kamu hizmeti görevlilerinin "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlıklı 129. maddesinin 5. fıkrasında, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." kuralı öngörölmüş bulunmaktadır.

Anayasanın anılan maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı, yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişilerin uğradıkları zararlar" başlıklı 13. maddesinde de, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları

zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. / (Ek fıkra: 26/03/2002 - 4748 S.K../3. md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir kuraldır. Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar.

Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, 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. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.

Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”⁶⁰⁰

4. Kamu Görevlisinin Kin, Garaz, Husumet ve Benzeri Duyguların Etkisi Altında Zarar Vermesi

Kamu görevlilerinin kin, garaz, husumet ve benzeri duygularla hareket ederek üçüncü kişilere verdiği zararlar, kişisel kusurun varlığına işaret etmektedir. Ancak bu hallerde bile kusur, hizmet sırasında veya dolayısıyla işlenmişse, kusurun hizmetle ilişkisi bağlamında, görev kusurunun ortaya çıkacağı ve idarenin tazmin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir. Ayrıca belirtmek isteriz ki bu durum, yukarıda saydığımız kişisel kusur hallerinden ayrı düşünülemez. Örneğin, işkence eden bir polis memuru, çalışma arkadaşına veya bir başkasına görevi sırasında hakaret eden bir kamu görevlisi, yargı kararlarına uymayan bir yöneticinin bütün bu davranışlarının, büyük olasılıkla yukarıdaki duygulara benzer duyguların etkisi altında ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim Danıştay'ın görüşü de bu yöndedir.

1992 senesinde, çatışmaların yaşandığı bir bölgede, güvenliklerini sağlamak için bir otelin bodrum katına sığınan otuz beş civarında otel müşterisinden birinin, iki uzman çavuş tarafından alınarak otelin müdüriyet odasına götürüldüğü, burada ateş edilerek öldürüldüğü, cesedinin üzerine benzin dökülmek suretiyle

⁶⁰⁰ Danıştay 5. Daire, T. 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234.

tanınmayacak biçimde yakıldığı, bulunduğu odanın el bombası ile tahrip edildiği ve otelin bütünüyle ateşe verilerek yakıldığı dava konusu olayda, idare mahkemesi,

“... kamu görevlilerinin kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında hizmet esasları ve usulüne bağlanması mümkün olmayan, emredici yasa kuralları ve hukuka açıkça aykırı tutum ve davranışlarda bulunması veya suç teşkil eden bir fiil işlemleri ya da izrar kaydıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında işlem ve eylemler yapmasının, hizmeti aşan kişisel kusur olarak değerlendirileceği ve bu takdirde davanın kamu görevlileri aleyhine ve adli yargıda açılması gerekeceği...”

dolayısıyla, davanın idari yargıda görüm ve çözümünün mümkün olmayacağı gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmesi üzerine, temyiz edilen bu karara bakan Danıştay, olayla ilgili şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“... güvenlik görevlilerinin eylemleriyle, can ve mal güvenliğinin korunması hizmetinin ayrılabilmesi, görevli idare ajanlarının suç niteliğindeki eylemlerinin hizmetle irtibatının kesildiğinden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, idare ajanlarının subjektif, kasta dayalı suç niteliğindeki eylemlerinin, yürütülen hizmetle içiçe geçtiği dikkate alınarak; hizmeti yürüten idarenin yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, hukuki sorumluluğu irdelenerek davanın sonuçlandırılması zorunludur.”⁶⁰¹

İdari yargıda, bilindiği üzere gerçek kişiler davalı yerine konulamaz ve bu suretle hasım gösterilemezler. Yine de bazen davacıların, uğradığı zararın sorumlusu olarak, kişisel kusuru bulunduğunu düşündüğü kamu görevlisi aleyhine tam yargı davası açtığı durumlar vardır. Bu duruma örnek bir dava konusu olayda, cumhuriyet savcısının, davacının kolunu mühürleyerek hastanelere sevk etmesi ve hastanede yaşanan olaylar nedeniyle davacının mağdur olduğundan bahisle, uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açılmıştır, ancak hasım olarak cumhuriyet savcısı gösterilmiştir. Davaya bakan idare mahkemesi,

⁶⁰¹ Danıştay 10. Daire, T. 06.11.1997, E. 1996/2383, K. 1997/4163.

