

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

Canan BOZAN AKYÜZ

Danışman
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL

İZMİR-2014

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

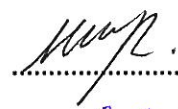
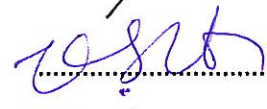
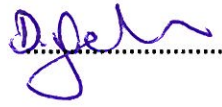
2005800301

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : CANAN BOZAN AKYÜZ
Tez Başlığı : İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Savunma Tarihi : 11.03.2014

Danışmanı : Prof.Dr.Meltem KUTLU GÜRSEL

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Meltem KUTLU GÜRSEL	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Demet ÖZDAMAR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (X)

Oy Çokluğu ()

CANAN BOZAN AKYÜZ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu" başlıklı Tezi (X) / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../20

Canan BOZAN AKYÜZ

ÖZET
Yükek Lisans Tezi
İdarenin Kusursuz Sorumluluğu
Canan BOZAN AKYÜZ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

İdare, işlem ve eylemlerinin neden olduğu zararları tazminle sorumludur. İdarenin hukuki sorumluluğu; idarenin kusurlu sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu olmak üzere iki farklı teoriye dayanmaktadır. İdarenin, kamu hizmetini yürütmek için kurduğu örgütlenmedeki eksiklikler ve giriştiği faaliyetlerin kusurlu olması nedeniyle ortaya çıkan zararlar, idarenin kusura dayalı tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır. İdarenin faaliyet alanının artması, kullanılan teknolojinin ilerlemesi, idari örgütlenmenin giderek karmaşılaşması gibi sebeplerle zarara neden olan olay ile idarenin kusuru arasındaki bağın kurulması ve kanıtlanması güçleşmiştir. Bunların yanı sıra idarenin işlem ve eylemlerinin neden olduğu zararların sadece idarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılarak giderilmesinin toplumsal ihtiyaçları karşılamadığı görülmüştür.

Gerçekten de kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve yürütülmesinde idarenin her hangi bir kusuru olmasa dahi yürütülen hizmetin bünyesinde mevcut olan veya hizmetin yürütülmesi için kullanılması zorunlu olan araç, gereç ve taşıtlar ile bayındırlık eser ve faaliyetleri içerdikleri kaçınılmaz riskler nedeniyle hizmeti yürüten kamu görevlilerinin, hizmetten yararlanan kişilerin ve hizmete tamamen yabancı olan üçüncü kişilerin bir takım zararlara uğramasına neden olabilmektedir. Yine idarenin, hukuka uygun idari işlem ve eylemleri nedeniyle toplumdaki bazı kişi ve gruplar, toplumun diğer fertlerine oranla özel ve olağandışı zararlara uğrayabilmektedir. İdarenin bünyesinde risk barındıran faaliyetleri veya hukuka uygun olmakla beraber kamu

külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasına neden olan idari işlem ve eylemlerinin yol açtığı zararlar klasik kusur teorisi ile tazmin edilemez iken idarenin kusursuz (objektif) sorumluluğu teorisi çerçevesinde tazmin edilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğu teorisi; “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”, “risk ilkesi” ve “sosyal risk” olmak üzere üç temel ilkeye dayanmaktadır. İdarenin kamu hizmetini, eksiksiz ve gerektiği şekilde yerine getirebilmek için bünyesinde risk barındıran araç ve gereçleri kullanmaktan ve riskli faaliyetlere girişmekten ka ınamayacağını ve teknolojik ilerlemeler sonucunda idarenin daha da tehlikeli araç ve gereçleri kullanmaya başladığı ve faaliyetlere giriştiği gerçeğini göz önüne aldığımızda idarenin kusursuz sorumluluğunun önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Yine  lkemizde sıklıkla yaşanan terör eylemleri ile sosyal olayların neden olduğu zararların “sosyal risk” kapsamında değerlendirilerek tazmin edildiğini nazara aldığımızda teorinin geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu ve güncelliğini koruduğunu görmekteyiz.

Çalışmamızda idarenin kusursuz sorumluluğu teorisini, dayandığı temel ilkeleri, idarenin kusursuz sorumluluğunun koşulları ile uygulama alanını tespit etmeye çalıştık. Bu konuda yazılmış olan temel eser ve makaleler ile konuya ilişkin yargı kararlarına yer vererek teoriyi çeşitli yönleri ile ele aldık.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, İdarenin Objektif Sorumluluğu, Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Sosyal Risk.

ABSTRACT
Master's Thesis
The Objective Responsibility of Administration
Canan BOZAN AKYÜZ

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

The Administration is responsibility for the damages resulting from its deeds and actions. The responsibility of the Administration is based on two distinct theories, namely, fault-based responsibility and objective responsibility. Fault-based responsibility arises from the deficiencies of the organizations founded by the Administration to execute public services and the damages resulting from the faulty acts of the Administration. The establishment and proof of causality between the act that causes damage and the fault of the Administration become difficult due to the expansion of the field of administrative acts, the advance in the technologies in use, and the sophistication of administrative organizations. Moreover, it has been observed that the social needs are not fulfilled by the compensation of the damages caused by the Administration's acts and dispositions, on the sole grounds of fault-based responsibility theory.

Indeed, even when the Administration is not at fault in the organization and execution of public services, losses may incur on persons who benefit from the services and persons who are completely alien to the services due to the inevitable risks involved in the necessary tools, equipment and means which are present and essential for implementing the service. Moreover, special and extraordinary losses may incur on particular persons and groups of society due to administrative acts and dispositions conducted in accordance with law. Losses incurred by the administrative acts that contain risks, or, those

administrative dispositions and acts that while being in compliance with law do result in the disturbance of equality according to public obligations, are not suitable for compensation according to the classical fault-based responsibility theory. The compensation of such losses require the consultation of the theory of the objective responsibility of the Administration. The objective responsibility theory of the Administration is based on three essential principles: “the principle of equal sacrifices”, “risk principle” and "social risk". The importance of the objective responsibility becomes clear when the fact that the Administration, in order to proceed with public service without any deficiency, would not refrain from using tools and equipment that contain risks and from conducting acts that involve risks, and that in parallel with the technological advances, the Administration employs more detrimental means and equipment. In addition, the actuality of the theory of objective responsibility and the extent of the field of its application are observed in the evaluation in terms of “social risk” and compensation of losses incurred by terrorist incidents and social protests, which occur often in our country.

In this study, we try to define the theory of objective responsibility of the administration with its main principles, conditions and field of application. We discuss the theory by taking into account the essential works and articles in this topic and evaluating the jurisdiction regarding this subject.

Keywords: The Objective Responsibility of Administration, The Objective Responsibility of Administration in Terms of Risk Principle, The Objective Responsibility of Administration in Terms of The Principle of Equal Sacrifices, Social Risk.

BİRİNCİ BÖLÜM
İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU
İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

I - İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ	3
II- İDARENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAĞI	7
III- İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ	10
A . İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru Kavramı	10
1. Kusur (Hizmet Kusuru)	13
2. Hukuka Aykırılık	15
3. Zarar	17
4. Nedensellik Bağı	20
B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu	21

İKİNCİ BÖLÜM
İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN
KOŞULLARI VE SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN
VEYA AZALTAN SEBEPLER

I - GENEL OLARAK İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAVRAMI	23
II - TÜRK İDARE HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUĞUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ	25
III - İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI	31
A. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi	34
B. Hasar (Risk) İlkesi	42
C. Sosyal Risk	45
1. Sosyal Olaylar	48
2. Terör Eylemleri	52
IV - İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN DURUMLAR	56
A . İdarenin İşlemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk	56
B . İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk	60
V- İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI	76
A . Kusursuzluk	76
B . Özel Ve Olağandışı Zarar	78
C . Nedensellik Bağı	81
VI- İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAVRAMI İLE ÖZEL HUKUKTAKİ KUSURSUZ SORUMLULUK KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI	84
VII - İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER	89
A . Mücbir Sebep	90
B . Beklenmeyen Hâl	101

C . Zarar Görenin Davranışı	105
D . Üçüncü Kişinin Davranışı	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNDA ZARARIN HESAPLANMASI VE TAZMİNİ

I- ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN İLKELER	117
A. Nakden Tazmin İlkesi	117
B. Sorumluluk Oranınca Tazmin İlkesi	119
C . Taleple Bağlılık İlkesi	120
D . Tam Tazmin İlkesi	124
E . Denkleştirme İlkesi	126
1 . Zarar Sebebiyle Kurumlarca Ödenen Miktarlar	126
2. Zarar Sebebiyle Elde Edilen Kazançlar	129
3 . Başka İşlerden Elde Edilen Kazançlar	129
4 . Müterafik Kusur	130
II- ZARARIN HESAPLANACAĞI TARİH	130
III - TAZMİNATIN HESAPLANMASI	132
A . Manevi Tazminatın Hesaplanması	132
1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat	136
2. Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat	138
3. Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat	140
4. Mala Yönelik Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat	141
B. Maddi Tazminatın Hesaplanması	142
1. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat	144
a. Cenaze Giderleri	144
b. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	145
c. Ölüm Hemen Gerçekleşmemişse Tedavi Giderleri İle Çalışma Gücünün Azalmasından Veya Yitirilmesinden Doğan Kayıplar	149
2. Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Maddi Tazminat	150
a. Tedavi Giderleri	151

b. Kazanç Kaybı	152
c. Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar	152
d. Ekonomik Geleceğin Sarsılması Nedeniyle Kayıplar	156
3. Mala Yönelik Zararlarda Maddi Tazminat	156
IV. MADDİ TAZMİNAT MİKTARININ HESAPLANMASINDA YÖNTEM SORUNU	157
V. TAZMİNATIN ŞEKLİ	160
VI. TAZMİNATTA FAİZ	162
A . Talep Şartı	163
B. Faizin Başlangıç Tarihi	164
C. Temerrüt Faizi	165
D. Mürekkep Faiz Yasağı	166
E . Manevi Tazminatta Faiz	166
SONUÇ	169
KAYNAKÇA	173

KISALTMALAR

AİDS	Acquired Immuno Deficiency Syndrome (Edinilmiş Bağışıklık Yetersizliği Sendromu)
AÜHFY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını
AY.	Anayasa
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
Bkz/bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	Çeviren
D.	Danıştay
DD.	Dava Dairesi
DİDDGK	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DİE	Devlet İstatistik Enstitüsü
dn.	Dipnot
DrI. Krl.	Daireler Kurulu
E.	Esas
Ed.	Editör
EGO	Elektrik Gaz Otobüs
HD.	Hukuk Dairesi.
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	İzmir Barosu Dergisi
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsleri
KTk	Karayolları Trafik Kanunu
Md/md.	madde
TMK	Türk Medeni Kanunu
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

OHAL	Olağanüstü Hal Bölgesi:
OYAK	Ordu Yardımlaşma Kurumu
PMF	Population Macculine et-Feminine
RG.	Resmî Gazete
s.	Sayfa No
ss.	Sıra Sayfalar
S.	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCDD	Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
THY	Türk Hava Yolları
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TÖB-DER	Tüm Öğretmenler Birleşme ve Dayanışma Derneği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UY. Mah.	Uyuşmazlık Mahkemesi
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay

GİRİŞ

İdarenin hukuki sorumluluğu bilindiği üzere iki farklı teoriye dayanmakta ve uğranılan zararlar bu teoriler çerçevesinde tazmin edilmektedir. Bunların ilki idarenin kusurlu sorumluluğu olup diğeri idarenin kusursuz sorumluluğu bir diğeri adı ile idarenin objektif sorumluluğu teorisidir. Çalışmamızda, idarenin kusursuz sorumluluğu teorisini ele alarak incelemiş bulunmaktayız. Tez konusunun kapsamı, İdarenin tek yanlı idari işlemleri ile idarenin eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluğu bağlamında ele alınmaktadır.

İdarenin veya kamu görevlisinin her hangi bir kusuru olmamasına karşın kamu görevlilerinin, hizmetten yararlananların veya yürütülen kamu hizmetine tamamen yabancı konumundaki üçüncü kişilerin uğradıkları zararların bazı kayıt ve şartlar altında idarece tazmin edilmesi şeklinde ifade edebileceğimiz idarenin kusursuz sorumluluğu teorisini çeşitli yönleri ile incelemeye çalıştık. İdarenin kusursuz sorumluluğunu ele alış sebebimiz idarenin faaliyet alanının artması, kullanılan teknolojinin ilerlemesi, idari örgütlenmenin giderek karmaşıklaşması gibi sebeplerle idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hallerin artmış olması ve teknolojik ilerlemelere paralel olarak zaman içerisinde daha da genişleyecek olmasıdır. Örneğin, tıp alanında kullanılmaya başlanan yeni tanı ve tedavi yöntemlerine her geçen gün bir yenisi eklenerek idarenin yürüttüğü sağlık kamu hizmetinin bir parçası olmaktadır. Yine bu güne kadar kullanılan hizmet araçlarına, bir yenisi eklenmekte ve bünyesinde ciddi şekilde risk barındıran nükleer santral gibi yeni bayındırlık eserlerinin yapılması gündeme gelmekte ve bazı riskli faaliyetlere girilmektedir. İdarenin kamu hizmetini yürütürken bünyesinde risk barındıran araç ve gereçleri kullanması, bayındırlık eserlerinden yararlanması ve riskli faaliyetlere girişmesi idarenin kusursuz sorumluluğunun genişlemesine yol açmakta ve sınırlarını giderek zorlamaktadır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde; idarenin sorumluluğunun doğuşu ve gelişimini, idarenin sorumluluğunun hukuki dayanaklarını ve idarenin sorumluluğunun türlerini inceledik.

İkinci bölümde; Türk İdare Hukuku'nda kusursuz sorumluluğun doğuş ve gelişimini, idarenin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanaklarını, kusursuz

sorumluluğu gerektiren durumları ve kusursuz sorumluluğun koşullarını öğretideki görüşler ile konuya ilişkin yargı kararlarına yer vererek inceledik. Bu çerçevede idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumların ancak idari işlem ve eylemlerden doğabileceğini belirttik. İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için söz konusu idari işlem ve eylemlerinde idarenin her hangi bir kusurunun olmaması gerektiği ayrıca uğranılan zarar ile idari işlem ve eylem arasında nedensellik bağının olması gerektiğine değindik. İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için uğranılan zararın “özel” ve “olağandışı” olmak gibi bazı nitelikleri taşıması gerektiğini açıkladık. İdarenin kusursuz sorumluluğunun, hukuki dayanağı konusunda öğretideki görüşlere yer verdikten sonra idarenin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanağının; “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”, “hasar (risk) ilkesi” ve “sosyal risk” ilkesi olduğunu belirttik. Türk İdare Hukuku'nda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, uygulama alanını oluşturan içtihatların ağırlıklı olarak devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin hukuka uygun davranışları sonucu malvarlığında özellikle de taşınmaz mülkiyetinde meydana gelen zararlara ilişkin olduğuna değindik. Hasar (risk) ilkesini incelerken, idarenin hiçbir ihmali veya kusuru olmasa dahi yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararların bu ilke gereğince tazmin edildiğini belirterek risk sorumluluğu kapsamında yer alan halleri inceledik. Sosyal risk ilkesini incelerken, ekonomik, sosyal ve siyasal nedenlerle ölkemizde sıkça yaşanmakta olan toplumsal olaylar ve terör eylemleri nedeniyle uğranılan zararların sosyal risk kapsamında hangi kriterler çerçevesinde tazmin edildiğini açıkladık. Bu bölümde ayrıca idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan sebeplerin neler olduğunu inceledik. İdarenin kusursuz sorumluluğunun ortadan kaldıran veya azaltan sebepleri mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olarak inceleyerek konuya ilişkin yargı kararlarına yer verdik.

Üçüncü bölümde ise idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince tazmini gereken maddi ve manevi zararların neler olduğunu detaylı bir şekilde inceleyerek tazminata egemen olan temel ilkeleri açıkladık Maddi ve manevi tazminat miktarının hesaplanmasını, tez konumuzdan uzaklaşmayacak şekilde ana hatları ile ele alarak bu konuda uygulamada yaşanan bazı güçlüklerle dikkat çektik.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

I - İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

İdarenin sorumluluğunun kabulü ve uygulama alanının genişlemesi uzun tarihsel bir sürece yayılmıştır. Başlangıçta mutlak ve sorumsuz olan devlet egemenliği ilkesi önce devletin hukuki sorumluluğunun kabulü ile ortadan kalmış ve yaşanan tarihsel sürece paralel bir şekilde gelişen çeşitli siyasal, sosyal ve ekonomik sebeplerle idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Söz konusu bu gelişmeleri aşağıda ana hatları ile ele almış bulunmaktayız.

Devletin hukuki sorumluluğunu tarihsel olarak başlıca üç farklı döneme ayırmak mümkündür¹. XIX. Yüzyıl'ın başlarına kadar olduğu kabul edilen birinci dönemde kural olarak pek çok devlette, mutlak olarak devletin sorumsuzluğu ilkesi egemen olduğundan idare, işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan zararları tazmin etmemektedir. Yasama, yürütme ve yargı erkleri hükümdara ait olup devlet egemenliği baştaki hükümdarın emir ve talimatları doğrultusunda memurlar aracılığı ile kullanılmaktadır. Hükümdarın emir ve talimatları doğrultusunda hareket edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan devletin hukuki sorumluluğu kabul edilmezken memurun, verilen talimata uygun hareket etmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından memurun kişisel sorumluluğu kabul edilerek zarardan sadece ilgili memur sorumlu tutulmakta ve memur aleyhine genel mahkemelerde dava açılabilmektedir. Ancak, memurun sorumluluğu yoluna gitmek, memurun zararı tazmin etme gücünün maddi olarak zayıf olması ve genellikle zararı karşılayamaması gibi nedenlerle etkisiz bir yoldur. Bu dönemde devletin tek sahibi ve temsilcisi olan

¹ Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 16. ESİN bu dönemi üçe farklı döneme ayırmakta iken ÖZDEMİR, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukuki ve mali sorumluluğunu; devletin sorumluluğunun kabul edilmediği devre, devletin bazı faaliyetleri nedeniyle özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulduğu devre, özel hukuk kurallarının devletin diğer faaliyetlerine de teşmil edildiği devre ve son olarak devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumlu tutulduğu devre olarak dörde ayırmaktadır bkz. Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, ss. 8-14.

hükümdarın bireylere karşı sorumlu olduğunu düşünmek kulun efendisinden hesap sorması ile eşdeğer görülmektedir².

Bu dönemde devletin yerine getirdiği kamu hizmetleri son derece az olduğundan idare edilenlerin menfaatleri ile devlet çıkarları çok sık çatışmamaktadır³. Devletin, ahlaki ve dinsel temellere dayanması, hukuk yaratma fonksiyonu olması gibi bazı sebepler öne sürülerek devletin haksız fiillerde bulunmayacağı, hukuka ve kanuna aykırı davranmayacağı düşünülmektedir⁴. Örneğin; Fransa’da, monarşi döneminde “Kral kötülük yapmaz” ilkesi geçerli olup bu ilkeye göre; kral kişilere ve mallara zarar veremeyeceği için tazminata gerek olmadığı kabul edilmekte ve devletin sorumsuzluğu yoluna gidilmektedir⁵. 1789 Tarihli “İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi’nin 15. maddesi ile her ne kadar “Camianın, her memurun idaresi hakkında hesap sormaya hakkı vardır.” hükmü getirilmiş ise de bu hüküm devletin hukuki sorumluluğunu değil devlet adına hareket eden memurların kişisel kusurları nedeniyle hukuki sorumluluklarını öngörmektedir. Fransız İhtilali, devletin hukuki sorumluluğuna ilişkin pozitif bir hukuk kuralı getirmediği halde yarattığı özgürlükçü ortam, demokrasinin gelişmesini sağlayarak kişisel hak ve özgürlük düşüncelerini güçlendirmiş ve devletin hukuki sorumluluğunun kabulü açısından son derece etkili olmuştur⁶.

XIX. Yüzyıl’ın birinci yarısına rastlayan ikinci dönemde; ekonomik ve siyasal açıdan yaşanan gelişmeler sonucu, egemen devlet-sorumsuz devlet anlayışı temelden sarsılmıştır. Devletin, ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmesi ve yürütülen kamu hizmetlerinin sayısının artarak daha geniş bir alana yayılması nedeniyle devlet ile birey arasında daha sık çıkar çatışması yaşanmaya başlamıştır. Bu durum bürokrasi ve idari teşkilatın artmasına yol açtığı gibi yürütülen kamu hizmetlerindeki aksaklıklardan dolayı memurun şahsi kusuru yanında devletin tüzel kişi sıfatı ile sorumlu olması gerektiği fikrine zemin hazırlamıştır. Devletin, bireylere verdiği zararları ödemesi gerektiği düşüncesi siyasal ve hukuki olarak daha fazla savunulmaya ve dile getirilmeye başlanmıştır. Bireylere verilen zararların her zaman memurların kişisel kusurlarından kaynaklanmadığı, devletin kamu hizmetini iyi

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Esin, s. 16.

³ Esin, s. 16.; Özdemir, s. 9.

⁴ Özdemir, ss. 8-9.

⁵ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: II, Ekin Kitapevi, Bursa, 2003, s. 939.

⁶ Özdemir, s. 9.; Esin, s. 16.

planlayamaması gibi başka sebeplerle de meydana geldiği görüldüğünden memurlar dışında devletin de sorumlu olması gerektiği fikri güçlenmiştir. Devletin sorumlu olması gerektiği düşüncesini etkileyen bir diğer sebep de kamu gücünü kullanan memurların, bireylere verdiği zararları tazmin etme konusunda yeterli mali güce sahip olmayışları, çoğunlukla bu zararları ödeyememeleridir. Zararları, karşılayabilme gücü son derece az olan memurlara yönelmek yerine yeterli mali güce sahip bulunan devlete yönelmek gerektiği fikri benimsenmeye başlanmıştır⁷.

Bu dönemde devletin, kamu tüzel kişisi sıfatı ile yaptığı tasarruflara “hâkimiyet tasarrufları”, özel hukuk tüzel kişisi sıfatı ile yaptığı tasarruflara da “temşiyet tasarrufları⁸” denilerek ikili bir ayrıma gidilmiştir. Özel hukuka ilişkin eylemleri nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından devlet, medeni hukuk kurallarına göre sorumlu tutulmuştur. Özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince yapıldığında geçerli olan sorumluluk kuralları bu işleri yapmakta olan devlet otoritesi bakımından da geçerli kılınmıştır. Devlet, kamu otoritesine dayanarak değil özel hukuk kişisi gibi hareket ettiğinden hakkaniyet gereği özel hukuk kurallarına uymak zorundadır. Bu gelişmeler mutlak ve sorumsuz devlet anlayışının giderek terk edildiğini göstermesi bakımından son derece önemlidir. Devletin kamu otoritesini kullanmasından kaynaklanan yani “hâkimiyet tasarrufları” bakımından hâlâ sorumsuz olduğu görülse de bir süre sonra ekonomik ve siyasal gelişmelerin etkisi ile devletin hâkimiyet tasarrufları bakımından da özel hukuk kurallarına göre sorumlu kılındığı görülmektedir. Yaklaşık elli yıl boyunca devlet, hâkimiyet tasarrufları bakımından da özel hukuka tabi kılınmıştır. Ancak özel hukuk kurallarının, kamu hukukuna uyarlanmasında yaşanan güçlükler devletin hukuki sorumluluğu bakımından bir takım güçlükleri ve bocalamayı da beraberinde getirmiştir. Zamanla bu kuralların yetersizliği anlaşıldığından devletin sorumluluğunu düzenleyen yeni kural ve ilkelerin varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeplerle devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumlu tutulduğu yeni ve üçüncü bir döneme geçilmiştir⁹.

XIX. Yüzyıl’ın sonlarına rastlayan üçüncü dönemde; devletin kamu tüzel kişisi sıfatı ile yürüttüğü faaliyetler nedeniyle ortaya çıkan hukuki sorunların çözümü

⁷ Özdemir, s. 10.; Esin, ss. 16-17.

⁸ “Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının olağan bir tüzel kişi sıfatıyla, egemenlik kudretinden sıyrılarak bireyler gibi, özel hukuk kurallarına uygun olarak yaptığı tasarruflar.” Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 809.

⁹ Özdemir, ss. 11-13.; Esin, s. 17.

ve zararın tazmininde, kamu hukuku kurallarına başvurulmaya başlanmıştır. Bu dönemin, Fransız Danıştay'ının, 6 Aralık 1855 tarihli ünlü “Rothschild Kararı” ile başladığını söylemek mümkündür¹⁰. Söz konusu kararda; “...İdarenin yürütmekle mükellef olduğu âmme hizmetlerinin şartlarını kanunun hakimiyeti altında düzenlemek yetkisi ancak idareye aittir; devlet ve onun namına hareket eden birçok ajanlar ve hizmetlerden faydalanan fertler arasında âmme hizmetleri vesilesiyle hâsıl olan münasebetleri tayin etmek ve dolayısıyla bu münasebetlerden doğan karşılıklı hak ve vecibelerin şumulûnu ve mahiyetini bilmek ve takdir ve idareye terttüp eder. Bu münasebetlerle hak ve vecibeler iki fert arasında olduğu gibi yalnız medeni hukuk kaideleri ve hükümleri ile düzenlenemez; bilhassa idare ajanlarından birisinin kusuru, ihmal veya hatası halinde devletin mesuliyeti ve umumi ve ne de mutlak olup her hizmetin mahiyetine ve icaplarına göre değişir.” denilmektedir¹¹. Bu karar ile kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle meydana çıkan hukuki sorunların çözümü ile birey ve devlet arasındaki hak ve yükümlülüklerin tespiti konularında yalnız medeni hukuk kurallarının geçerli olamayacağı özellikle kamu görevlilerinin kusuru, ihmali veya hatasının olması durumunda yürütülen hizmetin özelliklerine göre devletin sorumluluğunun doğacağı açıkça ortaya konulmaktadır¹².

Bu kararın ardından Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 01 Şubat 1873 tarihli “Blanco Kararı” ile bir adım daha ileri gidilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi; devlet ile bireyler arasındaki hukuki sorunların çözümünde artık sadece medeni hukuk kuralları ile idare edilemeyeceğine, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında devlet bünyesinde istihdam edilen kişiler tarafından üçüncü kişilere verilen zararlardan devletin sorumlu olduğuna ancak bu sorumluluğun özel hukuk kurallarına göre değil kamu hukuku kurallarına göre belirlenmesi gerektiğine, kamu hizmetinin yürütülmesi ile sağlanan genel kamu yararı ile bireylerin özel çıkarları arasında bir denge kurulması zorunluluğuna değinilerek bu tür davaların adli yargıda değil idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir¹³.

Bu dönemde yaşanan bir diğer gelişme Fransız Danıştay'ının, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde memurun kişisel kusuruna dayanmaksızın meydana

¹⁰ Özdemir, s. 14.;Esin, s. 17.

¹¹Paul Duez, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti**, çev. İbrahim Senil, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, ss. 15-16.

¹² Özdemir, s. 14.

¹³ Gözler, s. 940.; Özdemir, s. 14.; Esin, s. 17.

gelmiş zararları “Hizmet Kusuru” olarak nitelendirerek bu zararları tazmin etmeye başlamasıdır. Fransız Danıştay’ı, XIX. Yüzyıl içerisinde bayındırlık işleri dışındaki zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunu kabul etmez iken daha sonraları idarenin faaliyetlerini egemenlik tasarrufları ve idari tasarruflar olarak ikiye ayırmış ve idari tasarruflardan meydana gelen zararlarda, idarenin görevini kötü yapmasından kaynaklanan durumları “Hizmet Kusuru” olarak niteleyerek bayındırlık işleri dışındaki faaliyetlerden doğan zararlar nedeniyle de idareyi sorumlu tutmaya başlamıştır. Fransız Danıştay’ı, 10 Şubat 1905 tarihli “Tomaso Greco Kararı” ile hizmet kusuru olması halinde idarenin egemenlik tasarruflarından doğan zararlardan dolayı da sorumlu olduğuna hükmetmiştir¹⁴. Fransız Danıştay’ının, 10 Aralık 1934 tarihli “Denoyelle Kararı” ile idarenin sorumluluğunun oldukça geniş bir alana yayıldığı söylenebilir. Kararda, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının yol açtığı zararlar nedeniyle de idarenin sorumlu olduğuna hükmedilmiştir¹⁵.

İdare Hukuku başlangıçta her ne kadar özel hukuktaki sorumluluk kurallarından esinlenmiş ise de zaman içerisinde idare hukukunun genel prensip ve özellikleri göz önüne alınarak özel hukuktan bağımsız bir şekilde gelişmiştir¹⁶.

II- İDARENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAĞI

Gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasası’nda, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları tazminle yükümlü olduğu belirtilmesine karşın her iki Anayasa’da da idarenin sorumluluğun kuramsal ve hukuksal dayanağı konusunda hangi anlayışın benimsendiği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷. Aynı şekilde, 2575 Sayılı “Danıştay Kanunu’nun” 24. Maddesi, 2577 Sayılı “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun” 2. Maddesi ve 1602 Sayılı “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

¹⁴Kemal Tahir Gürsoy, "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13/Mayıs/1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 73.

¹⁵ Gürsoy, s. 73.

¹⁶ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt: I, 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 839.; Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 19. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003, (Yönetim Hukuku), s. 314.

¹⁷ Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 409.

Kanunu'nun" 24., 42. ve 43. Maddelerinde idarenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yer almasına karşın sorumluluğun dayanağı gösterilmemiştir.

İdarenin hukuki sorumluluğunun dayanağının ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü DURAN'ın da haklı olarak belirttiği üzere "...sorumluluğun temeli, idarenin verdiği zararı neden ödemekle yükümlü olduğunu açıklamakla, bireylerin veya toplulukların hangi hallerde kamu tüzel kişilerine karşı tazminat hakkı bulunduğunu belirler ve ortaya koyar". Yazara göre, "Mahkemeler, doktrinden yararlanmakla beraber, kararlarında kuramlar ve soyut ilkeler oluşturmak ve açıklamak durumunda olmadığından, idarenin sorumluluğunun temeli hakkında herhangi bir gerekçeye yer vermek zorunda değildir. Bu iş, mahkeme içtihatlarının ışığı altında doktrine düşer"¹⁸.

İdarenin hukuki sorumluluğunun dayanağının ne olduğu konusunda öğretide değişik görüşler ortaya atılmıştır. DURAN'a göre, "Hukuk Devleti İlkesi" idarenin sorumluluğunun somut kaynağı olamaz. Çünkü bugünkü kamu hukukunun hemen hemen bütün kural ve öğelerinin kökeni hukuk devleti ilkesidir. Devletin ve diğer kamu hukuku tüzel kişilerinin hukukla bağlı olması işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemesini zorunlu kılmaz. Yazar, bireylere tazminat hakkı sağlamak bakımından "Eşitlik İlkesi'nin" de elverişli ve yeterli bir esas olmadığı görüşündedir. Çünkü Anayasa'larda "kanun önünde eşitlik" olarak açıklanan bu esas idarenin faaliyetleri nedeniyle zarar görenlere genel bir tazminat borcu içermemektedir. Çok geniş ve soyut olan bu ilkenin hangi hallerde ihlal edildiği ve idarenin sorumluluğunun gerektiğinin tespiti mümkün değildir. Yazara göre sorumluluğun temelinin tazminat borçlusu ile tazminat alacaklısı arasındaki genel ilişkilerde aranıp bulunması gerekir. Yazar çağdaş kamu hukuku ilkesi ve sosyal adalet ilkesine yönelik "İmkân ve Fırsat Eşitliği Esası'nın" sorumluluğun temeli olabileceği görüşündedir. Ancak bu ilkeye göre Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri belirli bir kişi veya kişilerin eşitlik dengesini bozan özel ve olağandışı zararları ödemekle yükümlü tutulabilir¹⁹. GÖZÜBÜYÜK, idarenin hukuki sorumluluğunun temeli konusunda ikili bir ayırıma gitmektedir. İdarenin kusura dayanan sorumluluğunu "Hukuk Devleti İlkesi", kusursuz sorumluluğunu ise "Sosyal Devlet İlkesi'ne" dayandırmaktadır.

¹⁸ Lûtfî Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye Orta Doğu Amme Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1974, (İdarenin Sorumluluğu), s. 12.

¹⁹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 13-20.

Yazara göre “Hukuk Devleti İlkesi” idarenin hem hukuka uygun hareket etmesini hem de hukuka aykırı davranışlardan kaçınmasını içerir. İdarenin hukuka aykırı davranışlardan doğan zararları tazmin etmesi hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucudur. İdarenin kamu yararını gerçekleştirmek üzere hukuka uygun tutum ve davranışlarının, toplumdaki bazı bireylere vermiş olduğu özel nitelikteki zararların toplumca karşılanması sosyal devlet anlayışının doğal bir sonucudur²⁰. YAYLA’ya göre genel olarak idarenin hukuki sorumluluğu Anayasa’nın 125. Maddesine dayanmaktadır. Ancak bu hüküm olmasaydı dahi “Sosyal Hukuk Devleti İlkesi” gereğince idarenin sorumluluğunun kabulü gerekmektedir²¹. GÖZÜBÜYÜK, TAN, idarenin sorumluluğunun dayanağı konusunda ortaya atılan “hukuk devleti”, “imkan ve fırsat eşitliği” gibi bazı görüşlerin esasen sorumluluğun temelini oluşturması ve bu görüşlerde bir gerçeklik payı olmasına karşın bunların hiç birinin tek başına sorumluluğun dayanağını açıklayamayacağı görüşündedir. Yazarlara göre idarenin kusursuz sorumluluğunun temelini “Sosyal Devlet İlkesi’ne” dayandırmak mümkündür²². KARATEPE’ye göre idarenin hukuki sorumluluğunun temeli “Hukuk Devleti İlkesi’ne” dayanmaktadır²³. OZANSOY, idarenin hukuki sorumluluğunun “Sosyal Devlet İlkesi’ne” dayandırılmasını eleştirmektedir. Çünkü bu ilke gereğince bireylerin ekonomik ve sosyal bakımdan desteklenmeleri onların bu yönlerinin zayıf olduğu olgusuna dayanmaktadır. Oysa haksız davranışlar nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazmini bu kişilerin mali güçlerinin zayıflığına değil hukuki gerekliliğe dayanmaktadır. Zarardan doğan tazminat yükümlülüğü sosyal bir gereklilikten değil hukuki bir gereklilikten kaynaklamaktadır. Bunun yanı sıra Anayasa’nın 65. Maddesi gereğince, devletin sosyal alanlardaki görevlerini yerine getirmesi devletin mali imkânları ile sınırlıdır. Tazminat yükümlülüğünün, sosyal devlet ilkesine dayandırılması zararların tazmininin de devletin mali imkânları ölçüsünde yapılması sorununu gündeme getirebilecektir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri hukuken ve fiilen kamu gücü ve üstün yetkiler ile donatılarak bireylerin yaşamını etkilemekte iken bu denli etkili olan bu gücün, verdiği zararları gidermesi, zararlardan sorumlu olması “Hukuk Devleti İlkesi’nin” bir gereğidir. Yazara göre tüm bu sebeplerle

²⁰ Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 284.

²¹ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, (İdare Hukuku), s. 146.

²² Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 843-844.

²³ Şükrü Karatepe, **İdare Hukuku**, Üniversite Kitapevi, İzmir, 1993, s. 287.

“Hukuk Devleti İlkesi” kamu gücünün, hukuki sorumluluğunun temelini oluşturacak güç ve yeterliliktedir²⁴.

III- İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

A . İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru Kavramı

İdarenin kusurlu sorumluluğu ile kastedilen, idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdarenin sorumluluğunda, kusurlu sorumluluk genel hüküm niteliğindedir. Bir başka ifade ile idarenin sorumluluğunun, kusurlu sorumluluk olması kural, kusursuz sorumluluk olması ise istisnadır. Geleneksel idare hukuku öğretisi ve içtihatlarında idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan “kusur (faute)” hep “hizmet kusuru (faute de service)” olarak algılanmış ve kullanılmıştır²⁵. Türk Hukuku’na, Fransız Hukuku’ndan²⁶ alınmış olan ve “faute de service” kavramının bir uyarlaması olan “hizmet kusuru” bir yasa kavramı olmayıp devletin hukuki sorumluluğunun kabulü amacıyla içtihat tarafından yaratılıp geliştirilmiş bir kavram ve kurum özelliği göstermektedir²⁷. Hizmet kusuru, genel anlamıyla bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık, eksiklik ve bozuklukları ifade etmektedir²⁸.

Anayasa’nın 125. maddesinin son bendine göre “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”. İdare tamamen tüzel kişilerden oluştuğundan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve ajanlarının kusurudur. Ancak bu kusurların sahibi kamu görevlisinin belirlenmesi her zaman mümkün olmadığı gibi belirlenebildiği durumlarda da kusurlarını kişiselleştirmek

²⁴ Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, ss. 29-33’den aktaran, Ramazan Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayınevi, Ankara, 2007, ss. 126-128.

²⁵ Gözler, ss. 974-976.

²⁶ Fransa’da hizmet kusuru kavramının ilk ortaya çıkışı Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1873 tarihli “Blanco” kararı ile olmuştur. Bu kararın ardından Fransa’da hizmet kusuru esasına dayanılarak devletin hukuki sorumluluğu kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duez. s. 16; E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı ve Hasan Tahsin Gökcan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, ss. 44-45.

²⁷ Duez, ss. 15-24.; Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, (Tam Yargı), s. 66.

²⁸ Esin, s. 27.

doğru değildir²⁹. İdarenin örgüt ve faaliyetleri ya en başından iyi düşünülüp planlanmadığı veya gereği gibi ya da hiç yürütülmediği için belli standart ve ölçülere göre yanlış, eksik, yetersiz ve kötü sayıldığı için kusurlu bulunmaktadır³⁰. Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun biçimde devamlı ve istikrarlı bir şekilde kamuya sunulması ve kamunun bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmasını sağlamak idarenin görevidir ki bunun gerektiği şekilde yerine getirilmeyişi hizmet kusuruna sebebiyet verir³¹.

İdarenin kusurlu sorumluluk kuramının temelinde “kusur (faute)” kavramı yattığından idarenin kusurlu sorumluluğuna gidebilmek için zarara neden olan idari işlem ve eylemde idarenin kusurlu olması veya işlem ve eylemlerin hukuka aykırılığı şarttır. Bu nedenle idarenin kimi sağlıklı ve geçerli kararlarının yol açtığı zararlar nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir³².

İdarenin hizmet kusurunun varlığının kabulü için öncelikle zarara neden olan idari faaliyetin bir kamu hizmeti niteliği taşıması ve zararın hizmetin kuruluş veya işleyişindeki eksiklik, aksaklık ve düzensizlik nedeniyle meydana gelmiş olması gerekmektedir³³. İdarenin hizmet kusurunun varlığı ve yürüttüğü kamu hizmetinin yeterlilik veya yetersizliğinin tespitinde yaşanan çağın ortalama düzeyi ve standartları aranır³⁴. Danıştay’a göre genel idare hukuku ilkelerine göre bir olayda idarenin hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinde kuruluş, işleyiş ya da personel açısından emir ve talimatların verilmemesi vb. özen ve dikkatin gösterilmemesi nedeniyle olması ve ortaya çıkan zararın da bundan kaynaklanması gerekmektedir³⁵. İdarenin hizmet kusuru değişen, gelişen ve esnek bir kavramdır. Hizmet kusuru sayılabilecek halleri saymak mümkün değildir. Bu konuda kesin ve değişmez kurallar konulamaz. İdari yargı yerleri her olayın niteliğine göre hizmet kusurunun olup olmadığına karar verecektir³⁶.

²⁹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 26.; Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 287.

³⁰ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 26.

³¹ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Everest yayınları, İstanbul, 2002, s. 732.

³² Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 40.

³³ Özgüldür, Tam Yargı, s. 69.

³⁴ Yayla, İdare Hukuku, s. 361.

³⁵ D. 10. DD. 31.10.1983 tarih E. 1982/2725, K.1983/2125 sayılı karardan aktaran Celal Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Top-Kar Matbaacılık, Akçaabat, 1997, s. 89.

³⁶ Zabunoğlu, s. 415.

İdarenin hizmet kusuru, zaman, yer ve personel bakımından birbiri ile iç içe geçmiş bir görünüm taşır ve aslında kamu hizmeti adına işlendiği için personelin kişiliğine bağlanamaz. Bu nedenle hizmet kusuru anonim yani belli bir kişiye bağlanamayacak olan kusur diye de tanımlanmaktadır³⁷. Özel hukukta kusur deyimi, kişiye bağlı subjektif bir durumu ifade ederken hizmet kusuru, hizmeti yürüten kamu görevlilerinin kişiliğinden ya da bu görevlilerin seçiminde beliren bir kusur değildir. Burada kişi olarak kimse kusurlu olmayıp kusur, hizmetin içinde hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizliği ifade etmektedir³⁸. Hizmet kusuru, özel hukukta istihdam edenin sorumluluğundan ayrı bir sorumluluktur. Hizmet kusurunda idarenin sorumluluğu asli ve doğrudan bir sorumluluk iken Borçlar Kanunu'nda yer alan istihdam edenin sorumluluğu dolayısı ile sorumluluktur. Bu sebeple idare, kamu görevlisini seçme, yetiştirme, yönetme ve gözetmekte gerekli olan özen ve dikkati gözetmediğini ispatlasa bile kamu görevlilerinin kusurlarından doğan zararları tazmin etme yükümlülüğünden kurtulamaz³⁹. İdare hukukundaki hizmet kusuru kavramı, özel hukuktaki kusurdan tamamen ayrı ve başka bir esasa dayanmaktadır⁴⁰.

İdari sorumluluk esasları içinde hizmet kusuru öncelikli bir yer tutar. Bir olayda hizmet kusurunun varlığı tespit edilebiliyor ise idareyi sorumlu tutmak için başka bir esas aramaya gerek yoktur. Çünkü hizmet kusuru genel ve asli bir sorumluluk sebebidir. Hizmet kusuru, idarenin zarara neden olan işlem ve eylemlerine katılan kişilere ait kusurlarla birleştiği zaman bile kural olarak zarardan önce idare sorumlu tutulacaktır. Hizmet kusuru bu bakımdan önceliklidir. Ancak idarenin kusurlu personeli kusuru oranında idareye karşı sorumlu olacaktır⁴¹.

³⁷ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 26. Hizmet kusurunun diğer özellikleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Duez, ss. 15-22.; Özay, s. 773.; Süheyp Derbil, **İdare Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1959, s. 221.; Özge Karaege, **Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2001, ss. 47-50.

³⁸ Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1968, s. 1695.; Esin, s. 27.

³⁹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 27.

⁴⁰ Derbil, s. 225.

⁴¹ Yayla, İdare Hukuku, ss. 362-363.

1. Kusur (Hizmet Kusuru)

Kusur, objektif bir hukuk kuralına aykırı davranışta bulunma, bu kural tarafından öngörülen bir ödevi yerine getirmeme halidir. Zarara uğrayanlar bakımından bu durum haksızlık oluşturmaktadır. İdarenin sorumluluğunu doğuran kusura “hizmet kusuru” denilmektedir⁴². İdarenin yürüttüğü kamu hizmet ve faaliyetleri, içtihatların da belirlediği bazı hallerde idarenin kusurlu sayılmasına yol açacak şekilde yetersiz bulunabilir veya zarara neden olabilir ki bu hallerde bir hizmet kusurundan söz edilir. Buradaki “kusur” kelimesi idare hukukuna has bir durumu ifade etmekte olup bazı özelliklere sahiptir⁴³.

İdarenin kusurlu sorumluluk kuramının temelinde “kusur (faute)” kavramı yattığından idarenin kusurlu sorumluluğuna gidebilmek için zarara neden olan idari işlem ve eylemde idarenin kusurlu olması veya işlem ve eylemlerin hukuka aykırılığı şarttır⁴⁴. İdarenin kusurlu sorumluluğuna ancak ispatlanmış bir kusurun varlığı halinde gidilebilir. Dolayısı ile zarara uğrayan kişi idarenin kusurlu olduğunu ispatlamak zorundadır⁴⁵. Hukuka aykırı bir işlem, genel olarak idari bir kusur sayılır. Ancak hukuka aykırılıktan doğan bir kusur her zaman için idarenin sorumluluğunu gerektirmez⁴⁶. İdarenin kusurlu sorumluluğuna yönelebilmek için bazı durumlarda “basit kusur” bazı durumlarda ise “ağır kusurun” varlığı gerekmektedir. Danıştay’a göre “nitelikçe güçlük taşıyan faaliyet ve hizmetlerden doğan zararları idareye tazmin ettirmek için ağır kusurun” varlığı gereklidir. İdarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması idarenin tutum ve davranışından zarar görene düşer⁴⁷.

Fransız ve Türk Danıştay’ı hizmet kusurundan doğan sorumluluk hallerini yani hizmet kusuru teşkil eden halleri zaman içerisinde arttırıp yaygınlaştırmakla

⁴² Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005, Ankara, ss. 166-167.

⁴³ Yayla, *İdare Hukuku*, s. 361.

⁴⁴ Duran, *İdarenin Sorumluluğu*, s. 40.

⁴⁵ Gözler, s. 1000.

⁴⁶ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s. 318. Yazar, Danıştay’ın hukuka aykırılığı bazen “içtihat hatası” veya “takdirde hata” gibi belirsiz kavramlara dayanarak tazmini gereken bir kusur olarak görmeyişini eleştirmektedir. Yazara göre gerek yasalardaki ve gerekse görev ve yetkilerdeki karmaşıklık idarenin sorumsuzluğu için bir özür olarak kabul edilemez. İdarenin hukuka aykırı işlemleri ile ilgili sorumsuzluğunu içtihat hatasında aramaktansa daha nesnel kurallara bağlama yoluna gidilmesi gerekmektedir. Benzer yöndeki eleştiriler için bkz. Duran, *İdarenin Sorumluluğu*, ss. 38-39.

⁴⁷ Ağır ve basit kusur hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, *İdarenin Sorumluluğu*, ss. 34-37.; Gözler, ss. 1001-1019.; Özgüldür, *Tam Yargı*, ss. 79-81.

beraber söz konusu halleri üç ana başlık altında değerlendirmektedir⁴⁸. Bunlar; “Hizmetin Kötü İşlemesi”, “Hizmetin Geç İşlemesi”, “Hizmetin Hiç İşlememesi” halleridir⁴⁹.

“Hizmetin Kötü İşlemesi”, idarenin yürüttüğü kamu hizmetini gereği gibi yapmaması veya kötü yapması halini ifade eder ki idarenin sorumluluğuna en çok neden olan hallerdendir. Hizmetin kötü işlemesi idari bir işlem veya idari bir eylem biçiminde ortaya çıkabilir. Hizmetin kötü işleyip işletilmediği her olayın ve hizmetin nitelikleri, idarenin sahip olduğu araç ve gereç, olanaklar, zaman ve yer gibi unsurlar göz önüne alınarak her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilerek tespit edilir⁵⁰.

“Hizmetin Geç İşlemesi”, hizmetin belli bir zaman ve hızla yapılması gerekmekte iken idarenin bu gereğe aykırı olarak faaliyet ve hizmetlerini zamanında ve gerektiği hızla yapmamasını ifade eder. İdarenin hizmet gereklerine aykırı bir şekilde ve kendisinden beklenen hız ve çabukluğu göstermeyerek yavaş hareket etmesi idarenin sorumluluğunu gerektirir⁵¹. Hizmetin hangi süre içinde görüleceği bir hukuk kuralı ile belirlenmiş ise mevzuatta belirlenen sürede işin idarece özürsüz olarak yapılmaması durumunda hizmetin geç işlediği kabul edilebilir. Hizmetin yapılacağı sürenin mevzuatta düzenlenmediği hallerde hizmetin niteliğine, hal ve şartlara göre idarenin bir davranışta bulunabilmesi için makul ve normal bir sürenin geçmesi beklenir. Bu gibi durumlarda hizmetin geç işleyip işlemediği hizmetin türü, idarenin sahip olduğu araç, gereç, olanaklar gibi unsurlar göz önüne alınarak her somut olay bakımından yine mahkemece tespit edilir⁵². Hizmetin geç işlemesi nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için idarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin varlığı gerekir yani idarenin yürütmekle yükümlü olmadığı hizmetlerdeki gecikmeler nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilemez⁵³.

⁴⁸ Özgüldür, Tam Yargı, s. 74.

⁴⁹ Onar, bu sınıflandırmanın Fransız Hukukçusu Paul Duez tarafından yapıldığını ve uygulamada bu şekilde benimsendiğini belirtmektedir bkz. Onar, Cilt: I, s. 28. Sınıflandırmayı yapmış olan Duez, ise bu sınıflandırmayı “hizmet kusurunun gelişmesinde görünen üç safhaya az çok tekabül eden üç sebep” olması nedeniyle yaptığını ifade etmektedir bkz. Duez, s. 24.

⁵⁰ Bkz. Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 29.; Düren, s. 290.; Özay, s. 735.

⁵¹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 29.; Düren, s. 290.; Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 31.

⁵² Düren, ss. 290-291. Hizmetin geç işlemesi hakkındaki örnekler için bkz. Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 30.; Derbil, s. 229.; Armağan, ss. 31-39.

⁵³ Düren, s. 291.; Özay, s. 736.

Hizmetin geç işlemesi idarenin dikkatli ve titiz olmasının bir sonucu ise bu durum hizmet kusuru sayılamayacağından yine idarenin sorumluluğuna gidilemeyecektir⁵⁴.

“Hizmetin Hiç İşlememesi”, idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetinin hiç yerine getirmemesini ifade eder⁵⁵. Bir idari faaliyetin yapılmadığından bahsedebilmek için her şeyden önce o faaliyetin idarece yürütülmesinin zorunlu olması ve idarenin bu konuda görevli kılınması gerekmektedir. İdare kendisinin görevli kılınmadığı bir iş nedeniyle sorumlu tutulamaz. Ancak, hukuk kuralları ile bir hizmeti yürütmekle görevli kılındığı halde idare buna uygun hareket etmez ise bu takdirde idarenin sorumluluğuna gidilebilir⁵⁶. Ayrıca idare, bir hizmeti görüp görmemekte takdir hakkına sahip veya hizmetin yürütülmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı ise takdir hakkının hukuka uygun olarak kullanılmadığı ve harekete geçmesi için öngörülen şartın gerçekleştiğinin tespiti halinde idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir⁵⁷.

İdarenin maddi olanaklarının kısıtlı olması, yeterli örgüt, personel, araç ve gerece sahip bulunmadığı gibi sebeplerle hizmetin yürütülmemesi sonucunda meydana gelen zararların idarece tazmini gerekir. İdarenin bu konudaki mali ve teknik imkânları sağlayamaması yürütme ile yasama arasındaki politik bir sorun ya da idarenin öngörme ve tedbir alma konusundaki kusurundan kaynaklandığından hizmetin hiç işlememesi nedeniyle doğan zararların tazmini gerekir⁵⁸. Hizmetin hiç işlememiş olması hali özellikle trafik veya bayındırlık çalışmaları sırasında ilgili tabela ve işaretlerin konulmaması ya da kolluk kuvvetlerinin işe müdahale etmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁹.

2. Hukuka Aykırılık

Hukuk Devletinde, idarenin hukuka uygun faaliyet göstermesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında hukuk kuralları içerisinde kalması esastır. Her

⁵⁴ Yayla, İdare Hukuku, s. 364.; Düren, s. 291.

⁵⁵ Hizmetin hiç işlememesi ile ilgili örnekler için bkz. Karavelioğlu, ss. 98-99.

⁵⁶ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 30.

⁵⁷ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 31.; Armağan, s. 39.; Düren, ss. 288-289.

⁵⁸ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 32-34. Yazara göre idarenin hareketsiz kalması hiçbir halde caiz görülmez meğerki idarenin harekete geçmesinde olağanüstü bir hal idarenin harekete geçmesini tamamen imkânsız kılmamış olsun.

⁵⁹ Düren, s. 289.

biri ayrı bir kamu hizmeti oluşturan görevlerini yerine getirirken hukuka uygun davranması asıl olan idarenin, hukuk kurallarını ihlal etmesi, kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan örgütlenmedeki eksikliği dolayısı ile hizmet kusurunu oluşturmaktadır⁶⁰.

İdarenin eylemleri alanında, kusur ile hukuka aykırılık arasında bir ilişki yoktur. İdarenin eylemleri, hukuka uygun da olsa aykırı da olsa kusurlu olabilir. Örneğin; bir doktorun hastasına yanlış teşhis koyarak yanlış bir tedavi uyguladığını düşünecek olursak doktorun hastayı muayene etmesi hukuka uygun bir eylem iken yaptığı muayenede gerçek hastalığı teşhis edememesi veya yanlış tedavi uygulaması hizmet kusuru teşkil edecek ve idarenin kusurlu sorumluluğuna yol açacaktır. Burada zarara ve hukuka aykırılığa neden olan şey idari eylemin kendisi değil bu eylemin kusurlu olarak yapılmasıdır⁶¹.

İdarenin eylemleri alanında kusur ile hukuka aykırılık arasında bir ilişki yok iken idari işlemler alanında bir ilişkinin olduğunu görmekteyiz. İdarenin bir işlemi hukuka aykırı ise bu işlem aynı zamanda kusurludur da. Yani hukuka aykırılık bir kusur teşkil etmektedir. İdari işlemler alanında kusur ile hukuka aykırılık arasında sıkı bir bağ vardır. Danıştay, her hukuka aykırılığı idarenin sorumluluk sebebi olarak görmemektedir. Danıştay’a göre “.. Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı hukukun bilinen ilkelerindendir. İdare işlemin yapılmasında ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için, saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yansımaz. Hizmet kusurunun oluşabilmesi için saptanan yanlışlık ve aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması” gerekmektedir⁶².

Danıştay’ın “içtihadı hata”, “takdirde yanılma” veya “.. her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlıklar, aykırılıklar...” gibi gerekçelerle idarenin tazminat sorumluluğunun olmadığına karar vermesi öğretide; bu durumun hukuk devletine olan inancı zayıflatacağı ve hangi hukuka aykırılıkların

⁶⁰ Candan, s. 170.

⁶¹ Gözler, s. 979.

⁶² D. 8. DD. 28.06.1990 tarih E. 1990/981, K. 1990/812 sayılı karardan aktaran Gözler, s. 985.

olağan sayılıp hangilerinin sayılmayacağı tartışmalarına neden olacağı sebebiyle eleştiri konusu olmuştur. Danıştay'ın yukarıdaki gerekçelerle idareyi, tazminat sorumluluğundan kurtarması Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan idarenin işlem ve eylemlerinin neden olduğu zararı ödemekle yükümlü olması kuralına da aykırıdır. İdarenin kendi kusurlu işlemleri ile yönetilenlere vermiş olduğu zararları, “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikte yanlışlık ve aykırılık” olarak görülerek zararın, zarar görenin üzerinde bırakılması, tazmin edilmemesi anlaşılır bir durum değildir⁶³. Ağır kusur, idarenin sorumsuzluğundan, idarenin sorumluluğu ilkesine geçilirken idarenin sorumluluğunu belli ölçülerde kısıtlamak için başvurulacak bir yol olarak düşünülebilir. Ancak günümüzde büyük ölçüde kusursuz sorumluluğa gidildiği bir dönemde idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun ağır olması şartını aramak sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir. İdarenin sorumlu tutulması için kusurlu olması yeterli sayılmalıdır. Kusurun ağır olması sorumluluğun bir koşulu olarak kabul edilmemelidir. Kusurun ağırlığı tazminat miktarı ile ilgili bir sorun olmalı, tazminat tutarını etkileyen bir öge olarak ele alınmalıdır⁶⁴. Gerek yasalardaki gerek görev ve yetkilerdeki karmaşıklığı idarenin sorumsuzluğu için bir özür olarak kullanmamak gerekir. İdarenin hukuka aykırı işlemleri ile ilgili sorumsuzluğu içtihat hatasında aramaktansa daha nesnel kurallara bağlama yoluna gidilmelidir⁶⁵.

3. Zarar

İdarenin tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için her şeyden önce ortada bir zararın olması gerekmektedir. Zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da olmayacaktır. İdare hukukunda sorumluluk, cezalandırıcı değil “tazmin edici” bir sorumluluktur. Buradaki sorumluluk kusura değil zarara dayanmaktadır. Bu nedenle ortada bir zarar yoksa sırf kusurlu davranışları var diye idarenin sorumluluğu yoluna gidilemez⁶⁶.

⁶³ Eleştiriler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 37-40.; Karatepe, s. 288.; Candan, s. 171.; Gözler, ss. 989-990.

⁶⁴ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001, (Yönetmelik Yargısı), ss. 286-287.

⁶⁵ Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 318.

⁶⁶ Gözler, ss. 1176-1179.

Zarar, tazminat isteminin zorunlu bir ögesidir. Dar ve gerçek anlamda zarar, mal varlığında meydana gelen azalmadır. Bir başka ifade ile zarar, kişinin mal varlığında iktisadi azalmayı gösterir. Buna göre zararı; bir kişinin malvarlığında, iradesi dışında meydana gelen azalma şeklinde tanımlamak mümkündür. Patrimuan deyiminden bir kişinin ekonomik değeri olan veya olabilecek olan mallarının bütünü anlaşılır. Patrimuan konusunda ilk akla gelen kişinin sahip olduğu haklardır. Bunlar gerçek haklar olabileceği gibi hak teşkil eden diğer şeyler de olabilir. Bunun yanı sıra patrimonuana bağlı pasifleri de hesaba katmak gerekir. Çünkü meydana gelen zarar, pasifin artmasına neden olmuş olabilir. Zarar, zarara uğrayanın, zarara uğramasından önceki durumu ile zarardan sonraki durumu arasındaki farktan oluşmaktadır⁶⁷.

İdarenin tazminat sorumluluğunun doğması için zararın bazı özelliklere sahip olması da gerekmektedir. Bunun için ortada kesin (belli) ve gerçek bir zarar bulunmalıdır. Zararın kesinliğinden bilfiil kesinleşmiş güncel zararlar ile gelecekte gerçekleşmesi kaçınılmaz olan zararlar anlaşılır. Zararın kesin olması demek zararın illaki güncel olması demek değildir. Gelecekteki zararlar da kesinlik şartını yerine getirebilir. Burada önemli olan söz konusu zararın gelecekte ihtimal olarak değil kesinlikle ortaya çıkacak olmasıdır. Zararın gelecekte ortaya çıkacak olması, tazminat hakkı bakımından değil sadece zarar miktarının değerlendirilmesinde bir takım problemlere neden olabilir. Örneğin vücut bütünlüğünün ihlali hallerinde durum böyledir. Burada muhtemel bir zarar değil belli ve gerçek bir zarar vardır. Zararın, o an için fiilen mevcut olması şart değildir. Zararın gelecekte doğacağı, meydana geleceği kesin olarak görülüyorsa ve bu zararın para ile takdiri mümkün ise bu durumda zarar, kesin ve bilinen bir zarar sayıldığından tazminat borcunun doğuracağı kabul edilmektedir. Gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, sadece bir ihtimale dayanan zararlar idarenin tazminat sorumluluğuna yol açmaz⁶⁸.

İdarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılabilmesi için ortada, idarenin zarar doğurucu bir tutum ve davranışının bulunması da gerekir. İdarenin tutum ve davranışı bir faaliyet şeklinde kendini gösterebileceği gibi hareketsiz kalma şeklinde de olabilir. İdarenin işlem ve eylemleri deyimini insanı yanılgıya götürebilir. Bu nedenle tutum ve davranış deyimini kullanılmaktadır. Ya da zorlama ile idari işlem ve

⁶⁷ Armağan, ss. 206-207.

⁶⁸ Gözler, s. 1180.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 894-895.

eylem kavramını geniş kapsamlı bir deyim olarak kullanmak gerekir⁶⁹. Belirli bir kamu yararını amaçlamayan ve idarenin genel faaliyet ve hizmetlerinin normal akışı içerisinde yer alan idari olgular nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğuna değil kusurlu sorumluluğuna gidilebilir⁷⁰. Örneğin, eğitim kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bir öğrencinin yanlış not hesaplaması nedeniyle sınıfta bırakılması durumunda idare ancak kusurlu sorumluluk esasına dayanılarak tazminle yükümlü tutulabilir.

Tazmin borcunun doğabilmesi için ayrıca gerçekleşmiş zararın her hangi bir şekilde karşılanmamış olması, hukuken korunan bir menfaate yönelik olması, parayla ölçülebilir bir zarar niteliğinde olması da gerekmektedir⁷¹. Uğranılan zarar, “maddi zarar” olabileceği gibi “manevi zarar” da olabilir. Maddi ve manevi zararın hesaplanması ve tazminini çalışmamızın üçüncü bölümünde “Tazminatın Hesaplanması” başlığı altında incelemiş olduğumuzdan tekrara kaçmamak için buraya atıf yapmakla yetiniyoruz.. İdarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılarak açılan davalarda manevi tazminat miktarının belirlenmesinde olayın oluş şekli, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı, tazminat alacaklısının sosyal durumu ve statüsü manevi tazminat miktarının belirlenmesinde göz önüne alınmaktadır⁷².