“idari yargı yerinde açılan iptal veya tam yargı davasına bakılabilmesi için diğer dava koşullarının yanında davanın idare aleyhine açılmış olması gerektiği, idari yargı yerlerinde kamu görevlisi olan gerçek kişiler aleyhine dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı, kamu görevlisine karşı dava açılması durumunda, mahkemenin davacı yerine geçerek davalıda değişiklik yapması, davalı olmayan idarenin davalı konumuna getirilmesine yasal olanak bulunmadığı, öte yandan, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilmesi mümkün olmakla birlikte, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kin, garez ve husumet gibi duygular altında hareket ederek ya da suç düzeyine ulaşan ve hizmetten ayrılabilen kişisel kusurlarından dolayı adliye mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği, uyuşmazlıkta, tazminatın konusunu oluşturan zararın, kamu görevlisinin kasta varan şahsi kusurundan doğduğu iddiasıyla ve doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı dava açıldığından idarenin sorumluluğunun tespitine olanak bulunmadığı, bu nedenle uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevinde bulunduğu”

gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. Danıştay’ın açıklamalarında, öncelikle davaya konusu olaya ilişkin iddianın şu olduğunu anlıyoruz:

“Olayda, davacının, Cumhuriyet Başsavcılığına belirli aralıklarla değişik tarihlerde dilekçe verdiği, sürekli aynı kişi ve konulardan bahsederek şikâyet etmek şeklinde davranışta bulunduğundan bahisle ruhsal yapısının ve akli melekeleri yönünden rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla muayenesinin yapılarak vesayet altına alınması gerektirir bir durumunun olup olmadığı yolunda bir rapor düzenlenmesi amacıyla sol kolunun mühürlenerek hastaneye gönderildiği, davacı tarafından da tazminat isteminin gerekçesinin kolunun mühürlenmesi suretiyle teşhir edilmesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır.”

Buradan hareketle, hem cumhuriyet savcısının görev kusuru niteliğindeki idari faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için hizmet kusuru ilkesine dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılmasının mümkün olduğuna, hem de yanlış hasım gösterildiği takdirde, İYUK’un, 15/1-c bendinde belirtildiği üzere, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek

açılması halinde, dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verileceğinin hükme bağlanmış olmasından hareketle, hasım düzeltilerek dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmadığına karar vermiştir.⁶⁰²

Danıştay'ın bu konuyla ilgili, aksi yönde sonuca ulaştığı bir kararına yer vermek istiyoruz. Bir jandarma uzman çavuşun "tasarlayarak adam öldürme" suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası aldığı ve bir erin de "taammüden adam öldürmek suçuna yardım etmek" suçunu işlediği gerekçesiyle 15 yıl hapis cezası ile cezalandırıldığı, tazminat talebiyle idari yargıda dava konusu olan olay şöyle gerçekleşmiştir. Uzman çavuş, kız arkadaşını rahatsız ettiğini düşündüğü kişiyi çağırarak arabasına almış, aralarında yaşanan tartışmadan sonra, "kimseye belli etmeden" karakola gelip, oradan kalaşnikof marka silah ve kendine yardım etmesi için bir eri de yanına alarak makdulü baraj göletine götürmüş, bir kez ateş ederek öldürdükten sonra tasarladığı şekilde gölete atmıştır. Danıştay,

"Bu anlamda, kamu görevlisinin, tamamen kendi iradesi ile kişilere karşı siyasal, kişisel veya başka nedenlerle kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında zarar vermesi halinde eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir nedensellik bağının varlığından söz edilemez.

... olayda kamu görevlisi tarafından işlenen öldürme suçunun, tamamen kişisel husumetten kaynaklanması nedeniyle idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığından, idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır"⁶⁰³

yönünde karar verirken, anladığımız kadarıyla, uzman çavuşun görevli olmadığı bir zaman diliminde, cinayet silahının, karakoldan çalmış olduğundan yola çıkarak, askeri eşyanın uzman çavuşa idare tarafından teslim edilmediği sonucuna varmış, söz konusu kişisel kusurun hizmetle ilişkisinin koptuğuna karar vermiştir. Oysa, bize göre Danıştay'ın bu kararı isabetli değildir. Daha önce kişisel kusurun, hizmetle en zayıf bir bağla dahi olsa, ilişkisinin varlığı kabul edildiği takdirde, idarenin

⁶⁰² Danıştay 10. Daire, T. 26.11.2008, E. 2006/7165, K. 2008/8312.

⁶⁰³ Danıştay 10. Daire, T. 06.11.2013, E. 2011/985, K. 2013/7802.

sorumluluğunun doğacağına dair pek çok örnek verdik. Bu bağın, sadece silahın çalındığı tespiti üzerinden yok sayılması, bize göre yeterli bir sebep değildir. Gerçekten de silahı kendisine idare teslim etmemiştir, ancak idare aynı zamanda kendi binası içindeki askeri bir malzemeyi de koruyamamıştır. Hiç olmazsa, silahın çalındığı sıradaki nöbetçi askerlerin hizmeti kusurlu yürüttüğü söylenebilir. Diğer taraftan, muhtemelen uzman çavuş, nöbetçi askerleri de aşarak karakola, bizzat orada çalıştığı için, yani hizmetle ilgili sıfatından dolayı, girebilmiş, silahın nerede tutulduğu bilgisini, yürüttüğü hizmet dolayısıyla edinmiştir. Kendisine yardımcı olan eri ise muhtemelen yine bu sıfatından dolayı ikna edebilmiştir. Dolayısıyla, kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altındaki kamu görevlisinin kişisel kusurunun, hizmetin sağladığı olanaklar, araçlarla ortaya çıktığı açıktır ve bu durum, idarenin sorumluluğunu gerektirir.

Sonuç olarak, buraya kadar anlatılanları özetleyecek olursak, hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı artık sorumluluğun sahibini tespit eden değil, rücuya etki eden bir ayrımdır. Yukarıda, yargı içtihatlarıyla açıklandığı üzere kişisel kusur, görev veya hizmetle bağı ölçüsünde (hizmet içinde ağır, kasıtlı, suç niteliğinde olsa bile veya yargı kararları görmezden gelindiği, ya da hizmet dışında ancak hizmetin olanaklarıyla ortaya çıkan kusurlar) görev kusuru olarak sayılarak idarenin kusurlu sorumluluğuna yol açmaktadır. Doktrinde en çok alıntılanan, Fransız kanun sözcüsü Léon Blum'un "*Lemonnier*" davasındaki ifadesiyle, "(ajan ve) kusur belki hizmetten ayrılıyor, fakat hizmet (ajan ve) kusurdan ayrılmıyor"⁶⁰⁴. Bu yönüyle kişisel kusurun tespit edilmesi önemlidir, çünkü rücuya etki edecektir. Dolayısıyla, eğer kişisel kusur görülmezse, rücu da söz konusu olmaz, idare hizmet kusuru sebebiyle verdiği zararı kendisi tazmin eder ve kimseye dönemez. İdarenin sorumsuzluğunun kabul edildiği tek durum ise, kamu personelinin görevin dışında olmak kaydıyla, saf kişisel kusuru durumudur. Keza saf kişisel kusur görevin içinde tanımlanamamakta, tanımlandığı takdirde hizmetten ayrılmadığı için görev kusuru olarak değerlendirilmektedir. Kaldı ki belirttiğimiz gibi saf kişisel kusuru kamu görevlisi sıfatıyla tanımlamak da anlamını kaybetmektedir, çünkü artık kamu görevlisi herhangi bir kişi olarak görülmektedir.

⁶⁰⁴ DURAN, a.g.e, s. 110. (Parantez içindeki ifadeler GÜRAN'a aittir. Bkz GÜRAN, a.g.e, s. 56.)

SONUÇ

Tarihsel olarak devletin sorumsuz kabul edildiği dönemlerden, sorumluluk rejimine geçişin hukuksal düzlemdeki gerçekleşme aşaması, kaçınılmaz olarak yöneten ve yönetilen arasındaki iktidar ve güç ilişkilerini de yeniden gözden geçirmeyi gerektirmiştir. Zaten ikisi arasında temelde eşitsiz kurulmuş bu ilişki, avantajlı olan tarafın hukuka aykırı davranışlarının yargısal denetimiyle dengelenmeye çalışılmıştır. Çünkü devlet, en azından kendi yaratıcısı ve uygulayıcısı olduğu hukuk düzeni içinde hareket ederek onun koruyucusu olduğunu göstermek zorundadır. Dolayısıyla sorumluluğun kabulü, sorgulanmayı ve hesap vermeyi kabul etmekle birlikte gerçekleşmektedir. Bu sorgulama süreci, bir taraftan diğer öznelerin de hesaba katıldığı, demokratik toplum ve hukuk devleti ilkelerine sırtını yaslayarak yönetim aygıtını sınırlarken, diğer taraftan yönetilenlerin de adalet duygusunu az çok tatmin etme işlevi görmektedir. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir idareden hukuka uygun hareket etmesini beklemek kadar doğal bir şey olmaz. Bu nedenle idarenin meşruiyet zemini, ancak sorumluluğunun etkin ve bağımsız denetim olanaklarının varlığıyla sağlamlaşmaktadır.

Hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğun idare hukukunun belki de en çok içtihadı dayanan konusu olması, denetim mekanizmaları arasından yargısal olan ile elde edilen içtihadi bilgiyi, bu tez için öncelikli bir kaynak kılmaktadır. Diyebiliriz ki, zararın tazmin edilmesine yönelik olarak idareyi dava edebilmek için, zararın kaynağının idare olarak gösterilmiş ve kusurunun tespit edilmiş olması yetmemektedir. Yani dava edilebilirlik ile tazmin edilebilirlik aynı şeyler değildir ve gördük ki, idareye kendisinden kaynaklanan bütün zararlar her zaman ödettilmemektedir. Çünkü sorumluluğun belli koşulları vardır ki bu koşullar somut olayda farklılık göstermektedir.

Aynı zamanda, idarenin sorumlu tutulduğu veya sorumsuz olduğu pek çok durumun kendi içinde istisnalar içerdiğini ve bu istisnaların her durumda başkaca gerekçelere dayandırıldığını da gördük. Bunun nedeni büyük ölçüde, hizmet kusurunun özüne ilişkin açık mevzuat hükümlerinden yoksun olunmasıdır. Dolayısıyla, içerik çoğunlukla yargı yerleri tarafından doldurulurken hâkimin takdir

yetkisi öne çıkmakta ve bu yetki de kendi içinde bir esneklik barındırmaktadır. Bu durum, kamu hizmetinin ve dolayısıyla hizmetten kaynaklanan sorumluluğun şartlarının değişen koşullara uygun olarak yeniden belirlenmesi açısından olumlu bir sonuç içerirken, benzer olaylar karşısında birbirinden farklı sonuçların aynı yargı düzeni içinde ortaya çıkması ise, tezde bizi sıkça içtihadın istikrar ve çelişmezlik unsurları bakımından şüpheye düşürmüştür. Böylece pek çok kez, sorumluluğun dayandığı gerekçeler açısından ciddi bir dengesizlik tespit edilmiştir. Örneğin Danıştay, çatıya çıkıp kar atma şakası yaparken düşerek yaralanan kişinin kusurunu, gecenin bir yarısı onun çatıya çıkmasını engelleyemediği için gözetim görevini yerine getirmediği gerekçesiyle idare ile paylaştırmışken; koyun otlatmak için mayınlı araziye giren çocuğun mayına basması üzerine ayak bileğinin koptuğu olayda, idareye gözetim görevi ile ilgili bir soru sormamaktadır. Hatta kimi zaman mahkemelerin, idareden kaynaklanan zararların tazminine yönelik cömertçe başvurduğu kusursuz sorumluluk esaslarına bile değinmeksizin, tazmin taleplerinin reddedildiğini gördük. Özellikle, idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplerin anlatıldığı sırada bunun örnekleri sıkça karşımıza çıktı.

Diğer taraftan bu tezde, kuramsal olarak idarenin sorumluluğunu gerektiren kusurların hangilerinin ağır, hangilerinin basit kusur teşkil edeceği ve bu kusur koşullarının hangi kriterlere göre belirleneceğini teşhis etmek oldukça zor olmuştur. Danıştay içtihatlarından yola çıkmak da bu durumu belirginleştirmemiştir. Çünkü daha önce idarenin faaliyet gösterdiği hizmet alanlarının genişlemesi, teknolojik, yönetim bilimsel tercihler ve sosyolojik koşullar, hizmetin işleyişini sürekli değiştirmekte ve yargı yerleri de, her dava için farklı somut gerçeklikleri göz önüne alarak karar vermek durumunda kalmaktadır. GÜRAN'ın da belirttiği üzere, her olayda, kusurun yoğunluğunun araştırılması, çağdaş ve düzenli bir idarenin tutum ve davranışlarının nasıl olması gerektiğine bakılarak belirlenir. Bu ölçüt, ne ideal bir idarenin özlenen düzeyi, ne de kimi örgüt ve hizmetlerin standartlarının altındaki fiili durumdur. İdarenin sorumluluğu bakımından vurgulanması gereken nokta, kendi kategorisine giren normal bir kuruluştan istenen ve beklenen tutum ve davranış çerçevesinde değerlendirilme yapılması gereğidir⁶⁰⁵. Bu gereklilikten hareketle,

⁶⁰⁵ GÜRAN, a.g.e, s. 84.