İdarenin kusura dayalı sorumluluğunda uğranılan zararın, idarenin kusursuz sorumluluğunda aranıldığı gibi “özel” ve “olağandışı zarar” niteliğinde olması gerekmemektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunun koşullarını incelerken, “Özel ve Olağandışı Zarar” başlığı altında zararın özelliklerini açıklamış olduğumuzdan tekrara kaçmamak için bu bölüme atıf yapmakla birlikte idarenin kusurlu sorumluluğunda zararın, özel ve olağandışı olup olmadığının her hangi bir önemi bulunmadığı belirtmekle yetiniyoruz⁷³.

⁶⁹ Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 324.

⁷⁰ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 50-51.

⁷¹ Zararların nitelikleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, Tan, Cilt:I, ss. 894-897.; Armağan, ss. 187-196, 206-227.; Gözler, ss. 1176-1184.

⁷² Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1998, s. 207.

⁷³ “Özel ve Olağandışı Zarar” için bkz. ss. 78-82.

4. Nedensellik Bağı

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğun bağlandığı davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine “nedensellik (illiyet) bağı” denilmektedir. Nedensellik bağı sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesidir⁷⁴. İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için idare edilenlerin uğramış oldukları zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Zarar, idari işlem ve eylemlerin doğal ve doğrudan sonucu olmalıdır. Yani zarar ile zararı doğuran olay arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalı biri diğerinin sonucu olmalıdır. Bu bağı yokluğunda diğer bütün koşullar olsa dahi idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilemez⁷⁵.

Yaşamın olağan akışına ve yaşam tecrübelerine göre eğer zarara neden olan idari işlem ve eylem olmasaydı o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebiliyorsa zarar ile idari olgu arasında uygun bir nedensellik bağının olduğu söylenebilir⁷⁶. Eğer sonuç olayların doğal akışına göre beklenilmeyen olağanüstü bir sonuç ise idare bu sonuçtan bütünü ile sorumlu tutulamaz. Zararın doğumu çeşitli sebeplere bağlanabilir. Bu nedenlerden birinin zararı doğuracak nitelikte olması nedensellik bağının varlığı için yeterlidir⁷⁷.

Öğretide zarar ile idari işlem ve eylemler arasında sebep-sonuç ilişkisinin olması gerekmediği yönünde görüşler de mevcuttur. ÖZYÖRÜK’e göre nedensellik bağında bir sebep-sonuç ilişkisi aranmasına gerek yoktur. Yazar, ortaya çıkan “zararın bir kamu hizmeti ile bağlantısının” varlığını yeterli görmektedir⁷⁸. Öğretide DÜREN de bu görüşü paylaşmaktadır. Yazara göre genel hayat deneyimleri ile olayların alışılmış akışına göre zarar belli bir idari davranışla “bağıntılı” görülebiliyorsa bu durumda “nedensellik bağının” kabul edilmesi gerekir. Zararın özel hukukta olduğu gibi davranışın uygun ve normal bir sonucu gibi karşılanması

⁷⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, (Borçlar Hukuku), ss. 487-503.

⁷⁵ Onar, Cilt: III, s. 1723.; Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 316.; Gözler, s.1213.; Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 174.

⁷⁶ Esin, s. 246.; Özay, s. 771.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 892-894.

⁷⁷ Onar, Cilt: III, s. 1724.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 892.

⁷⁸ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku-İdari Yargı Ders Notları**, Ankara, 1977, s. 243.

zorunlu değildir. Yazara göre böyle bir yaklaşım Anayasa’da yer alan sosyal hukuk devleti ilkesine ve kusursuz sorumluluk anlayışına daha uygun olacaktır⁷⁹.

Ortaya çıkan zarara, idarenin eylem ve işlemi dışında kalan bir başka sebep kısmen veya tamamen neden olmuş ise bu durumda idarenin zararı tazmin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkabilmektedir. Çünkü bu durumda idarenin eylem ve işlemi ile ortaya çıkan zarar arasındaki nedensellik bağı kısmen veya tamamen kesilmiş olmaktadır. İdarenin sorumluluğunu azaltan ve bazen de sorumluluğunun tamamen ortadan kalkmasına neden olan bu haller mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olabilmektedir⁸⁰. Bu halleri “İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Sebepler” başlığı altında incelemiş olduğumuzdan tekrara kaçmamak için şimdilik bu bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz⁸¹.

B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluk ilkesi, daha önce de belirttiğimiz üzere idare hukukuna özel hukuktan geçmiş olup XIX. Yüzyıl’ın sonlarına doğru belirginleşmeye başlamıştır⁸². İdare hukukunda kusursuz sorumluluğun benimsenmesinde sosyal ve ekonomik yaşamın giderek karmaşılaşması ve teknolojinin ilerlemesi nedeniyle yeni sorunların ortaya çıkmış olması da etkili olmuştur⁸³.

Çok geniş ve etkin yetkilerle donatılmış olan idarenin kamu yararını gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyet ve hizmetler nedeniyle bireylere ve topluluklara zarar verme olasılığı fazla olduğu gibi kişilerin çıkarlarını gözetmek gibi bir kaygısı da bulunmamaktadır. Toplum yararına büyük ve önemli işler başarılırken bireylerin tamamen feda edilmemesi için bazı kayıt ve şartlarla devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı korunması zorunludur. Bunu sağlayabilecek koruma aracı idarenin kusursuz sorumluluğudur⁸⁴.

⁷⁹ Düren, s. 329.

⁸⁰ Onar, Cilt: III, ss. 1719-1723.; Özay, ss. 771-775;

⁸¹ “İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Sebepler” için bkz. ss. 89-116.

⁸² Esin, s. 128.

⁸³ Zabunoğlu, s. 430.

⁸⁴ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 47-48.

Yukarıda “İdarenin Sorumluluğunun Türleri” başlığı altında önce “İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru Kavramı’na” tez konumuzdan uzaklaşmayacak şekilde değindikten sonra şimdi de idarenin sorumluluğunun diğer türünü oluşturan “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu’na” burada yer vermiş bulunuyoruz. Ancak, tez konumuz olan İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun; Türk İdare Hukuku’nda doğuşu ve gelişimini, hukuki dayanağının ve koşullarının ne olduğunu, kusursuz sorumluluğu gerektiren durumların neler olduğunu ve kusursuz sorumluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin neler olduğunu çalışmamızın “İkinci Bölümünde” yeri geldikçe inceleyeceğimizden tekrara kaçmamak için şimdilik bu bölüme atıf yapmakla yetiniyor ve burada sadece idarenin kusursuz sorumluluğu kavramının tanımına yer vermek istiyoruz.

“İdarenin Kusursuz (Objektif) Sorumluluğu” kavramını; “bir olayda idari kusur bulunmasa da bazı kayıt ve şartlar altında, idarenin verdiği zararı ödemekle yükümlü sayılması”⁸⁵, “bir hukuk süjesinin kusuru olmadığı halde kendisi ile ilgili görülen bir zarardan sorumlu tutulması”⁸⁶, “idareye veya ajanına yüklenilmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı, fertlerin bir zarara uğraması halinde idarenin bu zararın tazmini ile yükümlü olması”⁸⁷, “idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları hiçbir kusuru olmasa dahi bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğü”⁸⁸ şeklinde tanımlamak mümkündür.

⁸⁵ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 47.

⁸⁶ Esin, s. 128.

⁸⁷ Özay, s. 742.

⁸⁸ Gözler, s. 1071.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN

KOŞULLARI VE SORUMLULUĞU ORTADAN KALDIRAN

VEYA AZALTAN SEBEPLER

I - GENEL OLARAK İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAVRAMI

İdarenin kusursuz sorumluluğu, her türlü kusur fikrinden arınmış bir sorumluluğu ifade etmektedir. Bu sorumluluk şeklini anlatmak için farklı terimler kullanıldığı görülmektedir. Bu sorumluluk şeklinin sadece sebep sonuç ilişkisine yani nedensellik bağına dayandığını göstermek için “sebep sorumluluğu”, denildiği gibi zararın varlığı ve bunun tazmin edilmesinin öneminden hareket edilerek “netice sorumluluğu” ve yine sübjektif bir nitelik taşıyan kusur fikrinden tamamen arınmış olması nedeniyle “objektif sorumluluk” olarak da adlandırıldığı görülmektedir⁸⁹.

Kamu hizmetleri yürütülürken idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bozukluk, aksaklık veya boşluklar nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilerek zararların tazmin edildiğini yukarıda belirtmiştik. Hizmet kusuruna dayanarak idarenin sorumluluğuna gidebilmek için idarenin, kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekir ki idarenin etkinlikleri nedeniyle uğranılan zararları her zaman idarenin kusurlu davranışına dayandırma olanağı yoktur⁹⁰. Çünkü ortada idarenin hukuka aykırı nitelikte her hangi bir işlem veya eylemi olmadığı ve yine idareye izafe edilecek her hangi bir kusur bulunmadığı hallerde de toplumdaki bazı kişi ve gruplar toplumun diğer üyelerine göre özel ve olağandışı bir takım zararlara uğrayabilmektedir. Bu tür zararlarda ortada kusur olmaması nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemiyor iken bazı kayıt ve şartların varlığı halinde idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak uğranılan zararların idarece tazmini mümkündür⁹¹.

İdarenin kusursuz sorumluluğunda, kusurun varlığı veya ispatı gerekmemektedir. Kusursuz sorumluluğun tanımı icabı zaten idari kusurun tazminat

⁸⁹ Hüseyin Çelikkol, “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 4, İzmir, 1985, s. 14.

⁹⁰ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 872.

⁹¹ Candan, s. 178.

sorumluluğu üzerinde her hangi bir etkisi yoktur. İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için bilakis idari işlem veya eylemin hukuka uygun olması ve idarenin kusursuz olması gerekmektedir⁹². İdarenin kusursuz sorumluluğu bir objektif sorumluluk hali ve nötr bir sorumluluk hali olduğundan zarar görenin idarenin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekmediği gibi idare de kendisinde hiçbir kusurun olmadığını ispatlasa dahi sorumluluktan kurtulamaz. Kusursuz sorumluluk hallerinde idareye izafe edilebilecek her hangi bir kusur olmadığı halde idare yine de zararı tazminle sorumlu tutulmaktadır⁹³. İdarenin kusurlu olduğunun ispatına gerek olmaması aslında risk ilkesi gereğince sorumlulukta idarenin mutlaka kusursuz olduğu anlamına gelmez. Ancak risk ilkesi gereğince sorumlulukta bu kusurun varlığının ispatı için uğraşılmamakta kullanılan tehlikeli araç, gereçler ve yürütülen tehlikeli faaliyetler nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmektedir⁹⁴.

İdarenin hukuki sorumluluğu konusundaki genel prensip hâlâ idarenin kusurlu sorumluluğudur. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise istisnadır⁹⁵. Kusursuz sorumluluk istisna teşkil ettiğine göre dar yoruma tabi tutulmalıdır. Kusursuz sorumluluğun bu niteliği onun tamamlayıcı nitelikte bir sorumluluk olmasına yol açmaktadır⁹⁶. İdarinin kusurlu bir işlemi veya eylemi sonucunda zarar doğmuş ise bu durumda artık idarenin kusursuz sorumluluğu değil kusurlu sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim Danıştay da dava konusu somut olayda öncelikle idarenin hizmet kusurunun olup olmadığını inceleyerek kusurun varlığını tespit etmesi halinde idarenin hizmet kusuruna dayanmakta, hizmet kusuru yok ise bu defa olayda idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun olup olmadığını inceleyerek karar vermektedir⁹⁷.

İdarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılarak açılan bir davada idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun olduğunun anlaşılması halinde bu durum yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen göz önüne alınabileceği

⁹² Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 49.; Çağlayan, s. 165.; Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 321.

⁹³ Gözler, s.1072.

⁹⁴ Gözler, ss. 1077-1078.

⁹⁵ Düren'e göre idare hukuku alanında önceleri "hizmet kusuru" genel ve kural iken zamanla "sosyal devlet" ilkesinin benimsenmesi sonucu devlet ekonomik nitelikli kamu hizmetlerini de yüklenince devletin kişilere zarar verme olasılığı artmıştır. Bu da idare hukukunda kusursuz sorumluluğun kural haline dönüşmesine neden olmuştur. Yazara göre 1961 Anayasası'nın 114. maddesi "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü ile birlikte idare hukukunda kusursuz sorumluluk kural olmuş kusurlu sorumluluk ise istisna haline gelmiştir. Bkz. Düren, s. 310.

⁹⁶ Gözler, s. 1071.

⁹⁷ D. 10. DD. 14.11.1996 tarih 4000/7542 sayılı karardan naklen Atay, Odabaşı, Gökcan, ss. 201-202.

gibi taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Kusursuz sorumluluk halinin varlığı kamu düzeninden sayılmaktadır⁹⁸.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun koşullarını, idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren halleri, idarenin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanağını ve konuya ilişkin öğretilerdeki görüşler ile çeşitli yargı kararlarını yeri geldikçe ele alacağımızdan tekrara kaçmamak için şimdilik yukarıdaki açıklamaları yapmakla yetiniyoruz.

II- TÜRK İDARE HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUĞUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

İdare tarafından yürütülmekte olan kamu hizmetleri, bütün toplumun yararınadır ve hizmetin sonuçlarından herkes yararlanma imkânına sahiptir. İdarenin, kamu hizmetini yürütmek üzere kurduğu örgütlenmedeki eksiklikler ve giriştiği faaliyetlerin kusurlu olması nedeniyle idare edilenler bir takım zararlara uğrayabilirler⁹⁹. İdarenin hizmetin yürütülmesi ve örgütlenilmesindeki hizmet kusuru nedeniyle ortaya çıkan bu tür zararlar, idarenin kusura dayalı tazmin sorumluluğunu doğurur. Hizmet kusuru teorisi idarenin kusurlu sorumluluğunun genel esası olmakla birlikte devletin ve idarenin hukuki sorumluluğunu sadece hizmet kusuruna dayandırmak yeterli görülmemektedir¹⁰⁰. Başlangıçta idarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluk esasına geçilirken kusur, idari sorumluluğun tek ve asli sebebi iken zaman içerisinde toplumsal ilişkilerin gereklerini tam olarak karşılayamadığından genel ve salt biçimde uygulanamaz hale gelmiştir¹⁰¹. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde meydana gelen hızlı gelişmeler, idari etkinliklerin yol açtığı zararların tazmininde idarenin hizmet kusuru teorisinin yetersiz kalmasına yol açarak idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü zorunlu kılmıştır¹⁰².

Bunun yanı sıra hukuk devletinin, sosyal devlete doğru gelişme göstermesi idarenin sorumluluğu anlayışında zarar görenler yararına bir durum yaratmıştır.

⁹⁸ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 51.; Gözler, s. 1073.; Çağlayan, s. 158. Duran, tersi durumda yani davacının olayda idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandığı halde olayda idarenin kusurlu sorumluluğunu gerektiren bir olgunun varlığı anlaşıldığı takdirde davacının idari olgunun varlığı ve idarenin kusurunu ispatla yükümlü olması nedeniyle mahkemenin idari kusuru re'sen göz önüne alması gerektiği görüşündedir.

⁹⁹ Candan, ss. 177-178.

¹⁰⁰ Onar, Cilt: III, s. 1709.; Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 23-28.

¹⁰¹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 25-26.

¹⁰² Esin, s.128.

İdarenin faaliyet alanının artması, kullanılan teknolojinin ilerlemesi, idari örgütlenmenin giderek karmaşıklaşması gibi sebepler zarara neden olan olay ile idarenin kusuru arasındaki bağın kurulmasını ve kanıtlanmasını güçleştirmiştir. Daha özgür bir ortamın doğması, bazı kişi ve grupların uğradığı zararların bu kişiler üzerinde bırakılmaması gerektiği yönünde gelişen sosyal adalet anlayışı gereği bazı şartlara bağlı olarak idarenin kusuru olmasa dahi ortaya çıkan bazı zararlardan sorumlu tutulmasına yol açmıştır¹⁰³. Böylece kusur yoksa sorumluluğun da olmayacağı şeklindeki klasik kusur teorisi bir yana bırakılarak kusur olmasa da sorumluluğun doğabileceği görüşü egemen olmaya başlamış ve kusursuz sorumluluğun esasları ortaya çıkmıştır¹⁰⁴.

Gerçekten de kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve yürütülmesinde idarenin her hangi bir kusuru olmasa dahi yürütülen hizmetin bünyesinde mevcut olan bir takım riskler veya hizmetin yürütülmesi için kullanılması zorunlu olan taşıt, araç, gereç ve bayındırlık eserlerinin içerdiği kaçınılmaz riskler nedeniyle gerek hizmeti yürütmekte olan kamu görevlileri ve gerekse hizmetten yararlanan kişiler ile hizmete tamamen yabancı olan üçüncü kişiler bir takım zararlara uğrayabilmektedir. Uğranılan bu tür zararların, klasik kusur teorisi ile giderilmesi mümkün değil iken idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak zararların tazmini mümkündür.

Yukarıda açıkladığımız sebeplerle ortaya çıkan idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi Cumhuriyet sonrası dönemde yapılan Anayasal düzenlemeler ve Danıştay içtihatları ile Türk İdare Hukuku'nda benimsenmiştir¹⁰⁵. Söz konusu Anayasal düzenlemeleri ve Danıştay'ın konuya yaklaşımını aşağıda ana hatları ile ele almaya çalışacağız.

Danıştay'ın, 1950'li yıllardan itibaren hizmet kusuru teorisine dayanarak kararlar vermeye başladığı görülmekte ise de idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uygulamada henüz yok gibidir¹⁰⁶. 1961 Anayasası hemen öncesinde (1960 yılında) kusursuz sorumluluk düşüncesinin sınırlı bir biçimde de olsa idari yargıda kabul

¹⁰³ Yayla, İdare Hukuku, s. 366. İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü gerektiren ihtiyaçlar hakkındaki ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Çağlayan, ss. 142-145.

¹⁰⁴ Özey, s. 740.

¹⁰⁵ Esasen “Hukuk Devleti İlkesinin” ve idari sorumluluğun kabulü de gerçek anlamda Cumhuriyet dönemi içerisinde olmuştur. Bu gelişmelerin temel sebebi Şurayı Devlet'in, Anayasal bir kurum olarak 1924 Anayasası'nda yer almasıdır. Çağlayan, ss. 101-102.

¹⁰⁶ Özgüldür, Tam Yargı, s. 27.

edildiği ve idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak çok az sayıda karar verdiği görülmektedir¹⁰⁷.

1961 Anayasası'nda idarenin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan başlıca düzenlemeler şunlardır; Anayasa'nın, "Cumhuriyetin Niteliklerinin" düzenlendiği 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 114. maddesinde; "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." ifadesine yer verilerek idarenin sorumluluğu ilk kez anayasal bir hüküm olarak düzenlemiştir. Bu hüküm, idarenin hukuki sorumluluk alanının kusurlu sorumluluk halleri ile sınırlı olmadığını göstermesi bakımından önemli olup kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerlik kazanmasında da etkili olmuştur. Anayasa'nın 114. maddesi hükmü, idarenin hukuki sorumluluğu için o güne kadar genellikle hizmet kusuru odaklı olan sorumluluk uygulamasını ve içtihatları daha ileriye taşımış ve idarenin kusursuz sorumluluğu alanında gecikmeli de olsa Fransız Hukuku'ndaki uygulamaya benzer hale getirerek modern sorumluluk anlayışının yerleşmesine olanak tanımıştır¹⁰⁸.

ONAR'a göre, Danıştay, başlangıçta bu yeni idari sorumluluk anlayışını içtihatlarına yansıtmakta gecikmiştir. Yazar, Danıştay'ın Anayasa 114. madde hükmüne karşın tazminat hakkında diğer kanunlarda açık hüküm bulunmaması nedeni ile tazminat taleplerini reddettiğini belirterek bu durumu eleştirmektedir. Yazara göre idare mahkemesinin yapısı ve idari uyuşmazlıkların niteliği göz önüne alındığında bu sebebe dayanılarak tazminat istemlerinin reddi gerek Anayasa ve gerekse Danıştay Kanunu'nun ruhuna uygun değildir. Ceza hukukunda, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı bulunduğundan kıyas yapılamazken hukuk mahkemeleri ve idari davalarda hak ihlali tespit edilmiş, haksız fiilin varlığı anlaşılmış ise davanın çözümü ve zararın tazmini için kıyas yapılabilir. Hâkimin, uyuşmazlığın çözümünde uygulayabileceği açık bir hüküm yok ise örf ve adet kurallarına başvurması, bunlar da yoksa kanun koyucu olsa idi ne şekilde bir kural öngörecekti ise bu doğrultuda uyuşmazlığı çözümlemesi gerekmektedir. Yine bilimsel görüş ve yargı kararlarını nazara alması gerekmektedir. Yazara göre Danıştay'ın, önüne gelen tazminat

¹⁰⁷ Esin, s. 19.

¹⁰⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 51.; Özgüldür, Tam Yargı, s. 27.

taleplerini, tazminata ilişkin açık hüküm olmaması gerekçesi ile reddetmesi hukuka aykırıdır¹⁰⁹.

Danıştay'ın 1961 Anayasası ile beliren yeni idari sorumluluk anlayışını içtihatlarına geç yansıtması öğretide ESİN tarafından da eleştiri konusu olmuştur. Yazar, 521 Sayılı Danıştay Kanunu öncesinde Danıştay'ın, idari sorumluluk konusunda hizmet kusurunun varlığını aradığını, hizmet kusuru görmediği olaylarda çoğu kez kusursuz sorumluluk ilkesi üzerinde durmaksızın tazminat istemlerini reddettiğini belirterek bu durumu eleştirmekte, 521 Sayılı Kanun sonrasında ise Danıştay'ın söz konusu bu tutumunu değiştirdiğini ve yeni sorumluluk anlayışı çerçevesinde kararlar verdiğini belirtmektedir¹¹⁰.

DURAN ise bu görüşlere katılmamakta ve çeşitli yargı kararlarına atıfta bulunarak Danıştay'ın, başlangıçtan beri tazminata hükmetmek için ilgili kanunda açık bir hüküm bulunması koşulunu aramadığı gibi idarenin genel sorumluluğu ilkesinin uygulanmasında hizmet kusuru şartından, kusursuz sorumluluğa doğru gelişme kaydedildiğini ifade etmekte ve aksi yöndeki görüşleri eleştirmektedir¹¹¹.

1961 Anayasası döneminde idarenin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan diğer düzenlemeler “Danıştay Kanunu” ile “Devlet Memurları Kanunu’nda” yapılmıştır. 24.12.1964 Tarih ve 521 Sayılı Danıştay Kanunu’nun 30. maddesi ile “İdari işlem ve eylemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları” idari dava türleri arasında sayılarak idari tazminat davaları idari sorumluluğun pozitif hukukumuzdaki kaynakları arasında sayılmıştır¹¹². Danıştay Kanunu’ndaki bu düzenleme sonrasında Danıştay, başlangıçtaki çekingen tavrını bırakarak bir yandan hizmet kusuru kuramının uygulama alanını genişletmiş bir yandan da kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak daha çok karar vermeye başlamıştır¹¹³. 14.07.1965 Tarihli, 657 Sayılı “Devlet Memurları Kanunu’nun” 13. maddesi ile memurların görevleri ile ilgili olarak üçüncü kişilere zarar vermesi halinde idare aleyhine dava açılacağı hükmüne yer verilerek eylemin kusurlu ya da kusursuz olmasının bir önemi olmaksızın her iki durumda da birinci derecede

¹⁰⁹ Onar, Cilt: III, ss. 1692-1693.

¹¹⁰ Esin, s. 21.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 24-25, dn 3.

¹¹² Esin, s. 20.

¹¹³ Esin, ss. 20-21.; Özgüldür, Tam Yargı, ss. 28-29.

sorumlu olanın, kamu görevlisini çalıştıran kamu tüzel kişiliği olduğu hükmüne yer verilmiştir.

657 Sayılı Kanun'un kabulünden önce Anglosakson ülkelerinde ve İtalya'da olduğu gibi bizde de idare ile memurun birlikte sorumluluğu ilkesi geçerliydi. Bu durum, görevlerini yürütürken aleyhlerine dava açılabileceği korkusu yaşamalarına neden olarak memurların hizmetlerini gerektiği gibi yapmalarını engellemekte ve hizmetin ağır yürütmesine yol açabilmekteydi. Memurlar hakkında açılacak davaları engellemek ve memurların bu gibi korkulardan uzak bir şekilde hizmet etmeleri amacı ile idare ile memurun birlikte sorumluluğu ilkesi terk edilerek Alman Hukuku'nda bulunan "Teminat Sistemi" kabul edilmiştir. Bu sistem, 1948 tarihli Bonn Anayasası'nın 34. maddesi ile 1957 tarihli Federal Almanya Memur Kanunu'nun 78. maddelerine dayanmakta ve 657 Sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile büyük benzerlik taşımaktadır. Yapılan yasal düzenleme ile idareyi, birinci derecede sorumlu tutmak zarar gören kişilere da fayda sağlamış ve bu kişilerin ödeme gücü sınırlı olan memur yerine idareye yönelmelerine imkân tanımıştır¹¹⁴. Bu dönemde yapılan bir diğer değişiklik Anayasa'nın, 140. maddesinde yer alan ve Danıştay'ın idari uyuşmazlıkları ve davaları çözümlemekte asli yetkili mahkeme olduğu şeklindeki hükmün 20.09.1971 tarihinde yapılan değişiklikle asker kişilerle ilgili idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimi bakımından Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne verilmesidir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın temel ilkelerini aynen benimsemiştir. 1961 Anayasası'nın 114. maddesine paralel bir düzenleme 1982 Anayasası'nın 125. madde son fıkrasında yapılmıştır. Anayasa'nın 125. madde son fıkrası; "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmünü içermektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine paralel bir düzenleme Anayasa'nın 129. madde 5. fıkrasında yapılmış olup "Memur 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." hükmünü içermektedir. 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlığını taşıyan 40. maddenin 3. fıkrasında; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esin, ss. 164-165.

göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan memura rücu hakkı saklıdır.” hükmü bulunmaktadır. 521 Sayılı Danıştay Kanunu’nun 30. maddesindeki; “ İdari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları” şeklindeki hüküm, 2577 Sayılı “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun” (İYUK), 2. maddesinde aynen korunmuştur. 2576 Sayılı “Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’un” 5. maddesinde idare mahkemelerinin görevleri sayılırken, iptal davaları yanında tam yargı davaları da sayılmıştır. 1602 Sayılı “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun” 24. maddesinde; “Kişiler askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmüne yer verilerek idarenin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. 1602 Sayılı Kanun’un, 42. maddesinde “İlgililer, haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde doğrudan doğruya tam yargı davası açabilirler” hükmüne yer verilmiştir.

Türk İdare Hukuku’nda, idarenin hukuki sorumluluğu ile bunun bir türü olan idarenin kusursuz sorumluluğunun ve idari yargının aşamalı bir şekilde geliştiğini görmekteyiz. Osmanlı Döneminde, İslâm Hukuku’nun etkisi ve yine dönemin siyasal, sosyal ve ekonomik sebepleri ile aynen Batılı devletlerde olduğu gibi mutlak egemen-sorumsuz devlet ilkesi hâkim olmasına karşın zaman içerisinde bu ilke terk edilerek idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü yoluna gidilmiştir. Cumhuriyet sonrası dönemde yapılan Anayasal ve ilgili yasal düzenlemeler sonrasında idarenin, hukuki sorumluluğunun tam anlamı ile kabul edildiğini söylemek mümkündür. Hatta büyük bir hızla yaşanan teknolojik ilerleme ve yürütülen kamu hizmetinin daha geniş bir alana yayılması gibi nedenlerle idarenin hukuki sorumluluğunun giderek daha geniş bir alanı kapsadığını ve bu konuda sürekli bir gelişim içerisinde olduğunu görmekteyiz.

III - İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

İdarenin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanağının ne olduğu konusunda öğreti tam bir görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Bu konuda öğretilerde savunulan görüşleri, aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür.

ONAR, kusursuz sorumluluk kuram ve ilkelerini; önceleri “sebepsiz mal iktisabı esası”, “hasar (risk) nazariyesi”, “hakkaniyet, adalet, nesafet esası” ve “hukuki musavat prensibi” olarak dörde ayırmakta iken daha sonra bunlardan “hakkaniyet, nesafet” ile “hukuki musavat” ilkelerini “içtimai hasar-sosyal risk” adı ile bağımsız bir kuram içerisinde ele aldığı görülmektedir. Yazara göre objektif sorumluluğun ilk ve klasik şekli olan hasar teorisinin genişleyip genelleşmesi ve illiyet bağının dışına çıkması sonucunda içtimai hasar kategorisi kabul edilmiştir¹¹⁵.

DURAN’a göre “İdarenin sorumluluğunun temeli, tazminat borçlusu ile tazminat alacaklısı arasındaki genel ilişkilerde aranıp bulunmalıdır. Ancak böyle ortak bir alanda karşılıklı olarak belirlenen bir ilke, idari sorumluluğun dayanağı ve kaynağı olabilir. Bu vasıf ve şartları taşıyan çağdaş kamu hukuku ilkesi, sosyal adalet ülküsüne yönelen “imkân ve fırsat eşitliği” esasıdır”. “Demokratik bir toplumun çeşitli kesim ve katlarında yer alan bireyler ve toplulukları, sosyal düzen içinde kendi yaşantılarını sürdürebilmek ve geliştirmek için tümü ile ve daima “imkân ve fırsat eşitliğinden” yararlanmak durumundadır.” “... Bu bakımdan bireyler ve toplulukları, bir arada yaşamalarını ifade ve te’min eden İdarenin varlığından ve işleyişinden bir zarara uğradıklarında aynı ölçüde “imkân ve fırsat eşitliğini” yitirmiş olurlar. Böylece “fırsat ve imkân eşitliğinin” bozulduğu hallerde, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, zarar görenlerin aksayan yaşam dengesini yeniden kurmak için kendilerine tazminat ödemesi olağan sayılır”¹¹⁶.

DÜREN’e göre kusursuz sorumluluk ilkesinin dayandığı ilkeleri “tehlike ilkesi” ve “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” ya da hukukumuzda kullanıldığı biçimiyle “kamu yükümlülükleri önünde eşitlik” ilkeleri olarak kabul etmek yeterlidir¹¹⁷.

¹¹⁵ Onar, Cilt: III, ss. 1709-1713, 1744-1745.

¹¹⁶ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 16-17.

¹¹⁷ Düren, s. 311.

AZRAK’a göre idarenin görev alanına ilişkin toplumsal olaylardan doğan bireysel ve olağandışı zararlar, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan iktisadi ve sosyal engeller olduğu için Anayasa 10’uncu maddesi gereğince bu engellerin kaldırılarak kişilere “imkân ve fırsat eşitliğinin” tanınması gerekmektedir. Fransız öğretisi ve içtihatlarında “kamusal külfetler karşısında eşitlik” ve Alman Hukuku’nda “fedakârlığın denkleştirilmesi” biçiminde ifade edilen ilkeler ile “imkân ve fırsat eşitliği ilkesi” arasında kusursuz sorumluluğun hukuki temeli bakımından benzerlik bulunmaktadır¹¹⁸.

ESİN’e göre öğretide kusursuz sorumluluğun esasına ilişkin kuramlardan: “hakkaniyet, adalet, nesafet” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da “hukuki musavat” ilkeleri bağımsız bir nitelik taşımamaktadır ve bu ilkeler özellikle “idari hasar” ve “sosyal hasar” kuramları içerisinde yer almaktadır. Yazar, doktrindeki görüşleri birleştirici bir yöntem ile ele alarak kusursuz sorumluluk alanında bağımsız bir yeri olan kuram ve ilkeleri; “idari hasar kuramı”, “sebepsiz iktisap kuramı” ve “sosyal hasar kuramı” olarak değerlendirmekte ve bunlara ek olarak 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesi ile getirilen özel sorumluluk ilkesinin de eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁹.

YAYLA’ya göre kusursuz sorumluluk ilkesi “tehlikelilik esası” ve “yükümlülüklerde eşitlik-hakkaniyet” esaslarına dayanmaktadır. Yazar tehlikelilik esasını, “idarenin tehlikeli faaliyet ve araçları” ile “toplumsal tehlikeler” olarak ikiye ayırmaktadır¹²⁰.

KARAVELİOĞLU’na göre kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında zarar görenlerin, özel ve olağandışı nitelikteki zararlarının karşılanmaması hem “sosyal ve koruyucu devlet anlayışına” ve hem de “hak-nesafet ve eşitlik ilkesine” aykırıdır. Kusursuz sorumluluk ilkesi sosyal devlet, hak ve nesafet kralları ile eşitlik ilkesinin bir gereği olup bu ilkelere dayanmaktadır¹²¹.

GÖZÜBÜYÜK’e göre idare hukukunda kusursuz sorumluluk geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır ve idarenin kusursuz sorumluluğuna daha çok

¹¹⁸ Ali Ülkü Azrak, İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı”na göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 142-143.

¹¹⁹ Esin, ss. 129-130.

¹²⁰ Yayla, İdare Hukuku, ss. 366-368.

¹²¹ Karavelioğlu, s. 100.

idarenin tehlike taşıyan etkinlikleri dolayısıyla başvurulmaktadır. Yazara göre kamu hukukunda, kusursuz sorumluluk esas itibari ile iki ilkeye dayanmaktadır. Bu ilkelerden ilki “hasar” ya da “risk” ilkesi diğeri “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ilkesidir¹²².

GÖZLER’e göre idarenin kusursuz sorumluluğu teorisi, “risk ilkesi” ve “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” olmak üzere iki ilkeye dayanmaktadır¹²³.

ZABUNOĞLU’na göre kusursuz sorumluluğun dayanağı konusunda yukarıda yer vermiş olduğumuz “yaratıcı temel ilkeleri ayırt etmek konusunda, fazla titiz davranmak gereği de yoktur. Çoğu kez bu ilkeler birlikte veya birbirine karışmış durumda karşımıza çıkmış olabilirler. Örneğin adalet ve nesafet gereği idarenin tazminat yükümlülüğü diğer ilkeler ile birlikte veya çoğu kez yan yanadır; bu nedenle uygulamadaki bakarak “bilimsel” bir ayırtılma yapma gereğini bir yana iterek kusursuz sorumluluk ilkelerini “hasar ya da risk ilkesi” ile “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” olarak ikili bir ayırımla incelemekte yarar vardır¹²⁴.

Yukarıda yer verdiğimiz görüşlerden de açıkça anlaşıldığı üzere öğretilde idarenin kusursuz sorumluluğun hukuki dayanağının ne olduğu konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Aynı şekilde Danıştay da kararlarında sorumluluğun hukuki dayanağını farklı ilkelere atıf yaparak açıklamakta ve bu konuda tam bir tutarlılık göstermemektedir. Danıştay’ın kusursuz sorumluluğa dayanarak tazminata hükmettiği bazı kararlarda; “hasar”, “hakkaniyet”, “risk” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik” gibi ilkelere atıfta bulunduğu görülmektedir. Danıştay, bazen bu ilkelerin hepsini bir arada kullanmakta bazen de hiçbirine yer vermeyip doğrudan kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak karar vermektedir. Bu durum öğretilde GÖZÜBÜYÜK, TAN ve DURAN tarafından eleştiri konusu olmuştur. GÖZÜBÜYÜK, TAN, Danıştay’ın kusursuz sorumluluk ilkesini uygularken belli kuralların ışığında çözüm aramak yerine önüne gelen davanın ve uğranılan zararın niteliğine göre kimi kez kusurlu sorumluluğa kimi kez de kusursuz sorumluluğa dayanarak davayı sonuçlandırdığını ve kararlarda kullanılan deyimler yönünden bir tutarsızlık olduğunu belirterek Danıştay’ın bu tutumunu eleştirmektedir¹²⁵. DURAN,

¹²² Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 321.

¹²³ Gözler, s. 1071.

¹²⁴ Zabunoğlu, s. 434.

¹²⁵ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 873.

Danıştay'ın bir yandan hiçbir sebep belirtmeden tazminata hükmettiğini öte yandan aynı davada idarenin sorumluluğuna neden olarak hem hizmet kusuruna hem de hasar esasına dayandığını bazen bunlarla da yetinmeyerek, eşitlik, adalet, hakkaniyet ve nesafet ilkelerini de sayarak hepsine birden dayanarak karar verdiğini belirterek bu durumu eleştirmektedir¹²⁶.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun, hukuki dayanağının; “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, “Hasar (Risk) İlkesi” ve “Sosyal Risk” olduğunu düşünmekteyiz. İdarenin kusursuz sorumluluğunun, hukuki dayanakları aşağıda sırasıyla açıklamış bulunmaktayız.

A. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi

“Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”¹²⁷, Türk İdare Hukuku’nda; “kamu külfetleri karşısında eşitlik”¹²⁸, “yükümlülüklerde eşitlik-hakkaniyet esası”¹²⁹ ve “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması”¹³⁰ olarak değişik şekillerde adlandırılmaktadır. Danıştay, bu terimler arasında sıklıkla “yükümlülüklerde eşitlik-hakkaniyet esası” terimini kullanmaktadır¹³¹. Çalışmamızda bu terimler arasından “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğal hukuk öğretisine değin uzanan köklü bir geçmişe sahiptir¹³². Fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesini bir sistem içerisinde inceleyip hukuki bir temele oturtan ve bir sorumluluk ilkesi düzeyine çıkmasını sağlayan Alman Hukuku’dur¹³³. Alman Hukuku’nda “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”, Fransız Hukuku’nda “kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik ilkesi” olarak adlandırılmakta ve idarenin hiçbir kusuru, tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanılması söz konusu olmadığı hallerde bazı bireylerin toplumun diğer

¹²⁶ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 8-9.

¹²⁷ Düren, s. 311.; İlhan Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat’a Armağan, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 63, Sayı: 1-4, İstanbul, 1979, s. 101.

¹²⁸ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 875-877.; Çağlayan, s. 340.

¹²⁹ Yayla, İdare Hukuku, s. 386.; Özay, s. 745.; Özgüldür, Tam Yargı, s. 88.

¹³⁰ Gözler, s. 1141.

¹³¹ Özay, s. 745.; Yayla, İdare Hukuku, s. 368.

¹³² Ulsan, s. 108.

¹³³ Alman İdare Hukuku’nda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulsan, ss. 104-108.

üyelerine nazaran özel ve olağandışı bir zarara uğraması halinde bu zararın tazmin edilmesi esasını ifade etmektedir¹³⁴.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Türk İdare Hukuku öğretisi ve uygulamasına Fransız İdare Hukuku'nun etkisi ile girmiştir¹³⁵. İlke, Fransız Danıştay'ının özellikle bayındırlık işleri sırasında kişilere, diğerlerine göre “ağır” sayılabilecek yükümlülükler getirilmesi veya “özel”, “olağanüstü” nitelikteki müdahaleler nedeniyle kişilerin malvarlığına zarar verilmesi hallerinde uygulanmıştır¹³⁶. Fransız Danıştay'ı, XIX. Yüzyıl'ın sonlarına doğru, bayındırlık işlerinin yapılması ya da bayındırlık eserlerinin varlığı nedeniyle komşu mülklere verilen özel, olağandışı ve sürekli zararların hizmet kusuru aranmadan tazmini ilkesini kabul etmiştir¹³⁷. Fransız Hukuku'nda, “kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik” ilkesi 1789 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi'nin 13. maddesinde yer alan “kamu külfetlerine katılmada eşitlik” ilkesine dayanmaktadır. Fransız Anayasa Konseyi bu ilkeyi, hukukun genel ilkeleri arasında değerlendirmektedir. Fransız Danıştay'ı da ilkeyi oldukça geniş bir şekilde kanun önünde eşitlik, kamu hizmetleri önünde eşitlik, kamu hizmetlerine girişte eşitlik ve kamu külfetleri karşısında eşitlik şeklinde hukukun genel ilkeleri arasında değerlendirmektedir. İdare, hukuka aykırı olmayan bir kararla, kamu külfetleri karşısında eşitliği bozarak özel ve anormal bir zarara neden olmuş ise bu ilke gereğince zararı tazmin etmek zorundadır¹³⁸. Fransız Danıştay'ının, bayındırlık eser ve faaliyetleri nedeniyle meydana gelen zararlarda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanarak verdiği ilk karar 1931 tarihli “Commune de Vic-Fezansac” kararıdır. Karara konu olayda; kasaba meydanında

¹³⁴ Onar, Cilt: III, s. 1713.; Uluşan, s. 103.; Yayla, İdare Hukuku, ss. 368-369.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 875-876.; Özay, s. 745.; Özgüldür, Tam Yargı, s. 88.

¹³⁵ Düren, s. 315.

¹³⁶ Düren, s. 315.

¹³⁷ Esin, s. 139. Fransa'da bayındırlık faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında kusura dayalı olarak meydana gelen zararlarda idare ile faaliyeti yürüten müteşebbis, müteselsil sorumlu olarak kabul edilmektedir. Bayındırlık faaliyetleri nedeniyle zarara uğrayan kişiler zararın tamamı için isterse kamu tüzel kişisine isterse bayındırlık faaliyetini yürütmekte olan özel hukuk kişisine karşı dava açma hakkına sahiptir. Zararın tamamını ödeyen taraf kusuru oranında diğerine rücu edebilir. Hukuk sistemimizde ise bayındırlık faaliyetlerini üstlenen özel hukuk kişilerinin bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda bu zararlardan faaliyetin asıl sahibi olan ilgili kamu tüzel kişisi kamu hukuku esaslarına göre sorumlu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan, s. 218. Öğretide, müteahhidin yürüttüğü bayındırlık faaliyetlerinden üçüncü kişilerin gördüğü zararlar bakımından, Fransa'da olduğu gibi müteselsil sorumluluğun kabul edilerek idare aleyhine idari yargıda veya özel hukuk kişisi aleyhine adli yargıda zararın tamamı için dava açılması ve kusuru oranında diğer tarafa rücu edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Gözler, s. 1252.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan, s. 340.

bulunan bir çınar ağacının yaprakları, yanında bulunan binanın çatısına düşerek binaya zarar vermektedir. Bina sahibinin, belediyeye karşı açtığı davada mahkeme; kasaba meydanına ağaç diken belediyenin kamuya yararlı bir faaliyet gerçekleştirmiş olduğunu, kendisine atfı kabil her hangi bir kusur bulunmadığının altını çizmiş ancak gölgesi ve güzelliğinden bütün toplumun yararlandığı ağacın neden olduğu komşuluk yükümlülükleri kapsamındaki zararların da bütün toplum tarafından karşılanması gerektiğine karar vermiştir¹³⁹. Devletin yürüttüğü çeşitli faaliyetler nedeniyle komşu taşınmaz maliklerinin uğradığı zararların tazmini İsviçre Hukuku’nda da kabul edilmiştir. Kamu taşınmazlarının yol açtığı “kaçınılmaz” nitelikteki taşkınlıklara, komşu taşınmaz maliklerinin “katlanma ödevi” bulunmaktadır. Bu kaçınılmaz taşkınlıklar nedeniyle komşu taşınmaz maliklerinin uğradığı “özel” ve “olağandışı” zararlar kamulaştırma esaslarına göre tazmin edilmektedir¹⁴⁰.

Türk İdare Hukuku’nda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi açık bir şekilde yer almamaktadır. Ancak, Anayasa’nın başlangıç kısmında her Türk vatandaşının temel hak ve hürriyetlerden eşit şekilde yararlanacağını ve nimet ve külfetlerde eşit olduğu ifade edilmektedir. Anayasa’nın başlangıç kısmındaki bu ifadelerin yanı sıra Anayasa’nın 10. maddesinde “kanun önünde eşitlik ilkesi”, Anayasa’nın 70. maddesinde de “kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi” yer almaktadır. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin Anayasa’da açıkça yer almamasına karşın eşitlik ilkesinin Anayasal pozitif bir ilke olduğu söylenebilir¹⁴¹.

Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin sebebi “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” olarak adlandırılan eşitliğin bozulması esasına dayanmaktadır. İdarenin kusuru bulunmuyor ve idare kamu hizmetini gerçekleştirmek için tehlikeli bir faaliyet veya araç da kullanmıyorsa, idarenin sorumluluğuna gidebilmenin yolu ancak “yükümlülüklerde eşitlik” ya da Danıştay’ın kararlarında kullandığı terimlerle “hakkaniyet ve nesafet” kurallarına dayanmakla mümkün olabilecektir. Yükümlülüklerde eşitlik ve hakkaniyet iki taraflı uygulanan bir sorumluluk esası olduğundan sadece zarar göreni

¹³⁹ Çağlayan, s. 348.

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Düren, ss. 317- 318.

¹⁴¹ Çağlayan, s. 341.

koruyan bir esas olmayıp bazı hallerde yükümlülüklerde eşitliğin gereği olarak idare de korunabilmektedir¹⁴².

ONAR, hukukun genel ilkeleri, hakkaniyet ve nesafet kurallarına dayanan bir içtihat hukuku olan idare hukukunda; bazı zararların tazmininde risk veya sebepsiz iktisap gibi teorilerin tamamen uygulanamayacağını, bu teorilerle izah edilemeyen durumlarda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine başvurularak idarenin hukuki sorumluluğu teorisinin eksiklerinin tamamlandığını belirtmekte ve ilkenin önemine dikkat çekmektedir¹⁴³. Bir şeyin nimetlerinden faydalanan kişi o şeyin külfetine de katlanmalıdır. İdarenin işlem ve eylemleri kamu yararına yönelik eylem ve işlemler olduğundan bu işlem ve eylemlerden tüm toplum yararlanmaktadır. Bu durumda idarenin, işlem ve eylemlerinin neden olduğu külfetler de tüm toplum tarafından paylaşılmalı, bazı kişi ve gruplar üstüne bırakılmamalıdır. Kamu külfetleri karşısında herkesten aynı oranda fedakârlıkta bulunması beklenmektedir. Eğer idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle bazı kişilerin diğerlerine göre daha fazla fedakârlıkta bulunması gerekiyorsa bu kişilerin uğradığı zararlar tazmin edilerek fedakârlık denkleştirilmelidir¹⁴⁴. Benzer bir düzenleme Mecelle’de; “Mazarrat menfaat mukabelesindendir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur.” şeklindeki ifade ile yer almaktaydı. Bir şeyin nimetlerinden yararlanan kişi, onun neden olduğu zararlara da katlanmalıdır¹⁴⁵. Bu ilkenin idare hukukundaki yansıması, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin nimetlerinden nasıl bütün toplum faydalanmakta ise bu faaliyetlerin neden olduğu zararların da toplum tarafından karşılanması gereğidir¹⁴⁶.

Burada şunu da özellikle belirtmek gerekir idari eylemler nedeniyle meydana gelen vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm olaylarında yani kişi varlığına verilen zararlar nedeniyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine gidilemez. Çünkü ortada toplum adına katlanılan bir fedakârlık yoktur. Böyle bir durumda olayın özelliklerine göre ortada hizmet kusuru varsa idarenin kusurlu sorumluluğuna kusuru yok ise risk

¹⁴² Yayla, İdare Hukuku, s. 369.

¹⁴³ Onar, Cilt: III, ss. 1713-1714.

¹⁴⁴ Gözler, ss. 1141-1142.

¹⁴⁵ Onar, Cilt: III, s. 1710.

¹⁴⁶ Onar, Cilt: III, s. 1710.; Gözler, ss. 1141-1142.

ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek zararın tazmini gerekmektedir¹⁴⁷.

Türk İdare Hukuku'nda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanını oluşturan içtihatların ağırlıklı olarak devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin hukuka uygun davranışları sonucu, malvarlığında özellikle de taşınmaz mülkiyetinde meydana gelen zararlara ilişkin olduğu görülmektedir¹⁴⁸. Türk İdare Hukuku'nda, bayındırlık hizmetleri nedeniyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazminata hükmedilen ilk Danıştay kararı 1962 tarihlidir. Karara konu olayda bir caddenin yeniden düzenlenmesi sırasında, yolun yükseltilmesi nedeniyle civardaki bir apartmanın giriş kapısı yol seviyesine nazaran aşağıda kalarak zemin katın, kısmen bodrum katı haline gelmiş olması nedeniyle dairenin kira gelirinin azaldığı ve değer kaybına uğradığı öne sürülerek bu zararların tazmini talep edilmiştir. Önemi nedeniyle karardan kısa bir alıntı yapmak istiyoruz. Kararda; “Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği idare hukukunun esaslarından. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde, bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliği taşıdığı cihetle âmme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır” denilerek zararın tazminine karar verilmiştir¹⁴⁹. Danıştay'ın konuya ilişkin sonraki kararlarında da komşuluk riski kavramına değinilmediği, zararın özel ve olağandışı olduğunun belirtilmesi ile yetinilerek karar verildiği gözlenmektedir¹⁵⁰. Fansız Danıştay'ının konuya ilişkin ilk içtihadını 1931 tarihinde oluşturulduğu, Danıştay'ın ise yaklaşık otuz bir yıl sonra bu konuda içtihat oluşturduğunu görmekteyiz.

Hukuk sistemimizde yol, baraj yapımı, köprü gibi bayındırlık eserleri ve faaliyetleri nedeniyle meydana gelen zararlar ve bireylerin katlanmak zorunda kaldığı diğer külfetler de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazmin edilmektedir¹⁵¹. Bayındırlık eser ve tesislerin varlığı nedeniyle çevresindeki bazı gayrimenkullerin değerlerinin arttığı ve hiçbir zarara uğramadığı görülmekte iken

¹⁴⁷ Düren, ss. 320-321.

¹⁴⁸ Düren, s. 316.

¹⁴⁹ DİDDGK. 16.02.1962 tarih E. 1960/177, K. 1962/108 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 140-141.

¹⁵⁰ Bkz. Esin, s. 140.

¹⁵¹ Çağlayan, s. 151.

buna karşın diğer bazı gayrimenkullerin devamlı ve istisnai olarak değer kaybına uğradığı da görülebilmektedir. Bayındırlık eserlerinin varlığı ya da bayındırlık faaliyetlerinin yürütülmesi nedeniyle bu yerlerin yakınında bulunan taşınmaz mal sahiplerinin sırf bu komşuluk nedeniyle uğradıkları özel ve olağandışı nitelikteki zararların bu kişi ve gruplar üzerinde bırakılmayarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince bütün toplum tarafından karşılanması gerekmektedir. Bu tür zararların fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak tazmin edilmesi esasen özel hukukta, Medeni Kanun hükümleri ile çözümlenmekte olan “komşuluk zararlarının” idare hukukundaki yansımasıdır¹⁵².

Özel hukuktaki komşuluk zararına ilişkin hükümlerin, idari uyuşmazlıklara doğrudan uygulanması mümkün değildir. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürüttüğü bayındırlık faaliyetleri ve yapılan bayındırlık eserlerinin zorunlu olarak yaydıkları çevre etkilerinin o yerde bulunan taşınmazlar üzerinde neden olduğu, tesadüf veya kaza sonucu olmayan zararların medeni hukukun komşuluğa ilişkin hükümleri çerçevesinde tazmin edilmesi ve uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi imkânı yoktur. Nitekim 11.05.1959 tarih ve 12202 sayılı R.G’de yayınlanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı’nda bu durum açıkça belirtmiştir¹⁵³. Ancak, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi taşınmaz mallarının çevreye verdiği zararlar nedeniyle Medeni Kanun’un komşuluk hükümlerine dayanılması elbette mümkündür.

Türk İdare Hukuku öğretisinde, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı bayındırlık eser ve faaliyetleri konusunda çok fazla açıklama yapılmadığı görülmektedir. ESİN, bayındırlık eser ve faaliyetleri nedeniyle meydana gelen zararın kaynağını, “bayındırlık eserlerine komşuluk riski” ve “bayındırlık hizmetlerine komşuluk riski” şeklinde ikiye ayırarak konuyu esasen risk teorisi içerisinde incelemektedir. Yazara göre zarar ya bayındırlık eserinin varlığından ya da bayındırlık etkinliklerinin yürütülmesinden doğmaktadır. Bir başka deyişle risk ya

¹⁵² Düren, ss. 318-320.; Çağlayan, s. 348.

¹⁵³ Kararda devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin sebep olduğu çevre etkileri nedeniyle komşu taşınmaz mallara verilen zararların tazmininde idare hukuku kurallarının uygulanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu tür zararlar nedeniyle Medeni Kanun hükümlerine dayanılamaz. Zarara uğrayan malikler kamu faaliyetlerinin durdurulmasını isteyemezler. Hizmet kusuru dışında idarenin kamu hizmetini görürken yaydığı çevre etkilerinin verdiği zararlar komşu taşınmaz malikleri için özel ve olağanüstü zararlara yol açmış ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanarak zararın tazmini gerekir. Düren, ss. 318-320.

bayındırlık işinin sonucundan ya da işin kendisinden kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. YAYLA, eski bir şosenin seviyesinin yükseltilmesi nedeniyle bazı kişilere ait dükkânlarının, yol seviyesinden aşağıda kalması ve cephesinin kapanması nedeniyle uğranılan zarara değinerek idarenin kusurunun olmadığı, tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanmasının söz konusu olmadığı bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğuna gidebilmenin yolunun ancak yükümlülüklerde eşitlik ya da Danıştay’ın kararlarında sık sık belirttiği üzere “hakkaniyet ve nesafet” esası olduğunu belirtmektedir¹⁵⁵. GÜNDAY, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kamulaştırmada uygulamasının yasayla belirlendiğini ifade ederek bazı bayındırlık faaliyetleri sonrasında meydana gelen zararlara ilişkin örnekler vermektedir¹⁵⁶. DURAN, GÖZÜBÜYÜK, TAN ve GÖZLER, bayındırlık hizmetlerinden zarara uğrayanları; bayındırlık hizmetinin inşası ve bakımında görevli olan kamu görevlileri yani “katılanlar”, bayındırlık hizmetlerinden “yararlananlar” bir diğer adı ile “kullanıcılar” ve son olarak “üçüncü kişiler” olarak üç gruba ayırmaktadır¹⁵⁷. GÖZÜBÜYÜK, TAN ve GÖZLER, bayındırlık eser ve faaliyetleri nedeniyle katılanların ve üçüncü kişilerin uğradıkları zararların, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak, yararlananların ise idarenin hizmet kusuru esasına dayanılarak tazmin edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁵⁸. DURAN ise kamu külfetleri önünde eşitlik prensibi karşısında üçüncü kişiler ile yararlananlar aynı durumda sayılamayacağından bunlar arasında fark gözetilmesi gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre bayındırlık tesis ve faaliyetlerinden hiçbir yarar sağlamayan üçüncü kişilerin uğradığı zararlarda sadece nedensellik bağının bulunması kaydıyla idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir. Tesis ve faaliyetlerden yararlananlar bakımından ise idarenin kusurlu sorumluluk esaslarına dayanılmalıdır. Zarara neden olan bayındırlık eserleri bakımından idare aleyhine bir kusur karinesinin kabul edilerek “normal bakım yokluğu” bulunmadığını ispat etmesi halinde idare sorumluluktan kurtulabilmelidir. Çünkü yararlananların,

¹⁵⁴ Esin, s. 140.

¹⁵⁵ Yayla, *İdare Hukuku*, s. 369. dn. 879.

¹⁵⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, ss. 333-334.

¹⁵⁷ Duran, *İdarenin Sorumluluğu*, ss. 62-63.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 883-884.; Gözler, ss. 999, 1113-1116. Yararlanan ve üçüncü kişilerin kimler olduğuna ilişkin örnekler verecek olursak lojmanda oturan bir memur bu lojman karşısında kullanıcı durumunda iken memurun lojmana gelen misafirleri lojman karşısında üçüncü kişi konumundadır. Bir yolu kullanan yaya ve taşıtlar yolun kullanıcısı iken yola komşu taşınmaz maliki yola karşı üçüncü kişi konumundadır. Yararlanan ve üçüncü kişi ile ilgili örnekler için bkz. Gözler, s. 1115.

¹⁵⁸ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 883-884.; Gözler, s. 1116.

yararlanmalarına karşılık olarak kimi aksaklık ve bozukluklara katlanmaları hoş görülebilir¹⁵⁹.

Danıştay'ın bayındırlık eser ve faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini konusundaki yaklaşımına gelince; Meyve bahçesini suladığı suyun, baraj inşaatı nedeniyle kesilmesi sonucunda ağaç fidelerinin uğradığı zararın tazmini istemi ile açılan davada Danıştay; “..idare hukuku esaslarına göre fertlerin kamu mükellefiyetleri karşısında eşit olması, baraj yapımının ise toplumun yararlandığı bir hizmet niteliği göstermesi karşısında, davacının toplum lehine katlandığı istisnai nitelikteki bu zararın, hakkaniyet ve nesafet esaslarına göre karşılanması” gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁰. Karayolu yapım çalışmaları sırasında yapılan dolgu nedeniyle üç katlı bir binanın görüş alanının kısıtlanması, ışık alma imkânının oldukça azalması, yolun neden olduğu gürültü ve titreşim nedeniyle taşınmazın normal kullanılamaması dolayısı ile uğranılan değer kaybının tazmini için açılan davada Danıştay; “ kamu hizmetinin ifası sırasında genel külfetler dışında meydana gelen zararın illiyet bağı bulunmak koşulu ile kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın idarece tazmin edilmesinin hukukun genel kurallarıyla hakkaniyet ve nesafet kuralları olduğu, bu gibi zararların kusursuz sorumluluk esaslarına göre karşılanması gerektiği...”, “..Olayda bir hizmet kusurundan söz edilmesine olanak olmamakla birlikte, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen özel ve olağandışı zararı, hizmetten yararlanan topluma pay etme esasına dayalı kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini..” gerektiğine karar vermiştir¹⁶¹. Bir yolun gidiş ve geliş kısımlarının ayrılması nedeniyle yolun bir tarafındaki benzin istasyonuna yolun diğer tarafındaki araçların uğrayamaması sonucu uğranılan zararın tazmini istemi açılan davada Danıştay; “....Kamu idarelerinin sorumlulukları, ifası ile mükellef oldukları hizmetleri noksan, kifayetsiz ve kusurlu bir şekilde yürütmeleri veya hiç ifa etmemeleri halinde bahis konusu olabilir. Hadisede olduğu şekilde Ankara –İstanbul Asfaltı üzerinde seyrüseferin tanzimi için gidiş geliş yollarının ayrılması eyleminde idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığı..” gerekçesi ile davanın reddine karar

¹⁵⁹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 62-63.

¹⁶⁰ D. 6. DD. 22.12.1969 tarih E. 1965/4416, K. 1969/3755 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 106.

¹⁶¹ D. 10. DD. 07.11.1996 tarih E.1995/4341, K.1996/7149 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 884-885.

vermiştir¹⁶². Yol yapımı nedeniyle çıkan tozların pamuk ürününe zarar vermesi¹⁶³, demiryolu yapımı nedeniyle dere yatağını doldurulan toprakların çevre taşınmazlarda su baskınına sebep olması¹⁶⁴, drenaj kanalından taşan sular nedeniyle tarım arazisi ve ekili ürünlerin hasara uğraması¹⁶⁵ olaylarında Danıştay uğranılan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri gereğince idarece tazminine karar vermiştir.

B. Hasar (Risk) İlkesi

Hasar (Risk) İlkesi; “İdarenin hiçbir ihmali veya kusuru olmasa dahi yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü tutulması” şeklinde tanımlanabilir¹⁶⁶. “Risk ilkesi gereğince sorumluluk, öğretide; “hasar ilkesi”¹⁶⁷, “idari hasar (idari risk) kuramı”¹⁶⁸, “tehlikelik esası”¹⁶⁹, “tehlike ilkesi”¹⁷⁰, “muhtaralı faaliyetler ve şeyler”¹⁷¹ gibi değişik terimlerle ifade edilmektedir.

Öğretide GÖZLER ve ÇAĞLAYAN, Fransızca’daki “risk sorumluluğu (responsabilité pour risque)” terimi yerine “tehlike sorumluluğu” teriminin kullanılıyor olmasını ikinci terimin kavramı yansıtmaktan uzak olması nedeniyle eleştirmektedir. Yazarlar aşağıdaki sözcük ve kavram farklılıklarına dayanarak görüşlerini gerekçelendirmektedir. Fransızca’da “risque” sözcüğü “az ya da çok öngörülebilir nitelikte gerçekleşmesi muhtemel tehlike” demektir. Tehlike zaten gerçekleşmiş ise “risk” olmaktan çıkar. “Risqué” sözcüğünün Türkçe karşılığı

¹⁶² D. 12. DD. 11.10.1966 tarih E. 1965/3393, K. 1966/2783 sayılı karardan aktaran Esin, s. 133. Öğretide GÖZLER, bu kararı eleştirmektedir. Yazara göre şüphesiz ki olayda idarenin bir kusuru yoktur ancak Danıştay’ın dava konusu olayda kusursuz sorumluluk şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini de tartışması gerekmekte olup olayda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesi gerekmektedir. Yazarın eleştirisine aynı sebeplerle katılmaktayız. Dava konusu olayda idarenin her hangi bir kusuru bulunmadığı açıktır ancak bayındırlık faaliyetleri nedeniyle benzin istasyonu sahibi, toplumdaki diğer kişilere göre özel ve olağandışı bir külfete katlanmak durumunda kalmıştır ki katlanılan bu külfetin bütün toplum tarafından paylaşılması gerekmektedir.

¹⁶³ D. 12. DD. 12.02.1972 tarih E.1969/2561, K.1972/426 sayılı karardan aktaran Esin, s. 145.

¹⁶⁴ D. 12. DD. 12.09.1970 tarih E.1969/3139, K.1970/1651 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 183-184.

¹⁶⁵ D. 12. DD. 01.03.1971 tarih E. 1969/4176, K. 1971/507 sayılı karardan aktaran Esin, s. 193.

¹⁶⁶ Gözler, s. 1075.

¹⁶⁷ Onar, Cilt: I, s. 109.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 873.

¹⁶⁸ Esin, s. 130.; Armağan, s. 99.

¹⁶⁹ Yayla, İdare Hukuku, s. 365.; Özay, s. 743.; Özgüldür, Tam Yargı, s. 86.

¹⁷⁰ Düren, s. 322.

¹⁷¹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 51.

“riziko” sözcüğüdür ve “zarara uğrama tehlikesi”ni ifade etmektedir¹⁷². Tehlike ise “büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durumu” ifade etmektedir. Tehlike “risque” sözcüğünün değil “danger” sözcüğünün karşılığıdır ve Fransız hukukunda “tehlike sorumluluğu (responsabilité pour risque)” değil, “risk sorumluluğu (responsabilité pour risque)” şeklinde ifade edilmektedir¹⁷³. Fransız İdare Hukuku’nda “tehlike (danger)” sözcüğü “risk sorumluluğuna” yol açan belirli şey, yöntem ve durumların niteliği olarak kullanılmaktadır¹⁷⁴.

ESİN, idari hasar (idari risk) kuramının, “başlangıçta bayındırlık yapıtları ve etkinlikleri nedeniyle özel mülklere verilen ve idarenin ya da ajanların kusuruna bağlanamayan sürekli, özel ve olağandışı zararların toplum kasasından tazmini amacıyla tesis” olunduğunu ancak çok geçmeden bu kuramın bayındırlık hizmetleri alanında değil tüm kamu hizmetleri alanında uygulanan bir kuram haline geldiğini belirtmektedir. Yazar idari hasar kuramının; “Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik” ilkesi ile “Hakkaniyet ve Nesafet” ilkelerine dayandığını düşünmekte olup zararlı sonuç ile kamu hizmeti ya da idari etkinlik arasında nedensellik bağının varlığını bu kurama temel teşkil ettiğini ileri sürmekte ve kuramın uygulama alanını dört ana başlık altında değerlendirmektedir. Bunlar; “Umulmayan Haller”, “Bayındırlık Hizmetlerine ve Bayındırlık Eserlerine Komşuluk Riski”, “Diğer Kamu Hizmetlerine ve Tesislerine Komşuluk Riski” ile “Mesleki Hasar’dır”. Umulmayan haller başlığı altında idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan sebepleri “umulmayan hal” ve “zorlayıcı sebep” olarak ikiye ayırarak incelemekte ve bunlara örnek olarak, grizu patlaması, kazan patlaması, lokomotiften kıvılcım dökülmesi ve cephanelik patlaması gibi olayları göstermektedir¹⁷⁵.

İdare hukukunda, idarenin kusursuz sorumluluğun, idarenin yürüttüğü tehlikeli faaliyet ve kullandığı araç ve gereçlerine dayanması yani bünyesinde bazı tehlikeler içermesi nedeniyle sorumlu tutulması prensibi özel hukuktan

¹⁷² “Risk-Riziko; Zarara uğrama tehlikesi” Yılmaz, s. 695.

¹⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, ss. 1075-1076.; Çağlayan, s. 256.

¹⁷⁴ Gözler, s. 1076.

¹⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esin, ss. 130-140. Yazar, yaptığı bu açıklamalarda ve verdiği örneklerde idari hasar kuramını ele alırken idarenin bünyesinde risk taşıyan faaliyet ile kullandığı araç ve gereçlerin yol açtığı zararları göz önüne alarak hareket ettiği yani risk ilkesini tanımladığı halde kuramın kamu külfetleri karşısında eşitlik ile hakkaniyet ve nesefet ilkelerine dayandığını belirtmektedir ki yazarın bu görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz. Çünkü idarenin kusursuz sorumluluğunun esasına ilişkin bu iki ilke birbirinden tamamen farklı özelliklere sahiptir ve idarenin bünyesinde risk taşıyan faaliyet ve kullandığı araçların yol açtığı zararların tazmini “risk ilkesi” içerisinde ele almak daha doğru olacaktır.

gelmektedir¹⁷⁶. Risk sorumluluğunda, yürütülen faaliyet ve kullanılan araç ve gereçlerin bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısı ile kişi veya kişilere zarar verilmesi halinde zarara neden olan faaliyet sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın söz konusu zararlar tazmin edilmektedir¹⁷⁷. Ancak zamanla toplum yaşayışının içerdiği bazı tehlikeler ve idarenin kamu düzenini koruma görevi sebebiyle idarenin kusursuz sorumluluğu, idari faaliyetlerin de dışına taşmıştır. Hatta bu tehlikenin günümüzde ülke dışından gelmesi de mümkündür¹⁷⁸.

Gerçekten de idarenin kamu hizmetini yürütürken başvurduğu faaliyetler ve kullandığı araç ve gereçlerin bir kısmı niteliği gereği bünyesinde çeşitli riskler ve tehlikeler barındırabilmektedir. Örneğin; idarenin kullandığı hava, deniz ve karayolu ulaşım araçları, nükleer santraller, baraj gibi tesis ve işletmeler bünyelerinde çeşitli tehlikeler barındırmaktadır. İdarenin bu gibi faaliyet, araç ve gereçleri gerek ilgililer ve gerekse üçüncü kişiler için her zaman tehlike arz etmekte ve zararlara yol açabilmektedir. İdare, kamu hizmetlerini etkin ve verimli olarak sürdürebilmek için tehlikeli de olsa bu araç ve gereçleri kullanmak ve faaliyetleri sürdürmek zorundadır¹⁷⁹. Bunun sonucu olarak da idarenin çoğu kez nedenlerini bilmediği, önceden kestiremediği ve önleyemediği bir takım zararlar meydana gelmektedir. Kamunun genel yararı için yürütülen faaliyet veya kullanılan araç ve gereçlerin yol açtığı zararların bireylerden bir veya birkaçı üzerinde bırakılması kamu yükümlülükleri önünde eşitliği bozacağından bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi için zararın bütün toplum üyeleri tarafından paylaşılması gerekmektedir¹⁸⁰.

Danıştay, risk kuramını, Fransa'daki uygulamanın aksine kamu hizmetine katılan tüm kamu personeline uyguladığından bu konudaki Danıştay içtihatları oldukça zengindir. Fransız Danıştay'ı ile Danıştay arasındaki bir diğer fark tazminat miktarının saptanması ve ödenmesi konusundadır. Danıştay, "Emekli Sandığı Kanunu", "İş Kanunu" gibi özel kanunlar gereğince kamu görevlisine ödenen tazminat miktarının uğranılan zararı karşılamadığı hallerde aradaki farkın tazminine

¹⁷⁶ Düren, s. 322.

¹⁷⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 14.; Özay, s. 743.

¹⁷⁸ Yayla, İdare Hukuku, s. 367.

¹⁷⁹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 51.; Yayla, İdare Hukuku, s. 366.

¹⁸⁰ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 52.

karar vermekte iken Fransız Danıştay'ı verilecek tazminatın kanunlarla düzenlenmiş olduğu hallerde ayrıca tazminata karar vermemektedir¹⁸¹.

İdarenin risk sorumluluğu kapsamındaki eylemlerini idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumlar başlığı altında ve “İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk” alt başlığı içerisinde ele almış bulunmaktayız. Bu nedenle tekrara kaçmamak için şimdilik bu bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁸².

C. Sosyal Risk

Sosyal risk kuramı, insanların topluluk halinde yaşamasından kaynaklanan ve bunun sonucunda maruz kaldığı kaçınılmaz tehlikelere dayanmaktadır. Sosyal, ekonomik ve siyasal koşullar nedeniyle bazı kişi ve gruplarca düzenlenen toplantı, gösteri ve yürüyüş gibi çeşitli kitle hareketleri ve çıkan savaşlarda, sivil halkın maruz kaldığı zararların bu kişiler üzerinde bırakılmasının hakkaniyete uygun bir durum olmayacağı düşüncesi, idarenin sorumluluğunun genişlemesine yol açarak “Sosyal Risk İlkesinin” ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁸³. Sosyal olaylar ve savaşlar esasen bütün topluma yönelmiş bir tehdit niteliği taşıdığı halde sadece bazı kişiler bu tehditten etkilenmekte ve sırf toplumun bireyi olması nedeniyle zarara uğramaktadır. Topluluk içerisindeki bazı grupların saldırganlıkları ve savaş hallerinde, toplumdaki bütün bireyler ortak yaşamın zorunlu kıldığı genel bir tehlike ile karşı karşıya kaldığı halde bu genel tehlikenin zarar verici sonuçları toplumdaki bütün bireyleri değil sadece bir kısmını olağandışı ve ağır bir şekilde etkilediğinden bu zararların toplum hesabına ve onun siyasal örgütlenmesi olan devlet tarafından ödenmesi ancak “sosyal risk” kuramı çerçevesinde olmaktadır¹⁸⁴.

Öğretide sosyal risk ilkesinin hukuki dayanağının ne olduğu konusunda çeşitli görüşler öne sürülmekte ancak bunların tam bir uyum içerisinde olmadığı görülmektedir. Konuya ilişkin görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür; ONAR’a göre objektif sorumluluğun ilk ve klasik şekli olan hasar teorisinin genelleşmesi,

¹⁸¹ Özay, s. 744.

¹⁸² “İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk” için bkz. ss. 60-76.

¹⁸³ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 44.; Azrak, ss. 136-137.; Selim Kaneti, “Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 147.; Çelikkol, s. 20.

¹⁸⁴ Esin, s. 155.; Azrak, s. 137.

yaygınlaşması ve illiyet bağının dışına çıkması neticesinde sosyal risk kategorisi kabul edilmiştir ve ilkenin temeli “hukuki eşitlik ve hakkaniyete” dayanmaktadır¹⁸⁵. ESİN’e göre de (içtimai hasar-sosyal hasar) sosyal risk kuramı; idari hasar kuramının evrimi sonunda kolektif bir sorumluluk olarak ortaya çıkmıştır ve temeli “hakkaniyet, nesafet ve eşitlik ilkesine” dayanmaktadır¹⁸⁶. DURAN’a göre “..Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ancak belirli kişi ve veya kişilerin eşitlik dengesini bozan özel ve olağandışı zararlarını ödemekle yükümlü tutulabilir.” “İmkân ve fırsat eşitliği’nde” meydana gelen genel değişiklikler ve toplum yaşamının olağan veya kaçınılmaz sonuçları, tazminat istemek hakkını doğurmaz; ilgililer bunlara katlanmak zorundadır”. Yazar, idarenin sorumluluğunun temelinin 1961 Anayasası’nda her ne kadar açıkça belirtilmemiş ise de “İmkân ve fırsat eşitliği ilkesi” olduğu görüşündedir. İmkân ve fırsat eşitliği ilkesinin felsefi kökeninin ise “...Anayasa’nın Başlangıç Kısımında yer alan “Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak”, “ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmek ve teminat altına almak” biçiminde ifade...” edildiği görüşündedir¹⁸⁷. AZRAK’a göre sosyal riskin nesnel bir sorumluluk nedeni olması toplumun bir üyesi olan bireye zarar veren olayların karakterinden ileri gelmekte ve herkese yönelmiş olan bir tehlikeden zarar görmüş kişilerin uğradıkları zararların bütün toplum tarafından paylaşılması gerekmektedir. Yazara göre “...Bu tipik dayanışma ilkesi Sosyal Devlet esasına dayandırılabilir gibi Anayasamızın Başlangıç kısmında yer alan “Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak ...” kılmak amacına da uygun düşmektedir”. Yazar, Anayasa’nın başlangıç kısmında sözü edilen dayanışma ilkesinin, toplumsal muhatara kuramının hukuki temeli olan “İmkân ve fırsat eşitliği” ilkesinin felsefi kökenini oluşturduğu görüşündedir¹⁸⁸. ARMAĞAN’a göre sosyal hasar kuramının, nedensellik bağı aranan klasik hasar kavramından ayrılması gerekmektedir. Çünkü idari eylem ile zarar arasındaki illiyet bağı daha dar ve teknik bir hukuki esasa değil hukuki eşitlik, hakkaniyet ve nesafet gibi daha geniş ilkelere dayanmaktadır. Yazar, sosyal hasar ilkesinin sosyal olaylar ve savaş hallerinde sivillere verilen zararların tazmininde objektif bir sorumluluk sebebi olarak kabul etmekte ve ülkemizde kitle eylemlerinin

¹⁸⁵ Onar, Cilt: III, ss. 1744-1745.

¹⁸⁶ Esin, ss. 155-156.

¹⁸⁷ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 17-18.

¹⁸⁸ Azrak, ss. 141-142.

ve failleri bilinmeyen sosyal nitelikli saldırıların büyük boyutlara ulaşması nedeniyle bu eylemlerden zarar görenler ile görmeyenler arasındaki dengenin bozulduğunu belirterek zararların tazmininde idarenin hizmet kusuru esasına dayanılması yerine kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesinin hakça bir durum olacağını düşünmektedir¹⁸⁹. GÖZÜBÜYÜK, TAN’a göre kamu düzenini bozmaya hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları ile toplumsal olaylar basit birer zabıta olayı olarak değerlendirilemez. Bu olayların, “toplumsal risk” olarak değerlendirilmesi ve uğranılan zararların toplumca karşılanması gerekmektedir¹⁹⁰.

Danıştay, zarara neden olan olay ile idari eylem arasında illiyet bağı kurulabilen hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağına karar vermektedir. Örneğin; güvenlik kuvvetlerince döşenen mayına basması sonucu kızı sakat kalan kişinin açtığı davada yerel idare mahkemesi olayın oluş şekli ve zararın niteliği gereği uğranılan zararın sosyal risk ilkesine göre tazmine karar vermiş olup kararı temyizen inceleyen Danıştay ise “..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. Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak..” bulunmadığını belirterek olayda hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, yürütülen güvenlik hizmeti sırasında kusuru bulunmayan davacıların uğradığı özel ve olağandışı zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazminine karar vermiştir¹⁹¹.

Askeri hizmete ilişkin ve bir asker kişiye yönelmiş eylemlerden doğan tam yargı davaları hariç diğer tam yargı davalarının AYİM’in görev alanı dışında kalması nedeniyle AYİM’de sosyal risk ilkesine dayanılarak dava açılması mümkün değildir. Ancak, belirtmek gerekir ki terörist eylemi sonucu zarara uğrayan asker kişilerin açtıkları davalar, askerlerin terörle mücadeledeki rolünün, askeri nitelikte olması¹⁹²

¹⁸⁹ Armağan, ss. 162, 167.

¹⁹⁰ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 877.

¹⁹¹ D. 10. DD. 25.02.2003 tarih E. 2001/4795, K. 2003/696 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (28.10.2009).

¹⁹² Asker kişinin, askeri görev sırasında ölümü nedeniyle yakınlarının tazminat taleplerine ilişkin davanın, askeri görevin özellikleri açısından değerlendirilmesi gerektiği ve bu tür davaların Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görev alanında olduğuna ilişkin UY. Mah.’nin 13.12.1993 tarih ve E. 1993/44, K. 1993/48 sayılı kararı için bkz. 21.01.1994 tarih ve 21825 sayılı R.G.

nedeniyle AYİM’de görülmekte ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayanılarak uğranılan zararın tazminine karar verilmektedir¹⁹³.

Öğretideki görüşleri ve konuya ilişkin yargı kararlarını göz önüne alarak Sosyal Risk İlkesi’ni; “sosyal olaylar” ve “terör olayları” şeklinde ikiye ayırarak incelemenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

1. Sosyal Olaylar

“Sosyal Olay’ın” tanımını yapmak gerekirse; “İnsanlar arası ilişkilerden doğan ve bir defada olup biten sosyal oluşum¹⁹⁴”, “Toplum içinde meydana gelen, başlama ve bitiş noktaları belirli olan birden fazla kişiyi ilgilendiren bir oluşum ve değişim”¹⁹⁵ şeklinde tanımlamak mümkündür. Fransa ve Almanya’da sosyal risk ilkesi gereğince idarenin sorumluluğu tüketici bir biçimde yasalarda düzenlenmişken ülkemizde, sosyal olaylar nedeniyle uğranılan zararların tazminini öngören genel bir kanun yoktur¹⁹⁶.

Mevzuatımızda sosyal olaylar nedeniyle idarenin sorumluluğuna yer veren tek düzenleme 28 Şubat 1956 tarih ve 6684 Sayılı Kanun’da yer almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki Kanun’da, her ne kadar 6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir’de yaşayan azınlıkların ev ve işyerlerinin tahrip edilip yağmalanması şeklinde gelişen sosyal olaylar nedeniyle bu kişilerin uğradıkları zararların tazmini öngörülmekte ise de zararların tazmininde 65 milyon liralık üst sınır getirildiğinden Kanun’un, sosyal risk nedeniyle idarenin sorumluluğu ilkesine tam anlamı ile uygun düştüğü söylenemez¹⁹⁷. Sosyal risk ilkesini en iyi yansıtan kanunun, 5233 Sayılı “Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun” olduğu söylenebilir¹⁹⁸. Ancak 5233 Sayılı Kanun da genel bir kanun değildir. Sadece terör olayları nedeniyle uğranılan bazı zararları karşılamakta olup sosyal olaylar nedeniyle uğranılan zararları ise hiçbir şekilde kapsamamaktadır.

¹⁹³ Özgüldür, Tam Yargı, s. 96.

¹⁹⁴ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, (20.10.2009).

¹⁹⁵ <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/temelkavram.htm>, (20.10.2009).

¹⁹⁶ Azrak, s. 142.

¹⁹⁷ Azrak, s. 143.

¹⁹⁸ Çağlayan, s. 308.

Öğretide GÖZLER ve ÇAĞLAYAN sosyal olaylar nedeniyle idarenin sorumlu tutulması isteniyor ise Fransız uygulamasında olduğu gibi bunun bir kanun hükmü ile yapılması gerektiğini düşünmektedir. GÖZLER, sorumluluk hukukunun genel prensiplerine ancak kanun ile istisna getirilebileceğini belirterek bunun içtihat yolu ile yapılamayacağını düşünmektedir. Yazar, Fransa’da, 7 Ocak 1983 tarihli Kanun’un 92. maddesinde yer alan ve zararın ortaya çıkmaması için toplantı ve gösterinin yapıldığı yer belediyesinin gerekli kolluk tedbirlerini almaması halinde devletin zararları tazmin ettikten sonra, ilgili belediyeye rücu davası açılmasını öngören yasal düzenlemeyi örnek göstererek ülkemizdeki sosyal olaylar nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için benzer kanuni bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmektedir¹⁹⁹. ÇAĞLAYAN da bu görüşleri paylaşmakta ve sosyal olaylardan kaynaklanan olağandışı zararların zarar gören kişilerin üzerinde bırakılmayarak sosyal devlet ilkesi gereğince topluma pay edilmesi isteniyor ise bu tür zararların devlet tarafından ödenmesini öngören yasal bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmektedir²⁰⁰.

GÜNDAY’a göre, sosyal olaylardan idarenin sorumlu tutulabilmesi sorumluluk teorisi bakımından ancak idarenin sosyal olayları önlemede bir kusuru varsa mümkündür. Ortada idareye yüklenebilir bir kusur yoksa sorumluluk da olmayacaktır. Zarar verici toplumsal olayları önlemek idarenin başta gelen görevleri arasındadır ve idare bu görevi yerine getirmede kusurlu ise hizmet kusuru esaslarına dayanılarak idarenin sorumluluğuna gidilebilir. Yazar tüm bu sebeplerle sosyal risk ilkesinin bir kusursuz sorumluluk sebebi olamayacağı görüşündedir²⁰¹.

DURAN ise kitle hareketleri nedeniyle meydana gelen zararların esasen bir arada yaşamının kaçınılmaz sonucu olması nedeniyle bu zararların idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarınca tazmini gerektiğini düşünmektedir. Türk mevzuatında her ne kadar Fransız Hukuku’nda olduğu gibi zararların belediye tarafından ödenmesi şeklinde yasal bir düzenleme yok ise de “..İdari sorumluluğun genel teorisine göre, Osmanlı Hukuku örneğinden de yararlanılarak, Türkiye idaresinin kitle hareketlerinden dolayı” idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir. Yazar,

¹⁹⁹ Fransız uygulamasındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Duez, ss. 278-285.; Azrak, ss. 142-143.; Gözler, ss. 1116-1118.; Çağlayan, ss. 308-311.; Armağan, ss. 163-164.

²⁰⁰ Çağlayan, s. 307.

²⁰¹ Günday, ss. 332-333.

toplumsal olaylarda saldırganlar dışındaki diğer kişilerin bu yüzden uğradıkları zararların sosyal riskin kaçınılmaz sonucu olması nedeniyle idarece karşılanması gerektiğini düşünmektedir. Yazar, bu tür davalarda Danıştay'ın kusursuz sorumluluk esaslarına göre idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmekten çekinmesi halinde hiç değilse “kusur karinesini” benimsemesini tavsiye etmektedir²⁰².

ARMAĞAN da sosyal risk ilkesinin, sosyal olaylar nedeniyle meydana gelen zararlar ile savaş durumunda sivillere ve mallara verilecek zararların tazminine yarayan objektif bir sorumluluk sebebi olduğunu düşünmektedir. Yazar, ülkemizde kitle eylemlerinin ve failleri bilinmeyen siyasal nitelikli saldırıların büyük boyutlara ulaşması nedeniyle bu eylemlerden zarar görenler ile görmeyenler arasındaki eşitlik ve dengenin giderek daha çarpıcı biçimde bozulduğunu bu sebeple gerçeklikten uzak bir şekilde zararların tazmininde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığını araştırmak yerine idarenin kusursuz sorumluluğu esasının benimsenmesi gerektiği görüşündedir. ARMAĞAN, Danıştay'ın, sosyal risk ilkesine dayandığı kabul edilebilecek ilk kararının Danıştay 8. Dairesi tarafından verildiğini belirtmektedir²⁰³. Karara konu olayda 27 Mayıs 1960 sabahı evinin önünde geçen olayları, pencereden seyretmekte iken idareye bağlı kuvvetlerce atılan kurşunla yaralanan davacı, sol kolunun tedavi ve ameliyat sonrasında kısılması nedeniyle uğradığı zararın tazmini için dava açmıştır. Danıştay, “kendisine yüklenilmesi mümkün bir kusurdan ileri gelmeyen olay” nedeniyle uğradığı zararın “idare hukuku ilkelerine göre” tazminine karar vermiştir²⁰⁴. Danıştay'ın kusursuz sorumluluk esasına dayanarak verdiğini tespit ettiğimiz ikinci karar Maliye Bakanlığı'nda hesap uzmanı olarak görev yapan davacının görev nedeniyle gittiği Gaziantep'te, emniyet müdürünün ölümüne sebep olduğu bir kişinin akrabaları ve köylülerince hükümet binasını taşa tutmaları ve çevredeki araçları tahrip etmeleri şeklinde çıkan toplumsal bir olay sırasında hükümet binası önünde park halindeki özel aracının tahrip edilmesi nedeniyle uğradığı zararın idarece tazmini talebi ile açılan davada verilmiştir. Danıştay; “...Olayların gelişmesinde idareye atfı kabil her hangi bir kusurun bulunup

²⁰² Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 43-45.

²⁰³ Armağan, ss. 166-167.

²⁰⁴ Duran, kararda her ne kadar “idareye bağlı silahlı kuvvetlerce atılan kurşunla yaralanmadan” bahsedilmekte ise de 27 Mayıs günü harekete geçen silahlı kuvvetlerin, idare adına ve hesabına hareket etmemesi nedeniyle alelade bir topluluk niteliğinde olduğunu, bu sebeple uğranılan zararın sosyal risk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 45.

bulunmadığı, davanın niteliği bakımından haizi ehemmiyet görülmemiştir. Can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin başta gelen görevlerinden olduğuna göre, bu olaylarla hiçbir ilgisi bulunmayan davacının uğradığı zararların uhdesinde bırakılmayarak kamuya mal edilmesi ve bu nedenle de zararın idarece...” tazmininin hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olduğunu belirterek zararın tazminine karar vermiştir²⁰⁵. Kararda, her ne kadar açıkça belirtilmemiş ise öğretide DURAN ve ARMAĞAN, Danıştay’ın tazminata karar verirken idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandığını belirtmektedir²⁰⁶. Danıştay’ın, bu kararı öğretide GÖZLER tarafından eleştiri konusu olmuştur. GÖZLER, toplumsal olaylarda zararın ortaya çıkmasında idarenin gerçekten bir kusuru varsa idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilebileceğini ancak dava konusu olayda önceden haberdar edilmediğine göre idarenin, olayı engelleyememesinde her hangi bir kusurunun olmadığı dolayısı ile idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemeyeceği öte yandan zarar ile idari eylem arasında illiyet bağı olmaması nedeniyle zarardan kusursuz sorumluluk esaslarına göre de sorumlu tutulamayacağını düşünmektedir. Yazara göre, zararın otomobili tahrip eden göstericiler tarafından karşılanması gerekmektedir. Davacının bu kişilere dava açmaması veya bu kişileri tespit edememesi halinde “casum sentit dominus” ilkesi gereğince zarara kendisinin katlanması gerekir²⁰⁷.

Danıştay’ın sosyal risk ilkesine yaklaşımı ile öğretideki görüşler arasında tam bir uyumun olmadığı görülmektedir. AZRAK, Danıştay’ın sosyal risk ilkesini uygulama fırsatını birçok kez bulmakla beraber bu tür davalarda çoğunda “idarenin hizmet kusuruna” dayanarak karar vermesi nedeniyle Danıştay’ın bu tutumunu eleştirmektedir. Yazar, bu tür davalarda hizmet kusuru aramanın haksız ve adaletsiz sonuçlara neden olacağını belirterek saldırgan grupların eylemlerinden zarar gören kişilerin bu zararının “İdareye atfı kabil bir kusurun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın” kamuya mal edilmesi ve idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına

²⁰⁵ D.12. DD. 06.11.1971 tarih ve E 1969/1746, K. 1971/2478 sayılı karardan aktaran Esin, s. 163.

²⁰⁶ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 46.; Armağan, s. 166. Duran; Danıştay 8. ve 12. Dairelerin, anılan kararlarında zarara uğrayan kişilerin, topluluğa tamamen yabancı ve kusursuz bulunduğu belirtilmesi nedeniyle Danıştay’ın objektif sorumluluk ilkesinden sadece bu kişileri yararlandığı, kitle hareketlerine doğrudan katılanlar ile doğrudan doğruya hedef teşkil eden kişiler bakımından idarenin ağır kusurunun varlığı halinde tazminat ödenmesi yolundaki eski içtihadını bir bakıma koruduğunu belirtmektedir.

²⁰⁷ Gözler, ss. 1119-1121.

göre tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁰⁸. Yazar, sosyal risk ilkesi uygulamasında, kusur karinesinin kabul edilmesi halinde bu durumun sorumluluk esasını açıklamayı bir bakıma güçleştirebileceği, uygulamada bazı karışıklık ve duraksamalara neden olarak idarenin tazminat yükümlüğünden kurtulmasına yol açabileceği endişeleri ile karinenin kabulüne karşıdır²⁰⁹.

Toplumsal olaylar nedeniyle meydana gelen zararların, öğretideki hakim görüş olan idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına göre tazmini gerektiği yönündeki görüşlere katılmaktayız. Kanaatimizce bu tür davalarda kusur karinesinin kabul edilmesi yerinde bir durum olmayacaktır. Kusur karinesinin kabulü AZRAK'ın da haklı olarak belirttiği üzere ilkenin uygulanışında bazı tereddütlere ve karmaşalara yol açabilecektir. İdari yargı yerlerinin hangi sosyal olaylar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul ettiğini “İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Gerektiren Durumları” açıklarken “İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk” başlığı altında inceleyeceğimiz için tekrara kaçmamak için şimdilik buraya atıf yapmakla yetiniyoruz²¹⁰.

2. Terör Eylemleri

Sosyal risk ilkesinin toplumsal olayların yanı sıra terör eylemleri nedeniyle meydana gelen zararların tazminini de kapsadığını daha önce belirtmiştik. Nitekim ülkemizde son yıllarda özellikle de ülkenin doğusunda yoğunlaşan eylemler nedeniyle sivil vatandaşlar ile kamu görevlilerinin uğradığı zararlar sosyal risk ilkesi gereğince tazmin edilmiştir.

²⁰⁸ Azrak, ss. 144-145.

²⁰⁹ Azrak, ss. 138-140. Yazara göre “...Eğer kusur karinesi kesin yani aksi ispatlanamayan bir karine olarak kabul ediliyorsa, gerçekte bir kusur yok demektir. Bu takdirde kusursuz sorumluluk ile kusur karinesi arasında pratik sonuçları bakımından bir fark olduğu söylenemez. Yok eğer kusur karinesi aksi ispatlanabilir karinelere (ki kanuni değil, fiili bir karine olduğuna göre bu son olasılık daha doğrudur), bu takdirde de söz konusu karineye dayalı sorumluluk, esas itibarıyla kusurdan doğan sorumluluktur... kusur karinesine dayalı sorumluluk, kusurdan sorumluluk olduğu için, İdare kusuru bulunmadığını ispatlayabilirse, sorumluluktan tümüyle kurtulabilecektir ki bu sonuç, toplumsal muhatara hallerinde zararın bütünü olaydan zarar gören kişilerin omuzlarına yükletilmesi anlamına geleceği için haksızlığa ve adaletsizliğe kadar varabilir.” Kusur karinesinin, idarenin sorumluluğunu kaldırmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Onar, Cilt: III, s. 1710. Onar’a göre sosyal hasar kuramında “...sadece fiil ve hareketle zararlı netice arasında illiyet rabitasının mevcudiyeti kafi, ayrıca kusur aramaya lüzum olmadığı gibi böyle bir kusur karinesini, aksini ispat ederek ortadan kaldırmak suretiyle mes’uliyetten kurtulmaya imkân yoktur.”

²¹⁰ “İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk” için bkz. ss. 60-76.

3713 Sayılı “Terörle Mücadele Kanunu’nda”²¹¹ terörün tanımı yer almakta olup şu şekildedir; “Madde 1: Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir”.

Fransa’da sosyal olaylar nedeniyle ortaya çıkan zararlar 7 Ocak 1983 tarihli Kanun’un 92. maddesi ile tazmin edilmekte iken terör eylemleri nedeniyle uğranılan zararlar bu kanun kapsamında değildir²¹². Fransız Danıştay’ı, 1905 tarihli “Tamaso Grecco” kararı²¹³ ile kolluk faaliyetleri nedeniyle idarenin “hizmet kusuru” esaslarına göre sorumluluğunu benimsemiş iken daha sonra içtihat değişikliğine giderek kolluk alanındaki faaliyetler nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için “ağır kusur” şartını aramıştır²¹⁴. Fransa’da güvenlik kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idareye izafe edilebilecek “ağır kusuru” varsa ortaya çıkan zararlardan idare sorumlu tutulmakta, ancak idarenin her hangi bir kusuru yok veya basit bir kusuru bulunmakta ise bu durumda ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmamaktadır²¹⁵.

Terör eylemleri nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda Danıştay içtihatlarına gelince Danıştay’ın, bu tür zararların tazmininde 1990’dan önce genel

²¹¹ 12.04.1991 Tarih ve 20843 Sayılı R.G.

²¹² Fransa’da terör eylemleri nedeniyle uğranılan zararların tazminini öngören yasal bir düzenleme olmamasına karşın 1986 tarihli ve 86-1020 sayılı yasa ile özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir fon kurularak Fransa topraklarında gerçekleşen suikast mağduru her kişi ve Fransa dışındaki tüm Fransız vatandaşlarının suikast nedeniyle uğradıkları zararların faillerin bulunamaması veya ödeme aczi nedeniyle tazmin edilememesi durumunda zararlar bu fon tarafından karşılanmaktadır. Kolluk hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin ağır kusur şartının aranması nedeniyle bu tür zararlar bakımından idarenin sorumluluğuna gidilememesinin getirdiği sıkıntılar bu şekilde hafifletilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan, s. 321.

²¹³ Karara konu olayda, Tunus’ta kaçmakta olan saldırgan bir boğanın kalabalığın üzerine yönelmesi nedeniyle boğayı durdurmak için ateş eden jandarma eri evinde bulunan Tomaso Grecco adlı kişinin yaralanmasına neden olur. Tomaso Grecco açtığı davada jandarma erinin, olayda hizmet kusurunun bulunduğunu, gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle bu kazanın meydana geldiğini öne sürerek zararının tazminini talep eder. Fransız Danıştay’ının, o güne kadarki içtihatları kolluk önlemleri ile ilgili olarak idare ajanlarının ihmali ve dikkatsizliği nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulamayacağı yönünde iken açılan davada bu içtihat terk edilerek idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 47, dn. 48.

²¹⁴ Çağlayan, s. 320.

²¹⁵ Gözler, ss. 1123-1124.

olarak hizmet kusuru esaslarına 1990'dan sonra ise içtihat değişikliğine giderek idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanarak karar verdiğini görmekteyiz²¹⁶. Konuya ilişkin Danıştay ve AYİM kararlarını, aşağıda “İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk” başlığı altında ele aldığımızdan tekrara kaçmamak için şimdilik buraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

Mevzuatımızda yer alan ve terör eylemleri nedeniyle uğranılan zararların tazminini öngören bazı yasal düzenlemelere kısaca değinmek istiyoruz. Ülkemizdeki yasal düzenlemelerin; Belirli Bir Saldırı İçin Yapılan Düzenleme, Güvenlik Kamu Hizmetini Yürütenler İçin Yapılan Düzenleme, Genel Düzenleme şeklinde olduğunu görmekteyiz. Bunları sırası ile inceleyeceğiz.

Belirli Bir Saldırı İçin Yapılan Düzenleme: Şırnak ve Çukurca'da meydana gelen zararların tazmini amacıyla 3838 Sayılı Kanun²¹⁷ ile yasal düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. 3838 Sayılı Kanun, Şırnak ve Çukurca'da meydana gelen çatışmalar sebebiyle özel ve tüzel kişilere ait her türlü bina, tesis, işyeri, ahır, samanlık ve altyapının gördüğü hasarın ve tahribatın giderilmesi için 7269 Sayılı “Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'da” belirtilen borçlandırma ve kredilendirme usullerinin uygulanmasını öngörmektedir(md.20). Görüldüğü üzere 3838 Sayılı Kanun ile sadece belirtilen yerlerde ve belli bir tarihteki saldırılar nedeniyle uğranılan zararların tazmini öngörülmektedir.

Güvenlik Kamu Hizmetini Yürütenler İçin Yapılan Düzenlemeler: 3713 Sayılı Terörle Mücadele Hakkında Kanun'un 21. maddesi güvenlik kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında zarar gören kamu görevlileri ile bunların kanuni mirasçılarına bazı sosyal ve mali haklar tanımaktadır. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Hakkında Kanun'un 22. maddesi²¹⁸ “Terörden Zarar Gören Diğer Kişilere Yardım” başlığını taşımakta olup terör eylemlerinden dolayı yaralanan kişilerin tedavilerinin Devlet tarafından yapılması ile bu kişilere Dayanışma Teşvik Fonu'ndan yardım edilmesini öngörmektedir. Kanun'un 22. maddesinin terör nedeniyle uğranılan zararlardan

²¹⁶ Gözler, s. 1125.

²¹⁷ 05.09.1992 Tarih ve 21336 Sayılı R.G.

²¹⁸ “Madde 22: Terör eylemlerinden dolayı yaralananların tedavileri Devlet tarafından yapılır. Zarar gören, can ve mal kaybına uğrayan vatandaşlara, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan öncelikle yardım yapılır. Bu fondan ilk ve orta öğrenim çağındaki şehit çocuklarının öğrenim masrafları karşılanır. Yardımın kapsam ve ölçüsü, Fonun mahalli yetkililerince belirlenecek miktarı aşmamak kaydıyla Fon Kurulunca tespit edilir.”

sadece tedavi giderlerini karşıladığını diğer zararları karşılamadığını göz önüne aldığımızda Kanun'un, bu kişilerin zararlarını karşılamaktan son derece uzak olduğunu söyleyebiliriz.

3713 Sayılı “Terörle Mücadele Hakkında Kanun’un” 21. maddesi ile yapılan yollama ile Kanun kapsamındaki kamu görevlilerinin terör eylemleri nedeniyle uğradıkları zararlar, 2330 Sayılı “Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” hükümlerince devlet tarafından tazmin edilmektedir. 2330 Sayılı Kanun’un 2. maddesinde ayrıca kamu görevlileri dışında olup güvenlik kamu hizmetinin yürütülmesine kendiliklerinden yardım etmiş kişiler ile bunların belli derecedeki yakınlarının uğradıkları zararların tazmini öngörülmektedir, Buna göre güven ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanılması zorunlu olan ve yetkilerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen sivillerin, iç güvenlik ve asayişin korunmasında veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki ile ilgili olarak güvenlik kuvvetlerine kendiliklerinden yardımcı olmuş ve faydalı oldukları yetkililerce tevsik edilmiş şahıslar ile yaptıkları görevler ve yardımlar sebebiyle saldırıya maruz kalan eş, füru, ana, baba ve kardeşlerin uğradıkları zararlar devlet tarafından karşılanacaktır (md. 3/e, f). Yukarıda değinilen yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde söz konusu düzenlemelerin güvenlik kamu hizmetini yürüten kamu görevlilerinin terör eylemleri nedeniyle uğradığı zararların tazminini kapsamakta iken güvenlik dışındaki diğer kamu görevlileri ile sivil vatandaşların uğradıkları zararları karşılamadığı görülmektedir.

Genel Düzenleme: Sosyal risk ilkesini en iyi yansıtan yasal düzenlemenin, 5233 Sayılı “Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun” olduğu söylenebilir²¹⁹. 5233 Sayılı Kanun’un amacı; “terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir” (md.1). Kanun, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanmasını öngörmektedir(md. 2). Görüldüğü üzere 5233 Sayılı Kanun ile terörle mücadelede yürütülen faaliyetler yani idari eylemler nedeniyle zarara uğrayan

²¹⁹ Çağlayan, s. 308.

üçüncü kişilerin yanı sıra terörist saldırılar sonucunda zarar gören üçüncü kişilerin zararları da devlet tarafından tazmin edilmektedir. 5233 Sayılı Kanun'un, terörle mücadele kapsamında idarenin yürüttüğü faaliyetler ile terörist saldırılar nedeniyle uğranılan maddi zararların tazmininin düzenlendiğini göz önüne aldığımızda Kanun'un genel bir nitelik taşıdığını görmekteyiz.

IV - İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN DURUMLAR

A . İdarenin İşlemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk

İdare, yetkilerini kullanırken her şeyden önce bir takım işlemler yapar ve bu yolla hukuk alanında değişiklik ve yenilik yaratan bir takım irade açıklamalarında bulunur. İdarenin hukuka uygun olarak yapmış olduğu bu irade açıklamaları daha sonra idari eylemler ile uygulamaya konularak gerçekleştirilir. Bu alandaki en soyut ve genel olanından en somut ve birel olanına kadar istisnasız olarak bütün kanun hükümleri idarenin şu veya bu nitelikte bir işlemi olmaksızın hukuk alanında etki ve sonuç gösteremez²²⁰.

İdare hukuku alanında, idarenin yaptığı işlemler maddi yapılarına göre genel, objektif ve sürekli durumları düzenliyorsa düzenleyici işlem, sübjektif durumları düzenliyorsa birel işlem olarak ikiye ayrılmaktadır²²¹. Daha önce de belirttiğimiz üzere kural olarak, hukuka aykırı işlemlerinden doğan zararları diğer şartların da gerçekleşmesi halinde “hizmet kusuru” esasına göre tazmin etmekle yükümlü tutulan idare, hukuka uygun işlemlerinin yol açtığı zararlardan ise bazı kayıt ve şartların oluşması halinde idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutulmaktadır. İdari işlemlerde amaç kamu yararı olduğuna göre kamu yararının gerçekleştirilmesi için hukuk kurallarına uygun biçimde tesis edilen işlemlerde eğer işlem bazı kişilere olağandışı bir zarar veriyorsa bu zararın o kişiler üzerinde bırakılmayıp kamuya paylaştırılması böylece toplumun diğer kesimleri ile özel ve olağandışı zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi gerekir²²².

²²⁰ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, (İdare Hukuku), s. 384.

²²¹ İdari işlemler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, ss. 557-632.; Duran, İdare Hukuku, ss. 24-30.

²²² Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 314.; Armağan, s. 134.

İdarenin genel düzenleyici bir işlemi, belli kişilere özel ve olağandışı bir zarar veriyorsa bu tür işlemler nedeniyle de idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilecektir²²³.

Fransız Danıştay'ı, 1923 yılından itibaren idarenin hukuka uygun işlemleri nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. Fransız İdare Hukuku'nda, idarenin hukuka uygun davranışlarından dolayı kusursuz sorumluluğu ilk olarak adli yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle “Couiteas Kararı” ile ortaya çıkmıştır²²⁴. Karara konu teşkil eden olayda; o tarihlerde Fransız sömürgesi olan Tunus'ta, arazisi olan Couiteas adlı kişi, arazisindeki topraklara yerleşmiş kabile üyelerinin oradan çıkarılması için yetkili adliye mahkemesinde dava açmış ve mahkeme bu kişilerin tahliyesine karar vermiştir. Adliye mahkemesinin verdiği bu karar, kabile üyelerinin direneceklerini bildirmeleri ve bu kişilerin oradan çıkarılmaları için askeri bir operasyon gerektirdiğinden Fransız yetkililerce yerine getirilmemiştir. Bunun üzerine mülkiyet sahibi Couiteas bu defa Danıştay'da tazminat davası açmıştır. Fransız Danıştay'ı; idarenin, mahkeme kararını kamu güvenliği sebebi ile yerine getirmemesinin hukuka uygun bir durum olduğuna ve idarenin mahkeme kararını yerine getirmemekte her hangi bir kusuru bulunmadığına karar vermiştir. Bunların yanı sıra kararın icra edilmemesi nedeniyle mülkiyet sahibinin aşırı bir külfete katlanmak zorunda kaldığını belirterek bu külfetin idare tarafından tazminat ödenerek karşılanması gerektiğine hükmetmiştir²²⁵.

Türk İdare Hukuku öğretisinde, DURAN'a göre hukuka uygun idari işlemler nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için uğranılan zararın ağır ve olağandışı olması yeterlidir. İdari işlemlerin tesisi ile kamuya yarar sağlanmakta iken belli bir kişi veya bir gruba katlanmak durumunda olmadığı ağır ve olağanüstü bir külfet yüklenmesini önlemek için ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir. Ancak zarara uğrayan kişi idari işlemin taşıdığı zarar olasılığını önceden bilerek zararı göze almış ise bu durumda artık idarenin kusursuz sorumluluğu esasına dayanılarak tazminat isteminde bulunulamaz²²⁶. ESİN, hukuka uygun idari işlemlerden kaynaklanan zararların

²²³ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 895.

²²⁴ Gözler, s. 1154.

²²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Duez, ss. 77-78.

²²⁶ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 55.

tazmini konusunun “idari hasar” teorisi çerçevesinde ele alınabileceğini ifade etmekte ancak devamında yapmış olduğu konuya ilişkin açıklamalarda “... İdari hasar kuramının temeli olan kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri bu nitelikteki zararların ilgililerin üzerinde bırakılmayarak, topluma mal edilmesini gerekli kıldığından ..” şeklindeki ifadeye yer vermesi nedeniyle yazarın bu tür zararların tazmininde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılması gerektiğini savunduğu anlaşılmaktadır²²⁷. GÖZÜBÜYÜK, TAN, hukuka uygun birel ya da düzenleyici idari işlemlerden kaynaklanan “ağır ve olağandışı zararların” kusursuz sorumluluk ilkesince tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir²²⁸. DÜREN, Türk İdare Hukuku uygulamasında, devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin hukuka uygun davranışları sonucu doğan zararların fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazmin edildiğini belirterek malvarlığına ilişkin zararları; ekonomik önlemler nedeniyle verilen zararlar, imar planları nedeniyle verilen zararlar ve bayındırlık hizmetleri nedeniyle verilen zararlar olarak tasnif etmektedir²²⁹. BİLGİN, zarar veren idari işlem veya eylemlerin kanuna uygun olması halinde idarenin objektif sorumluluk halleri dışında idare mahkemelerinin tazminata hükmetmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir²³⁰.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan idari işlemlerin neler olduğuna gelince bu işlemler; yerel yönetimlerin imar planlarının uygulamasına ilişkin ve özellikle de imar planlarının değişikliğine ilişkin idari tasarruflar, tüzük veya yönetmelik gibi genel düzenleyici idari işlemler olabileceği gibi ruhsatın iptali veya geri alınması, bireylere umulmayan mali külfetler yüklenmesi veya yargı ilâmlarının infazından çekinme gibi birel ve öznel idari işlemler de olabilir²³¹. Bu gibi idari işlemler nedeniyle idarenin kusura dayalı sorumluluğuna gidilemez çünkü söz konusu idari işlemler hukuka uygun niteliktedir. Bu durumda ancak idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilebilir. İdarenin kusursuz sorumluluğu türleri arasında risk sorumluluğuna veya sosyal risk ilkesine gidilmesi düşünülemez çünkü ortada zarara yol açan idarenin riskli bir faaliyeti veya toplumsal bir olay bulunmamaktadır. Bu durumda ancak idarenin kusursuz sorumluluğunun diğer türü

²²⁷ Esin, ss. 293-294.

²²⁸ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 881.

²²⁹ Düren, ss. 315- 316.

²³⁰ Pertev Bilgin, **İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1996, s. 321.

²³¹ Duran, idarenin Sorumluluğu, s. 54.; Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 314.

olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Danıştay'ın, imar planı değişikliği ile bazı ekonomik önlemlere ilişkin idari işlemlerin yol açtığı zararlar nedeniyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince zararın idarece tazminine karar verdiğini görmekteyiz. ÇAĞLAYAN, Danıştay kararlarının belli bir sistem içerisinde olmadığını ayrıca Danıştay'ın konuya ilişkin bazı çelişkili kararları da olduğunu belirterek bu durumu eleştirmektedir²³². Danıştay'ın, hukuka uygun idari işlem ve eylemler nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği bazı kararlar aşağıdaki gibidir.

İmar Planları Nedeniyle Verilen Zararlar: Yerel yönetimler imar planlarının uygulamasına ve özellikle de imar planlarının değişikliğine ilişkin idari tasarrufları ile toplumdaki bazı kişi ve grupları toplumun diğer fertlerine göre özel ve olağanüstü zararlara uğratabilirler. Nitekim Danıştay imar planında önce yeşil alan olarak belirlenmiş olan yerin imar planı değiştirilerek inşaat sahasına sokulması nedeniyle zarar gören bitişik çevre parsel sahiplerinin açtığı davada; davacıların imar planına uygun olarak verilen ruhsata dayanılarak inşa edilen binanın yıkılması yönündeki talebi reddetmiş ancak davacıların binasında meydana gelen değer azalmasının idarenin imar planı değişikliği sonucunda meydana gelmesi nedeniyle idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir²³³. Danıştay bir başka davada parselasyon planının yürürlüğe girmesinden önce usulüne göre proje tanzim ve tasdik ettirilerek ruhsatı alınıp yürürlükteki imar mevzuatı hükümleri uyarınca başlanan inşaat için söz konusu parselasyon planı yürürlüğe girinceye kadar yapılmış olan masrafların kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarece tazminine karar vermiştir²³⁴.

Ekonomik Önlemler Nedeniyle Verilen Zararlar: Danıştay, dış ödemeler dengesini sağlamak üzere “Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’na” dayanılarak alınan idari kararlar sonucunda uğranılan özel ve olağandışı zararın devlet tarafından karşılanmasına karar vermiştir. Kararda; “fertlere yüklenen külfetlerin bazı kişilere münhasır kalması hak ve nesafet kaideleriyle telif edilemeyeceğinden” denilerek, kamu külfetleri karşısında fedakârlığın

²³² Çağlayan, s. 359.

²³³ D. 6. DD. 13.07.1965 tarih E.1964/4379, K.1965/1953 sayılı karardan aktaran Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 56.

²³⁴ D. 6. DD. 26.05.1969 tarih E.1964/2657, K.1969/1384 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 342-344.

denkleştirilmesi ilkesine dayanılmış ve kararın gerekçe kısmında bu durum açıkça belirtmiştir²³⁵.

Hukuk sistemimizde, hukuka uygun idari işlemlerden doğan zararların idarece tazminini öngören bazı özel yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin; 4046 Sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un” 22. maddesinde özelleştirilen kurumlarda çalışan personelin başka kurumlara nakilleri durumunda, özlük haklarında meydana gelecek kayıpların karşılanması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme 3285 Sayılı “Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Hakkında Kanun’un” 41. maddesinde düzenlenmiş olup hastalıklı hayvanların itlafı durumunda, hayvan sahiplerinin uğradığı zararların devlet tarafından karşılanması öngörülmektedir²³⁶. 406 Sayılı “Telefon ve Telgraf Kanunu’nun” 13. maddesine göre idare, telefon hattı üzerinde bulunan ağaçları budama yetkisine sahiptir²³⁷.

B. İdarenin Eylemlerinden Doğan Kusursuz Sorumluluk

İdarenin yol açtığı ve tazminle sorumlu tutulduğu zararların çoğu, idarenin yürüttüğü faaliyet ve kamu hizmetlerinin gerektirdiği eylemlerden doğmaktadır²³⁸. İdarenin eylemleri ya idari bir işlemin uygulanması ya da hiç bir hukuksal işleme dayanmadan doğrudan doğruya yapılan eylemler şeklinde olmaktadır. İdari işlemler, idare adına irade açıklamaya yetkili olanlar tarafından yapılmasına karşın idari eylemler her hangi bir kamu görevlisince yapılabilir²³⁹. İdari eylemler ile kastedilen, aslında idarenin dış dünyadaki maddi fiilleri yani davranış ve tutumlarıdır. İdarenin eylemleri, olumlu veya olumsuz her çeşit davranış ve tutumu içerir. Olumlu eylemler bir şeyi “yapma”, olumsuz eylemler ise bir şeyi “yapmama” şeklinde ortaya çıkmaktadır²⁴⁰.

²³⁵ D. 12. DD. 05.10.1966 tarih E.1966/769, K.1966/2715 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 296-297.

²³⁶ 13.06.2010 Tarih ve 27610 Sayılı R.G.’de yayınlanan 5996 Sayılı “Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nun” 47. maddesi ile 3285 Sayılı “Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanun” yürürlükten kaldırılmıştır.

²³⁷ Telefon hattı üzerinde bulunan ağaçları bu kanuna istinaden kesilen kişinin açtığı tazminat davasında idareye atfı kabil bir kusur olmadığı ancak meydana gelen zararın tek bir kişiye yükletilmesinin hak ve nesafet kuralına aykırı olduğu belirtilerek zararın idarece tazminine karar verilmiştir. Bkz. D. 10. DD. 19.12.1983 tarih E. 1982/1709, K. 1983/2657 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (13.11.2009).

²³⁸ Yayla, İdare Hukuku, ss. 354-357

²³⁹ Gözübüyük, Yönetim Hukuku, ss. 295-296.

²⁴⁰ Gözler, s. 1173.

İdari faaliyetler bir bakıma siyasi erklerin ve yargı mercilerinin görevlerini kolaylaştırmak ve tamamlamakla beraber bunların asıl konusu ve amacı toplumun ve bireylerin günlük yaşamını sağlamak ve sürdürmektir. İdarenin çalışması sırasında ve çalışma dolayısı ile kendi parçaları arasında bireyler ve bunların toplulukları ile çeşitli ilişkiler kurup sürdürmesi ve buna bağlı olarak bazı hukuki sorunların ortaya çıkması kaçınılmaz bir durumdur²⁴¹. İdarenin organları ve görevlileri tarafından yapılan eylemler, tüzel kişilik olan idareye izafe edilmektedir. Bu nedenle “idarenin eylemi” ve “idari eylem” kavramları, hukuksal bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayım idareye bağlanacak eylemlerin kaynağı ve yapıcısı olan kamu görevlilerinin veya araç, gerecin idarenin bir parçası olması temeline dayanmaktadır²⁴². İdare bir teşkilat olduğundan idarenin eylemlerini aslında idarenin görevlileri olan kişiler yapmaktadır. İdare tüzel kişileri kendilerine kanunla verilmiş görevleri çeşitli adlar taşıyan görevliler aracılığı ile yürütmektedir. İdare ile kamu hukuku ilişkisi olan idare ajanlarının, idarenin emir ve denetimi altında çalışan ve kamu hizmetine her ne hakla olursa olsun iştirak eden bireylerin, fiili ajanların ve kamu hizmetine gönüllü olarak katılanların (geçici-arızî işbirlikçilerin) eylemlerinin idareye bağlanması ve bu kişilerin verdikleri zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir²⁴³.

Eylemin idareye bağlanması konusunda, idarenin görevlilerinin ve kamu hizmetinin yürütülmesine çeşitli şekilde katılan özel hukuk kişilerinin eylemleri de önem arz etmektedir. İdarenin kamu hizmetini kendi araç, gereç, personeli ve malvarlığı ile yürütmesi yöntemi dışında idarenin yetki ve görev alanına giren kamu hizmetlerini çeşitli şekil ve derecelerdeki katılımlar ile özel hukuk kişilerine gördürmesi mümkündür. İşte özel hukuk kişilerinin tedarik kapsamındaki eylemleri, hizmetten yararlananlar, üçüncü kişiler ve kamu görevlileri bakımından idarenin eylemi olarak görülür ve idareye bağlanırlar²⁴⁴. Fakat kamu hizmeti imtiyaz sahibi, faaliyeti kendi nam ve hesabına yürüttüğünden hizmetten yararlananlar veya üçüncü kişiler karşısında bunların eylemleri kural olarak idareye bağlanamaz ancak imtiyaz sahibinin aczi halinde idare tamamlayıcı nitelikte sorumlu tutulabilir²⁴⁵. Yine kamu

²⁴¹ Duran, İdare Hukuku, ss. 21-22.

²⁴² Taner Ayanoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemlerin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 211.

²⁴³ Onar, Cilt: III, s. 1722.; Gözler, s. 1174.; Çağlayan, s. 162.; Armağan, s. 195.

²⁴⁴ Ayanoğlu, s. 213.

²⁴⁵ Gözler, s. 1174.; Ayanoğlu, s. 216.; Çağlayan, s. 162.

hizmetinin özel hukuka tabi Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde hizmeti üstlenen özel hukuk kişinin eylemleri de imtiyaz sahibi gibi kendisine bağlanan eylemler olarak kabul edilmelidir. Ancak, her iki yöntemde de idarenin sorumluluğunu doğurabilecek eylemler, idarenin gözetim ve denetim kapsamındaki yükümlülüklerin ihlali niteliğindeki eylemlerdir²⁴⁶.

İdarenin, kamu hizmetini yürütürken kullandığı araç, gereç veya kamu görevlilerinin zarar verici davranışlarından idarenin sorumlu tutulabilmesi için zarara neden olan davranışın, hizmetin yürütülmesi sırasında ve yürütülen faaliyete bağlı olarak meydana gelmiş olması gerekmektedir. İdarenin kamu hizmetini yürütmek üzere ihtiyaç duyduğu taşınır ve taşınmaz malların zarara neden olduğu fiziki durumları ve konumları da ilişkin oldukları kamu hizmetine göre idareye bağlanan eylemler olarak tanınmalıdır. Bunun nedeni idarenin mallarının değil yürütülen kamu hizmetlerinin kamu alanına ilişkin olmasıdır. İdare malını bir kamu hizmetinde kullandığında eylemin idari niteliği ortaya çıkmaktadır²⁴⁷. İdarenin sahip olduğu ve kamu hizmetinde kullandığı taşınır ve taşınmaz mallar ile hayvanlar geniş anlamda idari işlem ve eylem olmadığı halde salt varlıkları ya da bünyesinde barındırdıkları risk nedeniyle bireylere ve özel mülkiyete zarar verecek olursa bu zararların diğer koşulların da oluşması halinde idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak tazmini gerekmektedir. Yani idarenin hukuki sorumluluğu sadece idari işlem ve eylemlerle sınırlı olmayıp sahip olduğu eşya ve hayvanların verdiği zararları da kapsamaktadır²⁴⁸.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren idari eylemlerin neler olduğuna gelince bu eylemlerin, “Hasar (Risk) İlkesi” ve “Sosyal Risk İlkesi” gereğince idarenin sorumluluğunu gerektiren haller ile yakından ilgili olduğu görülmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan idari eylemler ile aslında idari eylem olmamasına karşın sosyal risk ilkesi kapsamında değerlendirilen sosyal olay ve terör eylemlerinin neler olduğunu, idarenin kamu hizmetini yürütmek için kullanmak zorunda olduğu bünyesinde tehlike barındıran hangi araç, gereç ve aletler nedeniyle

²⁴⁶ Ayanoğlu, s. 217.

²⁴⁷ Ayanoğlu, s. 212.

²⁴⁸ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 75. Yazar idareye ait hayvanların sebep olduğu zararların tazminine ilişkin her hangi bir Danıştay kararına rastlamadığını ancak Fransız Danıştay’ının bu tür zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunu kabul ettiğini belirtmektedir.

idarenin kusursuz sorumluluğunun gündeme geldiğini aşağıda ele almış bulunmaktayız.

İdarenin kullandığı ve bünyesinde tehlike barındıran araç ve gereçler ile tehlikeli maddeler “tehlikeli şeyler (choses dangeureuses)” olarak ifade edilmekte olup bu şeyler idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açmaktadır²⁴⁹. İdarenin kullanmakta olduğu kara, hava, deniz ve demiryolu araçlarının bünyesinde barındırdıkları risk nedeniyle bunları kullanan personel, hizmetten yararlanan kişiler veya üçüncü kişiler bir takım zararlara uğrayabilmektedir²⁵⁰. Denizcilik İşletmeleri, THY, TCDD gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin (KİT) müşterileri ile aralarında yaptığı taşıma sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olduğundan idarenin taşımacılık sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu özel hukuka tâbidir. Dolayısı ile KİT’lerin müşterilerine verdiği zararların tazmininde idari yargı yerleri değil adli yargı organları görevlidir²⁵¹. KİT’lerin taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan zararların tazmininde adli yargı yerlerinin görevli olduğu Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 12.06.2000 tarih ve E.2000/25, K. 2000/27 sayılı kararında açıkça belirtilmektedir²⁵².

Türk İdare Hukuku öğretisi ve idari yargı organları; idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi kullandığı araçların bünyesinde barındırdığı yüksek risk nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunu öteden beri kabul etmektedir²⁵³. Örneğin; iskeleye bağlı hücumbotun bilinmeyen bir sebeple patlayarak yakınındaki bir gayrimenkulün camlarının kırılması²⁵⁴, askeri bir uçağın, posta işleme merkezinin bahçesine düşerek zarar vermesi²⁵⁵, demiryoluna sabotaj amaçlı çivi çakılması nedeniyle trenin

²⁴⁹ Gözler, s. 1078.; Çağlayan, s. 258.

²⁵⁰ Gözler, s. 1087.