belirli bir döneme dair yargı kararlarından sonuçlar çıkarabilmek mümkünken, genel olarak kusurun derecesine ilişkin, kesin bir belirleme yapmak mümkün olmamıştır. Ancak yukarıda yaptığımız gibi, her an değişebileceğine yönelik bir şerh koyarak, genellikle hangi durumlarda, mahkemelerin ne yönde karar verdiklerini göstermeye çalıştık.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ağır kusur koşulu idarenin sorumsuzluğundan sorumluluk rejimine geçiş döneminde, gerçekten işlevsel bir niteliğe sahipti. Daha önce hiç müdahale imkânı olmayan alanlar, artık sınırlı da olsa, bir biçimiyle idarenin sorumluluk rejiminin kapsamına dâhil edilmişti. Daha sonraki aşamalarda ise, kusurun derecelendirilmesi, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararları ödeme yükümlülüğünü kısıtlamak ve sınırlamak amacıyla kullanılan bir teknik olarak formüle edilmiştir. Kusuru derecelendirmek, bugün gerçekten kimi durumlarda idarenin sorumluluğunu sınırlamak, kimi durumlarda ise tazminatı belirleyen bir faktör olarak kusurun vahametine vurgu yapmak için kullanılmaktadır. Dolayısıyla, bir “niteleme” veya ”vurgu” olması açıdan kusurun derecelendirilmesi, sorumluluğun kurucu unsuru olarak görülmemektedir. Böyle durumlarda sorumluluk zaten kabul edilmiştir, fakat özel hukukta olduğu gibi, ancak sorumluluğun kapsamı ve tazminatın miktarını belirleyen bir ölçü olarak değerlendirilmektedir.

Günümüzde, büyük ölçüde kusursuz sorumluluğa gidildiği bir dönemde, idarenin sorumluluğunun ağır kusura bağlanması anlamını yitirmektedir⁶⁰⁶. DURAN, “toplum yaşamı sonucu olarak, bireylerin sağladıkları yararlar karşılık idari faaliyet ve hizmetlerin olağan ve kaçınılmaz bazı kusurlarının doğduğu kimi yükümlülükler katlanmaları doğal sayılmalıdır”⁶⁰⁷ demektedir. OZANSOY ise idarenin bireylere sağladığı yararların kuşkusuz çok geniş olduğuna katılarak “hakkını teslim etmek” gerektiğini söylese de, bu gerçeğin sorumluluk hukuku konusunda belirleyici olmaması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü “bu hizmetler de nihayet toplumun finanse ettiği ve katıldığı hizmetlerdir. Dolayısıyla, idare, bu hizmetlerin gerektirdiği kaynak için bireylere vergi vb. mali külfetler getirebilmeli; fakat verdiği zararları da

⁶⁰⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 293.

⁶⁰⁷ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s.35.

karşılmalıdır. Her iki konu “ayrı kalemlerdir” ve telifi (veya takası) gerekmez. Kaldı ki, yasal mali külfetler –hiç olmazsa karine düzeyinde- eşit bir dağılıma yönelirken; zararların dağılımında çoğu kez bu beraberlik sağlanamaz ve bazı bireyler, başkalarından farklı ve olağandışı yükümlerle karşılaşabilirler”⁶⁰⁸

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun mevcut olduğu durumlarda, idarenin sorumluluğunun tespitini, kişisel kusurun hizmetle bağı, hizmete ait araç gereçlerin kullanımı veya kamu görevlisi olmanın sağladığı olanaklar çerçevesinde araştırdık. Kişisel kusurun hizmetle olan ilişkisinin, doktrin ve içtihatlarca nasıl tanımlandığı ve sorumluluğun yönünün nasıl tayin edildiğini göstermeye çalıştık. Ulaştığımız sonuçsa, hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımının artık sorumluluğun sahibini tespit eden değil, rücuya etki eden bir ayırım olduğuydu. Bu konuyla ilgili dikkatimizi çeken bir husus, görev kusuruna ilişkin adli ve idari yargı yerlerinin farklı bakış açılarıdır. Görev kusurundan kaynaklanan zararlar söz konusu olduğunda, uzunca bir süre adli yargı yerleri açılan davaları kabul etmiş, Yargıtay da kamu personelinin suç niteliğindeki, kin, garaz ve husumetle hareket ettiği, ağır nitelikteki kişisel kusurlarından kaynaklanan zararları kendisinin ödemesi gerektiği yönünde kararlar vermekten çekinmemiştir. Kanımızca Yargıtay’ın bu yaklaşımının altında yatan sebep, kamu görevlilerinin keyfi bir biçimde istedikleri zararı vermekten çekinmedikleri durumlarda, açılan davalara eğer kendisi bakmazsa idari yargı yerlerinin bakacağı endişesidir. Aslında Yargıtay’ın bu endişesinde haklılık payı da vardır. Çünkü bu davalara idari yargı yerleri baktığında, zararın idarece ödenmesine karar verilecektir. Rücu hakkı saklı olduğundan ve idare de rücu etmezse, ortaya çıkan hukuka aykırılık ve uğratılan zarar kamu personelinin yanına kar kalacaktır. Bir milli eğitim müdürünü on iki defa görevden alan yöneticinin motivasyon kaynağı tahminimizce, zaten tazminatın idarece ödeneceği ve rücu mekanizmasının nasıl olsa kendisi aleyhine işletilmeyeceğine olan güçlü (ve eğer aynı işlemi on iki kez tekrar edebiliyorsa, gerçekçi !) inancıdır. Diğer taraftan, tazmin borcunun doğrudan kamu görevlisine yöneldiği varsayılsa bile, idari yargıdaki manevi tazminatın pek çok davada sembolik miktarlarda olması, sanıyoruz ki ödeme gücü göz önüne alındığında, görev kusuru işleyen üst düzey bir yöneticinin veya bir bakanın,