²⁵¹ Bu durum çeşitli yargı kararları ile de sabittir. Örneğin; tren kazası sonucu yaralanması ve bazı eşyalarının kaybolması nedeniyle idari yargıda açılan bir davada yerel idare mahkemesi zararın kısmen tazminine karar vermiş iken davayı temyizen inceleyen Danıştay; “demiryoluyla taşımacılık hizmetini tekel olarak yürüten davalı idarenin, hizmetinden yararlanan kişiyle girdiği taşımacılık ilişkisi, bununla sınırlı olarak, özel hukuk hükümlerine tabi bulunmaktadır.”, “ uyuşmazlığın davacı ile davalı idare arasında özel hukuk hükümlerine dayalı olarak kurulan taşımacılık ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle, görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli” olduğunu açıkça belirterek davanın görev yönünden reddi gerekirken işin esası hakkında karar verilmesi nedeniyle yerel idare mahkemesi kararını bozmuştur. Bkz. D. 10. DD. 13.05.1998 tarih E. 1998/9554, K. 1998/1981 sayılı karar, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (05.10.2009).

²⁵² Bkz. 27.07.2000 tarih ve 24122 Sayılı RG.

²⁵³ Gözler, ss. 1087-1094.; Özgüldür, Tam Yargı, ss. 288-300.; Çağlayan, ss. 276-282.

²⁵⁴ D. 12. DD. 24.02.1971 tarih E.1968/868, K. 1971/427 sayılı karardan aktaran Esin, s. 137.

²⁵⁵ D. 10. DD. 12.10.1999 tarih E. 1999/3198, K. 1999/4799 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (05.10.2009).

devrilmesi sonucunda trende görevli bir personelin ölmesi²⁵⁶, arama-tarama faaliyeti dönüşünde polis memurunun kullanmakta olduğu resmi aracın, aşırı hız nedeniyle devrilerek diğer bir polis memurunun ölmesi²⁵⁷, devriye görevi için bindiği askeri aracın devrilmesi sonucu kolu sakatlanan ve altı ay geç terhis olan jandarma erinin, geç terhis olması ve bu süre içinde çalışamaması²⁵⁸, Ege Denizi'nin uluslararası sularında yapılmakta olan müşterek bir deniz tatbikatı sırasında ABD savaş gemisinden hatalı fırlatılan bir füzenin, Türk savaş gemisine isabeti sonucu gemi personelinin bazılarının ölmesi ve yaralanması²⁵⁹, yokuş aşağı inmekte iken freni patlayan askeri araçtan, araç komutanının emri ile atlayan erin kafa üstü yere düşüp ölmesi²⁶⁰, dağıtım izninden dönerken, askeri birliğin kiraladığı otobüsün devrilmesi sonucu bir erin sakatlanarak felç olması²⁶¹ nedeniyle meydana gelen zararların idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazminine karar verilmiştir.

İdarenin kullandığı bomba, dinamit ve ateşli silah gibi tehlike arz eden bazı aletlerin yol açtığı zararlardan dolayı da idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir²⁶². Örneğin; güvenlik güçlerince yürütülen operasyon sırasında yasadışı örgüt üyesi olduğu sanılarak açılan ateş sonucu ondört yaşındaki çocuğun öldürülmesi²⁶³, yol üzerinde tehlikeli duruma sebebiyet veren kayanın dinamitle parçalanması sırasında civardaki bir atölyenin hasara uğraması²⁶⁴, bomba imha bürosunda görevli polis memurunun bilinmeyen bir nedenle meydana gelen patlama sonucu yaşamını yitirmesi²⁶⁵, daha önce meydana gelen bir çatışma sırasında,

²⁵⁶ D. 12. DD. 17.02.1973 tarih E. 1971/182, K.1973/430 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 105.

²⁵⁷ D. 10. DD. 26.10.1995 tarih E. 1995/3321, K. 1995/4995 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (09.10.2009).

²⁵⁸ D. 10. DD. 07.03.1985 tarih E. 1982/3644, K. 1985/456 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (08.10.2009).

²⁵⁹ AYİM. 2. Daire 22.02.1995 tarih E. 1993/1009, K. 1993/1095 sayılı karar..

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?Ctg=000002000030000002000013, (06.10.2009).

²⁶⁰ AYİM, 2. Daire 10.07.1996 tarih E. 1995/866, K. 1996/647 sayılı karar.

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=1035&ctg=000002000030000002000009, (09.10.2009).

²⁶¹ AYİM 2. Daire 06.05.1998 tarih E. 1997/462, K. 1998/376 sayılı karar.

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2091&ctg=000002000030000002000009, (09.10.2009).

²⁶² Gözler, ss. 1081-1082.

²⁶³ D. 10. DD. 18.06.2001 tarih E. 1998/6378, K. 2001/2385 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 103-104.

²⁶⁴ D. 12. DD. 28.10.1976 tarih E.1974/1266, K.1976/2128 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 108.

²⁶⁵ D. 10. DD. 23.06.1997 tarih E.1996/3996, K.1997/2544 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp?IDNO=4659&ctg=000002000030000002000004>, (10.02.2009).

civardaki evlerden birinin enkazında kalan ve patlamamış olan roketin daha sonra patlayarak yaralanmaya yol açması²⁶⁶ nedeniyle açılan tazminat davalarında Danıştay, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

İdarenin kamu hizmetini yürütürken su, gaz, elektrik hizmetleri ile sulama kanalı, yol, köprü gibi bayındırlık eser ve tesislerinden kaynaklanan ve kullanıcılar ile üçüncü kişilerin maruz kaldığı istisnai zararlar bakımından da idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir²⁶⁷. Örneğin; yapılan yol çalışması sırasında yol kotunda meydana gelen yükselme sonucu akaryakıt istasyonunun kullanılmaz hale gelmesi²⁶⁸, karayolu yapım çalışmaları sırasında yapılan dolgu nedeniyle davacının üç katlı konutunda değer kaybı meydana gelmesi²⁶⁹, meyve bahçesini sulamakta olduğu suyun baraj inşaatı sırasında kesilmesi²⁷⁰ nedeniyle uğranılan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince tazminine karar verilmiştir.

İdarenin yürütmekte olduğu sağlık hizmetleri nedeniyle de idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelmektedir. Anayasa 56. maddeye göre; “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir”. Maddenin 3. fıkrasında; Devlet’in, “..herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet” vermesi Anayasa ile güvence altına alınmış olup bu konuda devlete bir takım ödevler yüklemektedir. Sağlık hakkını koruma ve geliştirme ile yükümlü olan idare, sağlık hizmetini; kamu hastanelerinde çalışan hekimler ve diğer sağlık personeli aracılığı ile yerine getirmektedir.

Türk İdare Hukuku’nda, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle daha çok idarenin hizmet kusuruna ve sağlık personelinin kişisel kusuruna dayanılmakta idarenin kusursuz sorumluluğu esasına çok fazla gidilmediği

²⁶⁶ D. 10. DD. 11.03.1998 tarih E.1996/9720, K.1998/1097 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 118-119.

²⁶⁷ Esin, s. 139.; Gözler, s. 1084.

²⁶⁸ D. 10. DD. 18.01.2001 tarih E. 1998/3655, K. 2001/115 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 294-295.

²⁶⁹ D. 10. DD. 07.11.1996 tarih E. 1995/4341, K. 1996/7149 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: II, ss. 697-698.

²⁷⁰ D. 6. DD. 22.02.1969 tarih E. 1965/4416, K. 1969/3755 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 696.

görülmektedir²⁷¹. Sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru kavramına kısaca değinecek olursak idarenin, yürütmekle yükümlü olduğu sağlık kamu hizmetinin, kuruluşunda, işleyişinde ve bu hizmetlerin yerine getirilmesinde görev alan ilgili sağlık personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirmesindeki bozukluk, aksaklık ve eksiklik şeklinde ifade etmek mümkündür²⁷². İdare, istihdam ettiği sağlık personelini seçmek, yetiştirmek, yönetmek ve gözetmek bakımından gereken tüm özen ve dikkati gösterdiğini ispatlasa bile bu kişilerin kusurlarından kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür. Hizmet kusuru, idarenin yapısından ve işleyişinden kaynaklanan organ ve görevlilerin dışında ve kendine özgü bir karaktere sahiptir²⁷³.

Yürütülen sağlık hizmeti olağan nitelikte ise idare basit bir kusurlu faaliyeti nedeni ile dahi sorumlu tutulmakta iken yürütülen tıbbi faaliyetin türü, niteliği ve boyutları olağanın üstünde, belli nitelikler, zorluklar ve mesleki takdire açık unsurlar taşımakta ise bu durumda idare ancak ağır kusuru varsa sorumlu tutulmaktadır²⁷⁴. Danıştay, genel olarak nitelikçe güçlük taşıyan faaliyet ve hizmetlerden veya olağandışı durum ve şartlar altında doğan zararların idarece tazmini için ağır hizmet kusurunun varlığını aramaktadır²⁷⁵. İdari yargı organları her somut olayda kamu yararı, hizmetin gerekleri, işleyiş koşulları ve diğer özellikleri, zaman ve yer gibi koşulları, zararın niteliği ve ortaya çıkan zarar ile kusur arasındaki ilişkinin derecesini göz önünde bulundurarak kusuru saptamakta ve bunun tazminatı gerektirip gerektirmediğini serbestçe takdir etmektedir²⁷⁶.

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 gelmesi gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde bu zararın tazmini ancak idarenin

²⁷¹ Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu “Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”**, Ankara, 12-13 Mart 1982, (Hekimin Faaliyetleri), ss. 18-20.; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 174.

²⁷² Özdemir, s. 23.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 863.; Armağan, s. 17.

²⁷³ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 27.; Sağlık hizmetlerinde hizmet kusurunun özellikleri ve hizmet kusuru teşkil eden durumlar hakkındaki geniş bilgi için bkz. Karaege, ss. 47-59.; Sağlık hizmetlerinde sadece hekimin, idarenin veya her ikisinin birden sorumlu olduğu haller hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan, s. 273.

²⁷⁴ Güran, Hekimin Faaliyetleri, s. 20.

²⁷⁵ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 37.

²⁷⁶ Esin, s. 31.

ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Danıştay'ın bazı kararlarında bu durum açıkça belirtilmektedir. Örneğin; guatr ameliyatı sırasında paratiroid bezlerinin hepsinin yanlışlıkla alınması nedeniyle vücudunda kalsiyum üretilemediğinden ömür boyu ilaç tedavisi görmek zorunda kalan kişinin açtığı tazminat davasında yerel idare mahkemesi, davacının uğradığı zararın idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince tazminine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, yukarıda değindiğimiz içtihadına bir kez daha atıfta bulunmuş ve yerel idare mahkemesinin, idarenin kusursuz sorumluluğu esasına dayanarak verdiği kararı oy çokluğu ile bozmuştur²⁷⁷. Böbrek ameliyatından ve yapılan iğneden dolayı ayağından sakatlanan kişinin açtığı tazminat davasında da Danıştay, riskli sağlık hizmetlerinin ifası sırasında meydana gelen zararların tazmini için idarenin ağır kusur şartının gerektiği yolundaki içtihadını bir kez daha tekrarlamış ve tazminat talebini reddetmiştir²⁷⁸.

Riskli sağlık hizmetlerinin neden olduğu zararların tazmini konusunda AYİM'in yaklaşımına gelince bu konudaki AYİM kararlarının, Danıştay kararları ile paralel olduğu görülmektedir. Örneğin; katarakt ameliyatı sonrasında gelişen komplikasyon sonucu gözünü kaybeden subayın açtığı tazminat davasında AYİM, davacının maruz kaldığı bu durumun doğal bir ameliyat riski olduğu tıbbi bilirkişi raporu ile anlaşıldığından davalı idarenin tazmini gerekli bir yükümlülüğünden söz edilemeyeceğini belirterek tehlikeli ve riskli sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin tazminat sorumluluğu olmadığına karar vermiştir²⁷⁹. AYİM, askeri hastanede muayene olan erin kendisine yazılan gözlük reçetesini yaptırmak üzere caddeden karşıya geçmekte iken sivil bir otomobilin kendisine çarpması sonucu sakatlanması²⁸⁰ ve İç Hizmet Yönetmeliği'nde öngörülen periyodik muayene için

²⁷⁷ D. 10. DD. 29.12.1999 tarih E.1997/6600, K.1999/7409 sayılı karardan akataran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 378-380. Ancak kararda yer alan karşı oy yazısında; dosyadaki bilirkişi raporlarına göre davacının durumunun tiroid cerrahisinde doğabilecek belirli bir yüzde oranı içinde kalması ve mesleki bir hata veya teknik yetersizlikten söz edilemeyeceğinin saptanması nedeniyle olayda idarenin ağır bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemeyeceği belirtilerek uğranılan zararın idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince tazmini gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

²⁷⁸ D. 10. DD. 11.10.2000 tarih E.1999/3878, K.2000/5131 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 376-377.

²⁷⁹ AYİM 2. Daire 22.06.2001 tarih E. 1999/944, K. 2001/581 sayılı karar.

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp?ctg=000002000030000002000010&Dir=ASC&Order=DERGI_IDNO&Count=10, (04.03.2009).

²⁸⁰ AYİM 2. Daire 16.11.1994 tarih ve E. 1993/118, K. 1994/1788 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 307. dn. 496.

askeri araç tahsis edilmeksizin komutanlık emriyle askeri hastaneye sevk edilen subayın, dönüşte arkadaşına ait özel bir araçla birliğine dönerken geçirdiği kaza sonucu ölmesi olayında uğranılan zararın askeri sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana geldiğini belirterek idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir²⁸¹. Kanaatimizce her iki karara konu olayda da ortada teşhis, tedavi vb. askeri sağlık hizmetleri nedeniyle uğranılan bir zarar bulunmamaktadır. Ancak, belinin ağrması nedeniyle novaljin enjeksiyonu yapılan erin fenalaşarak anafilaktik şok geçirip akciğer aspirasyonu sonucu ölmesi olayında AYİM; "...müteveffa erin, askerlik görevi sırasında idare ajanının yapmış olduğu novalgin enjeksiyonu sonrasında novalgin alerjisi nedeniyle ölümü ile idari eylem arasında illiyet bağının.." bulunduğu ve uğranılan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazminine karar vermiştir ki kanaatimizce bu karar yerinde olup olayda idarenin kusursuz sorumluluğunun koşulları bulunmaktadır²⁸².

Öğretide, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin kusurlu sorumluluğunun yanı sıra kusursuz sorumluluğunun da kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir²⁸³. İdare yürütmekle yükümlü olduğu sağlık kamu hizmetini ifa ederken bilinen ve mümkün olan tüm önlemleri almış, tıp biliminin ve hekimlik mesleğinin gereklerini yerine getirmiş olmasına rağmen yapılan beyin ve kalp ameliyatları, nükleer tıp uygulamaları, akıl hastalarının bakım ve gözetimi gibi çeşitli sağlık hizmetlerinin bünyesinde barındırdığı risk nedeniyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak idarece tazmini gerekmektedir²⁸⁴. ESİN, Hıfzıssıhha Enstitüsü'nde görevli bir kişinin serum hayvanları için ot alırken saman balyalarının devrilmesi sonucu sakatlanması²⁸⁵ ve idareye ait ambulansla hasta taşınırken araç sürücüsünün kusurlu davranışı sonucu meydana gelen kazada ölüm²⁸⁶ nedeniyle açılan tazminat davalarında Danıştay'ın, tazminata karar verirken idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandığını dolayısı ile sağlık hizmetinin

²⁸¹ AYİM 2. D. 26.10.1994 tarih E. 1993/543, K. 1994/1732 sayılı karar.

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2724&ctg=000002000030000001000042, (04.03.2009).

²⁸² AYİM 2. D.12.05.2004 tarih E. 2004/74, K. 2004/407 sayılı karar.

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=4151&ctg=000002000030000001000057, (04.03.2009).

²⁸³ Güran, Hekimin Faaliyetleri, ss. 21-22.; Esin, s. 181.

²⁸⁴ Güran, Hekimin Faaliyetleri, ss. 21-22.

²⁸⁵ D. 12. DD. 08.07.1969 tarih E. 1968/1296, K. 1969/1401 sayılı karardan aktaran Esin, s. 180.

²⁸⁶ D. 12. DD. 19.01.1971 tarih E. 1969/3710, K. 1971/96 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 180-181.

yürütülmesinde idarenin kusursuz sorumluluğunun yargı organlarınca kabul edildiğini belirtmektedir. Kanaatimizce öğretide ESİN her ne kadar yukarıdaki kararları örnek göstererek sağlık hizmetinin yürütülmesi nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunun yargı organlarınca kabul edildiğini ileri sürmekte ise de GÜRAN'ın da haklı olarak belirttiği üzere burada teşhis, tedavi vb. sağlık hizmetleri nedeniyle uğranılan zararlardan ziyade bir hizmet yürütülürken uğranılan zararlar söz konusudur ve olaylarda aslında idarenin hizmet kusuru mevcuttur²⁸⁷. GÜRAN'a göre, Danıştay'ın, idarenin yürüttüğü sağlık hizmetlerinin ifasında kendisinin veya personelin kusursuz olduğu bir olayda kusursuz sorumluluk esasına dayanılarak verilmiş bir kararı yoktur²⁸⁸.

Gerçekten de Danıştay, kararları incelendiğinde sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde idarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılarak karar verildiği görülmektedir. İdarenin, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun çoğunlukla hizmet kusuru çerçevesinde ele alınması ve idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmiyor olması öğretide ciddi eleştirilere neden olmaktadır. BİRTEK'e göre, idarenin yürüttüğü sağlık hizmeti, zamanında, tıp biliminin ve hekimlik mesleğinin gereklerine uygun olarak yerine getirilmiş olsa dahi eğer bu hizmetin yürütülmesinden ötürü hizmetten yararlanan kişiler bir zarara uğramış ise idarenin bu zararı tazmin ile yükümlü tutulması hakkaniyet ve nesafetin bir gereğidir. İdarenin, ileri teknoloji, özel bir uzmanlık ve önem gerektiren sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin faaliyetleri; nitelik, yapılış şekli ve sonuçları bakımından idarenin riskli faaliyetleri çerçevesinde değerlendirilerek idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekmektedir²⁸⁹. GÜRAN, sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin, belli durumlarda ve konularda

²⁸⁷ Güran, Hekimin Faaliyetleri, s. 21. dn. 11.

²⁸⁸ Güran, Hekimin Faaliyetleri, s. 21. Aynı yöndeki görüş için bkz. Çağlayan, s. 274.

²⁸⁹ Fatih Birtek, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu", Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_773.htm, (04.03.2009). Yazar sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde riskli ve özel uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerden kaynaklanan kusur sorumluluğunda, ağır kusur şartının kusur sorumluluğunun bir ön şartı gibi değerlendirilmesinin fiili bir zorunluluk olduğu görüşündedir. Çünkü bu gibi durumlarda, basit kusur dahi, idarenin ve sağlık personelinin sorumlu tutulabilmesi için yeterli sayılacak olur ise doktor ve diğer sağlık personelleri, riskli, acil ve zorunlu olarak müdahale yapması gereken hallerde, yapacakları eylemin mali ve cezai sorumluluk sebebi olacağı korkusuna kapılarak yapacakları tıbbi müdahalelerde çekingen davranabilir. Bu durumdan en çok zarar gören kimseler ise sağlık hizmetinden faydalanan kişiler olacaktır. Kaldı ki, anılan istisnai hallerde hafif hatta basit kusurundan dahi, idareyi ve sağlık personelinin sorumlu tutup, onları zararın tazmini ile mükellef kılmak bu kişilerin tıbbi müdahalelerde çekingenliklerine yol açacağından kamu yararı ve hizmet gerekleri ile de bağdaşmayacaktır.

biran önce uygulanması gerektiğini, sağlık hizmetlerinin bünyesinde bir takım mesleki riskler taşıdığından, idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde sorumluluğun, kusursuz sorumluluk kuramına özellikle de “risk ilkesine” dayandırılmasının kaçınılmaz olduğu görüşündedir²⁹⁰. BEREKET BAŞ’a göre de AİDS virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen, hastalıklar ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanması, kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını arttırmaktadır. Yeni bir cerrahi yöntemin uygulanması, bilinmeyen veya çok yaygın olarak kullanılmayan tedavi ve tıbbi müdahaleler sonucunda beklenmeyen veya bilinmeyen bir zararın doğması halinde idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmelidir. Bio-medikal gelişmeler, insanı özne konumundan, konu insana dönüştürdüğünden bu alanda yeni hakların tanınması ve idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğunu yeniden gözden geçirerek geliştirmesi kaçınılmaz bir gerçektir²⁹¹. Yürütülen riskli sağlık hizmetlerinin yol açtığı zararların tazmini konusunda yukarıda yer alan gerekçelerle biz de idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulü gerektiğini düşünmekteyiz.

Kamu görevlilerinin²⁹², kamu hizmetini yürütmekte iken iş kazası geçirerek veya meslek hastalığına yakalanarak uğradığı zararlar nedeniyle de idarenin kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Mesleki risk, esasen risk ilkesinin kamu görevlilerinin görev sırasında uğradıkları zararlara uygulanması biçimidir. Kamu görevlisi kendi kusuru ya da idarenin her hangi bir kusuru olmadığı halde yürütülen hizmet nedeniyle özel ve ağır bir zarara uğramakta iken toplumun diğer üyeleri hizmetten faydalanmaktadır. Bu sebeple, kamu görevlisinin yürüttüğü görev nedeniyle uğramış olduğu zararların bu kişi üzerinde bırakılmayarak bütün toplum tarafından paylaşılması gerekmektedir²⁹³. Türk İdari Yargı Sistemi de kamu görevlilerinin, görevlerini yürütmekte iken uğradıkları zararları, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince tazmin etmektedir. Örneğin; bomba imha bürosunda görevli polis

²⁹⁰ Güran, Hekimin Faaliyetleri, s. 84.

²⁹¹ Zuhale Berekat Baş, “Sağlık Hizmetinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (05.10.2009).

²⁹² Kamu görevlisi terimi bir dar değeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamdaki kamu görevlileri; Anayasa’nın 128. maddesinde belirtildiği şekilde kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri ifade eder. Geniş anlamdaki kamu görevlileri terimi; kamuda görev yapan hukuki durumları birbirinden farklı olan tüm görevlileri kapsar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, Yönetim Hukuku, ss. 171-175.; Gözler, ss. 553-557.; Karatepe, ss.150-152.

²⁹³ Esin, s. 148.; Günday, s. 331.; Çağlayan, s. 290.

memurunun, bomba patlaması sonucu ölümü nedeniyle açılan tazminat davasında yerel idare mahkemesi, uğranılan zararın idarenin hizmet kusuru esasına göre tazminine karar vermiş ancak davayı temyizen inceleyen Danıştay “....bomba imhası riskli hizmetlerdir. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle bomba imhası nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgilerin uğradığı zararın İdare Mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru ilkesine göre değil..,” kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminata karar verilmesi gerektiğini belirterek yerel idare mahkemesi kararını onamıştır²⁹⁴. Danıştay, tütün fabrikasında elektrik teknisyeni olarak görevli kişinin, şalter onarımı yaptığı sırada elindeki pensenin kısa devreye yol açması sonucu meydana gelen patlamada ölmesi²⁹⁵, time ait arızalı bir aracın kamyon üstünde taşınarak bir başka ile götürülmesi için görevlendirilen polisin geçirdiği trafik kazası sonucu yaralanması²⁹⁶ olayında kamu görevlisinin kamu hizmeti sırasında uğradığı özel ve olağan dışı zararının kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmini gerektiğine karar vermiştir.

Kamu hizmetini yürütmekte olan daimi kamu görevlilerinin görev nedeniyle uğradıkları zararların tazminine yukarıda değinmiş bulunmaktayız. Ancak belirtmek gerekir ki kamu hizmetinin yürütülmesine katılanlar sadece daimi kamu görevlileri değildir. Kamu hizmetinin yürütülmesine bazen idarenin daimi kamu görevlilerinin dışındaki diğer kimseler de kendi istekleri ile veya idarenin talebi üzerine bir ücret karşılığında veya her hangi bir karşılığı olmaksızın katılabilmektedir. İşte daimi kamu görevlilerinin dışındaki bu kişilere “geçici görevliler” bir başka ifade ile “arızî işbirlikçiler (collaboreteur occasionnel)” denilmektedir²⁹⁷. Ülkemizde kamu hizmetini daimi olarak yürüten kamu görevlilerinin, görev nedeniyle uğradıkları zararlar sosyal güvenlik kurumlarınca emekli, dul ve yetim aylığı gibi çeşitli sosyal haklar ile karşılanmakta iken kamu hizmetine geçici olarak katılanların uğradıkları zararlar sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanmamaktadır. Fransız Danıştay’ı idarenin geçici (arızî) işbirlikçilerinin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk

²⁹⁴ D. 10. DD. 23.06.1997 tarih E. 1996/3996, K. 1997/2544 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (12.09.2009).

²⁹⁵ D. 10. DD. 30.01.1986 tarih E. 1982/2650, K. 1986/133 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (12.10.2009).

²⁹⁶ D. 10. DD. 18.03.2008 tarih E. 2007/8532, K. 2008/1231 sayılı karar. <http://www.kazanci.com.tr>, (15.10.2009).

²⁹⁷ Gözler, s.1106.

ilkesi gereğince tazminine karar vermektedir²⁹⁸. Danıştay ise idarenin geçici işbirlikçilerinin uğradığı zararların tazmininde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmemektedir. Örneğin; ikamet etmekte olduğu lojmanın bitişik dairesinde çıkan yangına izinli bulunduğu halde müdahale eden polis memurunun yanarak ölmesi nedeniyle açılan davada; davacı, kamu konutunda yangına karşı gerekli önlemleri almaması nedeniyle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu öte yandan eşinin görev düşüncesi ile hareket ederek yangını söndürmeye çalışması nedeniyle kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince de uğranılan zararın tazmini talep edilmiştir. Yerel idare mahkemesi; zararın, davacının eşinin kendi eyleminden kaynaklandığı, idare ile illiyet bağının olmadığı bu nedenle kusursuz sorumluluk koşullarının olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş Danıştay da kararı onamıştır²⁹⁹. Öğretide GÖZÜBÜYÜK, TAN, görevli olmadığı halde kendiliklerinden bir kamu hizmetinin yürütülmesine yardım eden kişilerin, bu sebeple uğradıkları zararlar nedeniyle Danıştay'ın kural olarak hizmet kusuruna dayanarak karar verdiğini ancak bu gibi durumlarda hizmet kusuruna dayanılarak değil Fransız Danıştay'ı gibi kusursuz sorumluluk esasına dayanılarak karar verilmesi gerektiğini belirterek aksi yöndeki Danıştay kararlarını eleştirmektedir³⁰⁰.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren idari eylemlerin neler olduğunu yukarıda ele almış bulunmaktayız. Ele aldığımız bu idari eylemler, idarenin organları ve görevlileri tarafından yapılan eylemler olup tüzel kişilik olan idareye izafe edilen eylemlerdir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere sosyal olaylar ve terör eylemleri idareye tamamen yabancı üçüncü kişilerce gerçekleştirildiği dolayısı ile ortaya çıkan zararlar idari eylemler arasında aslında bir nedensellik bağı olmadığı halde “Sosyal Risk” ilkesi gereğince bu tür zararlar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna

²⁹⁸ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 885. Ancak bunun için öncelikle ortada bir kamu hizmeti olmalı, zarara uğrayan kişi bu kamu hizmetinin yürütülmesinde bizzat ve fiilen katılmış olmalı, yapılan işbirliğinin idarenin bu yöndeki talebi üzerine veya acil bir ihtiyacı karşılamak üzerine kendiliğinden yapılmış olması gerekmektedir. İdare ile işbirliği yapan bu kişilerin uğradıkları zararlar hizmeti yürütmekle görevli idare tarafından tazmin edilmektedir. Örneğin; çıkan yangının söndürülmesi itfaiyenin yani belediyenin, aramakta olan bir kişinin yakalanması kolluğun, kazazedinin hastaneye taşınması faaliyetleri sağlık bakanlığı tarafından yürütülen kamu hizmetleridir ve zarar hangi hizmetin yürütülmesi sırasında meydana gelmiş ise zararın o idarece tazmini gerekmektedir Konuya ilişkin Fransız Danıştay kararları hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, ss. 1106-1113.; Atay, Odabaşı, Gökcan, ss. 131-136.; Çağlayan, ss. 299-302.

²⁹⁹ D. 10. DD. 19.06.2001 tarih E. 1999/3199, K. 2001/2444 sayılı kararından aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 810-811.

³⁰⁰ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 887.

gidilmektedir. Sosyal olaylar ile terör eylemlerinin yol açtığı zararların neden idarece tazmin edildiğini idarenin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanaklarını incelerken “Sosyal Risk” başlığı altında açıklamıştık. Şimdi burada idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren sosyal olay ve terör eylemlerinin neler olduğunu konuya ilişkin yargı kararlarına da yer vererek açıklamaya çalışacağız. İdari yargı yerlerinin sosyal olay ve terör eylemleri nedeniyle meydana gelen zararların tazmini konusunda tam bir içtihat birliği içerisinde olmadığı görülmektedir. Bu tür zararların tazmini talebi ile açılan davalar bazen idarenin hizmet kusuruna bazen de idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak karara bağlanmaktadır. Danıştay’ın konuya ilişkin bazı kararları şöyledir;

Türkiye Öğretmenler Sendikası’nın düzenlediği kongre ile gece bazı camilerde meydana gelen patlamalar arasında bağlantı olduğuna inanan kişilerce Kayseri’de yapılan gösteride davacının kitapevinin yağmalanması ve tahribe uğraması nedeniyle açılan tazminat davasında Danıştay; davacıya ait işyerinin dört saat boyunca yağmalanıp tahrip edildiği halde güvenlik güçlerinin olaya müdahale etmemesi nedeniyle idarenin hizmet kusuru olduğunu belirterek tazminata karar vermiştir³⁰¹. Kayserispor-Sivasspor maçında çıkan ve 38 Sivaslı’nın ölümü nedeniyle yapılan protesto gösterilerinde Kayserililere ait ev ve işyerlerinin tahrip edilmesi³⁰², Elbistan’da mezhep ayrılığı nedeniyle çıkan toplumsal olayda bir dükkânın tahrip edilmesi³⁰³, TÖB-DER’in Tokat’ta bir sinema binasında düzenlediği toplantı sonrasında karşıt görüşlü kişilerce yapılan saldırı nedeniyle işyerinin tahrip edilmesi³⁰⁴, Sendikalar Kanunu’nda yapılacak değişiklikleri protesto etmek amacıyla yapılan eylemde bir fabrikanın tahrip edilmesi³⁰⁵ gibi sosyal olaylar nedeniyle açılan pek çok davada Danıştay, idarenin hizmet kusuru olduğu gerekçesi ile tazminata karar vermiştir.

Danıştay, EGO’ya ait bir belediye otobüsünden inmekte olan gruba ideolojik sebeplerle diğer bir grubun taşlı saldırısı sonucu otobüsün camlarının kırılarak maddi

³⁰¹ D. 12. DD. 13.04.1970 tarih E. 1969/3434, K. 1970/754 sayılı karardan aktaran Armağan, ss. 168-169.

³⁰² D. 12. DD. 24.03.1969 tarih E. 1968/1992, K. 1969/543 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 168.

³⁰³ D. 12. DD. 21.05.1968 tarih E. 1968/140, K. 1968/1183 sayılı karardan aktaran. Armağan, s. 167.

³⁰⁴ D. 12. DD. 17.06.1976 tarih E.1975/2287, K.1976/1466 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 94.

³⁰⁵ D. 12. DD. 26.02.1974 tarih E. 1971/402, K.1974/511 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 93.

hasara uğraması nedeniyle EGO Genel Müdürlüğü tarafından İçişleri Bakanlığı aleyhine açılan davada; kamu hizmetlerinin yürütülmesi dolayısı ile idarenin tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için her şeyden önce ortada bir idari eylem ve bu eylem ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiğini oysa bakılan davada zararın, doğrudan doğruya bir idari ajanın fiilinden doğmadığını ve yine zararın davalı idarenin gerekli önlemleri almamasından meydana geldiğinin de kabul edilemeyeceğini, uğranılan zararın sosyal risk kuramına göre tazminine gelince; Fransa ve Almanya’da genel nitelikteki yasal düzenlemelerle uygulamada bu kurala yer verilmesine karşın ülkemizde bu yönde genel bir düzenleme yapılmaması nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna da gidilemeyeceğini belirterek tazminat talebini reddetmiştir³⁰⁶. Öğretide GÖZLER ve ARMAĞAN, toplumsal olaylardan kaynaklanan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunu doğru bir biçimde ortaya koyduğu gerekçesiyle Danıştay’ın bu kararını isabetli bulunmaktadır³⁰⁷.

Danıştay’ın terör eylemleri nedeniyle meydana gelen zararların tazmini konusundaki yaklaşımına gelince konuya ilişkin Danıştay kararlarının da tam bir uyum içerisinde olmadığı görülmektedir. Örneğin; TÖB-DER Anamur Şubesi’ne kimliği bilinmeyen kişilerce gece yapılan bir saldırı³⁰⁸, Danıştay üyesi olan davacının evine gece, kimliği belirsiz kişilerce patlayıcı madde atılması³⁰⁹ nedeniyle açılan davalarda bir kamu hizmeti olan kolluk görevinin, zarar doğurması kuvvetle muhtemel olaylardan idare önceden haberdar edilmediği veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtiler bulunmadığı sürece genel nitelikteki önlemlerle yürütülmesinin normal olduğunu belirterek, olayda idarenin hizmet kusurunun bulunmadığına, zararın, sosyal risk ilkesi gereğince tazmininin ise meydana gelen zarar ile kolluk hizmeti veya davacının yapmakta olduğu kamu hizmeti arasında nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle idarenin tazminat sorumluluğunun olmadığına karar vermiştir.

Danıştay’ın, bazı terör eylemleri nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu gerekçesi ile idareyi tazminat ödemeye mahkûm ettiği kararları da bulunmaktadır.

³⁰⁶ D. 12. DD. 16.10.1980 tarih E. 1979/515, K. 1980/3750 sayılı karardan aktaran Armağan, ss. 169-170.

³⁰⁷ Gözler, s. 1123.; Armağan, s. 314.

³⁰⁸ D. 12. DD. 21.06.1979 tarih E. 1977/3205, K. 1979/2742 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 94.

³⁰⁹ D. 12. DD. 10.02.1981 tarih E. 1979/1567, K. 1981/203 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, ss. 112-114.

Örneğin; öğrenim gördüğü yüksekokul karşısındaki bir kahvehaneye yerleştirilen bombanın patlaması sonucu ölen kişinin yakınları tarafından açılan davada Danıştay, olay tarihinde üniversite ve yüksekokul çevresinde her an anarşik olay çıkmasının muhtemel bulunmasına, belirtilen çevrede çalıştırılmasına izin verilen kahvehanede de etkin güvenlik önlemleri alınması zorunlu olmasına rağmen, bombalı eylemi engelleyecek önlemlerin alınamaması nedeniyle kolluk hizmetini yürüten idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunduğu karar vermiştir³¹⁰.

Danıştay'ın, terör eylemleri nedeniyle meydana gelen zararların tazmininde ağırlıklı olarak idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanarak karar verdiği görülmektedir. Örneğin; Gaziantep'te bir köy muhtarının, köyü basan örgüt üyelerince kaçırılarak öldürülmesi nedeniyle açılan tazminat davasında Danıştay; “..terörist eylemlere her hangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler, kısaca zararların nedeni toplumun bireyi olmaktadır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.” şeklindeki gerekçeyle yerel idare mahkemesi kararını bozmuş ve zararın tazmininde idarenin kusursuz sorumluluğu olduğuna karar vermiştir³¹¹. Evinin yakınında bulunduğu bilinmeyen bir el bombasına taşla vurması nedeniyle bombanın patlaması sonucu bir çocuğun yaralanması³¹², geçici köy korucusu olan davacının yasadışı örgüt üyeleri ile girdiği çatışmada yaralanarak sakat kalması³¹³, emniyet amiri olan davacılar yakınının katıldığı bir operasyonda hayatını kaybetmesi³¹⁴, terörden dolayı güvenliğin sağlanamaması nedeniyle terk etmek zorunda kaldığı

³¹⁰ D. 10. DD. 09.05.1983 tarih E. 1982/2426, K. 1983/1089 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (28.10.2009).

³¹¹ D. 10. DD. 13.10.1993 tarih E. 1992/3372, K.1993/3777 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (29.10.2009).

³¹² D. 10. DD. 09.04.2002 tarih E. 2000/3746, K. 2002/930 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 563-564.

³¹³ D. 10. DD. 21.03.2001 tarih E.1998/7244, K. 2001/4435 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 565-566.

³¹⁴ D. 10. DD. 14.05.1998 tarih E. 1996/10080, K. 1998/2027 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 580-581.

köyündeki mal varlığından tasarruf edememesi ve malvarlığının bakımsız kalması sonucu kısmen zarar görmesi³¹⁵ olaylarında da Danıştay, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanarak zararın tazminine karar vermiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki Danıştay'ın, zarara yol açan terör eyleminin oluş şeklini göz önüne alarak “münferit bir terör eylemi olması nedeniyle” olayda, sosyal risk ilkesine göre değil idarenin kusurlu sorumluluğu esaslarına göre karar verilmesi gerektiği yönünde içtihatları da bulunmaktadır. Örneğin; Sivas'tan, İstanbul'a gitmekte olan bir yolcu otobüsüne konulan bombanın patlaması sonucu yaralanan kişinin açtığı davada yerel idare mahkemesi; “ davacının devlete ve ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terörist faaliyetlerin bir sonucu olarak toplumun bir bireyi olması nedeniyle saldırıya maruz kaldığından dolayı uğradığı zararın sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini gerektiğine” karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, “...münferit bir olaydan kaynaklanan zararın, niteliği itibariyle sosyal risk ilkesine göre tazmini söz konusu değildir. Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde, idarenin güvenlik hizmetlerinin işletilmesinde kusurlu davranışının bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken, sosyal risk esaslarına göre.....” karar verildiği gerekçesiyle yerel idare mahkemesi kararını bozmuştur³¹⁶.

V- İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A . Kusursuzluk

İdarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zarara yol açan idari işlem ve eylemler nedeniyle idareye izafe edebilecek her hangi bir kusurun olmaması gerekmektedir. İdari işlem veya eylem ile uğranılan zarar arasında nedensellik bağının varlığını ortaya koymak yeterli olup ayrıca idarenin kusurunun varlığını ispatlama gereği yoktur. Kusursuz sorumluluğun tanımı icabı idari kusurun, idarenin hukuki sorumluluğu üzerinde her hangi bir etkisi yoktur. İdarenin kusursuz

³¹⁵ D. 10. DD. 11.10.2000 tarih E. 2000/1980, K. 2001/4654 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 569-572.

³¹⁶ D. 10. DD. 14.01.2002 tarih E. 2001/3171, K. 2002/12 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 618-619.

sorumluluğuna gidilebilmesi için bilakis idari işlem veya eylemin hukuka uygun olması ve zararın meydana gelişinde idarenin kusurunun olmaması gerekmektedir³¹⁷.

Bu nedenle devletin, hukuka uygun olarak aldığı bir takım ekonomik önlemler ile yine idarenin hukuka uygun nitelikteki düzenleyici ya da birel işlemleri nedeniyle ortaya çıkan zararlar ancak idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince karşılanabilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan hukuka uygun idari işlemler; yerel yönetimlerin imar planlarının uygulamasına ilişkin ve özellikle de imar planlarının değişikliğine ilişkin idari tasarruflar, tüzük veya yönetmelik gibi genel düzenleyici idari işlemler olabileceği gibi ruhsatın iptali veya geri alınması, bireylere umulmayan mali külfetler yüklenmesi veya yargı ilâmlarının infazından çekinme gibi birel ve öznel idari işlemler de olabilir³¹⁸.

Danıştay, tazminat sorumluluğu konusunda, idarenin hem kusurlu sorumluluğuna hem de kusursuz sorumluluğuna dayanılarak karar verilmesini bir bozma sebebi olarak görmektedir³¹⁹. Danıştay dava konusu somut olayda öncelikle idarenin hizmet kusurunun olup olmadığını inceleyerek kusurun varlığını tespit etmesi halinde idarenin hizmet kusuruna dayanmakta, hizmet kusuru yok ise bu defa olayda idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun olup olmadığını inceleyerek karar vermektedir³²⁰. İdarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılarak açılan bir davada idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun olduğunun anlaşılması halinde bu durum yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen göz önüne alınabileceği gibi taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Çünkü kusursuz sorumluluk halinin varlığı, kamu düzeninden sayılmaktadır³²¹.

Öğretide GÖZÜBÜYÜK, TAN, iskele, liman, karayolları ulaştırma kuruluşlarının kullanımı gibi bazı durumlar için Fransız Danıştay'ının idare edilenlerin durumunu biraz daha iyileştirerek, bu gibi hallerde idarenin kusurlu

³¹⁷ Onar, Cilt: III, s. 1710.; Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 49.; Çağlayan, s. 165.

³¹⁸ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 54.

³¹⁹ D. 10. DD. 12.12.1991 tarih E. 1990/3737, K. 1991/3762 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 99.

³²⁰ D. 10. DD. 18.06.2001 tarih E. 1998/6378, K. 2001/2385 sayılı karardan aktaran, Şahin, Bal, Karabulut, ss. 103-104.

³²¹ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 51.; Gözler, s. 1073.; Çağlayan, s. 158. Duran, tersi durumda yani davacının olayda idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandığı halde olayda idarenin kusurlu sorumluluğunu gerektiren bir olgunun varlığı anlaşıldığı takdirde davacının idari olgunun varlığı ve idarenin kusurunu ispatla yükümlü olması nedeniyle mahkemenin idari kusuru re'sen göz önüne almaması gerektiği görüşündedir.

olduğunu kabul ettiğini ancak sorumluluktan kurtulabilmesi için idareye de kusursuz olduğunu ispat fırsatı verdiğini belirtmektedir. Yazarlar, Fansız Danıştay'ı gibi kusursuz sorumluluğa çok ayırık durumlarda gidilerek belli konularda kusur karinesinin kabul edilmesi gerektiğini belirterek bu gibi hallerde Danıştay'ın kusur karinesine başvurmamasını eleştirmektedir³²².

B . Özel Ve Olağandışı Zarar

İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesinin bir diğer şartı meydana gelen zararın “özel” ve “olağandışı” olmasıdır. Zararın, “özel” olması ile kastedilen, kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle ortaya çıkan zararın, toplumun bütün üyelerinin uğradığı bir zarar niteliğinde olmayıp sadece bazı üyelerinin uğradığı bir zarar niteliğinde olmasıdır. Özel zarar, toplumsal yaşantıda herkesin her zaman maruz kalabileceği zarardır. Ancak bu zarara, toplumun bütün üyeleri değil sadece toplumdaki bazı kişi veya kişiler uğramaktadır³²³.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun, risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandığını daha önce belirtmiştik. Risk ilkesinde, “özel” olan ortaya çıkan zarar değil bu zarara yol açan risk faktörünün kendisidir. Risk gerçekleştiğinde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilir. Ortaya çıkan zararın genel olması, toplumdaki herkesi ilgilendirmesi veya zararın özel olmasının her hangi bir önemi yoktur. Zararın özel olması şartı sadece fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kaynaklanan sorumlulukta ve bu sorumluluk türünün doğasında bulunmaktadır. Bu sebeple zararın özel olması önem arz etmektedir. Zarar özel değilse bir başka deyişle aynı durumda olan bütün kişiler aynı zarara uğramış ise kamu külfetleri karşısında eşitlik bozulmamış demektir. Dolayısı ile idarenin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Ancak, toplumdaki bazı kişi ve gruplar zarara uğramış ise bu durumda zararın özel nitelikte olduğu kabul edilerek kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması nedeniyle fedakârlığın bütün toplum tarafından paylaşarak zararın karşılanması yoluna gidilmelidir. Zarar görenin birden fazla olması, zararın özel olması niteliğini etkilemez. Bir grup insanın yaşadığı zarar, zararın özel olma

³²² Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 872.

³²³ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 49-50.;Gözübüyük, Yönetim Hukuku, ss. 314, 320.

niteliğini ortadan kaldırmaz. Zarar bireyselleştirilebiliyor ise zarar görenler belirlenebiliyor ise bu durumda zarar özeldir³²⁴.

AYİM önüne gelen bir davada Kıbrıs Barış Harekâtı sırasında şehit düşenlerin mirasçıları tarafından açılan bir başka tazminat davasına atıfta bulunularak savaş halinin bir mücbir sebep teşkil ettiğini, savaşın doğurduğu zararların ferdin uğradığı bir haksızlık değil, bir tabi afet olarak değerlendirilmesi gerektiğini, özel ve olağandışı nitelik taşımayan genel nitelikteki zararların Devletçe giderilmesi halinde bu durumun kamu faaliyetleri karşısında eşit olma ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir. Buna karşılık davacının yaralanmasına neden olan terör olayının ise ülkenin belirli bir kısmında meydana gelen terör olayı olduğu, silahlı kuvvetlerin tümünün değil bir kısım özel birliklerdeki güvenlik kuvvetlerinin görevlendirilmesi nedeniyle savaşta şehit düşme olayından farklı olduğu belirtmiş ayrıca "... Bu mücadele tüm toplumun katlanmak zorunda bir kamu külfeti şeklinde olmadığı gibi girişilen operasyonlar sırasında ya da teröristlerin başvurdukları yöntemler sonucu uğranılan zararlar tüm toplumun katlanmak zorunda olduğu genel bir zarar ..." olmaması nedeniyle uğranıldığı kabul edilen özel ve olağandışı zararın tazminine karar vermiştir³²⁵.

İdarenin, kusursuz sorumluluğuna başvurulabilmesi için zararın "Özel" olmasının yanı sıra "Olağandışı" olması da gerekmektedir. Zararın olağandışı olması ile kastedilen zararın belirli bir ağırlık derecesine ulaşmış olmasıdır. Toplumsal yaşantı içerisinde herkes, bulunduğu toplumun bir üyesi olarak bazı külfetlere katlanmak zorundadır ki bu durum toplumsal yaşantının doğal bir sonucudur. Basit, sıradan ve önemsiz bazı zararlara bireylerin katlanması olağan bir durumdur. Bu tür zararlara, zarar görenin yararlandığı kamu hizmetlerinin nimetleri karşılığında katlanması beklenilmektedir³²⁶.

Uğranılan zararın, basit mi anormal mi olduğu konusu muğlak bir kavramdır ve kesinlik taşımamaktadır. Zararın niteliğini ve ağırlık derecesini tespit için objektif bir ölçüt yoktur. Mahkeme, somut olayı ve zararın özelliklerini göz önüne alarak zararın anormal olup olmadığını tespit edecektir. Vücut bütünlüğüne yönelen

³²⁴ Gözler, ss. 1210-1211.; Çağlayan, ss. 173-174.; Armağan, ss. 218-219.

³²⁵ AYİM 2. D. 14.04.1993 tarih E. 1992/625, K. 1993/178 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 895-896.

³²⁶ Düren, ss. 313-314.; Gözler, s. 1212.

zararların ağır ve anormal olduğu kabul edilmektedir. Zararın devam ettiği süre, zararın kalıcı olması gibi etkenler de zararın anormalliği bakımından önem arz etmektedir³²⁷. Ancak uğranılan zararın mutlaka geniş ve büyük ölçüde ve olağanüstü boyutlarda olması da şart değildir. Bunun zarar görene oranla ağır ve olağandışı sayılması yeterlidir³²⁸. Zararın olağandışı olması şartı kural olarak kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan sorumluluk için aranan bir şarttır. Ancak bu şart idarenin kusurlu sorumluluğunu gereğinden fazla genişletmemek için risk ilkesine dayalı kusursuz sorumluluk için de aranmaktadır³²⁹.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için uğranılan zararın “özel” ve “olağandışı” olması gerektiği çeşitli yargı kararları ile de sabittir. Örneğin çıkan çatışma sonrası silah seslerinden dağılan oniki koyunun sahibi tarafından açılan tazminat davasında yerel idare mahkemesi; “.. uyuşmazlıkta koyunları kaçırılan davacının fakirleşmiş olmakla birlikte, ev ve eşyalarının yakılması gibi hayatın idamesini engelleyecek bir zarara uğramadığı ve olayın hayatını tümünden değiştirecek etki doğuran bir nitelik taşımadığı; dolayısıyla, uğranılan zararın “sosyal risk” ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek tazmin edilmesi gereken zarar kapsamında bulunmadığı..” gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay, “.. Bir zararın; hizmet kusuru, kusursuz sorumluk veya sosyal risk ilkeleri uyarınca tazmin edilebilmesi için; kişisel ve olağandışı nitelikte olması gerek ve yeter koşuldur. Bu bağlamda, tazmin edilecek maddi zarar, mal varlığındaki eksilme veya çoğalma olanağından yoksunluktur.” demek sureti ile yerel idare mahkemesi kararını bozmuştur³³⁰.

AYİM de önüne gelen bir davada “Emekli Sandığı Kanunu” ile belirlenen yaş sınırına ulaşmadan Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemine tutulmalarının bu kişiler için özel ve olağandışı bir zarar niteliğinde görülebilirse idarenin kusursuz

³²⁷ Gözler, s. 1211.

³²⁸ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 50. Yazar, uğranılan zararın “özel” ve “olağandışı” bir nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde hâkimin vicdani kanaatine göre bu durumu tespit ve takdir ettiğini bu nedenle mahkeme kararlarında idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği hallerde “adalet”, “nasafet” ve “hakkaniyet” gibi terim ve kavramlara yer verildiğini, bu sözcük ve kavramların idari sorumluluğun esasını ve nedenini ifade etmeyip zararın nitelik ve niceliğini işaret eden duygusal kavramların simgesi olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple hâkimin vicdani kanaatini oluşturan psikolojik etkenlerin, idarenin kusursuz sorumluluğunun ayrı ve bağımsız sebebi olarak saymanın doğru ve yerinde olmadığına dikkat çekmektedir.

³²⁹ Gözler, s. 1212.

³³⁰ D. 10. DD. 25.12.1997 tarih E. 1996/9628, K. 1997/6183 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 593-594.

sorumluluğu teorisine göre zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak dava konusu olayda uğranıldığı öne sürülen zararın özel ve olağandışı olup olmadığını değerlendirmesi sonucunda bu durumun subaylar için olağanüstü bir zarar oluşturmadığı kabul edilerek tazminat talebini reddetmiştir³³¹.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazmin edilecek zararın, zarar görene doğrudan doğruya yöneltilmiş bir müdahale sonucunda doğmuş olması da gerekmektedir. Bu nitelik, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini, tehlikelilik ilkesinden ayırmaktadır³³². Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazmin edilecek zararların; kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen kazalardan olmaması, idarenin riskli araç kullanması veya bünyesinde risk barındıran bir faaliyet sonucunda doğmuş olmaması, zararın geçici nitelik taşımaması yani kalıcı, daimi bir zarar niteliğinde olması da gerekmektedir. Zarar, idarenin daha önce planlayıp yürütmüş olduğu kamu hizmetinin doğal bir sonucu olmalıdır. Risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğunda ise yürütülen faaliyet ve kullanılan aracın istenmeyen bir kazaya sebep olması nedeniyle ortaya çıkan zararlar söz konusu olmaktadır³³³. Burada şunu da özellikle belirtmek gerekir ki devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerin yürütülen kamu hizmetleri sırasında idarenin daimi ve arızî kamu görevlileri ile idare edilenlerin kişi varlığına verilen zararlar, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazmin edilemez. Çünkü ortada toplum adına katlanılan bir fedakârlık yoktur. Uğranılan zararlar, olayın özelliklerine göre idarenin hizmet kusuru varsa idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilerek kusuru yok ise idarenin diğer kusursuz sorumluluk hali olan risk ilkesi gereğince tazmin edilmelidir³³⁴.

C . Nedensellik Bağı

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğun bağlandığı davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine “nedensellik (illiyet) bağı” denildiğini ve nedensellik bağının

³³¹ AYİM Drl. Krl. 26.05.1994 tarih E. 1993/98, K. 1994/90 sayılı karardan aktaran Serdar Özgüldür, “Sorumluluk Hukukunda İdari İşlemlerin Yol Açtığı Zararlar ve Bunların Tazmini Sorununa Mukayeseli Bir Yaklaşım”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı**, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 1998, (İdari İşlem), ss. 87-88.

³³² Düren, s. 314.

³³³ Gözler, ss. 1145-1146.

³³⁴ Düren, ss. 320-321.

sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesi olduğunu daha önce belirtmiştik³³⁵. İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için idare edilenlerin uğramış oldukları zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Zarar, idari işlem ve eylemlerin doğal ve doğrudan sonucu olmalıdır. Yani zarar ile zararı doğuran olay arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalı biri diğerinin sonucu olmalıdır. Bu bağın yokluğunda diğer bütün koşullar olsa dahi idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilemez³³⁶.

Yaşamın olağan akışına ve yaşam tecrübelerine göre eğer zarara neden olan idari işlem ve eylem olmasaydı o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebiliyorsa zarar ile idari olgu arasında uygun bir nedensellik bağının olduğu söylenebilir³³⁷. Eğer sonuç olayların doğal akışına göre beklenilmeyen olağanüstü bir sonuç ise idare bu sonuçtan bütünü ile sorumlu tutulamaz. Zararın doğumu çeşitli sebeplere bağlanabilir. Bu nedenlerden birinin zararı doğuracak nitelikte olması nedensellik bağının varlığı için yeterlidir³³⁸.

Öğretide zarar ile idari işlem ve eylemler arasında sebep-sonuç ilişkisinin olması gerekmediği yönünde görüşler de mevcuttur. ÖZYÖRÜK'e göre nedensellik bağında bir sebep-sonuç ilişkisi aranmasına gerek yoktur. Yazar, ortaya çıkan "zararın bir kamu hizmeti ile bağlantısının" varlığını yeterli görmektedir³³⁹. Öğretide DÜREN de bu görüşü paylaşmaktadır. Yazara göre genel hayat deneyimleri ile olayların alışılmış akışına göre zarar belli bir idari davranışla "bağıntılı" görülebiliyorsa bu durumda "nedensellik bağının" kabul edilmesi gerekir. Zararın özel hukukta olduğu gibi davranışın uygun ve normal bir sonucu gibi karşılanması zorunlu değildir. Yazara göre böyle bir yaklaşım Anayasa'da yer alan sosyal hukuk devleti ilkesine ve kusursuz sorumluluk anlayışına daha uygun olacaktır³⁴⁰.

Ortaya çıkan zarara, idarenin eylem ve işlemi dışında kalan bir başka sebep kısmen veya tamamen neden olmuş ise bu durumda idarenin zararı tazmin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkabilmektedir. Çünkü bu durumda idarenin eylem ve işlemi ile ortaya çıkan zarar arasındaki nedensellik bağı kısmen

³³⁵ Eren, Borçlar Hukuku, ss. 487-503.

³³⁶ Onar, Cilt: III, s. 1723.; Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s. 316.; Gözler, s.1213.; Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 174

³³⁷ Esin, s. 246.; Özay, s. 771.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 892.

³³⁸ Onar, Cilt III, s. 1724.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 892.

³³⁹ Özyörük, s. 243.

³⁴⁰ Düren, s. 329.

veya tamamen kesilmiş olmaktadır. İdarenin sorumluluğunu azaltan ve bazen de sorumluluğunun tamamen ortadan kalkmasına neden olan bu haller mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olabilmektedir³⁴¹. Bu halleri “İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Sebepler” başlığı altında ayrıca inceleyeceğimizden bu bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.

Ancak burada değinmek istediğimiz istisnai bir durum vardır ki o da sosyal olaylar ve terör eylemleri idareye tamamen yabancı üçüncü kişilerce gerçekleştirildiği dolayısı ile ortaya çıkan zarar ile idari eylemler arasında aslında nedensellik bağı olmadığı halde idarenin bu zararları tazminle sorumlu olmasıdır. Tüm kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak sosyal risk sorumluluğunda, zarara neden olan kamu görevlisinin eylemi veya idarenin yürütmekte olduğu ve bünyesinde risk taşıyan kamu hizmetleri ve benzeri diğer sorumluluk sebepleri değil idareye tamamen yabancı olan kişi ve toplulukların idare tarafından önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zararlara yol açabilecek davranış ve eylemleridir³⁴². Sosyal olaylardan kaynaklanan zararlar, idarenin bir fiilinden değil bu olayları gerçekleştiren kişilerin fiillerinden kaynaklandığından ortaya çıkan zarar ile idarenin davranışı arasında her hangi bir nedensellik bağı yoktur. Zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının aranmadığı tek kusursuz sorumluluk halidir. Nedensellik bağı olmadığından aslında bu tür zararların tazmininde idarenin sorumlu tutulması mümkün olmamasına karşın toplumsal bir faydanın gerçekleştirilmesi amacıyla idarenin sorumluluğu yoluna gidilmektedir³⁴³. Zarar ile idari eylemler arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Zararla idari eylem arasında nedensellik bağı kurulabiliyor ise idare hukuku çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa bu defa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir³⁴⁴.

AZRAK, zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının aranmıyor olmasını sosyal risk sorumluluğunu içeren olaylar bakımından sınırsızlığa

³⁴¹ Onar, Cilt: III, ss. 1719-1723.; Özey, ss. 771-775.

³⁴² Azrak, s. 137.

³⁴³ Onar, Cilt: III, s. 1744.

³⁴⁴ D. 10. DD. 25.02.2003 tarih E.2001/4795, K. 2003/696 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (28.10.2009).

varabilecek bir sorumluluk, bir tür kamusal sigorta ve toplumda meydana gelen tüm zararların sosyalizasyonu olarak görmenin hakça ve yerinde bir durum olmadığını ifade etmektedir. Sosyal risk kuramında zarar ile idari eylem arasında her ne kadar nedensellik bağı aranmıyor ise de ortaya çıkan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için devletin birincil ödevlerinden olmasına karşın üçüncü kişilerin zarara yol açan davranışlarının devletçe engellenememiş veya daha büyük zararlara yol açmamak için bilerek engellenmemiş olması gerekmektedir³⁴⁵.

Sosyal olaylar ve terör eylemlerinde nedensellik bağının aranmayışı öğretide eleştiri konusu olmuştur. GÖZLER ve ÇAĞLAYAN, nedensellik bağının idarenin kusurlu sorumluluğu kadar kusursuz sorumluluğunda da aranması gereken asli bir şart ve tazminat hukukunun temel ilkesi olduğunu belirterek bu tür olaylarda nedensellik bağının aranmayışının idare hukuku ilkelerine ve hukuk mantığına aykırı olduğunu düşünmektedir. Yazarlar, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur şartının aranmaması nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunda bu şartın daha da önem kazandığını ve sorumluluğun kaderini tayin edici unsur olduğunu belirterek aksi yöndeki Danıştay kararlarını eleştirmektedir³⁴⁶.

VI- İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU KAVRAMI İLE ÖZEL HUKUKTAKİ KUSURSUZ SORUMLULUK KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

Kusursuz sorumluluk ilkesinin idare hukukuna, özel hukuktan geçtiğini ve XIX. Yüzyıl'ın sonlarına doğru belirginleşmeye başladığını daha önce belirtmiştik. İdare hukukunda benimsenen idarenin kusursuz sorumluluğu kavramı ile özel hukukta benimsenen kusursuz sorumluluk kavramının bazı ortak özellikleri olmakla birlikte birbirinden tamamen farklı olan özellikleri de vardır.

İdare hukukunda, idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü gerektiren sebepler ile özel hukukta kusursuz sorumluluğun kabulü gerektiren sebeplerin benzer olduğu görülmektedir. Endüstri devrimiyle birlikte ortaya çıkan teknik buluşlar, makineleşme ve karmaşık sosyal ilişkilerin biçimlendirdiği modern toplum ve uygarlık özel hukukta kusursuz sorumluluğun kabulünü zorunlu kılmıştır.

³⁴⁵ Azrak, ss. 137-138.

³⁴⁶ Gözler, ss. 1120- 1133.; Çağlayan, s. 179.

Günümüzde karmaşık teknik bir süreç ve sosyal ilişki ağı içinde gerçekleşen zararlarda kusurun rolü ya çok azalmış ya da hiç kalmamıştır. Özel hukukta kusursuz sorumluluğun kabulünü gerektiren bir diğer sebep kusur sorumluluğunu öngören liberal hukuk devletinden, adalet ve hakkaniyet fikrine dayanan sosyal hukuk devletine geçiş ve sosyal gelişmelerin yaşanmış olmasıdır³⁴⁷. İdare hukukunda da benzer sebeplerle kusursuz sorumluluğun kabulü yoluna gidilmiştir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde meydana gelen hızlı gelişmeler, idari etkinliklerin yol açtığı zararların tazmininde idarenin kusurlu sorumluluğu teorisinin yetersiz kalmasına yol açarak idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü zorunlu kılmıştır³⁴⁸. Bunun yanı sıra hukuk devletinin, sosyal devlete doğru gelişme göstermesi idarenin sorumluluğu anlayışında zarar görenler yararına bir durum yaratmıştır. İdarenin faaliyet alanının artması, kullanılan teknolojinin ilerlemesi, idari örgütlenmenin giderek karmaşıklaşması gibi sebepler zarara neden olan olay ile idarenin kusuru arasındaki bağın kurulmasını ve kanıtlanmasını güçleştirmiştir. Daha özgür bir ortamın doğması, bazı kişi ve grupların uğradığı zararların bu kişiler üzerinde bırakılmaması gerektiği yönünde gelişen sosyal adalet anlayışı gereği bazı şartlara bağlı olarak idarenin kusuru olmasa dahi ortaya çıkan bazı zararlardan sorumlu tutulmasına yol açmıştır³⁴⁹. Görüldüğü üzere idare hukukunda da özel hukukta da kusursuz sorumluluğun ortaya çıkış ve kabul edilme sebepleri aynıdır.