⁶⁰⁸ OZANSOY, Tarihsel ve Kuramsal Açından, s. 278-279.

mahkeme kararlarına rağmen aynı hukuka aykırılığı devam ettirmesinin önünde caydırıcı ve eğitici bir etkisi olmayacaktır. Ancak öyle düşünüyoruz ki, bu sorun ne sadece etkili bir rücu mekanizmasıyla, ne de yüksek tazminat miktarlarıyla çözümlenebilir. Kamu görevlisinin, görevi ihmal veya görevi kötüye kullanma suçları bakımından cezai müeyyidelere tabi tutmak da sorunu çözmemektedir. Nitekim idari yargı düzeni tarafından verilen kararları uygulamayan kamu görevlileri aleyhine, ilgililer Cumhuriyet Savcılıklarına şikâyette bulunmakta ve suç duyuruları yapılmaktadır. Yurttaşların yaptıkları bu başvurulardan çok azı, yargı önüne gelebilmektedir.⁶⁰⁹

Yukarıdaki seçenekler muhakkak, hukuka aykırılıkların önlenmesi için işletilmesi gereken mekanizmalardır, ancak sanıyoruz ki tek başlarına yeterli olmayacaklardır. Bize göre önemli olan, “tazmin eden” ya da hukuka aykırılıkların “sigortacı”sı devlet anlayışından vazgeçmektedir. Bu, bir ölçüde yargı kararlarıyla sağlanmaktadır aslında. Çünkü idarenin hukuka aykırı işlemlerini iptal eden veya idareyi tazminat ödemeye mahkûm eden yargı kararları, idareye ve personeline hukuka aykırılığı göstermekle kalmamakta, aynı zamanda hukuka uygun hareket etmesi yönünde bir davranış kalıbı da sunmaktadır. Dolayısıyla, idarenin sorumluluğunun eğitici bir etkisi vardır.⁶¹⁰ Bu kalıba uymak açısından yargı kararları düzgün idare için ideal bir fırsat olarak görülebilir, ancak uyup uymamak nihayetinde kendi takdirine kalmıştır. İdarenin hukuka uygunluğunu sağlamak elbette pozitif telkin yöntemleriyle elde edilemeyecektir. Bir davranışı suç olarak tanımlayarak cezalandırmak veya tazminat ödemeye mahkûm etmek de tek başına bu sorunu çözmemektedir. Bu sözlerimizden, yargısal mekanizmaların hiç bir etkisi olmadığı sonucu da kesinlikle çıkarılmamalıdır, aksine eleştirimiz yargı kararlarının etkisizleştirilmesi üzerinedir ve savunduğumuz şey, bu sürecin tamamlanması için sunulan davranış kalıbının idarece ve idare adına hareket edenlerce benimsenmesi gerekliliğidir. Dolayısıyla yargılama sürecini, idarenin hukuka uygunluğunun

⁶⁰⁹ KARAHANOGULLARI, Onur, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları”, **Mülkiye**, C. 29, S. 279, Kış, 2005, s. 89-97

⁶¹⁰ YAŞAR, H. Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, İstanbul, 2008, s. 201-220, s. 207.

denetiminin yanı sıra hukukun biçimsel ve mantıksal sınırlarının ötesine geçerek, diğer bilim dallarından da yararlanan, düzgün bir idarenin araştırılma süreci⁶¹¹ olarak tanımlarsak, idarenin de aynı sürece kendi iradesiyle katılımı önem taşımaktadır.



⁶¹¹ KARAHANOĞULLARI, “İdarenin Hukukla Kavranması”, s. 21.

KAYNAKÇA

ACAR, Ayla, “Basında Tan Olayı - 4 Aralık 1945”, **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S. 43, İstanbul, 2012, s. 1-22.

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

ALTAY, Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

ATAY, E. Ethem, ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2.B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

AZRAK, A. Ülkü, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 2, 1962, s. 367-381.

AZRAK, A. Ülkü, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 50-53.

BALKAR, K. Galip, “Haksız Fiil mi, Hizmet Kusuru mu?”, **Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3, Ankara, 1957, s. 109-113.

BEREKET, Zuhâl, “**Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 637-659.

BONNARD, Roger, **İdarenin Kazai Murakabesi**, çev. A. Reşid TURNAGİL, İstanbul, Devlet Basımevi, 1939.

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

CROZAT, Charles, “Fransız Amme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, çev. Ferit H. SAYMEN, C. 1, S. 3, Ağustos 1935, s. 281-302.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 6. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

DELCROS, Xavier, DELCROS, Bertrand, “Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi”, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, çev. Turgut

CANDAN, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 39, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984.

DESCHENAUX, Henri, TERCİER, Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983.

DUEZ, Paul, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti**, çev. İbrahim ŞENİL, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1950.

DUGUIT, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Yayınları, çev. Süheyp DERBİL, Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1954.

DUPUIS, Georges, GUÉDON, M. José, CHRÉTIEN, Patrice, **Droit Administratif**, 11. B., Paris, Dalloz, 2009.

DURAN, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları No: 138, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, Halk Basımevi, 1957.

DURAN, Lütfi, "İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası – Tam Yargı Davası", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 3-4, 1967, s. 3-26.

DURAN, Lütfi, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", **Armağan**, TODAİE-Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 60-120.

DÜREN, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 447, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 14. B., Ankara, Yetkin Basımevi, 2012.

EREN, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 361, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.

ERKUT, Celal, "Deprem ve İdare'nin Sorumluluğuna Danıştay'ın Yaklaşımı", **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 44-49.

ESİN, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, Birinci Kitap: Usul, 2.B., Ankara, 1976.

ESİN, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973.

EVREN, Ç. Can, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, s. 263-297.

GİRİTLİ, İsmet, ve d., **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2013.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, B. 2, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, 1977, Kazancı Yayınları, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C. I, 10.B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 3-4, Ankara, Haziran-Aralık 1995, s. 193-199.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, 34. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. B., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

GÜRAN, Sait, “**Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, (12-13 Mart 1982, Ankara), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 77-87.

GÜRAN, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, S. 12/1, Mart, 1979, s. 55-62.

GÜRAN, Sait, “**Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 151-170.

GÜRSOY, K. Tahir, “**İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 71-135.

HAURIOU, Maurice, “**La consécration de la responsabilité de l’administration dans les services de la police**”, Note sous CE, 10.02.1905, Tomaso Greco, requête numéro 10365 et CE, 17.02.1905, Auxerre, S. 1905. 3. 113. (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=11579).

HAURIOU, Maurice, “**La distinction de la force majeure et du cas fortuit**”, Note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912.3.161: Revue générale du droit *on line*, 2013, numéro 13263. (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13263)

KANETİ, Selim, “**Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 143-162.

KARAHANOGULLARI, Onur, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları”, **Mülkiye**, C. 29, S. 279, Kış, 2005, s. 89-97.

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

KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

KARAKAŞ, F. Tülay, “Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Ankara, 2006, s. 143-156.

KARAÇAY, Timur, “**Olasılığın Temelleri**”, Mantık, Matematik ve Felsefe IV.Ulusal Sempozyumu, Foça, 5-8 Eylül 2006, s. 1-13.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 16. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

KOCABAŞ, Gediz, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 3, İstanbul, 2014, s. 273-302.

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

LEMOTHE, A. L. G. Dutheillet, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, çev. Süheyp DERBİL, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-4, Ankara, 1960, s. 113-120.

OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 8. B, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

ONAR, S. Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. B., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

OZANSOY, Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 73-87.

ÖZAY, İ. Han, **Günişğinde Yönetim**, XX inci Yüzyılın Son Çeyreğinin “Jön Türk”lerine, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002.

ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963.

ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 4, Ankara, 2001, s. 81-106.

ÖZKAN, Oğuz, “İdari Yargı Uygulamasında Doğal Afetler”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 123- 172.

ÖZYÖRÜK, Mükbil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Teksir-Daktilo-Fotokopi, Ankara, 1972-1973.