Özel hukukta da idare hukukunda da kusursuz sorumluluk, genel prensibi değil istisnayı teşkil etmektedir³⁵⁰. İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, kamu düzenine ilişkin olduğundan, ortada idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun olduğunu zarar gören yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir ayrıca bu durum hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır³⁵¹. Özel hukukta da zarar görenin dava ve iddiasını kusur sorumluluğuna dayandırmasına rağmen hâkim tazminat

³⁴⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 462.

³⁴⁸ Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 25-26.; Esin, s.128.

³⁴⁹ Özay, ss. 740-741. İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünü gerektiren ihtiyaçlar hakkındaki ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Çağlayan, ss. 142-145.

³⁵⁰ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 685.; Eren, Borçlar Hukuku, ss. 658-659.; Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 587.; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 306.

³⁵¹ Gözler, s. 1073.

talebinin tehlike sorumluluğuna dayandığını görmüş ise idare hukukunda olduğu gibi bu durumu re'sen dikkate alır³⁵².

İdarenin kusursuz sorumluluğu kavramı ile özel hukukta kabul edilen kusursuz sorumluluk kavramı arasında yukarıdaki hususlar bakımından benzerlik bulunmasına karşın aralarında birçok fark da bulunmaktadır. Örneğin; özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk, yalnız belirli konular için çok sınırlı bir biçimde düzenlenmiş ve herbirinde sorumluluğun kapsamı bu husustaki şartları belirleyen hükmün koruma amacı ile sınırlı tutulmuş³⁵³ iken idare hukukunda kusursuz sorumluluk geniş bir uygulama alanı bulmakta ve birçok konuda idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir³⁵⁴.

A. KILIÇOĞLU'na göre özel hukuktaki kusursuz sorumluluk halleri; “dikkat ve özen ilkesi”, “hakkaniyet ilkesi” ve “tehlike ilkesine” dayanmaktadır³⁵⁵. OĞUZMAN, ÖZ'e göre çeşitli kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinin bir kısmı “tehlike esasına” bir kısmı “hakimiyet ve yararlanma alanı esasına” bir kısmı da “hakkaniyet esasına” dayanmaktadır. Bunların yanı sıra hukuka aykırı olmadan verilen zararların “fedakârlığın denkleştirilmesi esası” uyarınca tazmininin düzenlendiği haller de vardır³⁵⁶. EREN'e göre Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri “olağan sebep sorumluluğu” ve “tehlike sorumluluğu” olarak ikiye ayrılmaktadır³⁵⁷.

Özel hukuktaki başlıca kusursuz sorumluluk hallerinin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiğini görmekteyiz. Türk Medeni Kanunu'nun 369. maddesinde “Ev Başkanının Sorumluluğu” düzenlenmiştir³⁵⁸. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri ise “(TBK md.66) İstihdam Edenlerin Sorumluluğu”, “(TBK md.67) Hayvan İdare Edenlerin Sorumluluğu”, “(TBK md.65) Temyiz Kudreti Bulunmayanların Sorumluluğu”, “(TBK 64.md) Izdırar Halinde Verilen Zararlardan Sorumluluk” ve “(TBK md.69) Bina ve Diğer

³⁵² Eren, Borçlar Hukuku, ss. 658-659.

³⁵³ Oğuzman, Öz, s. 588.

³⁵⁴ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 304.

³⁵⁵ A. Kılıçoğlu, ss. 307-310.

³⁵⁶ Oğuzman, Öz, ss. 6-10.

³⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Hukuku, ss. 461-472.

³⁵⁸ Ev başkanının sorumluluğu hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku**, Cilt: III, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2012, ss. 360-364.

Yapı Maliklerinin Sorumluluğudur”³⁵⁹. TBK’da ayrıca “Kusursuz Sorumluluk” kenar başlığı altında “Hakkanîyet Sorumluluğu” ve “Özen Sorumluluğunun” yanı sıra TBK 71. maddede “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” başlığı altında bir diğer kusursuz sorumluluk hali daha kabul edilmiştir³⁶⁰. TBK 71. maddede yer alan düzenleme öncesine dek özel hukukta tehlike sorumluluğu; motorlu kara araçlarını işletenlerin hukuki sorumluluğu (2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu), sivil hava araçlarını işletenlerin hukuki sorumluluğu (2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu), petrol hakkı sahiplerinin sorumluluğu (6326 Sayılı Petrol Kanunu) gibi az sayıdaki bazı özel kanunlarda düzenlenmişti. Ancak, tehlikeli işletme ve faaliyetlerden kaynaklanabilecek zararlardan sorumluluğa ilişkin yeterli yasal düzenleme olmamasının getirdiği sakıncalar nedeniyle tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK 71. madde hükmü kabul edilmiştir³⁶¹.

Bunun yanı sıra 2872 Sayılı “Çevre Kanunu” 28. maddesinde çevreyi kirleten ve çevreye zarar veren kişiler sebep oldukları kirlenme ve bozulmanın yol açtığı zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın zararları tazminle sorumludur³⁶². Yine 3634 Sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu’nda devletin askeri manevra ve atışlar dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir³⁶³. Türk Medeni Kanunu’nun 1007. maddesinde tapu sicilinin tutulmasından doğan

³⁵⁹ Özel hukuktaki başlıca kusursuz sorumluluk halleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2005, ss. 45-47.; Eren, Borçlar Hukuku, ss. 596-701.; Oğuzman, Öz, ss. 587-676.; A. Kılıçoğlu, ss. 311-400.

³⁶⁰ “III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

Madde 71- Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

³⁶¹ TBK 71. maddede düzenlenen kusursuz sorumluluğun özel bir türü olarak tehlike sorumluluğu hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 70, Sayı: 1, İstanbul, 2012, ss. 203-220.

³⁶² Çevre Kanunu’na göre çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğu hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, ss. 221-231.

³⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sezai Aydınalp, “Devletin Askeri Manevra ve Atışlardan Doğan Zararlar Nedeniyle Hukuki Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 50, Sayı:4, Ankara, 1993, ss. 564-580.

zararlar nedeniyle devletin doğrudan sorumlu olacağı ilkesi benimsenmiştir. Bu sorumluluk asli ve objektif bir sorumluluktur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.07.2010 tarih ve E. 2010/336, K. 2010/396 sayılı kararında da belirtildiği üzere “Devletin “tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna” ilişkin olarak, kusursuz sorumluluk/ağırlaştırılmış sebep/ağırlaştırılmış objektif sorumluluk/ tehlike sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanır.”³⁶⁴.

Özel hukukta, kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat etmek zarar gören kişiye düşmektedir. Kusursuz sorumluluğun kapsamı, bu husustaki şartları belirleyen yasal düzenlemenin koruma amacı ile sınırlıdır. Bu sınırın dışında kalan zararların tazmini, hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Davacının ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilen hallerde davalı, sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir sebebin varlığını iddia ederse bu iddiasını ispat etmelidir. Ancak özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluklarda, “gerekli özeni gösterse idi dahi zararın gene de meydana geleceğini” ispat eden davalı zararı tazminle sorumlu tutulamaz. Böyle bir kurtuluş imkânının tanınmadığı hallerde dahi davalı zararın, mücbir bir sebepten, zarar görenin veya üçüncü bir kişinin ağır kusurundan meydana geldiğini ispatlarsa genellikle sorumluluktan kurtulur³⁶⁵. Buna karşın idarenin kusursuz sorumluluğunda idare, kusursuz olduğunu ispatlasa dahi bu sorumluluktan özel hukuktaki gibi kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamamaktadır³⁶⁶. Ancak idare hukukunda mücbir sebebin olması veya zarar görenin kusurunun varlığı nedeniyle zarar ile idari davranış arasındaki illiyet bağı tamamen kesilmiş ise idarenin tazminat sorumluluğu tamamen ortadan kalkmakta iken özel hukuktan farklı olarak zararın meydana gelmesinde üçüncü kişinin kusurunun varlığı idarenin tazminat sorumluluğu hiçbir şekilde etkilememektedir. Böyle bir durumda idare yine de zararı tazminle sorumlu tutulmakta fakat tazminatı ödedikten sonra üçüncü kişiye rücu edebilmektedir³⁶⁷.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için zarar görenin “özel” ve “olağandışı” nitelikte bir zarara uğraması gerekmektedir. Toplumda herkesin maruz

³⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.07.2010 tarih E. 2010/336, K. 2010396 sayılı karar.. <http://www.kararara.com/yargitay/yhdk2/yrgtyk13098.htm>, (11.03.2014).

³⁶⁵ Oğuzman, Öz, s. 588.; A. Kılıçoğlu, s. 308.

³⁶⁶ Gözler, s. 1073.

³⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yayla, İdare Hukuku, ss. 370-371.; Gözler, ss. 1222-1244.; A. Kılıçoğlu, ss. 330, 347, 353.

kaldığı, sıradan veya basit nitelikteki zararlar için idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemez³⁶⁸. Özel hukukta ise kusursuz sorumluluğun kabulü için idare hukukunda olduğu gibi zararın “özel” veya “olağandışı” niteliklere sahip olması gerekmez. Borçlar Kanunu’nda ve Medeni Kanun’da düzenlenen kusursuz sorumluluk sebepleri ve ilgili hükümlerdeki şartlar oluşmuş ise bu durumda uğranılan zararın tazmini yoluna gidilir. Burada uğranılan zararın “özel” ve “olağandışı” niteliklere sahip olup olmadığının herhangi bir önemi yoktur. Ancak bazı kusursuz sorumluluk sebeplerinde hâkim tazminat miktarının tayininde hal ve şartları dikkate alarak tazminatın davalıyı müzayakaya düşürecek olmasını dikkate alarak tazminat miktarında indirim yoluna gidebilir³⁶⁹. İdare hukukunda ise tazminatın tayininde böyle bir sebeple indirim yoluna gidilemez. Tam yargı davalarında amaç uğranılan gerçek zararın, gerçekçi bir şekilde ve tam olarak tazmin ve telafi edilmesi olduğundan zarar gören lehine hükmedilen tazminat miktarı taleple bağlı kalınmak şartıyla uğranılan zarara denk ve tüm zararı giderecek şekilde belirlenmektedir. Zarar gören kişi zarardan önceki duruma göre ne zenginleşmeli ne de fakirleşmelidir³⁷⁰.

VII - İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN SEBEPLER

Bazı hallerde idarenin işlem ve eylemi ile zarar arasına giren ve idare ile ilgisi bulunmayan olaylar nedeniyle illiyet bağı zayıflar ya da tamamen ortadan kalkar. Bu gibi durumlar idarenin sorumluluğunun kısmen azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına neden olmaktadır³⁷¹. İdarenin tazminat sorumluluğunun kısmen veya tamamen ortadan kalkmasına neden olan bu halleri; “mücbir sebep”, “beklenmeyen hal”, “zarar görenin davranışı” ve “üçüncü kişinin davranışı” olarak saymak mümkündür. Bu halleri aşağıda sırasıyla ele alacağız.

³⁶⁸ Zararın “özel” ve “olağandışı” olması hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, Yönetim Hukuku, ss. 314-320; Duran, İdarenin Sorumluluğu, ss. 49-50; Armağan, ss. 218-219.

³⁶⁹ Tazminata ilişkin esaslar hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, ss. 601-630.; A. Kılıçoğlu, ss. 313-316,

³⁷⁰ Güran, Tazminat Miktarı, s. 167.; Onar, Cilt: III, s. 1752.; Gözler, s. 1267.

³⁷¹ Düren, s. 331.; Gözler, s. 1221.; Çağlayan, s. 179.

A . Mücbir Sebep

İdarenin kusursuz sorumluluğunu etkileyen haller arasında bulunan “mücbir sebep”³⁷² terimi, Türk İdare Hukuku öğretisinde, “zorlayıcı neden” ve “önlenemeyen hal”³⁷³ gibi farklı sözcüklerle de ifade edilmektedir. Bu terim yargı kararlarında, “mücbir kuvvet”, “tabii kuvvet”, “önüne geçilemeyecek hal ve vaziyet”, “fevkalâde hal” gibi değişik sözcüklerle de ifade edilmektedir³⁷⁴. Mevzuatta ise 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun çeşitli maddelerinde (252, 293, 478, 481. maddeler) “mücbir sebep”, “mücbir kuvvet”, “esbabı mücbire”, 2577 Sayılı İYUK md. 53 ve 1602 Sayılı AYİM Kanunu’nun 64. maddesinde “zorlayıcı sebepler” şeklinde ifade edilmektedir. Biz bu terimler arasında daha yaygın olması nedeniyle “mücbir sebep” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Öğretide mücbir sebep hakkında yapılan tanımların bir birine yakın olduğu görülmektedir. Bu tanımlardan bir kaçı şöyledir; “Mücbir sebep, yer sarsıntısı, feyezan, ihtilal gibi evvelden takdir ve tahmini kabil olmayan, menşei tabîî, içtimai veya hukuki olması itibariyle failin dışında kalan yani hakiki veya hükmi bir şahsın irade ve fiilinin tamamen dışında kalmış olan ve bu şahıs tarafından önlenmesi mümkün bulunmayan hadiselerdir”³⁷⁵, “...mücbir sebep, kaçınılması veya bertaraf edilmesi “objektif” olarak imkânsız bulunan bir olayı ifade eder”³⁷⁶, “Mücbir sebep, genel anlamda sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olay demektir”³⁷⁷, “İdarenin iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve karşı konulamayacak ağırlıktaki olaylardır”³⁷⁸, “Mücbir sebep, önceden görülemeyen, kestirilemeyen ve idarenin kamu hizmetini yürütmesine veya gereği gibi yürütmesine engel olan olaydır”³⁷⁹, “Mücbir sebep (zorlayıcı sebep) genel anlamda sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olay demektir”³⁸⁰.

³⁷² Yayla, İdare Hukuku, s. 370.; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 323.; Günday, s. 336.

³⁷³ Onar, Cilt: III, s. 1719.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 898.; Düren, s. 331.; Derbil, s.235.; Armağan, s. 249.

³⁷⁴ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, (Mücbir Sebep), s. 47.

³⁷⁵ Onar, Cilt: III, s. 1719.

³⁷⁶ Düren, s. 331.

³⁷⁷ Özgüldür, Tam Yargı, s. 141.

³⁷⁸ Gözler, s. 1222.

³⁷⁹ Candan, s. 183.

³⁸⁰ Özey, s. 773.

Danıştay'ın tanımı da benzerlik taşımaktadır. Danıştay mücbir sebebi şu şekilde tanımlamaktadır; “Mücbir sebep, yer sarsıntısı, feyezan, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibariyle failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylardır”³⁸¹.

Mücbir sebebin kabulü için öncelikle bir veya birden fazla olayın olması, bu olayın dıştan gelmesi yani idare ile hiçbir ilgisinin olmaması, idarenin bu olaydan kaçınması ve olayı önceden görebilmesinin imkânsız olması ve son olarak olay ile idarenin yürütmekte olduğu kamu hizmetinin imkânsızlaşması arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁸². Aşağıda az sonra açıklayacak olduğumuz şartları taşımak kaydıyla deprem, fırtına, hortum, heyelan, yıldırım düşmesi, sel baskını, aşırı kar yağışı, çığ düşmesi, dondurucu soğuklar gibi bazı doğa olayları ve afetler mücbir sebep teşkil etmekte ve idarenin kusursuz sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olmaktadır³⁸³.

Mücbir sebep sayılan olaylar genellikle doğa olayları olmasına karşın harp, ihtilâl, ayaklanma, ekonomik ambargo, olağanüstü durumların yol açtığı yağmacılık gibi insan ve toplum olayları ile devletçe konulmuş hukuki yasaklar da mücbir sebep sayılmaktadır³⁸⁴. Devalüasyon, döviz dar boğazı vb. ekonomik olayların mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği de tartışma konusudur. Danıştay, mücbir sebeplerle dışsatım süresinin uzatılabilmesi için geçerli bilgi ve belgelerle mücbir sebebin ispatlanması gerektiğine karar vermiştir³⁸⁵. Danıştay bir başka kararında, davacı firmanın Irak'la olan ihracat bağlantısının İran-Irak savaşı sonucunda Irak'ın içine düştüğü ekonomik kriz ve ödeme güçlüğü nedeniyle Irak tarafından feshedilmesi üzerine ihracat taahhüdünün yerine getirilememesinde firmanın bir kusuru bulunmadığına ve savaş halinin mücbir sebep olarak sayılması gerektiğine karar vermiştir³⁸⁶.

Yukarıda saydığımız afet ve doğa olaylarının mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için üç şartın bir arada olması gerekmektedir. Bunlar; “dışsallık”,

³⁸¹ D. 12. DD. 18.06.1975 tarih E. 1972/2721, K. 1975/1343 sayılı karardan aktaran Yayla, Mücbir Sebep, s. 47.

³⁸² Düren, s. 331.

³⁸³ Gözler, s. 1222.; Çağlayan, s. 181.

³⁸⁴ Esin, s. 237.

³⁸⁵ D. 12. DD. 17.03.1975 tarih E. 1974/1944, K. 1975/517 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 901.

³⁸⁶ D. 10. DD. 28.02.1985 tarih E. 1984/2602, K. 1985/241 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (20.11.2009).

“öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” şartlarıdır³⁸⁷. Mücbir sebebi oluşturan temel unsurlar öngörülemezlik ve önlenemezlik olup ayırıcı unsuru ise dışsallıktır. YAYLA’ya göre mücbir sebep denen olayın “kusursuzluk” gibi olumsuz bir unsurla tamamlanması zorunlu değildir. Çünkü bu unsur belli nitelikteki olayların objektif olarak ve önceden tanınmasına hiç imkân vermemektedir. Kaldı ki mücbir sebebi oluşturan asıl unsurlar yani öngörülemezlik ve önlenemezlik, karşılaşılan olayda gerçekten varsa artık kusur tartışmasının bir anlamı kalmamaktadır. “Gerçeklik” unsuruna gelince böyle bir unsurun varlığını ileri sürmek de doğru olmayacaktır. Çünkü mücbir sebepten söz edebilmek için her şeyden önce bir olayın varlığı şarttır. Önemli olan bu olayı “mücbir sebep” yapan unsurlardır. Yani gerçeklik, mücbir sebep teşkil eden olayı niteleyen, belirleyen veya benzerlerinden ayıran bir unsur değil bu olayın mantikî ön şartıdır³⁸⁸.

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için o olayın idarenin iradesinin dışında olması da gerekmektedir. Bu koşul sayesinde mücbir sebep, beklenmeyen halden ayrılmaktadır³⁸⁹. Mücbir sebep teşkil eden olay daima bir dış kuvvetin sonucudur. Görünüşte mücbir sebep teşkil eden olay, idarenin faaliyetinin içinden kaynaklanmışsa kaza veya umulmayan hal sayılacağından ve bu durum idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektireceğinden olayın dışsallığının tespiti önem arz etmektedir ve dışsallığın yeterince araştırılması gerekmektedir³⁹⁰.

Fransız Danıştay’ı yıkılan bir barajın yol açtığı zararlar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu bulunduğu karar vermiştir. Fransız Danıştay’ı yıkılma olayının toprak altındaki bir dış sebepten değil barajda şiddetli yağışlar nedeniyle toplanan suyun, baraj temelleri üzerinde yarattığı baskıdan ileri geldiğini yani yıkıma yol açan olayı barajın yarattığına bu yüzden dışsal değil içsel bir nedenle karşı karşıya bulunulduğuna karar vermiştir³⁹¹. Danıştay, karayolu yapım çalışmalarından kaynaklandığı iddia edilen heyelan sonucu köy tüzel kişiliğine ait caminin, eşyalarıyla birlikte kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle açılan davada ortaya çıkan

³⁸⁷ Yayla, Mücbir Sebep, s. 49.; Gözler, s. 1222.; Çağlayan, s. 181.

³⁸⁸ Yayla, Mücbir Sebep, s. 49. Aynı yöndeki görüş için bkz. Meltem Kutlu, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 1999, ss. 18-19.

³⁸⁹ Onar, Cilt: III, s. 1719.; Yayla, Mücbir Sebep, s. 59.; Gözler, s. 1222.; Özay, s.774.

³⁹⁰ Yayla, Mücbir Sebep, s. 57.; Çağlayan, s. 182.

³⁹¹ Yayla, Mücbir Sebep, s. 57. Davadaki kanun sözcüsü olayda zarara yol açan ilk sebebin yağışlar olduğu akla gelebilirse de barajın altında bu gibi durumlar için yapıldığına dikkat çekerek zararın dışsal olmadığına dair açıklamalar yapmıştır. Bkz. dn. 30.

maddi zararın davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklanmadığı ayrıca olay ile idarenin yürüttüğü hizmet arasında illiyet bağı olmadığından zararın kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca da karşılanması gerekmediğine karar vermiştir³⁹². Tarımsal nitelikli arazisinde davalı idarenin işlettiği barajdan çok fazla su bırakılması sonucunda yaşanan su baskını nedeniyle açılan davada Danıştay, “....Uğranıldığı belirtilen zarar, mücbir sebepten sayılması açık olan su taşkınları sonucu meydana gelmiştir. Kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında gerçek bir olay olan mücbir sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, zararlı idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında gelir.” şeklindeki gerekçeyle tazminat istemini reddetmiştir³⁹³.

AYİM, önüne gelen davalarda davacı asker kişilerin yıldırım düşmesi, şiddetli tipi, şiddetli yağmur gibi doğa olaylarından kaynaklanan dış etkenlerin tesiri ile zarara uğradıklarının anlaşıldığını belirterek idarenin tazminat ödemesine karar vermektedir. Açılan bu davalardan sadece birinde yağışlı havada elinde transistorlu radyo ile kışlada dolaşan erin üzerine yıldırım düşmesi sonucu ölümü olayında zararın “mücbir sebepten” kaynaklandığını belirterek tazminat isteminin reddine karar vermiş diğer davalarda ise idarenin sorumluluğunu kabul ederek tazminata hükmetmiştir³⁹⁴. Jandarma sınır karakoluna çığ düşmesi nedeniyle ölen askerin yakınları tarafından açılan tazminat davasında davalı idarenin mücbir sebep itirazını AYİM şu gerekçelerle reddetmiştir; “.....Gerçekten askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamından soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası, Türk Devletinin sınırlarının bölücü teröristlerden korunması maksadıyla sınır karakolunda görevlendirilen desteğin, bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her halükârda askeri görevin sebep ve etkisi bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak da idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, öğretide bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararları gözetilerek ve idarenin

³⁹² D. 10. DD. 11.04.2001 tarih E. 1999/1087, K. 2001/1322 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, s. 808.

³⁹³ D. 10. DD. 18.11.1999 tarih E. 1999/1138, K. 1999/6177 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, ss. 809-810.

³⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgüldür, Tam Yargı, ss. 324-326.

yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır”³⁹⁵.

Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için gerekli olan ikinci şart söz konusu olayın “öngörülemez” nitelikte bir olay olmasıdır³⁹⁶. Bu unsurun içtihatlarda “sezilemezlik” terimiyle de ifade edildiği görülmektedir. Sezilemezlik, objektif ölçü ve standartlardan çok ispatı güç ve sübjektif yetenekleri akla getirdiği ve idarenin bilimsel ve teknolojik gelişmeleri dikkate almaz görünmesine yol açtığı için yetersiz ve bulanık bir içeriğe sahiptir³⁹⁷.

Öngörülemezlik, mücbir sebep olup olmadığı tartışılan olayın meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi, tahmin edilse bile olayın sonuçlarının baştan tahmin edilmeyecek etkinlikte olması demektir³⁹⁸. Öngörülemez nitelikteki deprem, heyelan, sel, fırtına, kuraklık gibi olaylar mücbir sebepler arasındadır. Yine öngörülmesi mümkün olmayan suikast, sabotaj ve savaş çıkması gibi durumlar da mücbir sebeplerdendir. Ancak daha önce gerçekleşeceği tahmin edilebilen olaylar mücbir sebep sayılamaz³⁹⁹. Örneğin meteoroloji tarafından öngörülmüş şaganak yağmur, şiddetli kar yağışı, şiddetli tipi gibi doğa olayları mücbir sebep sayılamaz. Buna karşın mücbir sebep ne kadar ağır olursa olsun, ortaya çıkan zarar ne kadar büyük olursa olsun eğer söz konusu olay önceden tahmin edilebilir nitelikte ise bu olay artık mücbir sebep sayılamayacaktır. Bir olayın öngörülemez nitelikte olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre mahkeme tarafından belirlenecektir⁴⁰⁰. Ancak belirtmek gerekir ki gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idarenin elindeki istatistik, bilgi, veri, iletişim imkânları ve sahip olduğu uzman personeller sayesinde olaylardaki “öngörülemezlik” unsuru giderek daralmaktadır. Örneğin, idarenin elinde bulunan yağış istatistikleri gibi aynı olayın daha önce yer ve zamanı belirlenebilir

³⁹⁵ AYİM 2. Daire 14.04.1993 tarih E. 1993/6, K. 1993/147 sayılı karar.
http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2694&ctg=000002000030000001000010, (17.11.2009).

³⁹⁶ Onar, Cilt: III, s. 1719.; Yayla, Mücbir Sebep, s. 50.; Gözler, s. 1222.

³⁹⁷ Yayla, Mücbir Sebep, s. 50.

³⁹⁸ Yayla, Mücbir Sebep, s. 50.

³⁹⁹ Gözler, s. 1222.

⁴⁰⁰ Gözler, s. 1222.

şekilde görüldüğünü belirleyen kayıtlar var ise olayın öngörülmezliği sınırlanmaktadır⁴⁰¹.

Her doğa olayı mücbir sebep teşkil etmez. Bir olayın mücbir sebep olabilmesi için olayın sıklıkla karşılaşılan nitelikte bir olay olmaması, olayın kökeninde idarenin bir eyleminin olmaması gerekmektedir. Sık karşılaşılan olaylar idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran mücbir birer sebep değildir. Bir olay o yerde ve benzeri zamanlarda örneğin belli ay veya mevsimlerde daha önce gerçekleşmiş ise artık öngöremezliğinden bahsedilemez. Doğal olaylar olağan oldukları sürece idarenin sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olmaz. Olağan olaylar süre ve yoğunluk bakımından normal oldukları sürece mücbir sebep teşkil etmez. Örneğin yağmur yağışı normal düzeylerde olduğu sürece mücbir sebep teşkil etmez. Ancak olağandışı boyutlara ulaşacak olursa bu durumda mücbir sebep teşkil edecektir⁴⁰².

Nitekim Danıştay da bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediğini olayın süresi ve yoğunluğunu göz önüne alarak değerlendirmektedir. Örneğin, “.. o çevreye ait yağış rasatlarının uzunca bir zaman birimi içerisinde kaydetmediği yoğunlukta ve süreklilikte ...” olmayan yağışlar nedeniyle idarenin sorumluluğunun kalkmadığına karar vermiştir⁴⁰³. Danıştay; yağışların “.. geçen yılların aynı aylarına oranla çok fazla”⁴⁰⁴ olmasını, zararın “.. bölgeye 100-5000 yılda bir yağan anormal yağışlar...”⁴⁰⁵ nedeniyle meydana gelmesini mücbir sebebin tespitinde ölçü olarak almıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bilim ve teknolojik ilerlemeler karşısında doğa olaylarının öngörülmezliği giderek azalacaktır⁴⁰⁶.

Olayın meydana gelmesinde eğer idarenin bir eylemi etkili olmuş ise bu durumda artık o olay mücbir sebep olarak nitelendirilemez. Bazı zararlı sonuçlara ilk bakıldığında doğal bir olayın zarara neden olduğu sanılabilir. Ancak kökeni araştırıldığında zararın meydana gelmesinde idarenin bir eyleminin etkili olduğu görülebilir. Burada sanki sorumlu adayı ile zarar arasına illiyet bağıını kesen mücbir bir sebep girmiş gibi görünse de aslında mücbir sebep olabilecek bir olay ile zarar

⁴⁰¹ Yayla, Mücbir Sebep, ss. 53-54.

⁴⁰² Yayla, Mücbir Sebep, s. 53.

⁴⁰³ D.12. DD. 20.11.1968 tarih E. 1968/774, K.1968/2153 sayılı karardan aktaran Esin, s. 240.

⁴⁰⁴ D. 12. DD. 01.04.1972 tarih E.1969/2033, K. 72/1013 sayılı karardan aktaran Esin, s. 241.

⁴⁰⁵ D. 12. DD. 21.02.1968 tarih E.1967/1054, K.1968/353 sayılı karardan aktaran Esin, s. 239.

⁴⁰⁶ Yayla, Mücbir Sebep, s. 54.

arasına illiyet bağıını kesen idari bir eylem girmektedir⁴⁰⁷. Nitekim Danıştay, çay mecrasının genişletilmesi ve tanzimi nedeniyle meydana gelen erozyonun sebep olduğu zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutmuştur. Çünkü erozyon idarenin faaliyeti sonucu olarak gerçekleşmiştir⁴⁰⁸.

Burada dikkat çekmek istediğimiz bir başka husus da şudur ki mücbir sebep niteliğinde olan depremin neden olduğu özel ve olağandışı zararların meydana gelmesine veya uğranılan zarar miktarının artışına, deprem öncesinde idarenin işlevlerini yerine getirmesi sırasındaki hizmet kusuru olarak nitelendirilebilecek bazı işlem ve eylemleri neden olmuş ise bu durumda idare, zararın tazmininde kusuru oranında sorumlu olabilecektir. İdarenin hizmet kusurunun bulunması halinde deprem artık mücbir sebep olarak değerlendirilemez. Esasen deprem öngörülemeyen ve önlenemeyen bir doğa olayı bir mücbir sebep olarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir olay olsa da zarar görenin uğradığı zararın ağırlığını sadece deprem oluşturmamış veya doğan zararın artışına aynı zamanda idarenin kusurlu eylemi de neden olmuş ise bu durumda idarenin hizmet kusuruna dayanılabilir. Çünkü idare sahip olduğu görev ve sorumluluklarını yerine getirmiş olsa idi uğranılan zararın miktarı, boyutu bu derece fazla olmayabilecekti⁴⁰⁹. Nitekim DİDDGK. 17.01.1997 tarih ve E. 1995/752, K. 1997/57 sayılı kararında, deprem mücbir bir sebep olarak kabul edilmemiş birinci derece deprem bölgesi olan ilde gerekli teknik inceleme ve araştırma yapılmadan lojman binası alınması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğuna karar verilerek idare tazminat ödemeye mahkum edilmiştir⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Yayla, Mücbir Sebep, s. 54.

⁴⁰⁸ D. 12. DD. 12.01.1970 tarih E. 1968/289, K.1970/27 sayılı karardan aktaran Esin, s. 94.

⁴⁰⁹ Kutlu, s. 20.

⁴¹⁰ DİDDGK. 17.01.1997 tarih E. 1995/752, K. 1997/57 sayılı karardan aktaran Kutlu, s. 20. dn. 15. Karara konu olayda birinci derece deprem bölgesi olan ilde lojman olarak kullanılan binanın depremde yıkılması sonucunda ev eşyaları ve arabası enkaz altında kalan kişinin idari yargıda açtığı tam yargı davasında; yerel idare mahkemesi birinci derecede deprem bölgesi olan ilde lojman olarak kullanılacak binanın teknik şartları taşıyıp taşımadığının araştırılmadan satın alınması nedeniyle olayda idarenin hem hizmet kusuru olduğuna hem de hasar kuramına göre kusursuz sorumlu olduğuna karar vererek idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Yazar DİDDGK kararında idarenin hizmet kusuruna dayanılarak tazminata hükmedilmesini yerinde bulmaktadır. Ancak yerel idare mahkemesinin kararında olay nedeniyle hem idarenin hizmet kusuruna ve hem de idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanarak tazminata hükmedilmesini çelişkili bularak eleştirmektedir. Yazara göre doğal bir olay olan deprem mücbir sebep teşkil ettiğinden depremin neden olduğu zararlardan idare sorumlu tutulamaz ancak dava konusu olayda hizmet kusuru bulunması nedeniyle idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir. Yerel idare mahkemesinin idareyi tazminat ödemeye mahkûm etmesi her ne kadar yerinde bir karar olsa da aynı olay nedeniyle idarenin hem kusurlu ve

Mücbir sebebin bir diğer şartı “karşı konulamazlık”⁴¹¹ başka bir ifade ile “önlenemezlik”⁴¹². Aynı terimi ifade etmek için “kaçınılmazlık” ifadesi de kullanılmaktadır⁴¹³. Mücbir sebep halinde idare, ortaya çıkan zararları önlemeyi ne kadar isterse istesin bu amaçla hangi tedbirleri alırsa alsın önleyemez. Eğer önleyebiliyorsa zaten ortada zorunlu neden hali olmayacaktır. Bu nedenle şartı ifade etmek için her iki tabiri de kapsayacağını düşündüğümüzden “karşı konulamazlık” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Bir olayın “karşı konulamaz” olarak değerlendirilebilmesi için bu olayın olağanüstü şiddet ve yoğunlukta bir olay olması gerekmektedir. Kiracı olarak bulunduğu dükkânda fotoğrafçılık yapan ve fotoğraf malzemesi satan bir kişinin meydana gelen şaganak yağmur ve sel felaketi sırasında dükkânının sel suları altında kalması nedeniyle açtığı davada Danıştay; “...mahkemelerin ara kararlarına verilen yanıtlardan, meydana gelen yağışların normalin çok üstünde afet derecesinde olduğu, dükkânın bulunduğu bölgede, taşıma kapasitesi ve hizmet verdiği nüfus itibarıyla 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” gerekçesi ile tazminat talebini reddetmiştir⁴¹⁴.

Bir doğa olayı öngörülemez nitelikte olsa dahi olağanüstü ağırlıkta değilse ve olaya dayanılması mümkün ise bu durumda söz konusu olay artık mücbir sebep olarak değerlendirilemez. Örneğin kanalın kıyısına kum çuvalı yığmakla engellenebilecek küçük veya orta şiddetli bir sel basını kendisine karşı konulabileceği için mücbir sebep olarak değerlendirilemez. Yine küçük çaplı bir

hem de kusursuz sorumluluğuna dayanılması hukuka aykırı olup çelişiktir. Öğretide Gözler de birinci derece deprem bölgesi olan bir yerde depremin öngörülebilir bir olay olması nedeniyle artık mücbir bir sebep olarak kabul edilemeyeceğini belirterek DİDDGK kararını isabetli bulmaktadır. Gözler, s. 1127.

⁴¹¹ Gözler, s. 1223.

⁴¹² Yayla, Mücbir Sebep, s. 55.; Çağlayan, s. 186.

⁴¹³ Yayla’ya göre önlenemezlik terimi olayın meydana gelmesini veya zarar vermesini olumlu şekilde (örneğin, kanal, baraj, set yaparak) engelleyecek önlemler almak kadar zararı azaltacak veya ortadan kaldıracak olumsuz önlemleri (örneğin, geçişi sınırlamak, yasaklamak, binayı boşaltmak gibi) almak anlamına gelen kaçınabilme ile birlikte anlamak gerekir. Önlenemezlik terimi hem olayı hem de zararlı sonucu kapsayabildiği buna karşılık kaçınılmazlık terimi sadece sonucu akla getirdiği ve bu yüzden idarenin teknik düzeyine ve gücüne pek uygun düşmediği için önlenemezlik terimini kullanmak daha uygundur. Yayla, Mücbir Sebep, s.55.

⁴¹⁴ D. 8. DD. 01.03.1993 tarih E. 1992/988, K. 1993/1048 sayılı karar. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (18.11.2009).

deprem veya fırtına gibi doğa olayları da bu olayların gerçekleşmesi her ne kadar engellenemiyor ise de yarattıkları zararlı sonuçların önüne geçmek idarenin alacağı bazı önlemlerle mümkün olduğundan mücbir sebep olarak görülemezler. Çünkü öngörülmemiş basit güçlükler idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Sorumluluğun kalkması için bu olayların aşılması imkânsız güçlükler niteliğinde olması gerekir⁴¹⁵. Mücbir sebepler insan gücünün ve insanların elindeki araçlarla karşı koyamayacağı türden olaylardır ve çoğu zaman doğadan kaynaklanmaktadır⁴¹⁶. Bu tür olayları önlemek idarenin elinde değildir ve hiçbir zaman da idarenin elinde olamayacaktır⁴¹⁷.

Bu olayların önlenmesi her ne kadar idarenin elinde olmasa da zamanla kaydedilen bilimsel ve teknolojik gelişmeler sayesinde idarenin imkânları arttığından idare artık bazı doğa olaylarını önceden öngörebilmektedir. Bunun yanı sıra bir doğa olayının daha önce aynı yerde gerçekleşmiş olması bir benzerinin de yaşanabileceği ihtimalini beraberinde getirdiğinden aynı olayın yaşanması ihtimaline karşı çağdaş idare anlayışı gereği bilimsel, teknolojik ve maddi imkânların kullanılması ve bu olayların daha fazla zarar vermemesi için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur⁴¹⁸.

İşte bu yüzden “karşı konulamazlık” şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için idari faaliyet yerinin seçimi, gerekli uyarı ve düzenlemelerin yapılması, idari faaliyetin yürütülmesi sırasında idarenin etkin tesis, araç ve gerecinin bilimsel ve teknolojik imkânlar doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığı önem arz etmektedir. Tedbirli ve öngörülü bir idareden beklenen özenin gösterilmesine karşın öngörülemeyen doğal olayın yaratacağı zarardan kısmen veya tamamen kaçınma olanağının bulunduğu hallerde idarenin zarardan kaçınmak için gerekeni yapmaması halinde idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır. İdare faaliyet yerini ve kuracağı tesislerin yerini belirlerken özellikle doğa olaylarını dikkate almak zorundadır. Örneğin heyelan bölgesinden ve dere yatağına yakın bir yerden karayolunu geçirmişse bu yolun heyelan sebebiyle çökmesinden sorumlu tutulacaktır. Çünkü tesisi kaçınılması gereken bir yerde yapmıştır. Karşı konulamazlık kavramı zararın ortadan kaldırılması ya da en aza indirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını da

⁴¹⁵ Gözler, s. 1224.

⁴¹⁶ Esin, s. 135.

⁴¹⁷ Derbil, s. 236.

⁴¹⁸ Çağlayan, s. 186.

içine almaktadır. İdare kamu hizmetini yürütürken idare edilenlerin zarara uğramamaları için gerekli uyarı ve düzenlemeleri yapmalı ve gerekli önlemleri almalıdır⁴¹⁹.

İdarenin alacağı önlemler ve yürüteceği koruyucu hizmetlerin başında afete maruz kalabilecek yerlerin belirlenmesi gelmektedir. Deprem, heyelan kaya düşmesi, çığ gibi doğal afetlerin gerçekleşebileceği yerler Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın örgütlenmesi ve görevlerini düzenleyen 180 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11/d maddesi gereğince Afet İşleri Genel Müdürlüğü tarafından belirlendikten sonra 7269 Sayılı “Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un” 2. maddesine göre Bakanlar Kurulunca karara bağlanarak valiliklerce afet bölgelerinin halka duyurulması gerekmektedir⁴²⁰.

İdarenin tesis, araç ve gereçlerinin etkinliği ve uygun tedbirlerin alınıp alınmadığı konusunda yargı yerleri Anayasa'da yer alan ve “Devletin sorumluluğunun iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ile sınırlı” olduğu hükmüne istinaden idarenin mali imkânlarını dikkate alarak karar vermektedir⁴²¹. Alınacak tedbirler konusunda idarenin standardını abartmak Devletin mali ve teknik imkânlarını aşan yükümlülükleri kamuya yüklemek demek anlamına gelecektir. Bu sebeple Danıştay da idarenin doğa olayları karşısında alması gereken tedbirleri değerlendirirken devletin ekonomik ve mali yükünü göz önünde tutmaktadır⁴²².

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için yukarıda saydığımız üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir olay ne kadar ağır olursa olsun öngörülebilir nitelikteyse bu olay mücbir sebep teşkil etmez. Bir olay ne kadar öngörülemez nitelikte olursa olsun dayanılmaz nitelikte yani olağanüstü şiddette değilse mücbir sebep olarak değerlendirilemez⁴²³. Deprem, heyelan, sel, çığ düşmesi, fırtına gibi doğal afetler her zaman mücbir sebep olarak değerlendirilemez. Dolayısı ile bu olayların yaşanması daima idarenin kusursuz sorumluluğunu

⁴¹⁹ Yayla, Mücbir Sebep, ss. 55-57.; Kutlu, ss. 21-22.; Çağlayan, ss. 186-191.

⁴²⁰ İdarenin afet öncesinde; afet tehlikesinin belirlenmesi, afeti önlemeye yönelik yerleşme ve yapılaşmanın sağlanması gibi faaliyetleri ile afet sırasında ve sonrasındaki görevleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Agah Adak, “Afet Tehlikesi ve Olgusu Karşısında İdarenin Konumu ve Görevleri”, **Prof. Dr. Seyfullah Ediz'e Armağan**, (Ed. Zafer Gören), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 181-186. Deprem öncesi imar uygulamaları ile idarenin sorumluluğu ve depremden sonra yürütülecek hizmetler ile idarenin sorumluluğu hakkındaki ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kutlu, ss. 22-26.

⁴²¹ Yayla, Mücbir Sebep, ss. 56-57.; Çağlayan, s. 190.

⁴²² Yayla, İdare Hukuku, s. 148.

⁴²³ Gözler, s. 1225.; Çağlayan, s. 191.

kaldırmamaktadır. Daha önce gerçekleşmiş ve sonra da gerçekleşmesi öngörülebilir bir olay varsa idarenin gerekli tedbirleri almaması halinde idare bu zararları tazminle yükümlüdür⁴²⁴.

Mücbir sebebin varlığı halinde idarenin hem kusurlu sorumluluğu ve hem de kusursuz sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaktadır. Bunun sebebi, mücbir sebebin idarenin dışındaki bir sebepten kaynaklanmasıdır. Zarara neden olan idarenin bir işlem ve eylemi değil idare ile ilgisi bulunmayan doğa olaylarıdır. İdarenin bir işlem veya eylemi olsa bile mücbir sebep, zarar ile aralarındaki illiyet bağına kesmiş olduğundan idarenin sorumluluğuna gidilemez. Ancak, idare hukukunda kusursuz sorumluluk hallerinin geliştiği sosyal risk, hakkaniyet gibi “ekonomik ve sosyal adalet” ilkelerine dayalı sorumluluk teorilerinin idarenin mücbir sebep sorumsuzluğunu bile zorladığı görülmektedir⁴²⁵. Mücbir sebepler idarenin sorumluluğunu her ne kadar ortadan kaldırmakta ise de Devlet, siyasi etki ve baskılar nedeniyle çıkardığı çeşitli kanunlarla bu olaylardan zarar görmüş kişilere yardım etmekte ve zararlarını karşılamaktadır⁴²⁶.

Mücbir sebebin olması durumunda kural olarak idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalksa dahi bazı durumlarda idarenin sorumluluğu kısmen de olsa devam etmektedir. Yani zararın meydana gelmesinde veya bu zararın ağırlaşmasında idarenin kusurlu bir davranışı da etkili olmuş ise mücbir sebebin varlığına karşın idarenin sorumluluğu tamamen kalkmayıp kısmen kalkmaktadır. Örneğin mücbir sebep sayılan bir sel felaketinin yol açtığı zararlar, yağmur sularının tahliyesi için yapılmış olan bayındırlık eserlerinin yetersizliği veya bakımsızlığı nedeniyle ağırlaşmış ise bu durumda idarenin sorumluluğu kısmen ortadan kalkacaktır⁴²⁷. Yine öngörme veya öngörebilme eğer idare için zararı önleme ya da en azından zarardan kısmen veya tamamen kaçınabilme olanağı yaratıyorsa bu durum idarenin kusuruna yol açacaktır. İlk bakışta mücbir neden gibi görünen olaylarda, idarenin sorumluluğunu daha çok idarenin önlenemezlik veya kaçınılmazlık unsuru ilgilendirmektedir. Fransız Danıştay’ı önüne gelen bir davada zararın mücbir sebep

⁴²⁴ Gözler, s. 1225.; Çağlayan, s. 191.

⁴²⁵ Sait Güran, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, (Tazminat Miktarı), s. 167.

⁴²⁶ Yayla’ya göre bu uygulama, Anayasa’nın sosyal hukuk devleti ilkesine uygun olduğu gibi yardımlar genellikle kanunlara dayandığı için zarar görenlere yardım etmek idare için aynı zamanda bir görevdir. Yayla, İdare Hukuku, ss. 149-150.

⁴²⁷ Gözler, s. 1226.; Çağlayan, ss. 191-192.

dışında idare tarafından ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığını araştırmış ve zararın “münhasıran” mücbir sebepten kaynaklandığını tespit edince zararlardan idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Fransız Danıştay’ı zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru göz önüne almıştır⁴²⁸.

B . Beklenmeyen Hâl

İdarenin, kamu hizmetini yürüttüğü sırada birden bire ortaya çıkan, idarece öngörülemeyen ancak bilinmiş olsa idi önlenebilecek nitelikte bir takım olaylar meydana gelebilir ki bu durum “beklenmeyen hâl” terimi ile ifade edilmektedir⁴²⁹. Beklenmeyen hâl terimi, bilinmeyen bir nedenden doğan zararlı olayı anlatır. Fransızca karşılığı olan “cas fortuit” ve Latince karşılığı olan “casus minore” terimleri bu dillerde “rastgele olay” anlamına gelmektedir. Türk İdare Hukuku’nda “umulmaz hal”, “umulmazlık” ve “fevkalâde hal” terimleri ile ifade edilmekte iken mevzuatımızda; “kaza”, “kazara”, “kazaen”, “arıza”, “nagihani hadise”, “her hangi bir suretle” gibi değişik sözcüklerle ifade edilmektedir⁴³⁰. Biz bu terimler içerisinde “beklenmeyen hâl” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Mücbir sebepler ile beklenmeyen hâller birbirine benzemektedir. Her ikisi de idarenin iradesi dışında, önceden kestirilemeyen, önlenmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkar. İdare hukuku açısından mücbir sebepler ile beklenmeyen hâller arasında ayırım yapılması idarenin kusursuz sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır⁴³¹. Bir olayın “beklenmeyen hâl” olarak nitelendirilebilmesi için o olayın “içsellik”, “öngörülmezlik” ve “önlenemezlik” şartlarını taşıması gerekmektedir⁴³². Bunların neyi ifade ettiğini aşağıda açıklamaya çalışacağız.

Bir olayın beklenmeyen hâl olarak nitelendirilebilmesi için o olayın idarenin faaliyetlerinin içinde cereyan etmesi gerekmektedir. Mücbir sebeplerde olay idarenin dışında oluşmakta iken beklenmeyen hâlde olay idarenin eylemi içinde oluşmakta ancak bilinmeyen bir sebeple ortaya çıkmaktadır. Örneğin, uçuş sırasında uçağın

⁴²⁸ Yayla, Mücbir Sebep, s. 54. dn. 24.

⁴²⁹ Yayla, İdare Hukuku, s. 370.

⁴³⁰ Esin, s. 134.

⁴³¹ Onar, Cilt: III, ss 1719-1720.; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 324.

⁴³² Gözler, s. 1229.

motoruna kuş girmesi, iskeleye bağlı hücumbotun bilinmeyen bir sebeple patlaması, bir fabrikada kazanın bilinmeyen sebeple patlaması, bir kömür madeninde grizu patlaması meydana gelmesi, bir işletmede elektrik kontağından yangın çıkması gibi olaylar diğer iki şartı da taşıması kaydıyla umulmayan hâle örnek teşkil eder⁴³³. Burada zarara neden olan olaylar, idarenin faaliyetleri içerisinde meydana gelmekte fakat bilinmeyen sebeplerle ortaya çıkmaktadırlar. Beklenmeyen hâlin, ayırıcı bu şartına “içsellik şartı” denilmektedir. Mücbir sebep ile beklenmeyen hâlin ortak şartları “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” şartları iken aralarındaki farklılık “içsellik” şartıdır⁴³⁴. Bu ayırım idarenin sorumluluğunun kalkıp kalkmayacağı noktasında önem taşımaktadır. Mücbir sebepte, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkmakta iken beklenmeyen hâlde zarara neden olay, idarenin faaliyeti içerisinde gerçekleştiğinden, idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir⁴³⁵.

Mücbir sebepler ve beklenmeyen hâllerin her ikisi de kusuru ve idarenin kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmektedir. Çünkü her ikisinin de önlenemez ve karşı konulamaz oluşu ortaya çıkan zararların idareye izafe edilmesine imkân tanımamaktadır. Kusursuz sorumlulukta ise durum farklıdır. Mücbir sebepler ile yürütülen kamu hizmeti arasında bir ilişki olmadığından zarar ile idarenin faaliyeti arasında bir nedensellik bağı kurulamadığından idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemez. Buna karşılık beklenmeyen hâllerde olayın ilk ve gerçek nedeni bilinemediği için nedensellik bağının var olup olmadığını kesin olarak saptayabilmek mümkün değildir. Kaldı ki idare bu bağın yokluğunu ispatlama imkânından da yoksundur. Beklenmeyen hâller ile yürütülen kamu hizmeti arasında görünürde bir ilişki bulunduğundan bunun yol açtığı zararlardan idare sorumlu tutulmaktadır. Sonuç olarak mücbir sebeplerle idarenin hem kusuru dayanan hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkmakta iken beklenmeyen hâllerde, idarenin yalnızca kusurlu sorumluluğu ortadan kalkmakta, kusursuz sorumluluğu ise devam etmektedir⁴³⁶. Danıştay, beklenmeyen hal sayılabilecek olaylarda, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanarak tazminata hükmetmekle birlikte kararlarında ne

⁴³³ Yayla, İdare Hukuku, s. 370.; Gözler, s. 1229.; Candan, s. 184.

⁴³⁴ Özey, s. 774.; Gözler, s. 1229.; Çağlayan, s. 195.

⁴³⁵ Onar, Cilt: III, s. 1720.; Esin, s. 135.; Armağan, s. 263.

⁴³⁶ Onar, Cilt: III, s. 1720.; Esin, s. 136.

beklenmeyen hâl terimine ne de olaya uygulanması gereken sorumluluk sebebine yer vermektedir⁴³⁷.

Bir olayın beklenmeyen hâl olarak değerlendirilebilmesi için ayrıca söz konusu olayın “öngörülemez” bir olay olması da gerekmektedir. Bu şart bakımından mücbir sebepler ile beklenmeyen hâller arasında bir fark yoktur. Mücbir sebeplerin “öngörülemez” olması hakkında yaptığımız açıklamalara atıfta bulunarak kısaca aşağıdaki açıklamaları yapmak istiyoruz.

Beklenmeyen hallere örnek olarak idarenin kullandığı hizmet aracının lastiğinin patlaması, bir barajın patlaması, idarenin aracının kaza yapması, idareye ait bir gemide yangın çıkması, bir cephaneliğin patlaması gibi olayların gerçekleşebileceği idare tarafından tahmin edilebiliyorsa “öngörülemezlik” şartı gerçekleşmemiş demektir. İdare, kullandığı hizmet aracının eskimiş lastiğinin bir kazaya neden olabileceğini veya uygun olmayan zeminde ve tekniğe aykırı olarak inşa ettiği barajın bu sebeple patlayabileceğini öngörebilmekte ise söz konusu olayların gerçekleşmesi beklenmeyen hâl olarak değerlendirilemeyecektir. Beklenmeyen hâllerde zarara neden olan sebebin ne olduğu bilinmez. Beklenmeyen hâli en iyi yansıtan örnek idarenin kusuru olmadan meydana gelen teknik arızadır. Beklenmeyen hâl olarak değerlendirilebilecek bir olay gerçekleştiğinde öncelikle bu olayın sebebi araştırılır. Kazanın sebebi bulunduğu anda artık ortada beklenmeyen hâl yoktur. Beklenmeyen hâllerde kazanın sebebi bilinemediğinden nedensellik bağının da kesildiği ispat edilememekte ve idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmektedir⁴³⁸. Örneğin, idarenin hizmet aracının lastiğinin patlayarak zarara yol açması olayı lastiğin eski ve kullanıma uygun olmamasından kaynaklanmış, barajın patlaması olayı uygun olmayan bir zeminde ve tekniğe aykırı inşa edilmesi nedeniyle gerçekleşmiş ise söz konusu olaylarda idarenin hizmet kusuru var demektir. Ancak yeni olan lastik kontrolleri ve bakımı yapıldığı halde bilinmeyen bir sebeple patlamışsa veya baraj uygun bir zeminde ve tekniğe uygun yapıldığı halde

⁴³⁷ Esin, s. 136. Esin, olayın niteliğine bakarak beklenmeyen hâle örnek teşkil eden Danıştay kararlarına örnek olarak “bilinmeyen bir nedenle bir cephaneliğin patlaması”, “bir helikopterin havada patlaması”, “iskelede duran hücum botunun patlaması”, “uçuş sırasında bir uçağın motoruna kuş girmesi nedeniyle düşmesi”, “lokomotiftan ateş düşmesi nedeniyle yangın çıkması” olaylarını göstermektedir.

⁴³⁸ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 324.; Özay, s. 774.; Gözler, s. 1230.; Çağlayan, s. 195.

bilinmeyen bir sebeple patlamış ve ortada idarenin kusuru olmadığı halde zarara yol açmış ise o zaman beklenmeyen hâlin varlığını kabul etmek gerekir.

Bir olayın beklenmeyen hâl olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart söz konusu olayın “karşı konulamaz” nitelikte bir olay olmasıdır. Karşı konulamazlık şartı bakımından mücbir sebepler ile beklenmeyen hâller arasında bir fark yoktur. Bu sebeple tekrara kaçmamak için mücbir sebeplerin “karşı konulamaz” olmaları hakkında yaptığımız açıklamalara atıfta bulunarak kısaca aşağıdaki açıklamaları yapmak istiyoruz.

Gerekli tedbirlerin alınması halinde önlenebilecek nitelikteki olaylar beklenmeyen hâl olarak nitelendirilemez. Çünkü gerekli tedbirler alınmış, bakım ve kontroller yapılmış olsaydı kazanın meydana gelmesi engellenmiş olacaktı. Bu gibi durumlarda idarenin kusurlu sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bir olayın beklenmeyen hâl olarak nitelendirilebilmesi için idarenin gerekli tüm tedbirler almasına rağmen olayın ortaya çıkması ve engellenememiş olması gerekmektedir. Gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması, rutin bakım ve kontrollerin yapılması kazaların azalmasını sağlamakla birlikte tamamen kazaları ortadan kaldırmamakta ve her şeye rağmen bir takım kazalar meydana gelebilmektedir⁴³⁹. Bu gibi durumlarda meydana gelen kazalar bilinmeyen bir eksikliğin sonucu gibi değerlendirilir. Fransız Danıştay’ı kararlarında, “bilinmeyen bir sebepten kaynaklandığı” ifadesini kullanarak bu durumu izah etmektedir⁴⁴⁰. Fransız Hukukçusu Hauriou da beklenmeyen hâli, “nedeni belli olmayan kusur” olarak tanımlamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki beklenmeyen hâlleri bu gün için önlemek her ne kadar mümkün olmasa da teknolojik gelişmeler sayesinde gelecekte mümkün olabilecektir. Örneğin bir kömür madenindeki grizu patlaması, bugün için her ne kadar engellenemiyor ise de teknolojinin gelecekte daha da ilerlemesi sayesinde bulunan yeni teknikler ve alınacak tedbirlerle belki de tamamen engellenebilecektir⁴⁴¹.

Beklenmeyen hâllerde idareye izafe edilecek her hangi bir kusur bulunmadığından idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemiyorken idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Beklenmeyen hâller nedeniyle idarenin, risk sorumluluğu veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince sorumluluk halleri

⁴³⁹ Gözler, s. 1230.; Çağlayan, s. 195,

⁴⁴⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 181.

⁴⁴¹ Derbil, s. 236.

varsa bu durumda idare ortaya çıkan zararları tazmin etmek zorundadır. Çünkü beklenmeyen hâllerde olay idarenin faaliyetleri içerisinde gerçekleştiğinden zarara neden olan olay ile zarar arasında nedensellik bağı devam etmekte sadece kusur ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir⁴⁴².

C . Zarar Görenin Davranışı

Meydana gelen zararın, zarar gören kişinin davranışlarından kaynaklanmasına “zarar görenin davranışı”⁴⁴³ denir. Zarar görenin davranışları bazı durumlarda idarenin sorumluluğunun azalmasına veya ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Türk İdare Hukuku öğretisinde, “zararın doğrudan doğruya mağdurun fiilinden husule gelmesi”⁴⁴⁴, “zarara uğrayanın kusuru”⁴⁴⁵, “mağdurun kusuru”⁴⁴⁶, “zarara uğrayan kişinin kusuru”⁴⁴⁷ “zarar görmede kusur (zarar görenin müterafik kusuru)”⁴⁴⁸, “zararın, zarar görenin kendi eyleminden doğması”⁴⁴⁹ gibi başlıklar altında zarar görenin kusuruna vurgu yapılarak konunun incelendiği görülmektedir. Ancak idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması veya azalması için zarar görenin davranışlarının mutlaka kusurlu olması gerekmediğinden konunun “zarar görenin davranışı” ya da “zarar görenin fiili” başlığı altında incelenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle konuyu, “zarar görenin davranışı” başlığı altında incelemeyi tercih ediyoruz.

Zarar görenin davranışları, kusursuz olsa dahi zararlı sonucun doğmasına neden olmuş veya katkıda bulunmuşsa bu durumda idarenin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkacaktır. Zarar görenin küçük olmasının veya temyiz kudretinin bulunmamasının da bir önemi yoktur. Bu kişilerin davranışları da idarenin kusursuz sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olabilir⁴⁵⁰. Nitekim Danıştay 13 yaşında, akli dengesi bozuk, duyma ve konuşma yeteneği olmayan engelli bir

⁴⁴² Onar, Cilt: III, s. 1720.; Esin, s. 135.; Gözler, s. 1231.

⁴⁴³ Gözler, s. 1231.; Çağlayan, s. 196.

⁴⁴⁴ Onar, Cilt: III, s. 1721.

⁴⁴⁵ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 325.; Gözübüyük, Tan, Cilt: I, s. 902.; Armağan, s. 265.

⁴⁴⁶ Candan, s. 184.

⁴⁴⁷ Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 181.

⁴⁴⁸ Düren, s. 332.

⁴⁴⁹ Esin, s. 220.

⁴⁵⁰ Gözler, s. 1223.

çocuğun koşarak trenin altında kalıp ölmesi olayında, meydana gelen zararın çocuğun kusurlu hareketinden kaynaklandığını belirterek engelli çocuğun anne ve babasının gerekli bakım ve gözetimi göstermemesi nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁵¹.

Zarar görenin davranışlarının hangi durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldırdığına gelince zararın meydana gelmesine, zarar görenin salt kendi davranışı neden olmuş ise zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı kesilmiş olduğundan idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalacaktır⁴⁵². Örneğin kişinin intihar amacıyla kendini trenin önüne atması durumunda, zarara neden olan kişinin salt kendi davranışındır ki böyle bir durumda zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı kesilmiş olduğundan idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁴⁵³. Bunun dışında bazı hallerde zararın ortaya çıkmasına veya zararın artmasına idarenin eylemlerinin yanı sıra zarara uğrayanın kendi davranışları da katkıda bulunabilmektedir ki bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğu tamamen değil kısmen ortadan kalkmaktadır⁴⁵⁴.

Zarar görenin davranışları nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunun bütünüyle ortadan kalkması veya zarara uğrayanın müterafık (ortak) davranışı nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğun kısmen azalması için gerekli şartları aşağıda ele alacağız.

Zarara uğrayanın maruz kaldığı zarar, bu kişinin gayri meşru durumundan kaynaklanıyorsa meydana gelen zarara bu kişinin katlanması gerekmektedir. İdare bu tür zararları tazminle yükümlü değildir. Fransız Danıştay'ı, balıkçılık kurumundan izin almadan ırmakta balıkçılık yapan şirketin, ırmağın kirlenmesi sonucu uğradığı zararın, mahkûmların ayaklanmasına iştirak eden kişinin bu sırada uğradığı zararın mağdurun gayrimeşru davranışından kaynaklanması nedeniyle zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁵⁵.

Danıştay da zarara uğrayanın gayrimeşru durumu nedeniyle idarenin zarardan sorumlu olmadığına karar vermektedir. Örneğin; kaçak olarak bindiği yük treninden,

⁴⁵¹ D. 2. DD. 20.10.1980 tarih E. 1978/2465, K. 1980/4023 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 126.

⁴⁵² Onar, Cilt: III, s. 1721.; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 325.

⁴⁵³ Gözler, s. 1231.

⁴⁵⁴ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 81;

⁴⁵⁵ Çağlayan, s. 197.

tren hareket halindeyken atlayan davacının ayaklarının kesilip sakat kalması⁴⁵⁶, yasaya aykırı olarak yapılan evin barajın taşması nedeniyle yıkılması olaylarında uğranılan zararın tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁵⁷. Devlete ait ormanlık alan içerisinde bulunan krom madeni sahasında, Bakanlıktan gerekli izin almaksızın krom madeni çıkarılan ocağın idarece kapatılması olayında da yasaya göre alınması gereken iznin alınmamış olması nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁵⁸.

Danıştay, İmar Kanunu'na aykırı olarak inşa edilen ve yasal olarak yıktırılması gereken bir evin Kırıkkale Mühimmatsan A.Ş.'ye bağlı fabrikada meydana gelen patlama sonucu uğradığı zararın tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir. Kararda; “.. ilgililerin hukuka ve yasalara aykırı tutum ve davranışları sonucu doğan zararların idarece tazminine olanak bulunmadığı gibi belirtilen durum zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını keseceğinden idarenin hukuki sorumluluğundan ve dolayısıyla tazmin borcundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır.” şeklindeki gerekçelerle zarara uğrayanın gayri meşru durumu nedeniyle tazminat talebini reddetmiştir⁴⁵⁹.

Zarara uğrayan kişi giriştiği faaliyet sonucunda karşılaşılabileceği riskleri bilerek hareket etmiş ise meydana gelen zararlara katlanmak zorundadır. Fransız Danıştay'ı, yol üzerinde çığ düşebileceğine dair uyarı levhası olmasına rağmen o yörede gezinti yapan kişilerin bu riski üstlendiklerini kabul ederek idarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁶⁰. Danıştay da idarenin yaptırdığı hafriyat nedeniyle taş düşme tehlikesi olan yerde kaçak bina yapanın, kendi kusuru sonucu meydana gelen zarara katlanması gerektiğini belirterek idarenin zarardan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁶¹.

Zararın ortaya çıkmasında idarenin davranışlarının yanı sıra zarar görenin de davranışları etkili olmuş ise müterafik davranış var demektir⁴⁶². Zarar görenin

⁴⁵⁶ D. 12. DD. 13.01.1969 tarih E. 1967/1812, K. 1969/36 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 223-224.

⁴⁵⁷ D. 12. DD. 10.06.1973 tarih E. 1969/1983, K. 1973/1893 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 126.

⁴⁵⁸ D. 8. DD. 21.09.1984 tarih E. 1982/2256, K. 1984/1193 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 126.

⁴⁵⁹ D. 10. DD. 10.12.2001 tarih E. 2000/3233, K. 2001/4684 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 865.

⁴⁶⁰ Çağlayan, s. 199.

⁴⁶¹ D. 12. DD. 22.01.1971 tarih E. 1967/2299, K. 1970/125 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s. 127.

⁴⁶² Çağlayan, s. 199.

davranışları kusursuz olsa bile zararın ortaya çıkmasına neden olmuş veya zararın ağırlaşmasına katkıda bulunmuş ise bu durumda idarenin sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkacak ya da orantısız olarak azalacaktır⁴⁶³. Zarar görenin küçük olmasının veya temyiz kudretinin bulunmamasının da bir önemi yoktur. Bu kişilerin davranışları da idarenin kusursuz sorumluluğunun ortadan tamamen kalkmasına veya azalmasına neden olabilecektir⁴⁶⁴.

Zararın, zarar görenin salt kendi davranışlarından doğması halinde zararlı idari eylem arasında nedensellik bağı ortadan kalkmış olacağından idarenin tazminat sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki idarenin sorumluluğunun kalkması için zarar görenin davranışının zararın meydana gelmesinde esaslı bir rol oynaması ve zararlı idari davranış arasındaki nedensellik bağı tamamen ortadan kaldırması gerekir. Aksi takdirde zarar görenin davranışı idarenin sorumluluğunun tamamen değil kısmen ortadan kalkmasına yol açacaktır⁴⁶⁵. Danıştay zarara, zarar görenin sırf kendi davranışlarının neden olduğunu tespit etmesi halinde ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermektedir⁴⁶⁶. Ortada idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durum olsa dahi idarenin sorumlu olmadığına karar vermektedir⁴⁶⁷.

Örneğin; ekip amiri olarak görevli olup resmi aracı kullanmakla görevli şoför olmadığı halde aracı kullanan ve aşırı hızlı bir şekilde viraja girerek kendi kusuru ile yol açtığı kazada ölen kamu görevlisinin mirasçıları tarafından açılan tazminat davasında, kazanın davacıların murisinin KTK 84. maddede belirtilen, tali sürücü kusuru olan aşırı hızlı araç kullanması nedeniyle kendi kusurundan kaynaklandığı, kazanın meydana gelmesinde idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığını belirterek idarenin tazminle sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁶⁸. Fıtık ameliyatı olmak üzere hastaneye yatırılan ve ameliyat öncesinde su içmemesi gerektiği söylenen erin, hastane görevlilerinden gizli olarak çok miktarda su içip ameliyatta aspirasyon nedeniyle ölmesi olayında, su içerek kendisinin ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle

⁴⁶³ Gözübüyük, Tan, Cilt: I, ss. 902-903.; Gözler, s. 1233.; Özgüldür, Tam Yargı, s. 139.

⁴⁶⁴ Gözler, s. 1233.

⁴⁶⁵ Onar, Cilt: III, s. 1721.; Armağan, s. 265.

⁴⁶⁶ Çağlayan, s. 200.

⁴⁶⁷ Düren, s. 333.

⁴⁶⁸ D. 10. DD. 09.11.2001 tarih E. 1999/1684, K. 2001/1304 sayılı karardan aktaran Armağan, ss. 775-776.

zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁶⁹. Kaçak şüphesi üzerine el konulan makinelerin, 1918 Sayılı Yasa'nın 21. maddesine göre Gümrük İdaresince istenen teminatı yatırmak şartıyla davacıya teslimi mümkün iken bu teklife rağmen teminatı yatırmayan davacının, makinelerin idarece satımı nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁷⁰. Yüksek gerilimli elektrik direğinin yanında bulunan ve bir ucu elektrik direğine diğer ucu toprağa gömülü vaziyetteki elektrik teline temas sonucu meydana gelen ölüm olayında zararın ölenin kusuru sonucu oluşması nedeniyle zararlar kamu hizmeti arasında nedensellik bağının kalmadığına ve idarenin zararı tazminle sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁷¹. Füze Komutanlığı'nın bulunduğu alana gece, elinde bir poşetle girmek isterken nizamiyedeki nöbetçi askerlerce yapılan sözlü ve silahlı uyarılara rağmen durmayan kişinin (daha sonra anlaşılmıştır ki 76 yaşında olan bu kişi yaşlılığı nedeniyle bazen durgunluk ve unutkanlık yaşamakta, yolunu ve zamanı karıştırabilmektedir) öldürülmesi olayında yerel idare mahkemesi; "olayın meydana geliş zamanı, şekli ve öldürülen kişinin davranışları dikkate alındığında idare personelinin hizmet gereklerine, yasaya ve yönetmeliklere aykırı davranışlarından söz edilemeyeceği dolayısıyla ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmadığı diğer yandan olayın niteliği gereği idarenin kusursuz sorumluluk esaslarına göre de tazminle sorumlu tutulamayacağına" karar verilmiş ve karar Danıştay tarafından da onanmıştır⁴⁷².

Danıştay, kamu görevlilerinin kurallara uymaması, dikkatsizlik ve tedbirsizliği sonucunda meydana gelen kazalarda, kendilerinin zarar görmeleri durumunda bu zararlardan idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermektedir. Örneğin; bir çocuk yuvasında aşçı olarak görev yapmakta olan kişinin kendi dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu elini kıyma makinesine kaptırarak iki parmağının sakat kalması⁴⁷³ ve Türk Telekom A.Ş. Başmüdürlüğü'nde şoför olarak görev yapan kişinin idareye ait araçla seyir halinde iken kendisinin 6/8 karşı yönde gelmekte olan kamyon sürücüsünün ise 2/8 oranında kusurlu davranması nedeniyle meydana gelen

⁴⁶⁹ D. 12. DD. 22.12.1969 tarih E. 1968/626, K. 1969/2312 sayılı karardan aktaran Esin, ss. 524-525.

⁴⁷⁰ D. 12. DD. 15.09.1966 tarih E.1966/311, K. 1966/2519 sayılı karardan aktaran Karavelioğlu, s.127.

⁴⁷¹ D. 10. DD. 23.10.1995 tarih E. 1994/1139, K. 1995/4829 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (25.11.2009).

⁴⁷² D. 10. DD. 09.11.1999 tarih E. 1997/6014, K. 1999/5492 sayılı karardan aktaran Gözler, s. 1234.

⁴⁷³ D. 10. DD. 26.02.1998 tarih E. 1996/4007, K. 1998/905 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (26.11.2009).

kazada yaralanması⁴⁷⁴ olaylarında meydana gelen kazaların kamu görevlilerinin kendi dikkatsizliği ve tedbirsizliğinden kaynaklandığı belirtilerek idarenin zararları tazminle yükümlü tutulamayacağına karar vermiştir. GÖZLER, Danıştay'ın bu kararlarını eleştirmektedir. Yazara göre aşçının, elini kıyma makinesi kaptırması olayında ortada mesleki risk kapsamında değerlendirilebilecek tipik bir iş kazası vardır. Kaza her ne kadar personelin dikkatsizliği sonucu olmuş ise de bu durum kazanın niteliğini etkilememektedir ve kazada zarara uğrayanın kasıtlı bir hareketi yoktur. Kaza ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı kesilmemiştir. Kaza idarenin araç, gereçleri kullanılarak ve idarenin mekânında gerçekleşmiştir. Kazanın olmasında idarenin kusuru olmasa dahi mesleki risk ilkesi gereğince uğranılan zararın karşılanması gerekmektedir. Şoförün uğradığı kazanın da mesleki risk kapsamında değerlendirilerek aynı sebeplerle zararın idarece tazmini gerekmektedir⁴⁷⁵.

Zarar görenin davranışı nedeniyle idarenin sorumluluğunun kalmasına ilişkin AYİM kararlarına gelince AYİM, zarar tamamen zarar görenin kendi eylemi sonucu doğmuş ise bu durumda idarenin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağına karar vermektedir⁴⁷⁶. AYİM bu konuda önceleri sert ve katı bir çizgi içerisinde iken sonraları daha esnek bir tutum içerisine girmiştir. Yetkisi olmadığı halde askeri aracın direksiyonuna geçerek aracın devrilmesi sonucu ölen erin⁴⁷⁷, tahrip dersi verirken kendi dikkatsizliği nedeniyle meydana gelen patlamada sakatlanan subayın⁴⁷⁸, cephaneliğin kontrolü ile görevli olmasına rağmen kutuda açık bulunan fûnyeyi kurcalayıp fûnyenin patlamasına neden olan ve yaralanan erin uğradığı zararın⁴⁷⁹ bu kişilerin kendi eylemleri nedeniyle meydana geldiğini belirterek zararlardan idareyi sorumlu tutmazken daha sonraları bu içtihadını değiştirmiştir. AYİM, zarar görenin kendi eylemlerinin hangi şartlarda idarenin sorumluluğunun tamamen kaldıracağına ilişkin olarak şu kriteri getirmiştir:“....zarar görenin eylemi,

⁴⁷⁴ D. 10. DD. 09.11.199 tarih E. 1997/6080, K. 1999/5490 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (26.11.2009).

⁴⁷⁵ Gözler, ss. 1103-1236.

⁴⁷⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 181; Özgüldür, Tam Yargı, s. 319.

⁴⁷⁷ AYİM 2. Daire 12.07.1984 tarih E. 1984/134, K.1984/138 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 320.

⁴⁷⁸ AYİM 3. Daire 11.12.1975 tarih E. 1975/3631, K 1975/2257 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 319.

⁴⁷⁹ AYİM 2. Daire 21.01.1987 tarih E. 1987/10, K. 1987/16 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 320.

sadece zararın oluşumuna yardım eden ya da onun genişlemesi sonucunu doğuran bir nitelik taşıyorsa; bu durumda zarar görenin müterafik kusurundan söz edilebilir”, “...Şayet meydana gelen zarar, tamamen zarar görenin kendi eylemi sonucu doğmuşsa, bu durumda idarenin sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkmaktadır”⁴⁸⁰.

AYİM, içtihat değişikliği sonrasında, aracını yıkarken motoru durdurmamayan erin kendi dikkatsizliği sonucunda elini vantilatöre kaptırarak sakatlanması⁴⁸¹ ve elektrik operatörü olan astsubayın ayırıcıyı açmayı unutmaması nedeniyle elektriğe kapılarak ölmesi⁴⁸² olaylarında, ilgili kişilerin “müterafik” ya da “ağır müterafik” kusurlarını göz önüne almakla birlikte yine de bu durumun idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığına karar vermiştir.

Zarar görenin davranışının, nedensellik bağını tamamen kesmediği durumlarda bir başka ifade ile zarara idarenin davranışının yanı sıra zarar görenin de davranışlarının katkıda bulunması halinde idarenin sorumluluğu yoluna gidilmekte ancak tazminat miktarında zarar görenin kusuru oranında indirim yapılmaktadır⁴⁸³. Bu yola gidilebilmesi için daha önce de belirttiğimiz üzere zararlar idari eylem arasındaki nedensellik bağının kısmen kalkması gerekmektedir. Nedensellik bağının tamamen kalktığı durumlarda, idarenin kusursuz sorumluluğunun da tamamen ortadan kalktığını yukarıda açıklamıştık. Müterafik kusur nedeniyle indirime gidilebilmesi için zarar görenin, zararın meydana gelmesinde, çoğalmasında veya önlenemeyişinde kusurlu davranmış olması gerekmektedir⁴⁸⁴.

İdarenin neden olduğu zarar tehlikesinden, zarar görenin kaçınması veya daha az zararlar kurtulması mümkün olduğu halde zarar gören bunu yapmamış ve kendisini tehlikeye maruz bırakmış ise hükmedilecek tazminatta bir indirim yapılmalıdır⁴⁸⁵. İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir halin varlığı durumunda mahkeme, tazminat miktarını belirlerken zarar görenin kusurunu dikkate alarak karar vermekte ve kusurun tespitinde bilirkişiden de yararlanmaktadır⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ AYİM 2. Daire 21.01.1987 tarih E. 1987/10, K. 1987/16 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 320.

⁴⁸¹ AYİM 2. Daire 16.04.1987 tarih E. 1985/241, K. 1987/53 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 320.

⁴⁸² AYİM 2. Daire 06.11.1991 tarih E. 1990/485, K. 1991/371 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 320.

⁴⁸³ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 81.; Düren, s. 333.; Armağan, s. 265.

⁴⁸⁴ Özyay, s. 771.

⁴⁸⁵ Düren, s. 333.

⁴⁸⁶ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 325.

Danıştay, sahip olduğu taşınmazları üzerinde kavak ve ceviz ağaçları yetiştiren ve bu ağaçları yakınında bulunan akarsu ile sulamakta iken akarsu önünde idarece gölet inşaatına başlanarak suyun kesilmesi sonucunda ağaçların kuruması olayında davacının, kendi taşınmazına su temini için başvuruda bulunmaması ve yine zararın azaltılması veya giderilmesi yönünde her hangi bir çaba göstermeyerek zararın oluşmasına katkısı bulunması nedeniyle davacının bu davranışlarını müterafik kusur olarak kabul etmiştir⁴⁸⁷. Sekiz yaşında olan çocuklarının sulama kanalına düşerek boğulmak sureti ile ölmesi sonucu uğradıkları zararın, çocuğun yaşı itibarı ile denetim ve gözetimin anne, baba olan davacılara ait olduğundan kusur durumları göz önüne alınarak tazmin edilmesine karar vermiştir⁴⁸⁸. Davacıya ait atların, askeri yasak bölgeye girmesi sonucu vurularak öldürülmeleri nedeniyle açılan davada; yerel idare mahkemesi; askeri yasak bölgeye giren atları gerektiği gibi kollayıp gözetmeyen davacının kusurlu olduğuna, zararın zarar gören kişinin kendi eyleminden doğması ve zararda idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmaması nedeniyle davalı idarenin tazminatla yükümlü tutulamayacağına karar vermiştir. Kararı temyizen inceleyen Danıştay, dosyadaki bilgi ve belgelerden, "... davacının çocuğunun atları bu bölgeye girmesini önlemek için yakalamaya çalışmasına karşın başaramadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan, idarelerin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü oldukları kuralı ve hizmetin kusurlu işlememesi halinde dahi, kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelen zararın, zararlı idarenin eylemi sırasında illiyet bağı bulunması koşuluyla, tazmini gerekeceğine ilişkin, idare hukukunda yer alan objektif sorumluluk ilkesi dikkate alınarak dava konusu olayda tazminata hükmedilmesi" gerektiğine karar vermiştir⁴⁸⁹.

AYİM de zarar görenin davranışının, nedensellik bağına tamamen kesmediği ve zarar görenin müterafik kusurunun olması halinde idarenin sorumluluğu yoluna gitmekte ve zarar görenin kusuru oranında idarenin ödeyeceği tazminat miktarından indirim yapmaktadır. AYİM, askeri hizmetlerde müterafik kusurun ne şekilde belirleneceği konusunda esnek bir kriter öngörmektedir, AYİM'in bu konudaki

⁴⁸⁷ D. 10. DD. 26.03.1998 tarih E. 1996/4206, K. 1998/1298 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 843.

⁴⁸⁸ D. 10. DD. 15.03.2001 tarih E. 1998/6376, K. 2001/902 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 842.

⁴⁸⁹ D. 10. DD. 21.06.1989 tarih E. 1987/504, K. 1989/1410 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (29.11.2009).

kriterini şu şekilde özetlemek mümkündür; her emre aykırı hareket otomatik olarak bir müterafık kusura sebebiyet vermez, olayın cereyan şekli ve ilgilinin bu olay içindeki hareket tarzı resen dikkate alınarak, müterafık kusurun olup olmadığı takdir edilmelidir⁴⁹⁰.

Tehlikeli patlayıcı bir madde olan patlangacı, emir ve talimatlara aykırı olarak alıp oynayan ve fitilini ateşleyip söndürmek istemesine rağmen söndüremeyerek yaralanan kişinin açtığı davada AYİM; Silahlı Kuvvetler tarafından yerine getirilen bazı hizmetlerde, kullanılan silah, top, bomba gibi araç ve gereçlerin yapıları gereği tehlike arz ettiğini ve bunların yol açtığı zararların risk ilkesi gereğince idarece tazmin edilmesi gerektiğini belirterek davacının emir ve talimatlara aykırı nitelikteki söz konusu davranışının zarar ile idari eylem arasındaki illiyet bağıını kesmeyen, ancak müterafık kusur niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Ayrıca müterafık kusuru bulunan asker kişilerin uğradığı zararların şu gerekçelerle karşılanması gerektiğine hükmetmiştir; “.... Silahlı Kuvvetler Personeli ile ilgili tazminat davalarında, zarara uğrayanın müterafık kusuru genellikle, o kimsenin bir hizmet ya da disiplin emrine aykırı davranışı biçiminde ortaya çıkar. Zira Silahlı Kuvvetler de her şey bir emir konusudur. Her kusurlu davranış bir emre aykırı davranış biçimidir. Hal böyle olunca, bir emre aykırı hareket ettiği için müterafık kusuru kabul edilenlere tazminat verilmemesi, Silahlı Kuvvetler personelinden sadece hiç kusuru bulunmadan zarara uğrayanlara tazminat verilmesi emirlere aykırı davranışı sebebiyle en düşük derecede dahi olsa müterafık kusuru bulunan personele hiç tazminat verilememesi sonucunu doğurur ki böyle bir sonuç Anayasanın 125/son ve Hukuk Devleti ilkesi, sorumluluk hukuku ilkeleri, Borçlar Kanununa aykırı olur...”⁴⁹¹.

AYİM, yasak olmasına rağmen mühimmat yüklü askeri araca binen ve aracın kasasındaki el bombası füyeleriyle oynarken meydana gelen patlamada sakatlanan erin⁴⁹², aksi yönde verilen emirlere rağmen garaj tabanını benzinle silen ve benzinin tutuşması sonucu yanarak sakatlanan erin⁴⁹³ uğradığı zararların ilgili kişilerin

⁴⁹⁰ Özgüldür, Tam Yargı, s. 321, dn. 563.

⁴⁹¹ AYİM 2. Daire 30.11.1994 tarih E. 1993/1056, K. 1994/1708 sayılı karar. http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2762&ctg=000002000030000001000052, (29.11.2009)

⁴⁹² AYİM 2. Daire 28.04.1993 tarih E. 1991/531, K. 1993/251 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 321.

⁴⁹³ AYİM 2. Daire 06.06.1990 tarih E. 1989/58, K. 1990/196 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 320.

“müterafik” veya “ağır müterafik” kusurlarına dayanmakla beraber söz konusu davranışlarının yine de idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığını belirterek tazminata karar vermiştir. Emir ve talimatlara aykırı olarak ısınmak amacıyla fırının içine giren ve fırın kapısının kendiliğinden kapanarak yanması nedeniyle erin ölümü olayında, erin ağır müterafik kusuru bulunduğu, bu durumun tazminat miktarının tespitinde indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğine, idarenin sorumluluğunun tamamen ortadan kaldıran bir sebep olmadığına karar vererek idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına göre tazminat ödenmesine karar vermiştir⁴⁹⁴.

Zarar görenin davranışı, zarar ile idarenin davranışı arasındaki nedensellik bağına tamamen kesiyor ise idarenin hem kusura dayanan sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkmakta ve idare zararları tazmin yükümlülüğünden tamamen kurtulmaktadır⁴⁹⁵. Buna karşılık zarar görenin davranışı, nedensellik bağına tamamen kesmiyorsa başka bir ifade ile idarenin davranışının yanında ayrıca zarar görenin davranışı da zararın meydana gelmesi veya ağırlaşmasına katkıda bulunmuş ise ödenecek tazminat miktarında zarar görenin kusuru oranında indirime gidilmektedir⁴⁹⁶.

D . Üçüncü Kişinin Davranışı

İdarenin sorumluluğunu etkileyen sebeplerden sonuncusu, üçüncü kişinin davranışdır. Zarara neden olan davranışlara, idarenin yanı sıra bazen idarenin dışındaki “üçüncü kişiler” de neden olabilmektedir. Üçüncü kişi kavramı ile kastedilen; idare ile hiçbir hukuki ilişkisi bulunmayan ve idare ile arasında sözleşmeye dayanan veya statüsel bir bağlantısı olmayan kişiler veya kuruluşlardır⁴⁹⁷. İdarenin, gözetim ve denetimi altında bir kamu hizmetinin yürütülmesi halinde müteahhit veya imtiyaz sahibi gibi kişilerin verdikleri zararların idare tüzel kişiliğine bağlanabildiğini daha önce belirtmiştik. Davranışlarının idareye

⁴⁹⁴ AYİM 2. Daire 15.03.1995 tarih E. 1994/1361, K. 1995/191 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 480.

⁴⁹⁵ Onar, Cilt: III, s. 1721.; Armağan, s. 265.

⁴⁹⁶ Duran, İdarenin Sorumluluğu, s. 81.; Düren, s. 333.; Armağan, s. 265.

⁴⁹⁷ Özey, s. 772.; Çağlayan, s. 206.

bağlanabilmesi nedeniyle bu kişilerin üçüncü kişi sayılamayacağını burada ayrıca belirtmek isteriz.

İdarenin zarar verici davranışına üçüncü kişilerin katılmaları ilke olarak idarenin sorumluluğunu etkiler. İdarenin kusurlu sorumluluğunda, üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğunu ya tamamen ortadan kaldırır ya da kusuru oranında azaltır⁴⁹⁸. Kusurun var sayıldığı durumlarda da durum aynıdır. Oysa idarenin kusursuz sorumluluğunda durum tamamen farklıdır. İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hallerde üçüncü kişinin eylemi, meydana gelen zarara katkıda bulunmuş ise bu durum idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz veya azaltmaz. Ancak bu gibi durumlarda idare, zarar görenin zararını tazmin ettikten sonra zarara neden olan üçüncü kişiye rücu davası açabilir⁴⁹⁹.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilen durumlarda, üçüncü kişinin kusurunun önemli olmayışının nedeni bu gibi hallerde idare kusursuz olsa dahi bazı kayıt ve şartlar altında zararları tazminle sorumlu olduğuna göre üçüncü kişinin kusurlu olmasının bir önemi yoktur. Örneğin idareye ait bir cephaneliğin sabotaj nedeniyle infilak ederek bazı kişilerin ölmesi durumunda, cephaneliğin bünyesinde barındırdığı risk nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu yine devam edecektir⁵⁰⁰. Burada cephanelikte görevli kişilerin ölümüne her ne kadar üçüncü bir kişinin sabotaj şeklindeki kusurlu bir eylemi neden olmuş ve meydana gelen zarar ile idari davranış arasında nedensellik bağı yok ise de cephanelikte depolanan ve güvenlik kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanılmakta olan patlayıcı maddeler bünyelerinde risk barındırdığından bu maddelerin neden olduğu zararlardan dolayı idare her hangi bir kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmaktadır. Ancak idare, patlamada zarara uğrayanların, zararlarını tazmin ettikten sonra zarara neden olan üçüncü kişiye rücu davası açarak ödediği tazminatı bu kişiden alma imkânına sahiptir.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hallerden olan mesleki riskler nedeniyle de idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Kamu görevlileri, görevi nedeniyle veya görevi sırasında üçüncü kişilerin eylemi nedeniyle bir zarara uğramış ise risk ilkesi gereğince idare zararları tazminle sorumludur⁵⁰¹. Ancak, Danıştay'ın

⁴⁹⁸ Üçüncü kişinin davranışlarının, idarenin kusurlu sorumluluğuna etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, Cilt: III, ss. 1721-1723.; Armağan, ss. 278-279.; Gözler, ss. 1239-1241.

⁴⁹⁹ Düren, s. 333.; Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 327.; Özay, s. 772.

⁵⁰⁰ Gözler, s. 1241.

⁵⁰¹ Gözler, s. 1242.

aksi yönde karar verdiği görülmektedir. Örneğin, hava ikmal merkezine ait dekovil aracının, kamyonla çarpışması sonucu bir kamu görevlisinin ölümü nedeniyle açılan davada; kazada kamyon şoförünün yüzde yüz kusurlu olduğu ve idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığı gerekçesi ile idarenin zararı tazminle sorumlu olmadığına karar vermiştir⁵⁰². Bir yük treninin, hemzemin geçitte, kamyonla çarpışması sonucu meydana gelen kazada trende gardöfren olarak görev yapan kişinin ölmesi nedeniyle açılan bir başka davada da tazminat isteminin reddine karar vermiştir. Kararda; ölüme neden olan kazada idareye atfı kabil bir kusur bulunmadığı, kazanın tamamen kamyon şoförünün kusurlu hareketi nedeniyle meydana geldiği, zarar ile idari davranış arasında nedensellik bağı olmadığı gerekçesiyle idarenin sorumlu olmadığına karar verilmiştir⁵⁰³. Danıştay'ın söz konusu kararları öğretide GÖZLER tarafından eleştirilmektedir. Yazar, zararın üçüncü kişinin davranışı nedeniyle meydana gelmesine karşın zarar ile idari davranış arasında nedensellik bağının kesilmediğini çünkü kamu görevlilerinin, görevleri nedeniyle kaza anında orada olduklarını belirterek meydana gelen zararların mesleki risk nedeniyle idarece tazmini gerektiğini düşünmektedir⁵⁰⁴.

Konuya ilişkin AYİM içtihatlarına gelince AYİM, bu konuda önceleri çekimser davranarak, görevi sırasında sivil bir aracın çarpması nedeniyle inzibat erinin ölmesi, Sıkıyönetim Komutanlığı emrinde trafik kontrol görevi yaparken sivil aracın çarpması nedeniyle erin sakatlanması olaylarında meydana gelen zararların üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklandığı gerekçesi ile idarenin zararlardan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. AYİM, daha sonra içtihat değişikliğine giderek bu tür olaylar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiş ve idarenin zararları tazminle yükümlü olduğuna karar vermiştir⁵⁰⁵.

⁵⁰² D. 12. DD. 04.05.1966 tarih E. 1965/702, K. 1966/1697 sayılı karardan aktaran Gözler, s. 1243.

⁵⁰³ D. 10. DD. 22.04.1992 tarih E. 1990/3968, K. 1992/1573 sayılı karar.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (30.11.2009).

⁵⁰⁴ Gözler, s. 1243.

⁵⁰⁵ Özgüldür, Tam Yargı, ss. 322-323.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNDA ZARARIN HESAPLANMASI VE TAZMİNİ

I- ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN İLKELER

A. Nakden Tazmin İlkesi

Sorumluluk hukukunun temel amacı, zarar verici olay nedeniyle zarar görenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmenin yani zararın giderilmesidir. Zararın tazmini, “aynen tazmin” ve “nakden tazmin” olmak üzere iki farklı şekilde olabilmektedir. Aynen tazmin ile zarar verici olay nedeniyle zarar görenin malvarlığında eksilmiş değer yerine, nitelik ve nicelik bakımından eş bir değer konulmaktadır. Zarar aynen giderilmekte yani fiilen ve gözle görülebilir şekilde ortadan kaldırılmakta, zarar verici olaydan önceki durum aynen yaratılmakta veya benzer bir şekilde yeniden temin edilmiş olmaktadır. Örneğin; çöken çatının tamir edilmesine veya yenisinin yapılarak meydana gelen zararın tamamen giderilmesine karar verilmesi durumunda zarar, aynen tazmin yöntemi ile giderilmektedir. Nakden tazminde ise aynen tazminin mümkün olmadığı durumlarda, nicelik yönünden yani parasal olarak uğranılan zarara denk ve eşit bir değer konularak zararın tazmini yoluna gidilmektedir. Nakden tazminde zarar görenin mal varlığındaki eksilme, onun malvarlığına bir miktar para aktararak giderilmektedir. Nakden tazminat kendi içinde “sermaye şeklinde tazminat” ve “ırat şeklinde tazminat” olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir defada toptan olarak verilen tazminata “sermaye şeklinde tazminat”, bir miktar paranın aylık, üç aylık, yıllık gibi belirli zaman aralıkları ile ödenmesine de “ırat şeklinde tazminat” denilmektedir⁵⁰⁶.

İdare hukukunda, zararın tazmin şekilleri, tazminatın tespiti ve hesaplanması konusunda uygulanan esaslar büyük ölçüde genel sorumluluk esasları olup özel hukuk esasları ile örtüşmektedir. Ancak özel hukukta, uğranılan zararların, aynen tazmin veya nakden tazmin şekli ile giderilmesi mümkün iken idare hukukunda, özel

⁵⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Hukuku, ss. 767-772.

hukuktan farklı olarak idare sadece nakden tazmine zorlanabilmektedir. İdarenin, neden olduğu zararı aynen tazmin etmesine karar verilemez. Zarara neden olan idari işlem veya eylem kalır ancak bu sebeple kişinin uğradığı zarar nedeniyle idare bir miktar parayı ödemeye mahkûm edilir. Bu para kişinin uğradığı zararın “eşdeğeri” olarak değerlendirilir. Tam yargı davasında zarar gören, aynen ifa veya eski halin iadesi gibi taleplerde bulunamamaktadır⁵⁰⁷. Örneğin; idareye ait bir hava aracı, bir evin çatısına zarar vermiş ise idare mahkemesi, idareyi özel hukuktaki gibi çatıyı tamire veya çatının yenisini yaptırmaya yani aynen tazmine zorlayamaz. Mahkeme sadece çatının değeri tutarındaki bir paranın zarar görene ödenmesine karar verebilir. Mahkemenin, idareyi aynen tazmine mahkûm etmesi, idareye bir yapma borcu yükler ki bu da hâkimin idareye emir vermesi, işine karışması anlamına gelir. Oysa idare hukukunda hâkimin, idareye emir ve talimat vermesi yasak olup idari yargı yerlerinin emir vermesi, idarenin yargı organı karşısında bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmaz. Tüm bu sebeplerle idare zararı aynen tazmine zorlanamamaktadır⁵⁰⁸.

Aynen tazmin şeklinin idare hukukunda kabul edilmeyişi, zararın meydana geldiği hal ve koşullarla da yakından ilgilidir. Zarara yol açan birçok durumda aynen tazmin düşünülemez çünkü bu yöntemin uygulanması idari faaliyetlerin tamamen felç olmasına yol açabilir. Örneğin; kamu yararı için yapılmış bir bayındırlık eseri komşu taşınmaz malikine zarar vermekte ise bu eserin bir kişi lehine yıkılmasına veya genel kamu yararına aykırı olacak bazı değişikliklere zorlanması söz konusu olabilecektir⁵⁰⁹. Öğretide GÜRAN, idarenin aynen tazmine mahkûm edilemeyişi eleştirmektedir. Yazara göre zararın giderimi konusunda idareyi sadece parasal bir tazminata mahkûm etmek yetersiz, bazı durumlarda anlamsız kalabilmektedir. Bu nedenle tam yargı davalarında idare belli bir edime mahkûm edilebilmeli ve zararın diğer yollarla giderilmesi yöntemleri geliştirilmelidir⁵¹⁰.

Bununla birlikte idare isterse zararı kendi isteğiyle aynen tazmin yoluna gidebilir. Örneğin, yıktığı çatıyı tamir edebilir veya yenisini yapabilir. Fransız Danıştay’ı idareyi aynen tazmine mahkûm etmemekle birlikte idareyi kendi isteği ile aynen tazmine zorlayacak nitelikte nakden tazmin kararı verebilmektedir. Fransız

⁵⁰⁷ Akyılmaz, ss. 167-168.; Armağan, ss. 284-285.; Çağlayan, s. 219.; Gözler, s. 1258.

⁵⁰⁸ Akyılmaz, s. 168.; Armağan, s. 284.

⁵⁰⁹ Armağan, s. 284.

⁵¹⁰ Güran, Tazminat Miktarı, ss. 158-159.

Danıştay'ı iki farklı yolla idareyi aynen tazmine yöneltmektedir. Bu yollardan ilki idarenin şartlı bir şekilde nakden tazmine yöneltilmesidir. Örneğin idare ortaya çıkan zararı aynen tazmin etmez ise zarar görene kararda belirlenen miktarda tazminat ödemeye mahkûm edilmektedir. İdare burada nakden tazmin ile aynen tazmin arasında bir tercih imkanına sahiptir. Zararı belli bir miktar para ödeyerek gidermek istemeyen idare zararı aynen tazmin yolu ile de giderebilmektedir. Seçim idarenin elindedir ve ortada idarenin zararı aynen tazminine ilişkin bir mahkûmiyet kararı yoktur. Bu sebeple idareye emir verildiği söylenemez. Fransız Danıştay'ının benimsediği ikinci yol ise zarara neden olan idari işlem veya eylemin devamı boyunca idarenin her gün için belli bir tazminata mahkûm edilmesi yöntemidir. Bu durumda idare ya kararda belirtilen gün veya ay boyunca tazminatı öder ya da meydana gelen zararı aynen tazmin etme yoluna gider⁵¹¹.

Öğretide GÖZLER, ÇAĞLAYAN ve ÖZGÜLDÜR, AYİM 1. D. 08.02.1994 tarih ve E. 1993/1197, K. 1994/277 sayılı kararına atıfta bulunarak bu karar ile idareye aynen tazmin imkânı tanındığına dikkat çekmektedir. Kararda beş yıllık oturma süresi dolmadan lojmandan tahliye edilen astsubaya, oturma süresinden eksik kalan sekiz aylık kira bedeli sermaye şeklinde ödenmemiş bu dönem içerisinde her an kendisine lojman tahsis edilebileceği düşüncesi ile sekiz ayı geçmemek kaydıyla “kendisine lojman tahsis edilene kadar” idarenin kira bedelinin aylık iratlar şeklinde ödemesine karar verilmiştir. İdare her ay kira ödemek istemez ise astsubaya lojman tahsis ederek aynen tazmin yoluna gidebilecektir⁵¹².

B. Sorumluluk Oranınca Tazmin İlkesi

Kamu tüzel kişileri neden olduğu zararın tamamını ödemek zorunda olduğundan idare ne kadar zarara neden olmuş ise ancak o kadar tazminat ödemeye mahkûm edilebilir. Tazminat sorumlusunun neden olduğu zarardan daha fazlasına mahkûm edilemeyeceği ilkesi sorumluluk hukukunun genel ilkesi olup bu ilke özel hukukta olduğu kadar kamu hukukunda da geçerlidir Bu ilkeye göre kamu tüzel kişisi her hangi bir zarara neden olmamışsa, zarar ile idarenin işlem ve eylemi

⁵¹¹ Tan, 945.; Gözler, ss. 1258-1259.; Çağlayan, ss. 221-222.

⁵¹² Gözler, ss. 1259-1260.; Çağlayan, s. 222.; Özgüldür, Tam Yargı, s. 346.

arasında illiyet bağı bulunmuyor veya zarar ilgili kamu tüzel kişisine isnat edilemiyor ise kamu tüzel kişisi tazminat ödemeye mahkûm edilemez⁵¹³.

C . Taleple Bağlılık İlkesi

Davacının dilekçesinde talep ettiği tazminat miktarından daha fazla tazminata hükmedilemeyeceğini ifade eden “taleple bağlılık (ultra petita) ilkesi” idare hukukunda da uygulanmaktadır. İYUK 3. maddede tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Zarar gören kişi talep ettiğinden daha fazla zarara uğramış ve bu durum yargılama aşamasında bilirkişi incelemesiyle anlaşılmış olsa dahi idare mahkemesi, taleple bağlılık ilkesi gereğince davacının talep ettiğinden daha fazla bir tazminata karar veremeyecektir⁵¹⁴.

İdari yargıdaki taleple bağlılık kuralına, dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarının arttırılmasına olanak tanıyan İYUK 16. maddedeki değişiklik ile istisna getirildiği söylenebilir. İYUK 16. maddenin 4. fıkrasına 11.04.2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanun’un 4. maddesi ile getirilen ek cümle ile “Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın arttırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.” hükmüne yer verilmiştir.

İYUK 16. maddenin 4. fıkrasında yapılan söz konusu bu düzenleme ile idari yargıda ilk kez davacı, nihai karar verilinceye kadar sadece bir defaya mahsus olmak üzere dava dilekçesinde belirttiği tazminat miktarını artırabilme imkânına kavuşmuş olmaktadır.

İdari yargıda taleple bağlılık kuralının uzun yıllar boyunca uygulanmış olması pek çok sakıncayı da beraberinde getirmiştir. Örneğin; yargılama sırasında davacının uğradığı gerçek zarar miktarının dava dilekçesinde talep ettiği miktardan fazla olduğunun anlaşılması durumunda, davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı

⁵¹³ Gözler, s. 1260.; Çağlayan, s. 223.

⁵¹⁴ Gözler, s. 1256.

tutmasının dava açma süresinin geçmesi nedeniyle pratik bir yararı olmamaktadır⁵¹⁵. Ayrıca enflasyonun yüksek, kanuni faiz oranının düşük olduğu ve davanın açılması ile karara bağlanması arasında uzun sürenin geçtiği durumlarda dava sonunda davacının talep ettiği tazminat miktarının tamamına hükmedilse dahi davacının gerçek zararını giderebilmesi mümkün olamamaktadır. Davacının dilekçesinde talep ettiği tazminat miktarı, dava tarihindeki zarar miktarı olduğundan mahkemenin kararına kadar geçen sürede bu miktar değer kaybına uğrayabilmektedir⁵¹⁶.

İdari yargıda yakın zamana kadar uygulanmış olan taleple bağlılık kuralı öğretide yoğun ve ciddi eleştirilere neden olmuştur. GÖZÜBÜYÜK, TAN’a göre İYUK’un 3/d maddesi; tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluluğu getirmesine karşın, gösterilen tazminat miktarının yargı yerini bağladığına ilişkin bir açık bir kural olmadığı halde yargı yerleri istemle bağlı olma kuralını yargılama usulünün genel bir ilkesi gibi uyguladığından bu durum ciddi hak ihlallerine neden olmaktadır⁵¹⁷. GÜRAN, idari yargıda taleple bağlılık kuralının mutlaka terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre çoğu zaman zarar ve tazminat miktarı ancak dalında uzman kişilerce belirlenebilmekte ve bazı önemli noktalar re’sen araştırma yetkisi kapsamında mahkemenin, idareden bilgi ve belgeleri istemesinden sonra anlaşılabilir. İdari davalarda gerçek zararın tespitine ve bu zararı giderecek tazminat miktarının belirlenmesine rağmen tazminatın üst sınırının davacının talebiyle sınırlandırılması tam yargı davasının hedefi ve işlevi ile de bağdaşmamaktadır. Yargılama sonunda tespit edilen tazminat miktarının davacının dava açarken takdir ve tahmin ettiği miktardan yüksek olması halinde mahkeme talepten fazlasına hükmedebilmelidir⁵¹⁸. AKYILMAZ’a göre de teknik bir konu olan ve mahkemece dahi bilirkişi aracılığıyla tespit edilebilen zarar miktarı davanın başında, teknik tazminat hesaplama bilgisine sahip olmayan, uğradığı zarar nedeniyle dikkati dağılan ve hukuk bilgisine sahip olmayan davacı tarafından tespit edilemeyebilir. Bu gibi durumlarda katı bir şekilde

⁵¹⁵ Fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tazminat davası açan ve yargılama sırasında bilirkişinin tespitine göre uğradığı zararın talebinden fazla olduğunu öğrenen davacının bu kısım için açtığı ikinci tazminat davasında, yerel idare mahkemesi “süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılmasına olanak bulunmadığı” gerekçesi ile davayı reddetmiş Danıştay da bu kararı onamıştır. D. 10. DD. 15.05.1992 tarih E. 1991/2716, K. 1992/2050 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 728.

⁵¹⁶ Gözler, ss. 1261-1262.

⁵¹⁷ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 728.

⁵¹⁸ Güran, Tazminat Miktarı, s. 168.

taleple bağıllık kuralını uygulamak hem idari yargılama usulünün temel özelliklerine ve hem de idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin denetim aracı olma ve yaptırım özelliğine aykırıdır⁵¹⁹. ZABUNOĞLU'na göre de tam yargı davasında davacının istemine bağıllık ilkesi pek çok sakıncayı içermektedir. Adli yargıda kabul edilen ek dava açma hakkı veya ıslah gibi kolaylıkların idari yargıda da kabul edilmemesi önemli bir eksiklik ve hatta hukuk devleti ilkesi ile hak arama özgürlüğüne getirdiği sakıncalar nedeniyle mutlaka ele alınıp düzeltilmesi gereken bir konudur⁵²⁰. ÖZGÜLDÜR, önüne gelen bir davada, AYİM'in davacının uğradığı gerçek zarar miktarını yüz yetmiş iki milyon lira olarak hesaplamasına karşın davacının dilekçesinde talep ettiği tazminat miktarının bir milyon lira olması nedeniyle taleple bağıllık kuralı gereğince AYİM'in bir milyon lira tazminata hükmettiğini, davada tazminat miktarının düşük olarak talep edilmesinin bir avukat hatasından kaynaklandığını belirtmekte ancak hakkaniyetin gerekli kıldığı bu gibi durumlarda mahkemenin talep edilenden daha fazla tazminata karar vermesi gerektiğini savunmaktadır⁵²¹. GÖZLER, Fransız Danıştay'ının taleple bağıllık kuralının neden olduğu sakıncaları gidermek için davacının tam yargı davasını açarken hâkimden bilirkişi incelemesi talep ederek istediği tazminat miktarını belirtme işini ertelemesine olanak tanındığını belirterek ülkemizde de buna benzer bir çözüm yolu bulunması gerektiğini düşünmektedir. Yazar İYUK 3. maddedeki düzenleme nedeniyle böyle bir çözümün ancak kanuni bir düzenleme ile yapılabileceği görüşündedir⁵²². ÇAĞLAYAN da Türk İdare Hukuku'nda taleple bağıllık kuralının yarattığı sakıncaları gidermek için bazı yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini belirterek bunun için idari davalarda ıslahın kabul edilmesi veya talepten fazlaya ilişkin zararlar için yeni bir tazminat davası açılmasına imkân tanınması gerektiğini savunmaktadır⁵²³. İdari yargıda taleple bağıllık kuralının getirdiği sakıncalara ilişkin olarak yukarıda aktardığımız öğretide görüş ve eleştirilere katıldığımızı belirtmek isteriz.

⁵¹⁹ Akyılmaz, ss. 179-180.

⁵²⁰ Zabunoğlu, ss. 444-445.

⁵²¹ AYİM 2. Daire 19.01.1994 tarih E. 1991/373, K. 1994/174 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 351.

⁵²² Gözler, s. 1266.

⁵²³ Yazar ayrıca idari yargıda tespit davası açılabilceğini düşünmekte ve bu yola başvurularak zarar miktarının öğrenilmesinden sonra dava açılmasını tavsiye etmektedir. Bkz. Çağlayan, ss. 226-228.

İYUK 16. maddenin 4. fıkrasına 11.04.2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ile getirilen ek cümle ile artık idari yargıda, tam yargı davalarında; dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir. Söz konusu düzenleme ile tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması imkânı getirilmiştir. İptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması halinde de bir defaya mahsus olmak üzere talep edilen tazminat miktarı artırılabilir. Dava açıldıktan sonra miktarı bir kere artıran davacı, daha sona hiçbir şekilde artık tazminat miktarını arttıramayacaktır. Çünkü madde metninde de açıkça belirtildiği üzere tam yargı davalarında miktar arttırılması bir defaya mahsustur. Miktarın arttırılması, dava dilekçesinde talep edilen rakamın yükseltilmesi yolu ile yapılmalıdır, yoksa dava konularının artırılması veya değiştirilmesi sureti ile yapılamaz. Tazminat miktarı, nihai karar verilinceye dek arttırılabilir. Miktar arttırmak için harcının ödenmesi gerekmektedir. Harç ödenmez ise o zaman harcın alınması ile ilgili yasal prosedürlerin uygulanması gerekir. Arttırılan miktar için talep edilen harç yatırılmaz ise bu durumda ilk miktar üzerinden yargılamaya devam edilmelidir. Miktarın arttırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir. İtiraz ve temyiz üzerine bozulup tekrar mahkemeye gelen dava dosyasının yeniden ilk derece incelenmesi sırasında da miktar arttırılabilir. Davacının, İYUK 16/4. maddede düzenlenen şekilde tazminat miktarını arttırma yoluna gitmemesi halinde yargılama sırasında uğranılan zararın daha fazla olduğunun anlaşılmasına karşın hâkim taleple bağlı kalarak tazminata hükmetmek zorundadır. Tazminat miktarının re'sen arttırılması mümkün değildir.

İYUK 16. maddenin 4. fıkrasına 11.04.2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ile getirilen ek cümle ile dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarının arttırılmasına imkân getirilmiş olmasının son derece yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce, adli yargıda ek dava açma imkânına ve ıslah müesseselerine çok önce yer verilerek davacıların talep ettiği tazminat miktarını arttırabilmelerine karşın idari yargıda bu tür çözüm imkânlarının bu güne kadar tanınmamış olması davacılar bakımından son derece haksız ve eşitliğe aykırı bir durum teşkil etmekteydi. Bu durum ayrıca hak arama hürriyetine ve hukuk devleti

ilkesine de aykırı bir takım sonuçlara yol açmaktaydı. İYUK 16. maddenin 4. fıkrasına 11.04.2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ile getirilen ek cümle ile söz konusu sakıncaların geç de olsa giderilmiş olmasının son derece yerinde bir durum olduğunu düşünmekteyiz.

D . Tam Tazmin İlkesi

Tam yargı davalarında amaç uğranılan gerçek zararın, gerçekçi bir şekilde tam olarak tazmin ve telafi edilmesidir⁵²⁴. Zarar gören lehine hükmedilen tazminat miktarı taleple bağlı kalınmak şartıyla zarar görenin uğradığı zararın tamamını karşılamalıdır ki bu kurala “tam tazmin ilkesi” denilmektedir. Bu ilkeye göre tazminat miktarı uğranılan zararla denk olmalı ve hükmedilen tazminat, uğranılan tüm zararı giderecek şekilde olmalıdır. Zarar gören kişi zarardan önceki duruma göre ne zenginleşmeli ne de fakirleşmelidir. Bu amaçla tam yargı davalarında uğranıldığı öne sürülen zarar, tüm yönleriyle ele alınıp genel bir değerlendirme yapılarak tazminata karar verilmelidir⁵²⁵.

Tam tazmin ilkesinde, mallara verilen zararlarda tazminat miktarı tespit edilirken malın satış değeri yani mal zarara uğramadan önce satılabileceği en yüksek fiyat esas alınmaktadır. Mallara verilen zararlarda sadece malın uğradığı değer kaybı değil zarar nedeniyle mal sahibinin ödemek zorunda kaldığı kira giderlerinin de tazmini gerekir. Tam tazmin ilkesi aslında uğranılan maddi zararlar için anlam ifade etmektedir. Manevi zararların, çekilen acı ve duyulan üzüntünün bedelinin objektif olarak belirlenmesi mümkün olmadığından manevi zararın karşılığını hâkim takdir edecektir⁵²⁶.

AYİM, tam tazmin ilkesi ile ilgili olarak, “felaketin özlenir hale getirilmemesi” şeklinde bir kriter geliştirerek kararlarına yansıtmıştır. ÖZGÜLDÜR, AYİM’in kuruluşundan itibaren kararlarında bu kriterin ana hatlarına yer verdiğini ancak fiilen uygulamadığını belirtmektedir. AYİM, önceki kararlarında maddi tazminatın “zenginleşme aracı” haline getirilemeyeceği, desteğin ölümünün desteklenenler için bir “nimet vesilesi” olamayacağı, tazmin yükümlülüğünün

⁵²⁴ Güran, Tazminat Miktarı, s. 167.; Onar, Cilt: III, s. 1752.

⁵²⁵ Gözler, s. 1267.

⁵²⁶ Gözler, s. 1268.; Çağlayan, s. 228

amacının zarar göreni zengin etmek olmadığı ifadelerine yer vererek ilkenin temel esaslarını vurgulamıştır. AYİM, 1992 yılında uygulamaya açıkça koyduğu bu ilkeyi ilk kez 1976 tarihli eski bir kararında; “zarar malvarlığında husule gelen bir eksilme veya muhtemel çoğalmanın önlenmesi diye tanımlanabilir. İşte maddi tazminatın ancak bu kısmı karşılaması, kar veya kazanca vesile yapılmaması ve bilhassa felaketin özlenir hale getirilmemesi icap eder..” şeklinde tanımlamıştır⁵²⁷. AYİM, 1992 yılından itibaren de bu ilkeye atıfta bulunarak bilirkişilerce tespit edilen tazminat miktarlarında indirim yapmaktadır⁵²⁸.

Öğretide ÖZGÜLDÜR, AYİM’in benimsediği “felaketin özlenir hale getirilmemesi” kriteri ile maddi tazminatları sınırlama yoluna gitmesini yerinde ve isabetli bulduğunu ancak bu içtihadi yaklaşımın tüm olaylarda değil, davacının özel durumu nazara alınarak ve hakkaniyetin gerekli kıldığı hallerde uygulanması gerektiğini savunmaktadır. GÖZLER ve ÇAĞLAYAN ise AYİM’in bu uygulamasını eleştirmektedir. Yazarlara göre “felaketin özlenir hale getirilmemesi ilkesi” tam tazmin ilkesi karşısında anlamsız bir ilkedir. Çünkü tam tazmin ilkesine göre zarar görenin uğradığı zarar, ne eksik ne de fazla değil tam olarak giderildiğinden zaten felaketin özlenir hale getirilmesinden bahsedilemez. Ortada uğranılan zarardan daha fazla tazminat miktarı olmayacağından tazminattan indirim yapılması da gerekmeyecektir⁵²⁹. GÖZLER, AYİM’in uyguladığı bu kriteri ayrıca şu sebeple de eleştirmektedir. Esasen AYİM, kendi hükmettiği tazminat miktarını değil bilirkişilerce hesaplanan tazminat miktarını düşürmektedir. Hâkim bilirkişi raporu ile bağlı olmadığından aslında ortada gerçekten hükmedilen tazminat miktarında bir indirim yoktur. Bilirkişinin belirlediği zarar miktarından daha az bir tazminata hükmederken hakimin böyle bir ilkeye dayanmasının her hangi bir anlam ve gereği yoktur⁵³⁰.

Tam tazmin ilkesi gereğince belirlenecek tazminat miktarında Danıştay, zarar görenin gelir vergisi beyannameleri, mal stoku bildirimleri, o büyüklükteki işletmenin kasa mevcudu, malda bir değer kaybı olup olmadığı, ölüm nedeniyle ileride yoksun kalınacak yardım ve çalışma gücündeki kaybın ne oranda olduğu gibi

⁵²⁷ AYİM 3. Daire 09.03.1976 tarih E.1973/2375, K. 1976/383 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, ss. 352-353.

⁵²⁸ Özgüldür, Tam Yargı, ss. 352-353.

⁵²⁹ Gözler, s. 1269.; Çağlayan, s. 229.

⁵³⁰ Gözler, s. 1269.

objektif ölçülere başvurmakta ve tazminatı buna göre belirlemektedir⁵³¹. Devletin hukuki sorumluluğu konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1984 yılında almış olduğu bir tavsiye kararına göre genel yönetim, yerinden yönetim kuruluşları ve kamusal yetkiler tanınmış olan özel kişilerin kusura dayalı sorumluluklarında iç hukuka göre belirlenecek kural ve yöntemlere göre zarar tam olarak ödenmelidir. Ancak kusursuz sorumlulukta giderim hakkaniyet ölçülerine göre kısmi de olabilir⁵³².

E . Denkleştirme İlkesi

Tazminat ile hedeflenenin kişilerin uğradığı zararın tam olarak giderilmesi, ödenen tazminat miktarının zarara oranla ne fazla ne de zarardan daha az olmaması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Bu amaçla tazminat miktarı hesaplanırken uğranılan zararlara karşılık olarak zarar görene yapılan bazı ödemeler veya zarar görenin elde ettiği bazı kazançlar tazminat miktarından indirilmektedir. Bu suretle uğranılan zarar ile elde edilen kazançlar denkleştirilmektedir. Bunun ne şekilde yapıldığını aşağıda ele almış bulunmaktayız.

1 . Zarar Sebebiyle Kurumlarca Ödenen Miktarlar

Zarar görene, uğramış olduğu zararın giderilmesi amacıyla sosyal güvenlik kurumları veya ilgili kurumlarca tazminat, aylık, ikramiye veya benzeri bir ödeme yapılmış veya çeşitli sosyal yardımlarda bulunulmuş olabilir. Zarar görenin bu şekilde elde ettiği yarar, tazminat vb. ödemelerin bazıları mahkemenin tespit ettiği tazminat miktarından indirilmekte iken bazıları ise indirim tabi tutulmamaktadır. Danıştay'ın ve AYİM'in bu konudaki yaklaşımını aşağıda kısaca aktarmaya çalışacağız.

Danıştay, 2330 Sayılı “Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” uyarınca zarar görene yapılan ödemeleri, tespit ettiği tazminat miktarından indirmekte iken sosyal güvenlik kurumlarınca yapılan ödemeleri ve düzenlenen yardım kampanyaları ile elde edilen meblağı tazminat miktarından

⁵³¹ Güran, Tazminat Miktarı, s. 160.

⁵³² Gözübüyük, Yönetim Hukuku, ss. 328-329.

düşmemektedir⁵³³. 2330 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde "Nakdi Tazminat ve Aylığın Etkisi" düzenlenmiş olup buna göre Kanun uyarınca ödenecek nakdi tazminat ve bağlanacak emekli aylıklarının uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığı olduğu, yargı yerlerinde maddi ve manevi zararların karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminatın ve bağlanan aylıkların göz önünde tutulacağı öngörülmüştür. Bu sebeple 2330 Sayılı Kanun uyarınca ödenen tazminat ve aylıklar mahkemenin tespit ettiği tazminat miktarından indirilmektedir.

Sosyal güvenlik kurumları tarafından zarar görene ödenmiş olan ikramiye ve bağlanan malûl, dul ve yetim aylıkları ise tazminat miktarından indirilmemektedir. Örneğin; Emekli Sandığı tarafından davacılara bağlanmış olan dul ve yetim aylıkları ile ödenen ikramiyenin tazminat miktarından düşürülmesi istemine karşı Danıştay söz konusu istemin "...ilgilinin uğradığı zarar gibi, bağladığı yararın da idarenin tazminat sorumluluğunu doğuran idari eylem ve işlemin uygun ve normal sonucu olması, zararlar yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması zorunludur. Zararı doğuran idari eylem ve işlemin sonucu olarak değil, başka bir nedenle ilgilerin mal varlığında bir artış olmuşsa, meydana gelen bu artışın maddi zarar miktarından.." düşülmesinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁵³⁴. Önüne gelen bir başka davada; "...Ölenin Emekli Sandığı iştirakçisi olması nedeniyle yakınlarına vazife malullüğü aylığı bağlanması, 5434 Sayılı Yasa'da öngörülen koşulların varlığına bağlı olup ölenin prim ödemek suretiyle kapsamında bulunduğu sosyal sigorta sisteminde yasa gereği ödenmesi zorunlu olan bu aylıkların idarenin eylem ve işlemleri sonucu uğranılan zararı karşılamak amacı da bulunmamaktadır.." şeklindeki gerekçe ile aksi yöndeki yerel idare mahkemesi kararını bozmuştur⁵³⁵.

Danıştay, sosyal güvenlik kurumlarınca ödenen tazminat, aylık vb. ödemeleri hesapladığı tazminat miktarından düşmediği gibi yardım kampanyaları ile toplanmış olan paraları da tespit ettiği tazminat miktarından indirmemektedir⁵³⁶. 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı R.G'de yayınlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 55. maddeye göre; " Kısmen veya tamamen

⁵³³ Gözler, ss. 1270-1271.; Çağlayan, s. 230.

⁵³⁴ D. 10. DD. 28.03.1984 tarih E. 1983/945, K. 1984/663 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 296.

⁵³⁵ D. 10. DD. 26.10.1995 tarih E. 1995/3321, K. 1995/4995 sayılı karardan aktaran Gözler, s. 1273.

⁵³⁶ Gözler, s. 1274.

rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.....”

Söz konusu düzenleme 01.07.2012 tarihi itibarı ile yürürlüğe girdiğinden bu tarihten sonra açılacak olan her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar bakımından uygulanacaktır. Mevzuatımızda öncesinde açık bir düzenleme olmamasına karşın Danıştay’ın içtihatları ile öteden beridir benimsediği uygulamanın 6098 Sayılı “Türk Borçlar Kanunu’nda” açıkça düzenlendiğini görmekteyiz.

AYİM’in konuya ilişkin yaklaşımına kısaca değinecek olursak AYİM de Danıştay’ın benimsediği şekilde zarar görene yapılan bazı ödemeleri tazminat miktarından indirip bazı ödemeleri ise tazminat miktarından indirmemektedir. AYİM, yedeksubay, erbaş ve erlere 5434 Sayılı “Emekli Sandığı Kanunu” gereğince zarar görene ödenen emekli ikramiyesi, malullük aylığı, zarar görenin ölmesi halinde yakınlarına ödenen dul ve yetim aylığı, 2330 Sayılı “Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” gereğince ödenen nakdi tazminatlar, 2629 Sayılı “Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu” ile 3713 Sayılı “Terörle Mücadele Kanunu” uyarınca ödenen tazminatlar ile 3480 Sayılı “Malüller ile Şehit Dul ve Yetimlerine Tütün ve Alkol Ürünlerini Satış Bedellerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun” uyarınca verilen tütün ikramiyelerini tespit ettiği tazminat miktarından indirmektedir⁵³⁷.