SARICA, Ragıp, “Fransa’da Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında Şikâyeti Mucip Fiilin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusurumu Teşkil Ettiğini Takdir İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier Kararındanberi Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 13, S. 1, 1947, s. 23-64.

SARICA, Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 15, S. 4, İstanbul, 1949, s. 858-895.

SARICA, Ragıp, “İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir Mi ?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 11, S. 3-4, 1945, s. 3-35.

SARICA, Ragıp, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 10, S. 3-4, 1944, s. 486-514.

SARICA, Ragıp, “Mahkeme İçtihatları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası**, C. 10, S. 1-2, İstanbul, 1944, s. 389-408.

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

SEROZON, Rona, “Depremzedelerin Tazmin İstekleri”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 59-63.

TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:159, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961.

TEKİNSOY, Ayhan, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 71, 2013/1, s. 19-55.

ULER, Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

ULUSOY, Ali, “Deprem ve Kamu Hizmetlerinin Etkinliği”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 54-56.

ÜNAL, Mehmet, “Karar Tahlili”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.36, S. 1, 1979, s. 295-304.

YAŞAR, H. Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, İstanbul, 2008, s. 201-220

YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 39, S. 1-4, İstanbul, 1980-1981, s. 201-211.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2.B, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010.

YAYLA, Yıldızhan, “**İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 45-59.

YILDIZ, Hayrettin, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Bağı Meselesi”,
Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, S. 116, Ocak-Şubat 2015, s. 135-178.
ZABUNOĞLU, Y. Kazım, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara, Yetkin Basımevi, 2012.



ÖZET

Ergün, Cengiz, Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluk, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy, 200 s.

Bu tezin konusu, hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluktur, dolayısıyla, diğer sorumluluk hallerini kapsamamaktadır. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki bozukluk veya aksaklık olarak tanımlanan hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde ortaya çıkmakta ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Hizmet kusuru bağlamında ele alınacak konular, iki bölümde anlatılmıştır. İlk bölümde hizmet kusurunun tanımı, nitelikleri, sorumluluğun koşulları ve sorumluluğu ortadan kaldıran veya azaltan durumlar anlatılmıştır. Hizmet kusurunun belirlenmesine ilişkin özel durumların anlatıldığı ikinci bölümde ise idarenin hukuka aykırı işlemlerinin hangi durumlarda hizmet kusuru olarak kabul edildiği, basit ve ağır kusur ayrımı, kamu görevlisinin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığı konular incelenmiştir.

İncelemenin sonucunda, hizmet kusurunun dayanakları yönünden açık mevzuat hükümlerinin yokluğu dolayısıyla, genellikle içtihatla belirlenmekte olduğunu, fakat içtihatlarda ise istikrarlı bir birlik olmadığını tespit ettik. Hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk her somut olayda farklılık göstermekteyken, çoğu zaman benzer olaylar karşısında da, aynı yargı düzeni içinde verilen kararlar benzer sonuçlara bağlanmamaktadır. İdare aygıtının hukuka aykırılığı yargı yerlerince tespit edilmiş işlem ve eylemlerini, sonuçlarına katlanmak pahasına devam ettirmekteki ısrarları göz önüne alındığında İdareyi tazminat ödemeye mahkûm eden yargı kararlarının, idareye bir davranış kalıbı sunamadığı anlaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Kusuru, Sorumluluk, Zarar, Kamu Hizmeti, İdare.

ABSTRACT

Ergün, Cengiz, Liability Derives From Service Fault, Master's Thesis, Advisor: Assoc. Prof. Dr. Ayhan Tekinsoy, 200 p.

This study deals with liability arising out of service fault. Service fault is defined in administrative law as defect or disruption in the organization, regulation or function of an administrative service. Service fault can occur as malfunctioning, or late-functioning, or disfunctioning of service, and it causes liability on the side of the administration.

Service fault is studied here under two sections. The first section deals with the definition and description of service fault; conditions of liability; and situations in which liability is extenuated or totally removed. The second section deals with determining the liability under special situations. Here, issues like distinguishing simple and gross fault or personal fault of public servant and service fault; and illegal acts of the public administration amounting to a service fault are examined.

The study finds that under the absence of clear legal basis in positive legislation service fault is determined basically by case-law; which is neither uniform nor consistent. Liability arising out of a service fault is decided on case-by-case basis. Nevertheless similar facts leads to dissimilar decisions within the same jurisdiction. The study also finds that court decisions holding public administration liable for its illegal acts and ruling for a compensation of damages do not however impose a code of conduct on the practice of public administration, as witnessed by their insistence on such practice although suffering the consequences.

Keywords: *Service Fault, Liability, Damage, Public Service, Administration.*