AYİM, zarar gören personele veya yakınlarına; OYAK tarafından yapılan ölüm, emeklilik ve maluliyet yardımlarını, kuvvet komutanlıkları yardımlaşma sandıklarınca yapılan yardımları, Emekli Sandığı tarafından yapılan ölüm yardımları, Mehmetçik Vakfı tarafından yapılan yardımları, özel sigortaların ödediği tazminatları, yardım kampanyaları sonucunda toplanan yardım ve bağışları ve uluslararası antlaşmaya dayanmayan bir başka devlet tarafından yardım olarak yapılan ödemeleri yarar olarak kabul etmemekte ve “sosyal içerikli” ve “insani” nitelikteki bu gibi yardımları tespit edilen tazminat miktarından indirmemektedir⁵³⁸.

⁵³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgüldür, Tam Yargı, ss. 443-444, 457-458.

⁵³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgüldür, Tam Yargı, ss. 458-459.

2. Zarar Sebebiyle Elde Edilen Kazançlar

Zarar gören kişi, zarar görmekle birlikte kimi zaman bundan dolayı bazı kazançlar da elde etmiş olabilir. Bu şekilde elde ettiği bir kazanç varsa bu kazancın tespit edilen tazminat miktarından indirilmesi gerekmektedir⁵³⁹.

Danıştay önüne gelen bir davada, “... İdari işlem ve eylem sonucunda zarar gören ilgililerin mal varlığında bir artış meydana gelmişse bu artışın da göz önüne alınması ortaya çıkan zarar ve yararın denkleştirilmesi suretiyle maddi zarar miktarlarının saptanması gerekir. Ancak böyle bir denkleştirme yapılabilmesi için de ilgilinin uğradığı zarar gibi sağladığı yararın da idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran idari eylemin veya işlemin uygun ve normal sonucu olması, zararlar yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması zorunludur. Zararı doğuran idari eylem ve işlemin sonucu olarak değil başka bir nedenle ilgililerin malvarlığında bir artış olmuşsa meydana gelen bu artışın maddi zarar miktarından...” düşülmesinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁵⁴⁰. Bir başka davada aracın marka tip ve modeline göre saptanacak hurda değerinin düşürülmesiyle davacının uğradığı zararın tespitine karar vermiştir⁵⁴¹.

3 . Başka İşlerden Elde Edilen Kazançlar

Danıştay, zarar görenin zarara uğradığı dönem içerisinde başka işlerde çalışarak bir yarar elde etmişse bu yararın tazminat miktarından indirilmesine karar vermektedir. Örneğin, açıkta kaldığı süre içerisinde özel bir okulda öğretmenlik yaparak kazanç elde etmiş olan kişinin açtığı tazminat davasında zarar görenin bu suretle elde ettiği gelirin iptal edilen işlem ile uğradığı maddi zarardan fazla olduğunu tespit ederek ortada idarenin tazminle yükümlü tutulmasını gerektirir bir zararın olmadığına karar vermiştir⁵⁴².

⁵³⁹ Onar, Cilt: III, s. 1755.; Gözler, s. 1270.

⁵⁴⁰ D. 10. DD. 28.03.1984 tarih E. 1983/945, K. 1984/663 sayılı karardan aktaran Çağlayan, ss. 231-232.

⁵⁴¹ D. 10. DD. 03.03.1998 tarih E. 1997/1073, K. 1998/983 sayılı karardan aktaran Şahin, Bal, Karabulut, s. 921.

⁵⁴² D. 5. DD 11.02.1988 tarih E. 1986/744, K. 1988/461 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 743.

AYİM sakatlanan ve bu sebeple Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görev yapamayan malulen emekliye ayrılmış subay ve astsubayların emeklilik dönemlerinde dışarıda asgari ücretle çalışabileceklerini ve ek gelir (mutasavver ek gelir) elde edebileceklerini varsayarak bunu tazminat hesabında dikkate almakta ve tazminat miktarından düşmektedir⁵⁴³. GÖZLER, tazminat hukukunda zararın da yararın da “mutasavver” değil kesin olması gerektiğini, ihtimale dayanılarak tazminat miktarının arttıramayacağını veya indirim tabi tutulamayacağını belirterek söz konusu uygulamayı eleştirmektedir⁵⁴⁴.

4 . Müterafik Kusur

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan halleri incelerken de belirttiğimiz üzere zararın ortaya çıkmasında veya ağırlaşmasında idarenin davranışının yanı sıra zarar görenin de katkısı yani müterafik kusuru olabilmektedir. Bu gibi durumlarda Danıştay, maddi tazminat hesaplanırken zarar görenin müterafik kusuru oranında maddi tazminat miktarında indirim gitmektedir⁵⁴⁵. Ancak uğranılan manevi zararın değerlendirilmesinde müterafik kusuru dikkate almamakta bunu belirlenecek manevi tazminatta bir indirim sebebi olarak değerlendirmemektedir⁵⁴⁶.

II- ZARARIN HESAPLANACAĞI TARİH

Zararın hangi tarih itibari ile hesaplanacağı davaların kısa sürede sonuçlandığı ve enflasyon oranının yüksek olmadığı ülkeler bakımından çok da önemli bir konu olmayabilir. Ancak davaların uzun sürede sonuçlandığı veya enflasyon oranının yüksek olduğu ülkeler bakımından bu durum oldukça önemli bir konudur. Genel olarak zararın, mahkemenin karar verdiği gün değil meydana geldiği tarih esas alınarak hesaplanacağı kabul edilmektedir. Çünkü tazminat hakkı, hükmün verildiği gün değil zararın meydana geldiği gün doğmaktadır. Mahkemenin tazminat ödenmesi yönündeki kararı “kurucu nitelikte” olmayıp “bildirici nitelikte” bir

⁵⁴³ Özgüldür, Tam Yargı, s. 460.

⁵⁴⁴ Gözler, s. 1271.

⁵⁴⁵ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, ss. 722-723.

⁵⁴⁶ Gözler, s. 1271.

karardır. Tazminat hakkı zararın ortaya çıkmasıyla doğduğuna göre tazmini gereken zararın hesaplanmasında da zararın ortaya çıktığı tarihin nazara alınması mantıklı bir çözümdür. Ancak enflasyonun yüksek olduğu bir ülkede davanın uzun süre sonra karara bağlanması durumunda bu çözüme uyulması bir takım haksızlıklara neden olabilir. Çünkü tazminat alacaklısı alacağına yıllar sonra kavuşabilmektedir ki bu durum “tam tazmin ilkesine” aykırıdır. Zararın hesaplanmasında zararın meydana geldiği tarih yerine mahkemenin karar verdiği tarihin esas alınması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır⁵⁴⁷.

Zararın hesaplanması konusunda Fransız Danıştay’ı önceleri zararın ortaya çıktığı tarihi esas alarak karar vermektedirken 1947 yılından sonra bu içtihadından kısmen vazgeçmiştir. Buna göre; mallara verilen zararlar bakımından zararın meydana geldiği tarih itibari ile zararı hesaplamakta yani eski içtihadını devam ettirmekte ancak kişilere verilen zararların hesaplanması konusunda zararın ortaya çıktığı tarihi değil mahkemenin tazminata hükmettiği tarihi esas alarak karar vermektedir⁵⁴⁸.

Zararın hesaplanacağı tarih konusunda öğretide değişik fikirlerin savunulduğu görülmektedir. ONAR’a göre; fiil ile zarar arasında illiyet bağının esas alınması gerekmektedir. İlliyet bağı devam ettiği sürece zarar da devam etmektedir. Ne zaman ki illiyet bağı kesilir ise o tarihte zarar da bitmiş olduğundan bu tarih itibari ile zararın hesaplanması gerekmektedir⁵⁴⁹. GÖZÜBÜYÜK, TAN’a göre kural olarak zararın meydana geldiği tarih esas alınarak zarar hesaplanmalıdır. Ancak bu tarih ile mahkemenin tazminata hükmettiği tarih arasında uzun bir süre geçmiş ise bu arada meydana gelen anormal derecedeki fiyat artışlarının dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir⁵⁵⁰. AKYILMAZ’a göre; zarar miktarının tespitinde kural olarak zararın meydana gelmiş olduğu gün dikkate alınır. Ancak tazminat davasında davanın geç karara bağlanması ya da zararın geç öğrenilmesi dolayısıyla geç dava açılması halinde dava tarihindeki zarar dikkate alınabilir⁵⁵¹. ARMAĞAN’a göre Danıştay, sürekli olmayan zararlarda kural olarak zararın meydana geldiği tarihteki

⁵⁴⁷ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, ss. 738-739.; Gözler, s. 1275.

⁵⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, ss.1276-1277.

⁵⁴⁹ Onar, Cilt: III, s. 1756.

⁵⁵⁰ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, ss. 738-739.

⁵⁵¹ Akyılmaz, s. 199.

değer üzerinden tazminata hükmetmektedir⁵⁵². GÖZLER’e göre ise zararın hesaplanması bakımından maddi zararlar ile manevi zararlar bakımından ayırma gitmek gerekir. Buna göre manevi tazminat miktarı, mahkeme tarafından takdir edilir ve teknik olarak hesaplanması mümkün değildir. Mahkeme manevi zararı hüküm tarihi itibari ile takdiren belirler. Maddi zararların hesaplanması bakımındansa maddi zarar miktarının hüküm tarihi itibari ile hesaplanmasının mümkün olduğu durumlarda bu şekilde zarar hesaplanmalıdır ancak uygulamada bu genellikle teknik sebeplerden dolayı mümkün değildir. Taleple bağıllık kuralı gereğince mahkemeler zararın talep edilenden daha fazla olduğunu tespit etse dahi ancak talep edilen miktara hükmedebilir. Bu sebeple davacı, dava dilekçesinde talep ettiği zarar miktarını belirlerken, zararın meydana geldiği tarihi değil muhtemel hüküm tarihini dikkate almalıdır⁵⁵³. ÇAĞLAYAN’a göre maddi tazminatın hesaplanmasında hüküm tarihinin esas alınması gerekmektedir⁵⁵⁴.

III - TAZMİNATIN HESAPLANMASI

A . Manevi Tazminatın Hesaplanması

Manevi zararı kısaca tanımlamak gerekirse bir kimsenin haksız eylem nedeniyle duyduğu fiziksel acılar, ruhsal üzüntü ve bunalımlar, kişisel değerlere ve kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle yaşama biçiminde ortaya çıkan düzensizlikler, “yaşama duyulan bağıllığın azalması”, “yaşam sevincinin yitirilmesi” ve benzeri fiziksel veya psikolojik sarsıntılara maruz kalmak şeklinde tanımlamak mümkündür⁵⁵⁵. Zarar görenin uğradığı manevi zarar miktarının parayla ölçülmesi uğranılan zararın niteliği gereği esasen mümkün değildir. Bu sebeple aslında bu tür zararların hesaplanması mümkün olmayıp tazminat miktarının mahkemece takdir edilmesi söz konusudur⁵⁵⁶. Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1969 tarih ve E. 1968/33,

⁵⁵² Armağan, s. 320.

⁵⁵³ Gözler, s. 1278.

⁵⁵⁴ Çağlayan, s. 237.

⁵⁵⁵ Ergun Özsunay, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar” Kavramı ve “Manevi Zararın Giderimi”ne İlişkin Çözümler”, **Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, (Ed. İsmail Esin), Marmara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1-3, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, s. 483.; A. Kılıçoğlu, s. 425.

⁵⁵⁶ Gözler, s. 1278.

K. 1969/12 sayılı kararında da belirtildiği üzere manevi zararın tespiti, değerlendirilmesi ve zararın tazmin edilmesi niteliği gereği kendi içinde bir takım güçlükler barındıran özellikli bir sorundur. Bunun sebebi insanın manevi varlığına yapılan saldırının etkilerini ölçüye vurmanın imkânsızlığı ve uğranılan manevi zararın telafisinin pek de mümkün olmayışındandır⁵⁵⁷. Ancak uğranılan manevi zararın başka türlü giderilmesi yollarının bulunmaması ya da yetersiz kalması yargı yerlerini, manevi zararı parasal olarak belirlemeye zorlamaktadır⁵⁵⁸.

Öğretide SEROZAN'a göre eğer tazminat hukukunda manevi tazminat bugüne değin özel parantezler içerisinde ele alınarak zarar giderim programında ayrı bir köşeye yerleştirilmiş ise bunun doğrudan doğruya tarihsel ve toplumsal nedenlere bağlı, romantik, etik ve idealist önyargılarla bir bağlantısı vardır. Manevi tazminatın, gayri maddi niteliği, gönül âlemi ile yoğun bağlantısı, öznellik ve bireysellik gibi özellikleri nedeniyle kusursuz risk sorumluluğuyla, sorumluluk sigortasıyla, tüzel kişilikle, gayri mümeyyizlikle, hısımlık bağlarıyla, irat biçiminde ödemeyle, mirasçılara kayıtsız koşulsuz halefiyet ile ve serbestçe el değiştirebilirlikle bağdaşmaz. Yazara göre manevi tazminata ilişkin duygusal önyargılardan arındığımızda karşımıza çıkan somut gerçek şudur; “Kapitalist toplumdaki metalaşma sürecinin hukuki yapıdaki uzantıları, sadece maddi mal kavramının “gayri maddi mal” (sanat eseri, marka, patent, model, know-how, good-will, kazanma şansı) kavramıyla bütünleşip yeni yeni boyutlara kavuşmasından ibaret kalmıyor. Maddi olmayan kişi varlığı zararı (eşdeyişiyle manevi zarar) kavramı da giderek malvarlığı zararı (eşdeyişiyle maddi zarar) kavramı tarafından yutulup özümleniyor. Başka bir deyişle, manevi tazminat alanı maddi tazminatın istilasına uğruyor”⁵⁵⁹.

Manevi tazminatın anlamı, amacı ve işlevi öğretide tartışmalı bir konudur. EREN'e göre manevi tazminatın amacı zarar görenin şahıs varlığını oluşturan değerlerde iradesi dışında meydana gelmiş olan eksilmenin yani manevi zararın giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir⁵⁶⁰. Manevi tazminatın cezalandırma işlevi yoktur buna karşın zarar görene bir tatmin duygusu sağlamaya, onu yitirilen yaşama

⁵⁵⁷ 02.07.1969 Tarih ve 13238 Sayılı R.G.

⁵⁵⁸ Akyılmaz, s. 174.

⁵⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, (Ed. Turhan Esener), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, ss. 76-78.

⁵⁶⁰ Eren, Borçlar Hukuku, s. 364.

sevincine yeniden kavuşturmaya ve böylece zarar görende bir huzur duygusu yaratmaya yöneliktir⁵⁶¹. Ancak belirtmek gerekir ki ayırtım gücünden yoksun kişiler, tüzel kişiler ve kusursuz sorumluluk halleri göz önüne alındığında manevi tazminatın elem ve acıyı dindirmek, huzur ve tatmin duygusu yaratmak gibi amaçları sağlamaktan uzak olduğu söylenebilir. Ayrıca acı, üzüntü, öfke gibi duyguların kişiden kişiye değişmesi ve ölçülmesindeki olanaksızlık karşısında bu tür görüşlerin uygulamada yeri ve yararı olmadığı sonucuna varılmaktadır⁵⁶². SEROZAN’a göre dünyada hiçbir aletin dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntü ve bunalımın manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması yalnız akıl dışı değil aynı zamanda sakıncalıdır da. Manevi tazminatla onarılıp denkleştirilen, kişinin kişilik değerlerinde, maddi ve manevi bütünlüğünde uğradığı dolaysız ihlal zararı ve bireyselliğini geliştirme imkânından, sosyal hayatta yükselme şansında uğradığı dolaylı zararıdır. Böylesi bir kayıp da kişinin gönül âleminde değil nesnel dış dünyada gerçekleşir bu nedenle öznel, bireysel değer yargılarıyla değil, nesnel, ekonomik, mameleki, sosyal verilerle, ölçütlerle belirlenip çerçevelenir. Manevi zararın maddi zarar kadar kolay paraya çevrilememesi, matematik formüller ile saptanamaması onun parasal maddi denkleştirme programının bir parçası sayılmasına engel olmamalıdır. Manevi tazminatın denkleştirme programı içinde bir özelliği olacak ise bu özellik olsa olsa zararın olası görünerek kanıtlanamadığı ya da maddi tazminatın şu ya da bu sebeple somut olayda amacına ulaşamadığı durumlarda maddi tazminatı tamamlayıp, düzeltici yoksulluk nafakası benzeri “sosyal yardım” işlevine bağlı bir özellik olabilir. Ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzün isteyeceği bir sosyal yardım ya da rehabilitasyon parasına dönüştürülmelidir. Manevi tazminatın ayrıca ikinci bir işlevi daha olabilir ki bu da caydırıcılıktır⁵⁶³.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 09.02.1999 gün ve E. 1998/7491, K. 1999/843 sayılı kararında manevi tazminat miktarının belirlenmesinde zarar görenin tatmin duygusunun karşılanması gerektiği gibi bunun yanı sıra takdir edilen manevi tazminat miktarının zarar veren bakımından da caydırıcı olma özelliği taşıması gerektiğine karar verilmiştir⁵⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 23.06.2004 gün

⁵⁶¹ Özsunay, s. 489.

⁵⁶² Çelik Ahmet Çelik, “Can Zararları ve Tazminatın Ölçüsü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 3, 2005, s. 751.

⁵⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, ss. 82-88.

⁵⁶⁴ Kararın tam metni için bkz. **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 4, Yıl: 65, Ekim 1999, ss. 116-119.

ve E. 2004/291, K. 2004/370 sayılı kararında; “Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde, aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerle gidermesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir parça olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir.”⁵⁶⁵ denilerek manevi tazminatın caydırıcılık özelliğine vurgu yapılmıştır. Yargıtay’ın bu tutumu öğretide de olumlu karşılanmaktadır⁵⁶⁶.

Manevi tazminat miktarı belirlenirken bilirkişiden yararlanılmaksızın, münhasıran mahkemece tazminata karar verilmektedir. Danıştay kararlarının bazılarında, “davacı için takdiren lira manevi tazminata ...” hükmedildiği şeklinde ifadelerle yer verilerek manevi tazminat miktarının “takdiren” belirlendiği kararda açıkça belirtilmektedir⁵⁶⁷. Açılacak tam yargı davalarında talep edilen manevi tazminat miktarının her bir davacı için dilekçede ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Manevi tazminat davası açıldıktan sonra davacının ölmesi halinde davanın mirasçılar tarafından takibi mümkündür. Zarar nedeniyle duyulan acı ve elem ile bunun karşılığında talep edilen tazminat miktarı bir bütün olup bu sebeple tazminat miktarının bölünerek dava konusu yapılması veya fazlaya ilişkin hakkın saklı tutularak dava açılması mümkün değildir⁵⁶⁸. Manevi tazminata hükmedilirken göz önüne alınacak hususları ve tazminatın ne şekilde belirlendiğini aşağıda genel hatları ile incelemeye çalıştık.

⁵⁶⁵ Kararın tam metni için bkz. **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı: 22, Ekim 2004, ss. 2876-2881.

⁵⁶⁶ Çelik, manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak Yargıtay’ın 22.06.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda belirtmiş olduğu acı, üzüntü ve öfkeyi yatıştırma şeklindeki duygusal içerikli görüşleri terk ederek bunun yerine gerçekçi, nesnel, somut anlayış ve değerlendirmelere yöneldiğini belirterek bu durumu olumlu karşılamaktadır. Bkz. Çelik, s. 756.

⁵⁶⁷ Gözler, s. 1280.

⁵⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Orhunöz, **Tazminat Davalarında (Ölüm ve Bedeni Zararlar) Uygulama Sorunları**, Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1997, (Ölüm ve Bedeni Zarar), ss. 125-132.

1. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat

İdarenin eylemi nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında, ölenin yakını olan kişilerin uğradıkları manevi zararın tazmini için Danıştay, ölüm nedeniyle duyulan acı ve elemiden dolayı ve bu acı ve ızdırabın karşılığı olarak, yaşanan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmek amacıyla manevi tazminata hükmetmektedir. İdarenin kusurlu sorumluluğu esaslarına göre manevi tazminat miktarının belirlenmesinde olayın oluş şekli, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı, tazminat alacaklısının sosyal durumu ve statüsü etkili olmaktadır. Ancak idarenin kusursuz sorumluluğu esaslarına göre manevi tazminat miktarının belirlenmesinde idarenin kusurunun varlığı veya derecesinin her hangi bir önemi bulunmamaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde bugüne değin genellikle Borçlar Kanunu'nun nafaka ile ilgili hükümlerini uygulayan Danıştay ölüm nedeniyle belirlenecek manevi tazminatta kendi geliştirdiği ilkeleri uygulamaktadır⁵⁶⁹. Danıştay önüne gelen bir davada; "Tazminat hesabında aynı zamanda idare hukukunun özelliklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Adli yargıdaki kurallar, ancak genel hukuk kuralları olduğu oranda ve idare hukuku alanında uygulanabildikleri ölçüde uygulama alanı bulurlar. Bu itibarla Yargıtay'ın belli bir konuda verdiği kararın Danıştay'ı bağlayacağını..." düşünmenin mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir⁵⁷⁰. Ancak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmü gereğince her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda Borçlar Kanunu hükümlerinin ve sorumluluk hukuku ilkelerinin göz önüne alınarak karar verilmesi gerekmektedir.

Bir kimsenin ölmesi nedeniyle onun ölümünden ancak büyük acı, elem, ızdırıp duyan, yakınları manevi tazminat isteyebilir⁵⁷¹. BK. 56. md. Hükmü, eski BK. 47. maddeden farklı olarak "ölenin ailesi" kavramı yerine "ölenin yakınları" ifadesine yer vermiştir ki bu durum öğretide olumlu karşılanmaktadır. Ölenin

⁵⁶⁹ Akyılmaz, s. 207.

⁵⁷⁰ D. 12. DD. 13.12.1979 tarih ve E. 1978/1386, K. 1979/4784 sayılı karardan aktaran Akyılmaz, ss. 207-208.

⁵⁷¹ Özsunay, s. 490.

yakınları kavramı, ölenin yakınları kavramına göre daha geniş bir kavramdır. Ölen ile kan bağı ya da miras ilişkisi olmayan kişiler de bu kavrama dahil kabul edilmektedir. Bu noktada ölenin ölünceye kadarki manevi zararı ile ölüm nedeniyle ölenin yakınlarının uğradıkları manevi zararın tazmininde önemli bir fark vardır. Bu fark “ölenin manevi zararlarını talep hakkı mirasçılara ait olduğu halde, ölenin yakınlarının manevi zararını talep hakkı, bu zarara uğradığını kanıtlayan mirasçı dışındaki diğer yakınlarına aittir”⁵⁷².

Danıştay akrabalık ilişkisinin manevi tazminata hükmolunması için yeterli bir sebep olmadığını, bazı kararlarında açıkça belirtmektedir. Tazminat alacaklısının ölenle çok yakın kan ya da sıhrı hısımlı olmasına veya ölenin mirasından yararlanabilme koşullarını taşımasına gerek olmadığını belirterek ölenin kardeşleri ve üvey annesi lehine manevi tazminata hükmedebilmektedir⁵⁷³. AYİM de benzer yönde kararlar vermektedir. AYİM, aileyi “çekirdek aile” dışında büyük ebeveynleri de kapsayacak “geleneksel aile” olarak kabul etmekle birlikte meydana gelen ölüm olayı nedeniyle bu olaydan etkilenmiş hemen herkesin manevi tazminat isteme hakkı olmadığını, özellikle akrabaların az ya da çok acı duymasının doğal olduğunu belirterek sırf bu sebeple tazminat istenemeyeceğine karar vermektedir. Manevi tazminata karar verilmesi için duyulan acının niteliği ve süresi önemlidir. Tazminat isteminde bulunan kişinin tüm benliğini sarması ve onu derinden etkilemesi gerekmektedir. Ölen kişinin sırf akrabası olmak böyle bir acının duyulduğuna delil olmayacağı gibi manevi tazminat isteyen kişilerin acı, ızdırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaşta ve akli yeterlilikte olması da gerekmektedir⁵⁷⁴. AYİM, kardeşinin askerde iken öldürülmesi nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunan davacı kardeşin ileri derecede zeka geriliği olması nedeniyle kardeşinin ölümünden sonra acı, ızdırap ve elem duyamayacağını belirterek manevi tazminat istemini reddetmiştir⁵⁷⁵. AYİM önceleri manevi acıyı idrak etme yönünden çocuklar ile kardeşleri birlikte değerlendirmekte ve olay tarihinde küçük yaştaki çocuk ve kardeşlerin manevi acıyı idrak edemeyeceğini kabul etmekte iken daha sonra

⁵⁷² A. Kılıçoğlu, s. 430.

⁵⁷³ Akyılmaz, s. 208.

⁵⁷⁴ Akyılmaz, s. 208.; Özgüldür, Tam Yargı, ss. 358-359.

⁵⁷⁵ AYİM 2. Daire 01.05.1991 tarih E. 1990/393, K. 1991/147 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, s. 359.

çocuklar yönünden bu içtihadından vazgeçmiştir⁵⁷⁶. AYİM ölüm tarihinde henüz doğmamış olan çocuğun sonradan tam ve sağlam doğmak şartı ile hukuken kişilik kazanacağını göz önüne alarak babası askerde iken ölen çocuğun babasını dahi tanımak mutluluğundan yoksun kalması nedeniyle bütün yaşantısı boyunca bu eksiklik ve acıyı duyacağını kabul etmiştir. Çocuğun geleceğine yönelik bu manevi zararın giderilmeyişinin adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı olacağını belirterek manevi tazminata hükmetmiştir⁵⁷⁷. Kardeşler bakımından ise önceleri on yaşı doldurmamış kardeşlerin manevi acıyı idrak edemeyeceğini kabul ederek tazminat istemlerini reddetmekte iken zaman içerisinde bu içtihadını kısmen yumuşatarak yaş sınırını düşürmüştür⁵⁷⁸. Kardeşi öldüğünde beş yaşında olan davacıya manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir⁵⁷⁹.

2. Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat

BK. 56. madde, eski BK. 47. maddeden farklı olarak “bedensel bütünlüğün zedelenmesi” yani vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle manevi zararın tazmininde sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiyi değil ihlalin ağır olması koşulu ile “yakınlarının” da manevi zararlarının tazmin edileceğini hüküm altına almıştır. BK 56. madde hükmü gereğince vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin bizzat manevi tazminat talep edebilmesi için uğradığı bedensel zararın ağır olup olmamasının bir önemi yoktur. Bedensel bütünlüğe yönelik her saldırı ve zarar için manevi tazminat talep edilebilir. Buna karşılık saldırıya uğrayan kişinin yakınlarının manevi tazminat talep edebilmesi “ağır bedensel zarar” koşuluna bağlanmıştır. Yasa koyucu her bedensel bütünlüğe yönelik zarar için yakınlarına manevi zararın tazminini talep hakkı vermemiş, bunu bedensel zararın ağır olması koşuluna bağlayarak bir anlamda zorlaştırmıştır. Bu hükümle sadece ölüm halinde kabul edilen yansıma yoluyla zararın tazminini ölümle sonuçlanmayan bedensel zararlar için de kabul edilmiştir. Böylece, mahkemelerin bu tür zararların yansıma yoluyla değil “duygusal ve

⁵⁷⁶ Özgüldür, Tam Yargı, s. 359.

⁵⁷⁷ AYİM 2. Daire 18.10.2000 tarih 522/631 sayılı karardan aktaran Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 737.

⁵⁷⁸ Özgüldür, Tam Yargı, s. 359.

⁵⁷⁹ AYİM. 2. Daire 03.10.2001 tarih E. 640/688 sayılı karardan aktaran Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 735.

toplumsal değerlerin ihlali” şeklindeki zorlama bir yorum ve gerekçeyle verdikleri tartışmalı kararların önüne geçilmiştir⁵⁸⁰.

Söz konusu düzenleme 01.07.2012 tarihi itibari ile yürürlüğe girdiğinden bu tarihten sonra açılacak olan her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar bakımından uygulanacaktır. BK. 56. madde hükmünün yürürlüğe girmesinden önce idari yargıda, vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle manevi tazminatın hangi esaslardan hareketle belirlendiğine kısaca değinmek istiyoruz. Çünkü manevi tazminatı talep hakkı ve zararın niteliği bakımından aralarında önemli bazı farklar vardır. Vücut bütünlüğünün ihlali her zaman manevi tazminat ödenmesini gerektirmemektedir. Manevi tazminata karar verilebilmesi için vücut bütünlüğüne yönelik zarar nedeniyle sağlığı tehlikeye düşen kişinin bu sebeple ağır ruhsal bunalım ve üzüntü yaşaması gerekmektedir. Uğranılan bedensel zarar basit tıbbi bir müdahale ile giderilebiliyorsa manevi tazminat ödenmesi gerekmez. Manevi tazminat miktarı belirlenirken; zarar görenin yaşadığı ağır ruhsal bunalım ve üzüntünün yoğunluk derecesi ve bunun uzun süre devam edip etmediği, zarar nedeniyle uzun süre tedavi olmak zorunda kalıp kalmadığı, tedavi nedeniyle ayrıca maddi bir kayba uğrayıp uğramadığı, mesleki faaliyetini yapamayacak duruma gelmiş ise eğer zarara uğramamış olsa idi mesleğini daha ne kadar sürdürebileceği, uğradığı işgücü kaybı ve ekonomik kaybın ne oranda olduğu gibi davaya özgü diğer somut durumlar göz önüne alınarak manevi tazminat miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Estetik zarar olarak nitelenen ve genellikle yüzde ya da vücudun görünür bir yerinde kalıcı izler bırakan vücut zararları iş kaybı olarak değerlendirilmediği ve maddi tazminat ödenmediğinden bu tür zararlar ancak manevi tazminatın denkleştirme işlevi ile giderilebilecektir. Belirlenen tazminat miktarının zarar görenin duyduğu acı, elem ve ızdırabın kısmen de olsa giderilmesini sağlayacak nitelikte ve duyulan acı, elem ve ızdırıp ile orantılı olması da gerekmektedir⁵⁸¹. Vücut bütünlüğü zarara uğrayan kişinin anne-babası, çocukları ve

⁵⁸⁰ A. Kılıçoğlu, ss. 428-430.

⁵⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyılmaz, 211.; Özsunay, s. 491.; Çelik, ss. 755-765. A. Kılıçoğlu bu görüşleri paylaşmamaktadır. Yazara göre bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin bizzat manevi tazminat talep etmesi halinde uğradığı bedensel zararın ağır olup olmamasının bir önemi yoktur. Saldırıya uğrayan kişi bedensel bütünlüğüne yönelik her saldırı ve zarar için uğradığı manevi zararın tazminini talep edebilir.

ya kardeşleri bu durum nedeniyle büyük bir acı, elem ve ızdıraba maruz kalmışsa bu kişiler de manevi tazminat isteyebilir. Vücut bütünlüğüne yönelik zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi haller de girmektedir⁵⁸². AYİM, silahlı çatışmada vurularak boyundan aşağısı felç olan davacı erin, vücut fonksiyon kayıp oranının % 100 olması ve cinsel gücünü yitirmesi karşısında davacı ile birlikte eşinin de doğrudan manevi zarara uğradığını kabul ederek manevi tazminata hükmetmiştir⁵⁸³. Askeri bir operasyonda sakatlanarak felç olan erin cinsel fonksiyonunu yitirmesi nedeniyle eşi yönünden yansıma yolu ile değil doğrudan uğranılan bir manevi zarar olduğunu kabul etmiştir⁵⁸⁴.

Görüldüğü üzere BK. 56. maddeye göre bedensel bütünlüğe yönelik her saldırı ve zarar için saldırı veya zararın ağır olup olmadığına bakılmaksızın zarara uğrayan lehine tazminata hükmedilebilecek iken idari yargıda benimsenen önceki uygulamalarda manevi tazminatın ödenmesi saldırının ve zararın ağır olmasına ve zarara uğrayanın duyduğu acı, elem ve ızdırabın niteliğine bağlıydı. Yakınların uğradığı zararların tazmini konusunda da sadece ölüm halinde değil ağır bedensel zararlar nedeniyle yakınlarla manevi tazminat talep hakkı doğmuştur. Zararın yansıma yoluyla meydana gelmiş olması gerekmemektedir.

3. Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat

Kişilik hakları pek çok kişilik değerinden oluşur. Bu değerler arasında bulunan kişisel, cinsel, siyasal özgürlükler, namus, şeref-haysiyet, isim ve resim üzerindeki haklar, ticari-mesleki-sosyal saygınlığa yönelik saldırılar nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilir⁵⁸⁵. EREN'e göre kişilik hakları hukuki korumanın konusunda göre değişmektedir. Hayat hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü, cinsel özgürlük gibi hak ve özgürlükler "maddi kişilik değerleri", toplumsal ilişkiler, aile

⁵⁸² Vücut bütünlüğüne yönelik zarar konusundaki örnek Yargıtay kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Orhunöz, "Ölüm ve Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2, Nisan 1999, (Manevi Tazminat), ss. 43-46.; Çelik, ss. 753-755.

⁵⁸³ AYİM. 2. Daire 13.11.1996 tarih 78/1059 sayılı karardan aktaran. Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 742.

⁵⁸⁴ AYİM. 2. Daire 06.05.1998 tarih 255/364 sayılı karardan aktaran Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 738.

⁵⁸⁵ Maddi nitelikte olmayan kişisel değerler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. A. Kılıçoğlu, ss. 430-433.

birliği gibi değerler “duygusal kişilik değerleri” ve son olarak şeref, haysiyet gibi “sosyal kişilik değerleri” şeklinde ayrıma tabi tutulabilir⁵⁸⁶.

Kişilik haklarına yönelik zararlar nedeniyle Danıştay, manevi tazminata karar verirken zararın niteliğini de göz önüne alarak “ağır hizmet kusurunun” varlığını aramaktadır. Uğranılan manevi zarar, idarenin “hizmet kusurunun” olmadığı, idarenin hukuka uygun idari işlem veya eylemleri gibi idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumlar nedeniyle ortaya çıkmış ise manevi tazminat talepleri reddedilmektedir⁵⁸⁷. ÖZSUNAY, ğretideki kusursuz sorumluluk durumlarında kişilik haklarına tecavüzler bakımından BK. da bir “boşluk” bulunduğu yönündeki görüşlere katıldığını belirterek kanundaki bu boşluğun “yargıcın hukuk yaratması” yolu ile doldurulmasını nermektedir⁵⁸⁸.

İdarenin hizmet kusurunun yol ağtığı kişilik değerlerindeki zararın giderilmesi konusunda idari yargı yerleri hizmet kusurunun ağırlık derecesini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, zarara neden olan idari eylemin niteliğini ve sonuçlarını göz önüne almaktadır⁵⁸⁹. Yargıtay da bu konuda benzer bir uygulama içerisindedir. Yargıtay 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda kişilik haklarına yönelik manevi zararlar bakımından kusursuz sorumluluk durumlarında manevi tazminat verilemeyeceğini çünkü “kusurun özel ağırlığı” şartının gerçekleşmesi için failin sadece kasten değil fakat “ağır kusurla” hareket ettiği durumların da anlaşıldığına vurgu yaparak kusursuz sorumluluk durumlarında manevi tazminata karar verilemeyeceğini açıkça belirtmiřtir⁵⁹⁰.

4. Mala Yönelik Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat

Mala yönelik zararlar, zarar görenin manevi değerlerinde bir eksilmeye, kişinin yaşama bağlılığında azalmaya veya yoğun acı ve ızdırap gibi duygular yaşamasına neden olmuş ise bu durumda manevi tazminata hkmedilebilir⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Hukuku, ss. 388-389.

⁵⁸⁷ Akyılmaz, ss. 213-214.

⁵⁸⁸ Özsunay, s. 491.

⁵⁸⁹ Esin, s. 453.

⁵⁹⁰ Özsunay, s. 491.

⁵⁹¹ Akyılmaz, ss. 214-215. Esin ise kişilik haklarına konu olmayan sıradan maddi bir eşyaya yönelik saldırı veya zararın kural olarak manevi zarar doğurmayacağı görüşündedir. Bkz. Esin, s. 453.

B. Maddi Tazminatın Hesaplanması

Maddi tazminat, bir kişinin malvarlığında onun iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, azalmanın karşılanması amacıyla zararı tazminle sorumlu kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri kapsamaktadır. Maddi tazminatın amacı zarara neden olan olay meydana gelmemiş olsaydı zarar görenin malvarlığı hangi durumda olacak idi ise o durumu maddi değeri itibarı ile yeniden kurmaktır⁵⁹². Tazminatın üst sınırını uğranılan zarar oluşturur. Ancak bundan tazminat miktarının zarar miktarı ile eşit olduğu şeklinde bir anlam çıkarılamaz. Bundan çıkan sonuç tazminatın her zaman zararı karşılamaması zararın altında bir miktar olabileceğidir. Tazminat davasındaki birinci aşama zararın hesabı ikinci aşama ise tazminatın hesaplanmasıdır. Tazminatın hesaplanmasında varsa indirim sebepleri göz önüne alınacaktır⁵⁹³.

İdari yargıda zararın tazmininin sadece para ile olabildiğini, idarenin “aynen ifa” ile tazmine zorlanamayacağını daha önce belirtmiştik. İdari yargıda maddi zararların ne şekilde tazmin edileceğine dair açık bir hüküm bulunmadığından BK’nın maddi tazminata ilişkin hükümlerinden ve adli yargının konuya ilişkin içtihatlarından yararlanılmış, Danıştay uygulaması da bu yönde olmuştur. Ancak 04.02.2012 tarih ve 27836 sayılı R.G.’de yayınlanan 6098 Sayılı yeni “Türk Borçlar Kanunu’nun” 53, 54 ve 55. maddelerinde⁵⁹⁴ yapılan düzenlemelerde ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle meydana gelen zararların kapsamı belirlenmiş ve idari işlem ve eylemler nedeniyle idarenin tazminle sorumlu olduğu bu tür zararlar için bu kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

⁵⁹² Akyılmaz, ss. 171-172.

⁵⁹³ A. Kılıçoğlu, s. 410.

⁵⁹⁴ “Madde 53 : Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri., 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar., 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.”

“Madde 54: Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri, 2. Kazanç kaybı, 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”

“Madde 55: Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”

Maddi tazminatın konusunu oluşturan mala ilişkin zararlar, kişinin sahip olduğu menkul ve gayrimenkul malların zarara uğraması, değerinin azalması veya kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade etmektedir. Fiili zarar veya yoksun kalınan kâr şeklinde görülebilecek bu zararların tazmini maddi tazminat niteliğindedir. Ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalmalar yani kişiye verilen zararların tazmini de maddi tazminat kapsamında değerlendirilmektedir. Ölüm nedeniyle maddi tazminat; ölümden önce yapılan tedavi masrafları, cenaze ve defin masrafları ile destekten yoksun kalma tazminatını kapsamaktadır. Beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle maddi tazminat ise tedavi masrafları ile çalışma gücünün azalması veya tamamen yok olmasından kaynaklanan zararların tazmini kapsamaktadır⁵⁹⁵.

Maddi tazminatın tazmini ve kapsamı konusunda Danıştay'ın geliştirdiği ve kararlarında vurguladığı bazı ölçütler bulunmaktadır. Bu ölçütlerden biri zarara uğrayanın “gerçek zararının” tespit edilerek, bu zararın tazmin edilmesi esastır. Bundan anlaşılması gereken şudur; sadece bir ihtimal olarak düşünülebilecek zararlar “gerçekleşmiş” veya “gerçekleşmesi kesin zarar” niteliğinde sayılamaz. Yani ortada mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün bir zarar olmalıdır. Zarar doğmuş olmalıdır. Çünkü ihtimale dayanan zararlar tazminatın konusu olamaz. İhtimalin varlığı idarenin tazminat ödemesini gerektirecek yeterli bir hukuki sebep teşkil edemez. Gerçekleşmiş zarar olay anında, maddi dünyada doğmuş zarar ile zarara neden olan olayın uzantısı olarak ileride doğması kesinlik taşıyan zararlardır. Gerçekleşmiş zarar ile muhtemel zarar ayrımını aralarında kesin çizgiler çizerek değil koşulların izin verdiği ölçüde birbirini tamamlayan, ikincisini birincisinin uzantısı ve ileriye yansması olduğunu göz önüne alarak yorumlamak gerekir⁵⁹⁶.

GÜRAN, maddi zarar miktarı tespit edilirken Danıştay'ın başvurduğu objektif kriterleri şöyle özetlemektedir; zarar görenin gelir vergisi beyannameleri ve geçmiş yıllara ait defterleri, mal stok bildirimleri, eskime payları, o çaptaki ticarethanenin kasa mevcudunun ne olması gerektiği, evde ve araçta meydana gelen değer kaybı olup olmadığı, ölüm nedeniyle ileride yoksun kalınan yardım ve iâşe

⁵⁹⁵ Maddi tazminatın konusunu oluşturan zararlar hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, Tazminat Miktarı, ss. 153-154.

⁵⁹⁶ Maddi tazminatın kapsamına ilişkin olarak Danıştay'ın kararlarında vurguladığı ve geliştirdiği ölçütler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Esin, ss. 199, 315, 391.; Güran, Tazminat Miktarı, ss. 155-158.

miktarı, çalışma gücünde meydana gelen sakatlık sebebiyle meydana gelen kayıp yüzdesi, rayiç ücret, aylık ve fiyatlar. Maddi zarara hükmedilebilmesi için ayrıca uğranıldığı öne sürülen maddi zararın, hukuken kabul edilir, gerçek zararın tayinine yeterli biçimde ve inandırıcı belgelerle ortaya konulması da gerekmektedir. Olayın ve zararın niteliğine göre bu belgeler, hastane ve sağlık kurulları kayıt ve raporları, tedavi giderlerini gösterir makbuzlar, gelir vergisi beyannameleri, stok bildirimleri, ticaret ve sanayi odalarından alınan çeşitli belgeler olabilecektir. Zararın bu şekilde belgelenemediği durumlarda tazminat talebi reddedilecektir⁵⁹⁷.

1. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat

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

a. Cenaze Giderleri

BK 53. maddede cenaze giderlerinin neler olduğu açıkça belirtilmemiştir. Ancak cenaze giderlerinin; defin, taşıma, mezar yeri, dini tören, ölüm ilanı giderleri, otopsi için yapılan masraflar ve yemek harcamaları gibi diğer birtakım harcamaları da kapsadığını söyleyebiliriz. Cenaze masraflarının tazminat alacaklıları dışında, karşılıksız olarak üçüncü kişiler tarafından veya belediye gibi bazı kamu hukuku tüzel kişilerin karşılanması durumunda bu giderlerin tazminat alacaklılarının karşıladıkları cenaze gideri olmaması nedeniyle artık tazmini talep edilemeyecektir⁵⁹⁸.

Danıştay ölenin hastane, nakil ve defin giderlerinin tazminine karar vermektedir⁵⁹⁹. Bu giderlerin tazmin edilmesi için belgelenmesi gerekmektedir. Ancak ölenin yakınlarının mezarda parayla hocaya dua okutmak, lokma dağıtmak

⁵⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, Tazminat Miktarı, ss. 160- 161.

⁵⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 95-99.

⁵⁹⁹ Bkz. Esin, s. 81.

gibi dini inanç, örf ve adetler gereği yaptıkları ve belgeleyemedikleri bazı harcamaları da olabilmektedir. Belgelenemeyen bu tür zararlar için uygulamada mahkemelerin müftülüklerden görüş alarak harcama miktarını tespit ettikleri görülmektedir⁶⁰⁰. Cenaze ve defin giderlerin ölenin ekonomik, sosyal durum ve dini inançlarına uygun olması gerekir⁶⁰¹.

b. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

İdarenin eylemi nedeniyle ölenin, desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararların idarece tazmini gerekmektedir. Ölüm olayı nedeniyle uğranılan maddi zarar, ölenin desteğinden yoksun kalma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Desteği kısaca tanımlamak gerekirse destek; zarar gören kişiye fiilen ve düzenli olarak bakan veya ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişi olarak tanımlanabilir⁶⁰². Hukuki bir terim olarak destek kavramı İsviçre Borçlar Hukuku'na aittir. “Destek” teriminin iki ayrı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Bunların ilki; “eğer ölmeseydi geride kalanlara yardımda bulunacak olan kişiyi” ifade etmekte olup ikinci anlamı ise “destek olan kişinin yaptığı ve ileride yapacağı yardımları” ifade etmektedir. BK 53. maddede geçen “destek” sözcüğü ile “yardımda bulunan kişi” değil “yapılan yardımlar” ifade edilmekte olup “destek” terimi ilk kez bu madde ile kanunlaşmış olmaktadır.

Desteği; “gerçek destek”, “farazi destek” ve “kanuni destek” olarak üç gruba ayırmak mümkündür. Ölüm anında başkasına fiilen ve düzenli olarak bakan kişiye “gerçek destek” denilir. Gerçek destek yaptığı düzenli ve devamlılık arz eden yardımlarla bir kimsenin geçimine katkıda bulunarak onun yardıma muhtaç hale düşmesini engelleyen kişidir. Farazi destek, ölmeseydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir. Bir başka ifade ile ölüm anında herhangi bir yardımda bulunmadığı halde ileride hal ve şartlara göre bakım gücüne kavuşarak fiilen ve düzenli olarak başkalarına bakacağı kabul edilen kişidir. Kanuni destek ise gerçek ve farazi desteğe üst bir kavram olup bazen ikisini birden kapsayabilir. Kanuni destek başkalarına bakmakla kanunen yükümlü olduğu için fiilen bakmasa

⁶⁰⁰ Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 99.

⁶⁰¹ Eren, Borçlar Hukuku, ss. 331-332.

⁶⁰² Akyılmaz, ss. 188-189.

dahi yine de destek sayılmaktadır. Örneğin bir anne hem gerçek bir destek hem de kanuni destek olabilir. Anne çocuklarına ve eşine kanunen bakmakla yükümlü olduğundan onlara hiçbir yardımda bulunmasa dahi bakım hakkına sahip kişiler aile hukuku hükümlerine göre tazminat hakkına sahiptir. Desteğin yardımda bulunduğu kişiler için öğretide, “desteklenen” teriminin de kullanıldığı görülmekte olup ancak kavramı daha iyi yansıtması nedeniyle bu kişiler için “destek gören” teriminin kullanılması daha uygundur⁶⁰³.

Destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 53. maddede kimlerin destek, kimlerin destek gören olarak kabul edildiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Bu kişilerin tespiti somut olayın özellikleri, hal ve şartlara göre değişkenlik göstereceğinden kesin bir çerçeve çizmek esasen mümkün değildir. Bu hususların kanunda yazılı olmayışının kanun yapma tekniğine uygun olduğu söylenebilir. Ancak bu hususların tespitinde madde metninin amaçsal bakımdan yorumlanması gerekmektedir. Amaçsal yorum metodundan hareketle ölüm olayı nedeniyle destek ve destek görenlerin kapsamının geniş olduğu söylenebilir⁶⁰⁴.

Destek gören kişileri de başlıca üç grup altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki desteğin sağlığında ondan maddi yardım gören kişilerdir. Bu kişiler ile destek arasında kanuni bir ilişkinin olması şart değildir. Desteğin sağlığında ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yardımda bulunduğu herkes destek gören olarak değerlendirilir. İkinci gruptaki kişiler ise desteğin sağlığında ondan yardım görmemekle birlikte kanunen bu hakka sahip olan kişilerdir. Desteğin çocuğu, anne, babası, desteğin sağlığında yardım görmemekle birlikte bir gün ihtiyaç içerisine düşecek olursa tazminat hakkına sahip olan kişilerdir. Üçüncü gruptaki kişiler ise destekten ileride yardım görecektir olan kişilerdir. Bu kişiler ile destek arasında hukuki bir bağ bulunmaktadır. Çoğu zaman aile hukukuna dayanan bu ilişki nişanlılık veya evlilik nedeniyle olabilmektedir. Destek olan nişanlı ölmeyen önce nişanlısına bakmakla yükümlü değildir ancak ölmemiş olsaydı evlilik gerçekleşeceği ve eşine bakmakla yükümlü olacağından bu kişilerin de tazminat hakları bulunmaktadır. Ölüm anında muhtaç durumda olmayan eş ve çocukların ileride

⁶⁰³ Destekten yoksun kalma tazminatı hakkında kabul edilen sistemler, terminoloji ve destek tipleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. K. Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, ss. 41-43, 98-102.

⁶⁰⁴ Gökyayla, s. 66.

yardıma ihtiyaç duyacakları anlaşılırsa bu kişiler de tazminat talep edebilirler. Bu gruptaki kişilerin kapsamı kural olarak kanuni bakım ilişkisine göre belirlenir⁶⁰⁵.

Destekten yoksun kalma tazminatı, destek görenlerin talep edebileceği bir hak ve yansıma yolu ile uğranılan bir zarar niteliğindedir. Bu hak ölen kişiden intikal etmeyip doğrudan doğruya destek görenlerin kişiliklerinden kaynaklanan asli ve bağımsız bir haktır. Destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilmek için daha önce de belirttiğimiz üzere desteğin mirasçısı, kan hısımları veya aile üyelerinden biri olmak gerekmez. Destekten yoksun kalan kişi desteğin mirasçısı olup mirası reddetse dahi destekten yoksun kalma tazminatını yine de talep edebilir. Ancak desteğin kanuni mirasçısı olup da hakkında mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma sebebi olan kişilerin tazminat hakkı ortadan kalkacaktır. Mirasçı olmadığı halde destek gören sıfatını taşıyan kişiler bakımından da haklarında desteğe karşı mirastan yoksunluk sebepleri var ise veya desteğe karşı mirasçılıktan çıkarmayı gerektirir bir fiilde bulunmuş iseler bu kişiler de destekten yoksun kalma tazminatını talep edemeyecektir⁶⁰⁶.

Destekten yoksun kalma zararı aynı zamanda farazi nitelikli bir zarardır. Farazi zararlar daima müstakbel zarar niteliğindedir. Bu zararların tespiti ve hesaplanması niteliği gereği oldukça zordur. Destekten yoksun kalma tazminatında hesaplanan, desteğin ölümü olmayıp desteğin ölümü nedeniyle destekten görülecek olan yardımın ortadan kalkması nedeniyle uğranılan zararlardır. Yansıma yolu ile uğranılan zarar ancak kanunen imkan tanınan hallerde ve kanuni kapsama dahil olan kişilerce talep edilebilir⁶⁰⁷.

Destek görenler sadece yoksun kaldıkları yararları tazminat olarak talep edebilirler. Desteğin yardımı sadece parasal olarak değerlendirilemez. Desteğin hizmet edebilme güç ve kabiliyeti de para ile ifadesi mümkün olan mali bir yardımdır⁶⁰⁸. Örneğin çocuğun evde ailesine yardımcı olması, her türlü hastalık ve sıkıntılarında ailesine yardımda bulunması, desteğin maddi yardımı olarak kabul

⁶⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 43, dn. 195.

⁶⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, ss. 45- 46.

⁶⁰⁷ Gökyayla, ss. 54, 60-61. “Ölüm zararı”, “tam bütünlük zararı” ile “destekten yoksun kalma zararının” niteliği hakkında ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, “Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 4-5.

⁶⁰⁸ Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 103-105.

edilmektedir. Maaş ve ücret karşılığı her hangi bir işte çalışmayıp sadece kendi evinin işlerini gören bir kadının ölmesi nedeniyle de yakınları destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Çünkü kadının ölmesi nedeniyle destek görenler ev işlerini ücret karşılığı yaptırmak zorunda kalarak zarara uğrayabilmektedirler. Eşlerden biri boşanmaya rağmen eski eşe kendi isteği ile nafaka ödüyor veya mahkeme tarafından nafakaya hükmedilmiş ise desteğin ölümü ile bu kişi de maddi zarara uğradığından tazminat hakkının olduğu kabul edilmektedir. Aralarında evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşayan çiftlerden birinin ölümü nedeniyle somut olayın özelliklerine göre diğeri de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. İsviçre ve Alman Hukuku'nda aynı cinsten iki kişinin birlikteliği örneğin kadının bir başka kadınla, erkeğin bir başka erkekle olan birlikteliği yasal olarak kabul edildiğinden bu tür birlikteliklerde sağ kalan tarafın tazminat talep hakkı bulunmakta iken Türk Hukuku bakımından bu tür birliktelikler ahlaka aykırı kabul edildiğinden tarafların tazminat hakkı olmadığı düşünülmektedir⁶⁰⁹.

Kardeşlerin durumuna gelince kardeşler kural olarak birbirlerine bakmakla yükümlü değildir. MK 364. maddeye göre bir kardeşin diğesine nafaka vermekle yükümlü olması ancak kendisinin refah içerisinde olmasına bağlıdır. Kural bu olmakla birlikte ölen kardeş hayattayken diğesine düzenli olarak yardımda bulunup destek oluyor ise bu durumda hayatta kalan kardeşin tazminat hakkı vardır. Böyle bir durumda MK 364. maddede öngörülmüş olan refah içerisinde olma şartı gözetilmeyecektir⁶¹⁰.

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

⁶⁰⁹ Gökyayla, s. 121.

⁶¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 102-114.; Gökyayla, ss. 108-138. AYİM'in ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin örnek kararlar için bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, ss. 724-733. Yargıtay kararları için bkz. Çelik, ss. 743-746.

yandan desteğin bakım gücüne sahip olması, bakmanın ahlaka aykırı bir amaç taşıyor olması da gerekmektedir⁶¹¹.

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

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

Tazminat kapsamındaki tedavi giderleri doktor, hemşire, hasta bakıcı, ameliyat, tıbbi sarf malzemesi, refakatçi ücreti, tedavi için mecburi olarak yapılan konaklama, kaplıca, ambulans ve benzeri diğer harcamalardır. Tedavi giderlerinin sadece dosyadaki belgelere bağlanması şart değildir. Tedavi giderlerinin tayin ve tespiti amacıyla gerektiğinde mahkeme tarafından bilirkişi incelemesi de yapılmalıdır. Yapılan tedavi masraflarının belgelenememesi nedeniyle talebin reddi doğru değildir. Ayrıca tedavi giderlerinin resmi sağlık kurumlarının tarifesi üzerinden hesaplanması da zorunlu değildir. Çünkü söz konusu tedavi giderleri ölenin malvarlığında azalmaya neden olduğundan ve maddi tazminatla gerçekleşmiş bu zararların giderilerek malvarlığının önceki haline getirilmesi amaçlandığından özel sağlık kuruluşlarında yapılmış olan tedavi giderlerini destek alacaklıları talep edebilecektir⁶¹². Yurt dışında yapılan tedavi giderlerinin de karşılanması gerekmektedir. Tedavi giderinin ancak yapıldıktan sonra istenebileceğine dair bir

⁶¹¹ Bakma unsuru hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, ss. 102-108.

⁶¹² Tedavi giderleri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 117-119. Tedavi giderlerinin tazmini konusundaki örnek AYİM kararları için bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, ss. 710-716.

kural olmadığından o güne değin yapılmamış olsa dahi ileride yapılması kuvvetle muhtemel olan harcamalar için de dava açılması mümkündür⁶¹³.

İhlale neden olan idari eylem ile ölüm olayı arasında belli bir süre geçmiş ve destek hayatta iken bu süre içerisinde hastalığı nedeniyle hiç çalışmamış veya çalışma gücünde bir azalma meydana gelmiş ise söz konusu bu zararların da tazmini gerekir. Ölen kimse ölümle şahıs olmaktan çıktığı için zarar, mirasçılar ve destek görenler için söz konusu olacaktır. Ölen kişinin ölümünden önce doğan tazminat isteme hakkı ölümü üzerine mirasçılara ve destek görenlere geçmektedir⁶¹⁴. Çalışma gücünün kaybı ve fazladan efor harcanması nedeniyle uğranılan zararları aşağıda vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle maddi tazminat bölümünde ayrıca ele alacağımızdan şimdilik buraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

2. Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Maddi Tazminat

Vücut bütünlüğüne yönelik zararlar, zarar görenin fiziksel bütünlüğünün bozulması, fiziksel aktivitesinin azalması ya da akıl sağlığı açısından zarara uğramasını ifade eder⁶¹⁵. Vücut bütünlüğüne yönelen bu tür zararlar için “cismani zarar” terimi de kullanılmaktadır⁶¹⁶. “Cismani zarar” terimi ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi kastedilmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar ise bu ihlal nedeniyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalmaları ifade etmektedir⁶¹⁷. Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle tazmin edilecek zararlar için 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 54. maddede “Bedensel Zarar” ifadesi kullanılmıştır. Hem fiziki varlığın ihlalini hem de ruh sağlığının ihlalini kapsayan bu tür zararlar için “vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararlar; organların fonksiyonlarını olması gerektiği şekilde yerine getirememesi, kol ve bacak kırıkları,

⁶¹³ Şahin, Gültaş, s. 477.

⁶¹⁴ Oğuzman, Öz, s. 563.

⁶¹⁵ Akyılmaz, s. 187.

⁶¹⁶ Örneğin 818 Sayılı (Mülga) Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde “Cismani bir zarara duçar olan kimse, külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.” hükmüne yer verilerek vücut bütünlüğüne yönelik zararlar için “cismani zarar” terimi kullanılmıştı.

⁶¹⁷ Oğuzman, Öz, s. 557.

vücudun çeşitli yerlerinde meydana gelen yaralanma ve yanıklar, görme-duyma vb. yetilerin kaybı, sinir bozuklukları veya sahip olunan güzelliğin bozulması gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir⁶¹⁸. Bir eylem kişinin, hem fiziki varlığının ihlaline hem de ruh sağlığının ihlaline yol açabilir. Örneğin bir kişinin yüzünün yanması olayı onun hem fiziki hem de ruh sağlığının ihlaline yol açabilir. Kişinin kullandığı ve vücuduna kalıcı şekilde takılmış protez organlar üzerinde de kişilik hakkı olduğu görüşüne paralel olarak bu tür organlara verilen zararların da vücut bütünlüğüne yönelik zarar olarak kabulü mümkündür⁶¹⁹.

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

a. Tedavi Giderleri

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğranılan zararların tazmininde amaç zarar görenin mal varlığında meydana gelen azalmayı karşılamaktır. Bu sebeple vücut bütünlüğünü, eski hale getirmeyi yani iyileştirmeyi sağlamak, hastalık ve sakatlığın artmasını önlemek üzere yapılan tedavi masraflarının da tazmini gerekmektedir⁶²⁰. BK. 54. maddede tedavi giderlerinin karşılanması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

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

⁶¹⁸ Akyılmaz, s. 187.; Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 116.

⁶¹⁹ Oğuzman, Öz, s. 558.

⁶²⁰ Oğuzman, Öz, s. 558. Tedavi giderlerinin tazmini konusunda AYİM’in yaklaşımı için bkz. Özgüldür, Tam Yargı, ss. 341-342. AYİM’in tedavi giderlerine ilişkin örnek kararları için ayrıca bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, ss. 710-716.

b. Kazanç Kaybı

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

Vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi, hükmün verileceği tarihe kadar olan kazanç kaybını ispat etmelidir. Kazanç kaybının hesaplanmasında, ücretli kişilerin mahrum kaldıkları maaşların yanı sıra almakta oldukları yan ödemeler de göz önünde bulundurulmaktadır. Zarar gören çalışabilmiş olsaydı yararlanabileceği ücret artışları da yine bu kapsamda değerlendirilir⁶²¹.

Burada ihlal nedeniyle kişi sakatlanmamıştır. Ancak belli bir süre iş yapamadığından veya yaptığı işin verimi düşük olduğundan zarara uğramaktadır. İş göremezlik, zaman içerisinde derece derece azalabilir. Kazanç kaybının değerlendirilmesinde, olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında davacının ne kadar süre iş yapamadığının araştırılarak eğer iş yapabilmiş olsaydı elde edeceği kazanç miktarı tespit edilerek tazminata karar verilmelidir⁶²².

c. Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar gören daimi bir şekilde çalışma gücünü yitirmiş veya çalışma gücü azalmışsa uğranılan zararın tespiti son derece güçtür. İhlal nedeniyle hükmedilecek tazminat miktarı belirlenirken zarara uğrayanın

⁶²¹ Oğuzman, Öz, s. 559.

⁶²² Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 119. Yazar bu sürelerin tespitinde muğlak olsa da fikir vermesi açısından “Mutad İştigal (Adli Şifa) Sürelerini Gösterir Cetvel’den” yararlanılabileceğini belirtmektedir. Cetvel için bkz. ss. 444-451.

vücut bütünlüğü ihlal edilmemiş olsaydı elde edeceği yıllık kazanç miktarı, ihlal nedeniyle çalışma gücünde meydana gelen azalma oranı, zarar görenin muhtemel çalışma ve yaşam süresi ayrıca ileri başka bir iş yapmasının mümkün olup olmadığı gibi bir takım kriterler nazara alınarak tazminat miktarı buna göre belirlenmektedir⁶²³.

Bunun için öncelikle zarar görenin ihlal öncesindeki çalışması karşılığında elde ettiği gelirin tespiti gerekir. Eğer zarar görenin belirli bir işi yoksa bu durumda yaşadığı çevre ve ekonomik durumu nazara alınarak yaklaşık gelirin belirlenmesi gerekmektedir⁶²⁴. Zararın tespitinde zarar görenin ihlal sırasındaki yıllık kazanç miktarı esas alınarak kazancında meydana gelebilecek artma ihtimalleri de göz önünde bulundurulur. Öğrenci olması veya yaşının küçük olması nedeniyle zarar gören henüz kazanç elde etmiyorsa ileride elde edebileceği kazanç miktarı; zarar görenin eğitim durumu, başarısı, fiziki yetenek ve özelliklerine ayrıca ailesinin sosyal ve ekonomik durumuna göre bazı ihtimaller üzerinden tespit edilir⁶²⁵.

Çalışma gücünde meydana gelen kayıp oranının tespiti ancak yapılacak tıbbi inceleme ile anlaşılabilirliğinden kayıp oranının tespitinde bilirkişiden yararlanmak gerekir. Çalışma gücündeki kaybın oranı ihlalden etkilenen organa, etkilenme derecesine, zarar görenin mesleğine, zarar görenin yaşına, cinsiyetine ve sağlık durumuna göre değişebilmektedir. Uygulamada çalışma gücü kayıp oranının tespitinde “Sosyal Sigortalar Sağlık İşleri Tüzüğü’ne” uygun olarak “Adli Tıp Kurumu” başta olmak üzere üniversitelerin adli tıp anabilim dallarının düzenlediği raporlardan yararlanılmaktadır. “Sosyal Sigortalar Sağlık İşleri Tüzüğü’ne” göre zarar görenin mesleği, yaşı ve arızanın çeşidi göz önüne alınarak iş-güçteki daimi azalma oranı tespit edilmektedir. Bu konuda başvurulabilecek bir diğer kaynak “Sakatlık Derecesini Tespit ve Uygulama Yönetmeliği’dir.” Çalışma kayıp oranı tespit edilirken raporda bu oranın hangi esaslara göre ve hangi gerekçeye dayanılarak tespit edildiği belirtilmeli ayrıca denetim olanağı bulunmayan bir takım ifadeler yer verilmemiş olmalıdır⁶²⁶. Ameliyat veya uygulanacak tedavi ile kişinin uğradığı

⁶²³ Akyılmaz, s. 187.; Oğuzman, Öz, s. 560.; Şahin, Gültaş, s. 487.

⁶²⁴ Şahin, Gültaş, s. 478.

⁶²⁵ Oğuzman, Öz, s. 561. Yıllık ortalama kazancın tespiti konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Kılıçoğlu, “Cismani Zararlarda Tazminat Hesaplamalarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2000. ss. 87-88.

⁶²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, s. 560.; Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 70,120-121.

çalışma kaybı azaltılabilecek veya tamamen ortadan kaldırılabilir ise bunların yapılması aynı zamanda zarar gören için hiçbir risk taşıyor ve tazminat sorumlusu gerekli masrafları peşinen ödemeyi kabul ediyorsa bu durumda tedavi ve ameliyata razı olması beklenir ve tazminat hesabında bu durum hâkim tarafından göz önüne alınır⁶²⁷.

Zarar miktarını belirleyebilmek için “çalışma gücünü kayıp süresinin” tespiti de gerekmektedir. İhlale neden olan eylem meydana gelmeseydi zarar gören kişinin daha ne kadar çalışabileceği tespit edilmelidir. Bu da çeşitli meslek gruplarına göre yapılan istatistik araştırmalara dayanılarak hazırlanacak “aktif faaliyet süresi cetvelleri” esas alınarak tespit olunabilir. Ancak bu tür cetveller düzenlenmediğinden uygulamada genellikle “mortalite cetvelleri” yani muhtemel yaşam süresi cetvellerinden yararlanılmaktadır⁶²⁸. Ülkemizde yakın tarihe kadar muhtemel yaşam süresini gösterir bir veri tabanı veya tablo olmadığından muhtemel yaşam süresinin tespitinde 1931 tarihli P.M.F (Population Masculine et-Feminine), Yaşama Tablosu’ndan yararlanılmıştır⁶²⁹. Bunun için zarara uğrayan kişinin ve destek tazminatları bakımından desteğin muhtemel yaşama süresi ile aktif çalışma süresinin hesaplanması gerekmektedir. Desteğin ölümü nedeniyle destek görenlerin açtığı davalarda ayrıca destek görenlerin muhtemel yaşam sürelerinin de tespiti gerekir⁶³⁰.

Çalışma gücü genellikle yaşam süresinin sonuna kadar devam etmediğinden zararı tespit ederken “aktif yaşam süresi” denilen çalışma dönemi ile kişinin artık çalışmadığı “emeklilik dönemi” olarak kabul edilen “pasif yaşam süresinin” birbirinden ayrılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. AYİM uygulamasında desteğin aktif yaşam süresi 60 yaşının bitimine kadar olduğu daha sonra desteğin emekli olup yaşamının sonuna kadar pasif yaşam dönemine geçeceği kabul edilmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatlarında bu süreler hesaplanırken öncelikle desteğin bakım gücü ile hak sahiplerinin bakım ihtiyaçlarının olduğu süreler belirlenir. Bu sürelerden hangisi ilk önce sona eriyor ise çalışma gücü

⁶²⁷ Oğuzman, Öz, s. 561.

⁶²⁸ Tahir Çağa, Ahmet M. Gökçen ve Tefik Güran, “Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 22-23.

⁶²⁹ PMF tablosu için bkz. Özgüldür, Tam Yargı, s. 485.

⁶³⁰ Destekten yoksun kalma zararlarının tespitinde esas alınacak süreler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, ss. 173-192.

kaybında o süre esas alınarak tazminat miktarı belirlenir⁶³¹. Son dönemlerde muhtemel yaşam süresinin tespitinde Devlet İstatistik Enstitüsü⁶³² tarafından 1989 yılında hazırlanan yaşa ve cinsiyete göre değişkenlik gösteren “Yaşlara Göre Beklenen Ömür (Yıl) Tablosu’ndan” yararlanılmaktadır⁶³³. Tablonun, PMF tablosuna göre ileri sayılabileceği ancak bu haliyle kontrol ve uygulama kabiliyetinin olmadığı yönünde eleştiriler vardır⁶³⁴.

Yukarıda kısaca değindiğimiz esaslar çerçevesinde zarara uğrayanın “yıllık kazanç miktarı”, “çalışma gücü kayıp oranı” ve “çalışma gücü kayıp süresi” belirlendikten sonra sıra tazminat miktarının belirlenmesine gelmektedir. Bunun için ihlal nedeniyle uğranılan yıllık kazancın, çalışma gücü kayıp oranına çarpılması sonucunda yıllık kazanç mahrumiyeti miktarı belirlenir. Bulunan bu miktar, çalışma gücünün kayıp süresi ile çarpılarak çalışma gücünün tamamen veya kısmen azalmasının neden olduğu müstakbel kazanç kaybı belirlenir⁶³⁵. Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm olayı nedeniyle meydana gelen zararların ne şekilde tazmin edileceği konusunda gerek öğretide ve gerekse uygulamada tam bir birlik olmadığı görülmektedir. Çünkü bu konu genel tazminat prensiplerinden başlayan ve tazminat miktarının belirlenmesine kadar uzayan bir dizi önemli sorunu içermektedir⁶³⁶. Tazminatın hesaplanmasında kaçınılmaz olarak bazı varsayımlara dayanılmakta bu da doğal olarak konunun çözümünü güçleştirmektedir.

⁶³¹ Özgüldür, Tam Yargı, ss. 447-450. Aktif ve pasif dönem hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 226-231.

⁶³² Devlet İstatistik Enstitüsü’nün adı 18.11.2005 tarih ve 25997 Sayılı RG.’de yayınlanan 5429 Sayılı “Türkiye İstatistik Kanunu’nun” 16. maddesi ile değiştirilerek Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) olmuştur.

⁶³³ Yaşlara Göre Beklenen Ömür (Yıl) Tablosu için bkz. Gökyayla, s. 329.

⁶³⁴ Eleştiriler için bkz. Hakkı Aktaş, “Zarar ve Tazminat Hesabında Bazı Noktalar”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, s. 191. Yazar tablonun dayandığı muhtemel ölüm ve yaşama ihtimaline ait sayıların da yayınlanması gerektiğini belirtmekte ayrıca “Bu rakamlar yayınlanıp muhtelif iskonto emsallerine göre peşin değer tarifeleri oluşturulduktan sonra, yargı hangi tarifenin uygulanacağı yönünde ilke kararı.” alınabileceği görüşündedir. Konuya ilişkin çözüm önerileri için bkz. Aktaş, s. 191-192.

⁶³⁵ Oğuzman, Öz, s. 561. Tazminat miktarının belirlenmesi hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 140-191.; Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 211-236.; Çağa, Gökçen, Güran, ss. 21-40.

⁶³⁶ M. Kılıçoğlu, s. 71. Yazar, Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin konuya ilişkin yaklaşım ve uygulamalarına kısaca yer vermekte ayrıca Fransa ve İsviçre’de bu tür zararların tazminini örnekler üzerinden açıklamaktadır. Bkz. M. Kılıçoğlu, ss. 71-77.

d. Ekonomik Geleceğin Sarsılması Nedeniyle Kayıplar

Vücut bütünlüğünün ihlali bazı hallerde çalışma gücünün azalmasına neden olmadığı halde yine de kişinin ekonomik geleceğini olumsuz etkileyerek kişiyi maddi kayba uğratabilmektedir. İşgücünü geçici veya daimi şekilde kayba uğratmadığı halde ihlal nedeniyle zarar gören iş kapasitesinin azalması, mesleğinde ilerlemesinin zorlaşması, yaptığı işin özelliği gereği aynı işi yapması mümkün olmadığından daha aza gelir getiren başka bir iş yapmak zorunda kalması gibi çeşitli nedenlerle kazanç kaybına uğramış olabilir. Sinema sanatçısı veya tiyatro sanatçısının yüzünde meydana gelen bir yara izi aslında bu kişilerin çalışma gücünde bir azalmaya yol açmadığı halde yara izleri nedeniyle artık işlerini yapmaları mümkün olamayabilir. İhlal nedeniyle bu şekilde meydana gelen ekonomik kayıplarının tazminat sorumlusu tarafından giderilmesi gerekir⁶³⁷.

3. Mala Yönelik Zararlarda Maddi Tazminat

İdari eylem sonucunda ekonomik değere sahip olan bir mal tamamen yok olabilir veya hasar görebilir. Mal madde olarak yok olmuş veya bir daha kullanılamayacak veya onarılamayacak derecede tahrip olmuşsa mal tamamen yok olmuş demektir. Tamir masraflarının malın değerinden fazla olması durumunda da mal yok olmuş sayılır. Malın kısmen yok olması veya hasara uğraması o malın tamir edilebilir nitelikte hasara uğradığını gösterir⁶³⁸.

Malın tamamen yok olması veya hasara uğraması bir değer kaybıdır. Burada zarar kişinin mal varlığının aktifinde azalma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Malın tamamen yok olması veya kısmen hasara uğraması nedeniyle ortaya çıkan zarar miktarının tespitinde uygulanabilecek iki sistem vardır. Bunların ilki objektif sistem diğeri ise sübjektif sistemdir. Objektif sistemde malın değişim değeri esas alınır ve malda meydana gelen değer kaybı zarar olarak kabul edilir. Sübjektif sistemde ise malın zarar gören için taşıdığı değer esas alınır⁶³⁹.

⁶³⁷ Oğuzman, Öz, s. 562.; Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, s. 122.; Şahin, Gültaş, s. 479.

⁶³⁸ Akyılmaz, s. 184.; Eren, Borçlar Hukuku, s. 318.; Oğuzman, Öz, ss. 571-572.

⁶³⁹ Objektif ve sübjektif sistem hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, ss. 571-572.

Tamamen yok olan bir malın yerine yenisinin temin edilmesi için gereken meblağ zarar miktarı olarak kabul edilir. Malın hasara uğraması halinde zarar her şeyden önce tamir masrafından oluşur. Malın tamamen yok olmasını önlemek veya hasarın artmasını önlemek için yapılan masraflar, malın yerine yenisini alıncaya kadar bir başka malın kullanılması için yapılan masraflar, bu arada yoksun kalınan kazanç da zarar kapsamında değerlendirilir. Tamir görmesi nedeniyle mal değer kaybına uğramış ise zarar miktarının tespitinde malın uğradığı değer kaybının da hesaba dâhil edilmesi gerekir⁶⁴⁰. Ekonomik değer taşıyan bir hakkın kullanılamaması veya o haktan yararlanma oranının azalması nedeniyle kârdan mahrum kalmak veya kazanç kaybına uğramak da mala yönelik zarar olarak değerlendirilir⁶⁴¹.

IV. MADDİ TAZMİNAT MİKTARININ HESAPLANMASINDA YÖNTEM SORUNU

Vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm hallerinde ödenecek olan maddi tazminat miktarının matematiksel olarak ne şekilde hesaplanacağı konusu tezimizin konusu dışındadır. Bu sebeple matematiksel hesaplama yöntemlerini açıklamayacağız⁶⁴². Ancak tazminat miktarının hesaplanmasında karşılaşılan önemli bir takım yöntem sorunları vardır ki önemi nedeniyle bunlara kısaca değinmemiz gerektiğini düşünmekteyiz.

Ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle meydana gelen zararların ve ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi çoğunlukla varsayımlara dayandığı için bunların tespiti doğal olarak bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir. Uygulamada genellikle zarar ve tazminat miktarının belirlenmesi için dava dosyası

⁶⁴⁰ Oğuzman, Öz, ss. 572-573. Danıştay, baraj inşaatının yapımı sırasında yürütülen dolgu ve hafriyat çalışmalarının yakınlardaki balık üretme çiftliğinin suyunun kirlenmesi ve balıkların ölümüne yol açması nedeniyle açılan tazminat davasında tesisin devamlılığı ve kapasitesini göz önüne alarak hasarın tespitinin yanı sıra işletmenin kurtarılması için kullanılan su motorlarının ve elektrik masraflarının da tazminine karar vermiştir. Bkz. Akyılmaz, s. 187 dn. 64.

⁶⁴¹ Akyılmaz, s. 185.

⁶⁴² Tazminat miktarının hesaplanması yöntemleri için bkz. M. Kılıçoğlu, ss. 79-90.; Fahri Karakaş, “Ölüm ve Sakatlık Hallerinde Maddi Zararın Hesap Yöntemleri”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara. 10-11 Aralık 1993, ss. 105-109.; Turabi Tural, “Tazminat Hesapları”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara. 10-11 Aralık 1993, ss. 195-210. Tazminat miktarının hesaplanması konusunda AYİM’in belirlediği ilke ve kriterler hakkında ayrıca bkz. Özgüldür, Tam Yargı, ss. 417-484.

olduğu gibi bilirkişilere verilmektedir. Bilirkişiler mevcut delilleri de değerlendirerek vücut bütünlüğü ihlale uğrayan veya ölen kişinin gelirini, varsa kusur derecesini, destekten yoksun kalanlara yapılacak yardımın oranını, destek süresini, hayatta kalan eşin evlenme olasılığını belirleyerek gelir artış ve iskonto oranlarını hesaplayarak tazminat miktarını belirlemektedir. Yerleşmiş ve son zamanlara kadar yanlışlığı dahi tartışılmayan bu yöntem ile bilirkişilerin, adeta bir hâkim gibi davrandığı ve aslında bir rapor değil bir karar hazırladıkları yönünde eleştiriler yapılmaktadır. Tazminat davalarında bilirkişilerin bu derece etkin olmasının başta Anayasa olmak üzere hukuka, yargılama faaliyetinin doğasına ayrıca adil yargılanma hakkına aykırı olduğu düşünülmektedir. Bilirkişilere bırakılmış olan hesaplama işlemleri aslında hâkimlerin sahip olduğu genel ve hukuki bilgilerle yapılabilir⁶⁴³. Eleştirilere katıldığımızı belirtmek isteriz. 6100 Sayılı “Hukuk Muhakemesi Kanunu”⁶⁴⁴ 266. maddeye göre mahkeme, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği, genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi mümkün olan konular hakkında bilirkişiye başvurulamaz⁶⁴⁵. Bilirkişi sadece maddi olaylar hakkında görüş bildirebilir. Hukuki olaylar hakkında görüş bildirme veya delilleri takdir etme yetkisi yoktur. Aksine bir tutum hâkimin yerine bilirkişinin konulması sonucunu doğurur ki bu da hem Anayasa’ya ve hem de hukuka aykırı bir durumdur⁶⁴⁶. Zarar miktarının hesaplanması konusunda bilirkişiden

⁶⁴³Çetin Aşçıoğlu, “Tazminat Hesabında Yöntem Sorunu”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara. 10-11 Aralık 1993, (Ölüm ve Cismani Zarar), ss. 61-64. Öğretide bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamayacağına ve hâkim diğer delillerde olduğu gibi takdiri bir delil olan bilirkişi delilini de serbestçe değerlendirebileceğine hatta hukuki bir konuda verilmiş görüşü daha kolay denetleyebileceğine göre hâkimin ihtiyaç duyduğu durumlarda bilirkişi görüşüne başvurusunun “yargılama yetkisinin devri” olarak değerlendirilmemesi gerektiği ve bilirkişinin seçiminde başvurulacak hukukçunun hangi alanda ne gibi bir uzmanlık bilgisine sahip olduğunun titizlikle araştırılarak karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Yahya Deryal, “Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2001/3 Yıl: 59, 2001, ss. 15-36; Kamil Yıldırım, “Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Durumu”, **TBB’nin 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru’ya Armağanı**, (Ed. Hakan Pekcanitez), Şen Matbaası, Ankara, 2004, ss. 833-841.

⁶⁴⁴ Bkz. 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı RG.

⁶⁴⁵1086 Sayılı “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun” 275. maddesinde de çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebileceği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği, genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı yönünde hüküm bulunmaktaydı.

⁶⁴⁶ Hâkimde bulunması gereken hukuk ve genel bilgi düzeyi ile kusurun derecelendirilmesinin niteliği ve yöntemi hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin Aşçıoğlu, “Kusurun Derecelendirilmesi ve

yararlanılması elbette mümkündür. Ancak mahkemeler dosyayı hesaplama bilirkişisine gönderirken hesaplama esas alınacak olan kusur derecesi, evlenme ihtimali, desteğin kazancı, desteğin aktif dönemi, destek payları ve işgücü kaybı oranı gibi hususlar ile hesaplama uyulacak yöntemi önceden tayin ettikten sonra tazminat miktarını bilirkişiye hesaplatmalıdır⁶⁴⁷.

Tazminat davalarında hukuka uygun adil bir yargılamanın yapılabilmesi için bilirkişi ağırlıklı yöntemin terk edilerek hâkimin etkinliğinin sağlanmasının yanı sıra tazminat miktarının hesaplanmasında benimsenen yöntemin bütün açıklığıyla ortaya konulması da gerekmektedir. Bunun için öncelikle tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak olan olgu ve verilerin belirlenmesi gerekir. Çünkü vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar arasında niteliği gereği bir özdeşlik yoktur. Her olay kendine özgüdür. Bu sebeple zarar miktarının tespitinde olaya özgü olgu ve delillerden yararlanılması gerekmektedir. Bu kapsamda davacı iddiasını kanıtlamak amacıyla kamu kurumları ile gerçek ve özel hukuk kişilerinden bilgi ve belge isteyebilir ancak kanıtlama yükümlülüğünün yerine getirilememesi veya hâkimin gerek görmesi halinde bilirkişiye başvurulması da mümkündür. Zarar miktarı veya destek süresi gibi bazı olguların tespitinde Devlet İstatistik Enstitüsü'nün yaşam tablosu, milli gelir artışı ve hane halkı gelir ve tüketim anketi gibi bazı istatistikî verilerden yararlanılabilir. Yine vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan işgücü kaybı oranının tespiti için "Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nden" yararlanılabilir. Tüm bu hususların tespiti ile zarar ve tazminat hesaplanmasına esas olgular somutlaştırılmış olacaktır⁶⁴⁸.

Tazminat miktarı iki ayrı devrede hesaplanmalıdır. Çünkü ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğranılan zararlarda olay tarihinden başlayan ve karar tarihine kadar devam eden zamanda zararın somut olarak ortaya çıkması ve karar tarihinden sonraki zamanda ise zararın somut olmayışı tazminat hesabının iki ayrı devrede yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁴⁹.

Derecelendirilmesinde Yargıç ve Bilirkişi", **Antalya Barosu Dergisi**, Sayı: 38, Yıl: 11, Ekim 2000, (Kusurun Derecesi), ss. 40-54.

⁶⁴⁷ Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 202-203.

⁶⁴⁸ Tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak olgu ve veriler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Aşçıoğlu, Ölüm ve Cismani Zarar, ss. 62-73; Orhunöz, Ölüm ve Bedeni Zarar, ss. 203-236. Mukayeseli hukukta cismani zararlarda tazminat hesaplamaları ve hesaplama ilişkin sorunlar hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kılıçoğlu, ss. 71-79.

⁶⁴⁹ Aşçıoğlu, Ölüm ve Cismani Zarar, s. 74.; Gökyayla, s. 315.

Birinci devre olan olay tarihi ile karar tarihi arasındaki zamanda zarar somut olarak gerçekleştiğinden ve peşin ödeme söz konusu olmadığından ıskonto yolu ile peşin sermaye değerinin belirlenmesine gerek yoktur. Bu dönemde zarar somut olduğu için varsayımlara dayanan işlemlerin yapılması gerekmemektedir. Bu nedenle birinci devreye ait zararın hesaplanması, ikinci devreye göre nispeten daha kolaydır.

İkinci devre, karar tarihinden sonra işleyecek olan zararları kapsamaktadır. İkinci devre de kendi arasında “aktif dönem” ve “pasif dönem” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aktif dönem iş görebilme çağını ifade ederken pasif dönem, iş görebilme çağından sonra çalışılmadan geçirilecek olan süreyi ifade etmektedir. Aktif dönemde, fiilen çalışılacağı ve daha çok gelir elde edileceği kabul edilmekte iken pasif dönemde kişinin artık emekli olacağı ve gelirinin azalacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁰.

V. TAZMİNATIN ŞEKLİ

Zararın giderilmesi “aynen tazmin” ve “nakden tazmin” olmak üzere iki şekilde olmaktadır⁶⁵¹. İdari yargı yerlerinin idari işlem ve eylemlerin neden olduğu zararların tazmininde idarenin zararı aynen tazmin etmesine karar veremeyeceğini ancak nakden tazmine karar verebileceğini daha önce belirtmiştik. Nakden tazmin zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalmanın değer olarak giderilmesi amacını taşır. Burada zarar belli bir miktar paranın ödenmesi yolu ile giderilmektedir. Nakden tazmin de kendi arasında “sermaye şeklinde tazmin” ve “irat şeklinde tazmin” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sermaye şeklinde tazminde tazminat bir defada ve toptan olarak ödenmekteyken irat şeklindeki tazminatta ise tazminat belirli zaman aralıklarında dönemli olarak ödenmektedir⁶⁵². Manevi

⁶⁵⁰ Zarar miktarının iki ayrı devrede hesaplanması hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Aşçıoğlu, Ölüm ve Cismani Zarar, ss. 74-77.; Gökyayla, ss. 315-317.

⁶⁵¹ Esasen zararın aynen tazmin şekli ile giderilmesi tazminatın en ideal şeklidir. Çünkü sadece bu yolla zarar verici olaydan önceki durum aynen veya benzer bir şekilde yeniden sağlanabilmektedir. Ancak zarar görenin ölmesi veya bir organını yitirmesi gibi bazı hallerde zararın aynen tazmin şekli ile giderilebilmesi mümkün olamamakta bazen de bu yol ile zararın tazmin edilmesi son derece güç olabilmektedir. Bu sebeple zararın, ikinci bir tazmin şekli olan nakden tazmin ile giderilmesi aynı zamanda bir zorunluluk olmaktadır. Bkz. Fikret Eren, “Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, (Ed. Ali Naim İnan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, (Destekten Yoksun Kalma), s. 167.

⁶⁵² Eren, Borçlar Hukuku, s. 353.; Oğuzman, Öz, ss. 575-576.

tazminat maktuen olmasına karşın maddi tazminatın duruma göre toptan yani sermaye şeklinde tazminine veya belli kurallar ve ölçütlere göre bilirkişilerce tespit edilen irat şeklinde tazminine karar verilebilir⁶⁵³.

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle işgücü kaybından doğacak zararların ve yine desteğin ölümü nedeniyle destek görenlerin uğradıkları zararların tazmininde irat şeklinde tazminata karar verilmesi tercih edilebilir. Çünkü zarar gören kısmen veya tamamen işgücü kaybına uğramamış ve destek ölmemiş olsaydı destek görenler her ay belirli bir miktar gelir ve menfaat elde edeceklerdi. Zarara uğrayanlara her ay yoksun kaldıkları gelir miktarı irat bağlanarak ödenecek olursa bu kişilerin zarar verici olaydan önceki eski durumlarına geri dönmeleri mümkün olabilecektir⁶⁵⁴.

EREN'e göre maddi tazminatın, sermaye şeklinde ödenmesi daha yerinde bir durum olacaktır. Çünkü çağımız ekonomilerinde paranın değeri enflasyon ve devalüasyon gibi ekonomik sebeplerle düşebilmekte ayrıca ekonomilerde istikrarsız seyirler yaşanabilmektedir. İrat şeklinde bağlanan tazminatın aylara isabet eden miktarı aslında küçük bir meblağ olacağından uzun zaman sonrasında bu para zarar görenin ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelecek ve kişinin sosyal güvenliğini garanti altına alma vasfından yoksun kalacaktır. Bu ise zarar görenin özellikle işgücü kaybı ve ekonomik geleceğinin sarsılması dolayısı ile kendisine verilecek tazminatın, zararı telafi amacına aykırı düşecektir. Bu durumda zararlı tazminat ilişkisi ve dengesi bozulmuş olacaktır⁶⁵⁵. GÜRAN da maddi tazminatın sermaye şeklinde tazmin edilmesinden yanadır. Yazara göre irat şeklinde kararlaştırılan tazminatlarda bulunan meblağın tam bir giderim sağlayıp sağlamadığı bir yana bu meblağ zamanla gerçek tazminat olma vasfını kaybedecektir. Bu sebeple irat şeklinde tazminata karar verildiği takdirde zamanla törpülenen meblağın gerçek zararı karşılar hale gelebilmesi için bazı hukuki çarelerin bulunması gerekmektedir. Bunun için tazminat miktarı ile birlikte belli katsayıların uygulanmasına hükmedilerek “zararın giderimin gerçekliği sürekli” bir şekilde korunabilir. Aynı sonucu sağlamak üzere kabul edilebilecek diğer bir yol davacılara gerek gördüklerinde dava açma hakkının

⁶⁵³ Güran, Tazminat Miktarı, s. 166.

⁶⁵⁴ Oğuzman, Öz, s. 575.; Eren, Destekten Yoksun Kalma, s.173.; Çağa, Gökcan, Güran, s. 25.; Gökyayla, s. 299.

⁶⁵⁵ Sermaye ve irat şeklindeki tazminatın yarar ve sakıncaları hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Destekten Yoksun Kalma, ss. 173-178.; Gökyayla, s. 298-306. Ayrıca mukayeseli hukuktaki durum için bkz. Eren, Destekten Yoksun Kalma, ss. 168-172.

tanınması yoludur. Tazminat miktarını arttırma yolu her ne olursa olsun yapılması gereken şey zararların tazmininde gerçekçi bir yürüyen merdiven mekanizmasının işletilmesidir⁶⁵⁶.

İrat şeklindeki tazminatın zaman içerisinde tazminat vasfını yitirmemesi için GÜRAN'ın ortaya attığı çözüm önerileri Danıştay tarafından her ne kadar kabul görmese de AYİM önüne gelen bir davada yazarın görüşlerini hayata geçirmiştir⁶⁵⁷. AYİM içtihadına konu olayda askerlik hizmetini yaptığı sırada askeri aracın devrilmesi sonucu felç olan davacı Danıştay'da tazminat davası açmıştır. Danıştay 1971 tarihli kararında davacının talep ettiği maddi tazminatın ölünceye kadar yıllık irat şeklinde ödenmesine karar vermiştir. Ancak aradan geçen yirmi bir yıl içerisinde yıllık irat miktarının hiçbir anlam ifade etmemesi, zararı karşılamaktan uzak kalması nedeniyle davacı bu defa yıllık iradın yükseltilmesi istemi ile AYİM de yeni bir dava açmıştır. AYİM bu davada “görev”, “kesin hüküm”, “istemle bağlılık kuralı” gibi hukuki kavram ve kuralları ayrıntıları ile inceleyip davacının iradın yükseltilmesi istemi ile de bağlı kalmayarak günün koşullarına göre davacıya toptan sermaye şeklinde maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir⁶⁵⁸.

VI. TAZMİNATTA FAİZ

Tazminat miktarının belirlenmesinde daha önce de belirttiğimiz üzere kural olarak zararın doğduğu gün dikkate alınmaktadır. Tazminat miktarının olay anında ödenmesi mümkün olmadığından olay tarihi ile ödeme tarihi arasında alacaktan yoksun kalmak sebebiyle ek bir zarar oluşmaktadır. Bu zarar esasen tazminatın ürünü olduğundan temerrüt faizi olmayıp tazminat faizidir ve hükmolunan tazminat miktarı ile ilgilidir⁶⁵⁹.

Tam yargı davasında davacı, dava dilekçesinde faiz talebinde bulunmuş ise mahkeme hükmettiği tazminata ek olarak faiz verilip verilmeyeceğine verilecek ise hangi tarihten itibaren faiz verileceğine karar verir⁶⁶⁰. Mahkemeler tazminatla

⁶⁵⁶ Güran, Tazminat Miktarı, ss. 168-169.

⁶⁵⁷ Özgüldür, Tam Yargı, s. 347.

⁶⁵⁸ AYİM. 2. Daire 29.12.1992 tarih E. 1991/74, K. 1992/913 sayılı karardan aktaran Özgüldür, Tam Yargı, ss. 348-350.

⁶⁵⁹ Akyılmaz, s. 202.

⁶⁶⁰ Akyılmaz, s. 200.

birlikte mutlaka faize de hükmetmek zorunda değildir. Özellikle davacının zararı olay tarihi itibari ile değil de hüküm tarihi itibari ile hesaplanmış ise “tam tazmin ilkesi” gereğince mahkemenin zaten faize hükmetmemesi gerekmektedir. Ancak hükmedilen tazminatı, idare ödemekte gecikir ise hüküm tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için davacının temerrüt faizi talep etmesi mümkündür⁶⁶¹.

Mahkemelerin, idareyi tazminata mahkûm etmekle birlikte tazminata ayrıca faiz uygulanmadığı bazı durumlar olduğunu daha önce belirtmiştik. Mahkemeler, işte bu gibi durumlarda “maktuen” belli bir miktar tazminata karar vermekte ve bu durumu kararlarında açıkça belirtmektedirler. Maktuen tazminata karar verilen durumlarda hüküm tarihi itibari ile tazminata karar verilmekte ve bu tazminatın davacının zararını tamamıyla karşıladığı düşünülerek tazminata ayrıca faiz uygulanmasına yer olmadığına karar verilmektedir⁶⁶².

Zararın hüküm tarihi ile değil de çoğunlukla olay tarihi veya dava açılması tarihi itibari ile hesaplandığı, enflasyonun yüksek olduğu veya davaların geç karara bağlandığı gibi durumlarda mahkemeler davacıların olay veya dava tarihi itibariyle talep ettikleri tazminat miktarının tamamına karar verse dahi tazminata enflasyon oranında faiz işletilmiyor ise davacılar hak kaybına uğrayacaktır. Öğretide GÖZLER, davacıların tazminat taleplerinin tamamen veya büyük oranda kabul edildiği iki Danıştay kararına atıfta bulunarak yüksek enflasyon ve davanın uzun sürmesi nedeniyle davacıların her ne kadar talep ettiği tazminat miktarını almış olsa dahi aslında zararlarının tam karşılanmamış olduğuna dikkat çekerek “tam tazmin” ilkesi gereğince tazminata faiz yürütülmesi gerektiği görüşündedir⁶⁶³.

A . Talep Şartı

Mahkemeler, tazminat miktarını belirlerken faize kendiliğinden hükmedemez. Mahkemenin faize karar verebilmesi için taleple bağlılık kuralı gereğince davacının dilekçesinde ayrıca faiz talebinde bulunması gerekmektedir. Talep edilen faizden daha fazla olmamak kaydıyla mahkeme faiz ödenmesine hükmedebilir⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Gözler, s. 1287.

⁶⁶² Gözler, s. 1287.; Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 736.

⁶⁶³ Gözler, s. 1288.

⁶⁶⁴ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 736.; Akyılmaz, s. 200.

Davacı, açmış olduğu tam yargı davasında faiz talep etmemiş ise daha sonra ikinci bir dava açarak faiz talebinde bulunamaz. Danıştay, “..aslın fer’i niteliğine olan faiz yönünden ilk davada talepte bulunulmamış olması..” nedeniyle tam yargı davasında talep edilmeyen faizin daha sonra açılacak ikinci bir dava ile istenemeyeceğine karar vermiştir⁶⁶⁵. Yine taleple bağlılık kuralı gereğince davacı dilekçesinde daha düşük bir faiz oranı istemiş ise isteminden fazla olan yasal faiz oranı uygulanamayacaktır⁶⁶⁶.

B. Faizin Başlangıç Tarihi

Hükmedilen tazminata hangi tarihten itibaren faiz yürütüleceği konusunda idari yargı yerlerinin farklı yaklaşımlar sergilediği görülmektedir. Faizin hangi tarihten itibaren hesaplanacağı konusunda Danıştay kararlarında da bir tutarlılık yoktur. Danıştay’ın bazı kararlarında zarara yol açan olayın meydana geldiği tarihi⁶⁶⁷, bazı kararlarında zararın tazmini için idareye başvurunun yapıldığı tarihi⁶⁶⁸, bazı kararlarında idarenin talebi reddettiği tarihi⁶⁶⁹ diğer bazı kararlarında ise davanın açıldığı tarihi esas alarak faize karar verdiği görülmektedir⁶⁷⁰.

GÖZLER, tazminata zararın ortaya çıktığı tarihinden itibaren faiz yürütülmesine ilişkin yargı kararlarını doğru bulmaktadır. Yazar zararın her zaman için olay tarihinde ortaya çıkmayıp bazen olaydan çok sonra ortaya çıktığına dikkat çekerek zararın meydana geldiği tarihten itibaren faiz uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Zarar olmadıkça idarenin tazmin borcu zaten olmayacaktır⁶⁷¹. Danıştay tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihini idareye yapılan başvuru tarihi olarak kabul ederken İYUK 13. maddeye dayanmaktadır. Örneğin önüne gelen bir davada; “..idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuru ön koşul olduğundan ve idarece başvuru kabul edilmediği takdirde dava açılabileceğinden, idari eylemden doğan tazminat davalarında, faizin başlangıç tarihi,

⁶⁶⁵ D. 5. DD. 28.04.1993 tarih E. 1992/966, K. 1993/1875 sayılı karardan aktaran Gözler, s. 1290.

⁶⁶⁶ Gözler, s. 1290.

⁶⁶⁷ D. 6. DD. 09.10.1984 tarih E. 1983/365, K. 1984/2813 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 314.

⁶⁶⁸ D. 11. DD. 02.04.2010 tarih E. 2009/5353, K. 2010/2671 sayılı karar için bkz 02.10.2010 tarih ve 27717 Sayılı R.G.

⁶⁶⁹ D. 10. DD. 07.06.1990 tarih E. 1989/2476, K. 1990/1342 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 314.

⁶⁷⁰ Armağan, s. 313 vd.

⁶⁷¹ Gözler, s. 1292.

idarenin zararı sulhen tazmin edeceği en erken tarih olan, idareye başvuru tarihi olarak kabul etmek gerektiğinden, mahkemenin maddi tazminata faiz başlangıç tarihini tazminat başvurusunun idarece reddedildiği tarih olarak alınmasında isabet yoktur...” gerekçesi ile yerel idare mahkemesinin kararını bozmuştur⁶⁷². Adliye mahkemelerinde açılmış olup görevsizlik kararı verilmesi üzerine idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında, faizin başlangıç tarihini görevsiz adli yargı yerinde açılan dava tarihi olarak kabul etmektedir⁶⁷³.

Tazminata hangi tarihten itibaren faiz uygulanması gerektiği konusunda öğretideki baskın görüş ise zararın doğduğu günün esas alınması gerektiği yönündedir⁶⁷⁴. Faiz uğranılan zararın bir unsuru niteliğindedir ve zarar gören kişi alacağına zararın doğduğu an hak kazandığına göre tam tazmin ilkesi gereğince zarar, zararın doğduğu an hemen karşılanmış olsaydı zarar gören kişi hangi ekonomik durumda olacaktıysa zararın daha sonra tazmin edilmesi durumunda da o ekonomik durumda olmalıdır. Bu ise hem tazminata faiz yürütülmesini hem de faizin zararın meydana geldiği günden itibaren yürütülmesini gerektirmektedir⁶⁷⁵. Tüm bu gerekçelerle biz de hükmedilen tazminata zararın doğduğu günden itibaren faiz uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Tazminata yürütülecek faiz yani kanuni faiz için her hangi bir ihtar gerek yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki tazminat faiz oranının gerçek zararı karşılayacak nitelikte belirlenmesi gerekmektedir⁶⁷⁶.

C. Temerrüt Faizi

İYUK 28. maddeye göre mahkeme kararının tebliğinden itibaren idarenin mahkeme kararını yerine getirme yükümlülüğü başlamaktadır. Davanın karara bağlanmasından itibaren tazminatın davacıya ödenmesine kadar belli bir süre geçmiş ise idare borcunu ifa etmekte temerrüde düşmüş olmaktadır. Temerrüde düşülen bu süre bakımından idarenin temerrüt faizi ödemesi gerekir⁶⁷⁷.

⁶⁷² D. 10. DD. 18.03.1998 tarih E. 1996/10292, K. 1998/1190 sayılı karardan aktaran Gözler, s. 1293.

⁶⁷³ Gözler, ss.1293-1294.

⁶⁷⁴ Gözler, ss. 1293-1294.; Akyılmaz, s. 202.

⁶⁷⁵ Gözler, s.1291.

⁶⁷⁶ Akyılmaz, s. 202.

⁶⁷⁷ Çağlayan, s. 248.; Akyılmaz, s. 203.

D. Mürekkep Faiz Yasağı

3095 Sayılı “Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un” 3. maddesine göre kanuni faiz hesaplanırken mürekkep faiz hesaplanamaz. Nitekim Danıştay da mürekkep faiz istemlerinin reddine karar vermektedir⁶⁷⁸.

E . Manevi Tazminatta Faiz

Manevi zararlar nedeniyle hükmedilen tazminata, faiz uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Danıştay içtihatlarına bakıldığında, Danıştay’ın yakın zamana kadar bu yöndeki talepleri reddettiği ancak daha sonra içtihat değişikliğine giderek manevi tazminat alacaklarına faiz yürütülmesine karar verdiği görülmektedir. Önceleri faiz ile manevi tazminatin niteliği arasında bir bağ kuran Danıştay, manevi tazminata faiz yürütülmesi taleplerini reddederken bunun nedenini şöyle ifade etmektedir:

“...Manevi tazminata faiz yürütülmemesinin nedenini ortaya koyabilmek için manevi tazminatin hukuki niteliğinin açıklanması gerekmektedir. Kişinin manevi varlığının ihlalini ölçüye vurmak ve manevi kayıplarını tümüyle gidermek olanaksızdır. Manevi zarar söz konusu olduğunda bunun değişik biçimlerde karşılanması mümkündür. Ancak, pratik sonuçları ve tarafların istekleri göz önünde tutulunca uygulamada geniş oranda, manevi zararı karşılamak üzere para olarak karşı tarafın belli bir ödemede bulunması öngörülmektedir. Maddi tazminat, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamaktadır. Bu karşılamanın zaman süreci içinde gecikmesi de ayrıca hükmedilecek tazminata faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır. Manevi tazminatin bu niteliği göz önünde tutulunca maddi tazminat gibi bunu da aynı ölçüler içinde değerlendirmeye tâbi tutmakta, davacının malvarlığında bir eksilme varmışçasına manevi tazminata faiz yürütülmemesinde isabet olacağı açıktır...”⁶⁷⁹. “...Manevi tazminat patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi bir tatmin aracıdır. Diğer yandan

⁶⁷⁸ D. 12. DD. 20.10.1997 tarih E. 1996/160, K. 1997/2268 sayılı karardan aktaran Gözübüyük, Tan, Cilt: II, s. 737.

⁶⁷⁹ D. 10. DD. 23.06.1982 tarih ve E. 1982/235, K. 1982/1765 sayılı karardan aktaran Armağan, s. 310.

faiz ise, belli bir paranın getirisidir. Başka türlü giderim yollarının bulunmaması veya yetersiz kalması nedeniyle manevi tazminatın değerinin parasal olarak belirlenmesi, manevi tazminata faiz yürütülmesini haklı kılacak bir neden değildir. Buna göre, belli bir zarar karşılığı olmayıp, olay nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesi amacını taşıyan manevi tazminata, özelliği nedeniyle faiz yürütülmesine olanak yoktur...»⁶⁸⁰.

Yukarıdaki kararlar incelendiğinde Danıştay'ın manevi tazminata faiz yürütülmesi taleplerini reddetme gerekçesinin, uğranılan manevi zararın değerlendirilme zamanıyla ilgili olmayıp manevi zararın kendisiyle yani niteliğiyle ilgili olduğu görülmektedir. Maddi ve manevi tazminatta faize hükmederken dayatılan hukuki gerekçeler aynı olduğu halde Danıştay'ın manevi tazminat alacaklarına faiz uygulamaması öğretide yoğun eleştiri konusu olmuştur⁶⁸¹.

Danıştay'ın öğretide de haklı eleştirilere neden olan söz konusu bu içtihadını yakın zamanlarda terk ettiğini ve artık manevi tazminat alacaklarına faiz yürütülmesine karar verdiğini görmekteyiz. Danıştay 10. Dairesi'nin 25.03.2003 tarih ve E. 2002/4177, K. 2003/1089 kararında sayılı kararında şu gerekçelerle manevi tazminata faiz yürütülmesi talebi kabul edilmiştir:

“Mahkeme kararının hükmedilen manevi tazminata yasal faiz yürütülmesi isteminin reddine ilişkin kısmına gelince;

Manevi tazminat, patrimonial meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir.

Manevi zararın tazminine hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen

⁶⁸⁰ D.10. DD. 05.02.1998 tarih ve E. 1996/3984, K. 1998/545 sayılı karardan aktaran, Atay, Odabaşı, Gökcan, s. 160, dn. 33.

⁶⁸¹ Gözübüyük, Tan, Cilt: II, ss. 746-747.; Armağan, s. 312.; Gözler, s.1289.

giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir.

Manevi tazminatın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında, manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır...⁶⁸².

Konuya ilişkin AYİM uygulamasına da kısaca değinecek olursak, AYİM önceleri Danıştay kararlarından etkilenecek manevi tazminata hiç faiz yürütülmeyeceği şeklinde karar vermekte iken daha sonra 1975 ile 1994 yılları arasında bu uygulamadan vazgeçerek, manevi tazminata faiz yürütülmesine karar vermiştir. AYİM, kısa bir süre için bu uygulamadan da vazgeçerek yine manevi tazminat alacaklarına hiç faiz uygulanmamasına karar vermiştir⁶⁸³. Ancak 1995 tarihinden sonra bu uygulamayı biraz yumuşatmış bu defa “hüküm tarihinden tazminatın tahsil edileceği tarihe kadar” manevi tazminat alacaklarına faiz işletilmesi yönünde karar vermeye başlamıştır⁶⁸⁴. 1998 Yılından sonra ise tekrar içtihat değiştirerek manevi tazminat alacaklarına faiz yürütülmesi yönünde karar vermeye başlamıştır⁶⁸⁵.

Öğretide, manevi zararların parayla ölçülüp değerlendirilmesinde yaşanan güçlüklerin olmasına karşın kamu gücünün neden olduğu zararları tazmin etmesinin hukuk devletinin bir gereği olması karşısında idari yargı yerlerinin hükmedilen manevi tazminata, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz işletilmesinin hakkaniyete ve adalete daha uygun olacağı düşünülmektedir⁶⁸⁶.

⁶⁸² D. 10. DD.25.03.2003 tarih ve E. 2002/4177, K. 2003/1089 karardan aktaran, Gürsel Kaplan, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, ss. 132-133.

⁶⁸³ AYİM’in manevi tazminata faiz işletilmesi konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. Özgüldür, Tam Yargı, ss. 356-361.

⁶⁸⁴ AYİM 2. Daire 15.03.1995 tarih ve E. 1994/949, K. 1995/307 sayılı karardan aktaran, Kaplan, s. 135, dn. 68.

⁶⁸⁵ Çağlayan, s. 249. Manevi tazminat alacaklarına faiz uygulanması yönündeki örnek AYİM kararları için bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, ss. 691-692.

⁶⁸⁶ Kaplan, s. 139.

SONUÇ

Başlangıçta mutlak ve sorumsuz olan devlet egemenliği ilkesi XIX. yüzyılın birinci yarısından sonra “egemen devlet–sorumsuz devlet” anlayışının temelden sarsılarak devletin hukuki sorumluluğunun kabulü ile ortadan kalkmış ve tarihsel sürece paralel olarak yaşanan siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmeler sonucunda idarenin kusurlu sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu teorileri benimsenerek uygulanmaya başlanmıştır. Türk İdare Hukuku’nda da benzer bir çizgi izlenmiştir. Ülkemizde mutlak ve sorumsuz devlet egemenliği ilkesinden vazgeçilerek hukuk devleti ilkesinin ve idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ve gelişimi gerçek anlamda Cumhuriyet Dönemi içerisinde olmuştur. İdarenin işlem ve eylemlerinin yol açtığı zararların tazmininde önceleri sadece idarenin hizmet kusuru teorisine dayanılmış ancak 1961 Anayasa’sının kabulünden sonra idarenin kusursuz sorumluluğu teorisine de dayanılarak karar verilmeye başlanmıştır.

İdarenin faaliyet alanının artması, kullanılan teknolojinin ilerlemesi, idari örgütlenmenin giderek karmaşıklaşması gibi sebeplerle zarara neden olan olay ile idarenin kusuru arasındaki bağın kurulması ve kanıtlanması zarar gören bakımından giderek zorlaştığı öte yandan zararların sadece hizmet kusuru teorisine dayanılarak tazminin toplumsal ihtiyaçları karşılamaması nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulü yoluna gidilmiştir. Kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve yürütülmesinde idarenin her hangi bir kusuru olmasa dahi yürütülen kamu hizmetinin bünyesinde bulunan veya hizmetin yürütülmesinde kullanılması zorunlu taşıt, araç, gereç ve bayındırlık eserlerinin içerdikleri kaçınılmaz riskler ile idarenin hukuka uygun işlem ve eylemleri nedeniyle toplumdaki bazı kişi ve grupların, toplumun diğer fertlerine oranla uğradıkları özel ve olağandışı zararlar idarenin kusursuz sorumluluğu gerektirmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hallerin geniş bir yelpaze içerisinde olduğunu görmekteyiz.

Çalışmamızda idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumların neler olduğunu konuya ilişkin öğretideki görüşlere ve Danıştay ile AYİM kararlarına yer vererek inceledik. İdari yargı yerlerinin kararlarında, sorumluluk sebeplerini çoğu kez açıkça belirtmediğini, hakkaniyet, nesafet ilkesi gibi genel prensiplere dayanarak karar verdiğini ve benzer olaylar nedeniyle açılan davalarda mahkemelerin farklı

yönde kararlar verdiği aralarında henüz tam bir içtihat birliğinin olmadığını görmekteyiz. Mahkemelerin, kararlarında sorumluluk sebeplerini açıkça belirtmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Böylece hem kararların hukuki denetimi daha rahat sağlanabilecek hem de idarenin hangi sebeple sorumlu olduğu doğru bir şekilde ortaya konmuş olacaktır. Yine benzer durumlar nedeniyle mahkemeler arasındaki içtihat farklılığının da giderilmesi gerekmektedir. Örneğin Danıştay, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeniyle kamu görevlilerinin uğradıkları zararların tazmininde bazen idarenin kusursuz sorumluluğuna bazen de hizmet kusuruna dayanarak uğranılan zararın tazminine karar vermekte iken kimi zaman da zarar görenin tedbirsiz ve dikkatsizliği sonucu zarara kendisinin sebebiyet verdiğinden bahisle tazminat istemlerini reddetmektedir. Bu tür zararların tazmini konusunda AYİM içtihatları, Danıştay'dan farklıdır. AYİM bizim de isabetli bulduğumuz şekilde, hizmetin yürütülmesi sırasında kamu görevlisinin uğradığı bu tür zararları mesleki risk kapsamında değerlendirmekte ve zarar ile idari davranış arasında nedensellik bağının varlığını kabul ederek idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince uğranılan zararların tazminine karar vermektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu uygulamasında eleştirdiğimiz bir diğer konu şudur. Etkisinde kaldığımız Fransız Danıştay'ının değişen toplumsal ihtiyaçlar ve yürütülen hizmetin özelliklerini nazara alarak idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hâller arasında gördüğü bazı durumların Danıştay tarafından henüz benimsenmemiş olmasıdır. Örneğin Danıştay, riskli sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan zararların tazmininde, idarenin ağır kusur şartını arayarak idarenin kusurlu sorumluluğuna dayanmakta ve bu tür zararların tazmininde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmemektedir. AYİM de benzer bir tutum içerisindedir. Ancak çalışmamızda yer verdiğimiz ve nispeten yakın tarihli denilebilecek 2004 tarihli bir kararında AYİM müteveffa erin, askerlik görevi sırasında idare ajanının yapmış olduğu novalgin enjeksiyonu sonrasında anafilaktik şoka girerek akciğer aspirasyonu sonucu ölmesi olayı ile idari eylem arasında illiyet bağının bulunduğu ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazminine karar vererek riskli sağlık hizmetlerinde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. AYİM'in bu içtihadının istikrarlık kazanmasını umuyoruz.

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğunun çoğunlukla hizmet kusuru çerçevesinde ele alınarak idarenin kusurlu sorumluluğuna dayanılması yerine bu konudaki Fransız Danıştay'ı uygulamasının benimsenerek idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durum öğretide de yoğun eleştirilere neden olmaktadır. Söz konusu eleştirilere katılmaktayız. Gerçekten de idarenin yürüttüğü sağlık hizmetleri, zamanında, tıp biliminin ve hekimlik mesleğinin gereklerine uygun olarak yerine getirilmiş olsa dahi eğer bu hizmetin yürütülmesinden ötürü hizmetten yararlanan kişiler bir zarara uğramış ise idarenin bu zararı tazmin ile yükümlü tutulması hakkaniyet ve nesafetin bir gereğidir. İdarenin, ileri teknoloji, özel bir uzmanlık ve önem gerektiren sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin faaliyetleri; nitelik, yapılış şekli ve sonuçları bakımından idarenin riskli faaliyetleri çerçevesinde değerlendirilerek idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekmektedir. Sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin, belli durumlarda ve konularda biran önce uygulanması gerektiği, sağlık hizmetlerinin bünyesinde bir takım mesleki riskler taşması nedeniyle idareyi sorumlu tutmak için ağır kusurun arandığı faaliyetlerde sorumluluğun, kusursuz sorumluluk kuramına özellikle de risk ilkesine dayandırılmasının kaçınılmaz olduğu şeklindeki görüşlere aynen katılmaktayız. Yine AİDS virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen, hastalıklar ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanması, kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını arttırdığından idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğunu yeniden gözden geçirmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Değinmek istediğimiz bir diğer konu, görevli olmadığı halde kendiliklerinden veya ilgili kamu görevlilerinin talebi üzerine bir kamu hizmetinin yürütülmesine yardım eden kişilerin yani idarenin geçici (arızî) işbirlikçilerinin bu sebeple uğradıkları zararların tazmini konusudur. Danıştay, bu tür zararların tazmininde kural olarak hizmet kusuruna dayanarak karar vermekte ve idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi uyarınca tazminat taleplerini reddetmektedir. Bu tür zararların tazmininde hizmet kusuruna değil Fransız Danıştay'ının benimsediği şekilde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Danıştay'ın bu konudaki içtihadını değerştirerek Fransız Danıştay'ının içtihatlarını benimsemesini temenni ediyoruz.

Sosyal olaylar ve terör eylemleri nedeniyle meydana gelen zararların tazmini konusuna gelince bu konuda öğretide hakim görüş katılmakta ve bu tür zararların tazmininde idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.      lkemizde kitle eylemlerinin ve failleri bilinmeyen siyasal nitelikli saldırıların b     boyutlara ulaşması nedeniyle bu eylemlerden zarar görenler ile görmeyenler arasındaki eşitlik ve denge zaman içerisinde giderek ve daha çarpıcı bir biçimde bozulmuştur. Bu tür olaylarda idarenin, hizmet kusurunu aramak haksız ve adaletsiz sonuçlara neden olacağından idareye atfı kabil bir kusurun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın zararların kamuya mal edilerek idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin daha yerinde bir durum olacağını düşünmekteyiz.

 darenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azalmasına yol açan sebeplerin gelecekte bugünkünden daha da az olacağını düşünmekteyiz.     ; teknolojik ilerlemeler sonucunda artık bir doğa olayının ne zaman ve ne şiddette gerçekleşeceği artık idarece önceden  ng r leebilmekte ve doğa olaylarına karşı alınacak fiziksel ve teknik önlemler de artmaktadır. Dolayısı ile idarenin sorumluluktan kurtulma  ansı giderek azalmaktadır.

Yukarıdaki tüm açıklamalardan sonra  unu belirtmek isteriz ki kanaatimizce idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren hâller zaman içerisinde giderek artmakta buna karşın idarenin kusursuz sorumluluğunun ortadan kalkması veya azalmasına yol açan sebepler ise giderek azalmaktadır.

KAYNAKÇA

Adak, Agah. “Afet Tehlikesi ve Olgusu Karşısında İdarenin Konumu ve Görevleri”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, (Ed. Zafer Gören), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 181-186.

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

Aktaş, Hakkı. “Zarar ve Tazminat Hesabında Bazı Noktalar”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 189-193.

Akyılmaz, Bahtiyar. “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Gürsan Ofset, Sayı: 1-2, Cilt: 6, Konya, 1998, ss. 164-219.

Armağan, Tuncay. **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Aşçıoğlu, Çetin. “Kusurun Derecelendirilmesi ve Derecelendirilmesinde Yargıç ve Bilirkişi”, **Antalya Barosu Dergisi**, Sayı: 38, Yıl: 11, Ekim 2000, ss. 40-54.

Aşçıoğlu, Çetin. “Tazminat Hesabında Yöntem Sorunu”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara. 10-11 Aralık 1993, ss. 59-78.

Atay, E. Ethem, Hasan Odabaşı ve Hasan Tahsin Gökcan. **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Ayan Mehmet. **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991.

Ayanoğlu, Taner. **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004.

Aydınalp, Sezai. “Devletin Askeri Manevra ve Atışlardan Doğan Zararlar Nedeniyle Hukuki Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 50, Sayı: 4, 1993, ss. 564-580.

Azrak, Ali Ülkü. İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı”na göre Kusursuz Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 135-145.

Bereket Baş, Zuhal. “Sağlık Hizmetinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (05.10.2009).

Bilgen, Pertev. **İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1996.

Birtek, Fatih, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_773.htm, (04.03.2009).

Candan, Turgut. **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.

Candemir, Taner. “Türk Ticaret Kanunu Tasarsısı ve Harp Gemileri ile Diğer Gemilerin Karıştığı Çatmalarda Sorumluluk”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 80, Sayı: 4, 1996, ss. 1578-1580.

Çağa, Tahir, Ahmet M. Gökçen ve Tevfik Güran, “Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair”, **Ölüm ve Cismani Zarar**

Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 21-36.

Çağlayan, Ramazan. **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayınevi, Ankara, 2007.

Çelik, Ahmet Çelik. “Can Zararları ve Tazminatın Ölçüsü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 3, 2005, ss. 735-769.

Çelikkol, Hüseyin. “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 2, 1985, ss. 14-20.

Derbil, Süheyp. **İdare Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1959.

Deryal, Yahya. “Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2001/3 Yıl:59, 2001, ss. 15-36.

Duez, Paul. **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, çev. İbrahim Senil, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950.

Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. **Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku**, Cilt: III, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2012.

Duran, Lûtfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1974.

Duran, Lûtfi. **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Düren, Akın. **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.

Eren, Fikret. “ Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, (Ed. Ali Naim İnan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Cilt: I, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

Esin, Yüksel. **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları-İkinci Kitap: Esas**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.

Gökyayla, K. Emre. **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**, Cilt: II, Ekin Kitapevi, Bursa, 2003.

Gözübüyük, A. Şeref. **Yönetmelik Yargı**, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001.

Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt: I- II, 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.

Günday, Metin. **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.

Güran, Sait. “İdari İşlem”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı**, (Ed. Abuzer Kendigelen), Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 1275-1285.

Güran, Sait. “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu “Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”**, Ankara, 12-13 Mart 1982, ss. 77-87.

Güran, Sait. “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 151-170.

Gürsoy, Kemal Tahir. "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", **Sorumluluk-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 71-133.

Hatemi, Hüseyin, "Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim", **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 3-8.

Kaneti, Selim. "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 147-150.

Kaplan, Gürsel. "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, ss. 117-142.

Karaege, Özge. **Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2001.

Karakaş, Fahri. "Ölüm ve Sakatlık Hallerinde Maddi Zararın Hesap Yöntemleri", **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 10-11 Aralık 1993, ss. 105-109.

Karatepe, Şükrü. **İdare Hukuku**, Üniversite Kitapevi, İzmir, 1993.

Karavelioğlu, Celal. **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Top-Kar Matbaacılık, Akçaabat, 1997.

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı,
<http://www.kazanci.com>, (06.10.2009).

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.

Kılıçoğlu, Mustafa. “Cismani Zararlarda Tazminat Hesaplamalarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2000. ss. 71-90.

Kutlu, Meltem. “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 1999, ss. 15-27.

Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 22, Ekim 2004, ss. 2876-2881.

Oğuzman, Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Cilt: II, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Onar, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: I, III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1968.

Orhunöz, Ergun. “Ölüm ve Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 65, Nisan 1999, ss. 43-47.

Orhunöz, Ergun. **Tazminat Davalarında (Ölüm ve Bedeni Zararlar) Uygulama Sorunları**, Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1997.

Özay, İl Han. **Günlükte Yönetim**, Everest yayınları, İstanbul, 2002.

Özdemir, Necdet. **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1963.

Özgüldür, Serdar. “Sorumluluk Hukukunda İdari İşlemlerin Yol Açtığı Zararlar ve Bunların Tazmini Sorununa Mukayeseli Bir Yaklaşım”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı**, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 1998, ss. 73-139.

Özgüldür, Serdar. **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.

Özsunay, Ergun. “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar” Kavramı ve Manevi Zararın Giderimi”ne İlişkin Çözümler”, Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, **Marmara Hukuk Fakültesi Dergisi**, (Ed. İsmail Esin), Cilt: II, Sayı: 1-3, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, ss. 483-506.

Özyörük, Mukbil. **İdare Hukuku-İdari Yargı Ders Notları**, Ankara, 1977.

Serozan, Rona. “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, (Ed. Turhan Esener), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, ss. 67-101.

Şahin, Emin ve Veysel Gültaş. **Uygulamada Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000.

Şahin, Yahya, Yakup Bal ve Mustafa Karabulut. **Tazminat Davaları ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2005.

Tural, Turabi. “Tazminat Hesapları”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara. 10-11 Aralık 1993, ss. 195-210.

Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?>, (20.10.2009).

Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (13.11.2009).

Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar.asp, (10.02.2009).

Uluslan, İlhan. “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat’a Armağan, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:63, Sayı: 1-4, İstanbul, 1979, ss. 101-127.

Yargı Kararı Arama Motoru

<http://www.kararara.com/yargitay/yhdk2/yrgtyk13098.htm>, (11.03.2014).

Yayla, Yıldızhan. “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 45-59.

Yayla, Yıldızhan. **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

Yenice, Kazım. İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Tartışmalar, Ankara, 12-13 Mayıs 1980, ss. 258-259.

Yıldırım, Kamil. “Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Durumu”, **TBB’nin 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru’ya Armağanı**, (Ed. Hakan Pekcanitez), Şen Matbaası, Ankara, 2004, ss. 833-841.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

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