



T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN
KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU**

Cihan KAYA
17904001

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAARSLAN

Diyarbakır 2020

T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN
KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU**

Cihan KAYA
17904001

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAARSLAN

Diyarbakır 2020

TAAHHÜTNAME
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “İdarenin Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluğu” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

14/06/2020
Cihan KAYA

ÖN SÖZ

İdarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu, idare hukukunun daha çok içtihatlar ile gelişmiş ve güncelliğini yitirmeyen konularından biridir. Bu sebeple günceli yakalamak ve yorumlamak adına bu konu üzerine eğilmek her daim zaruri olmaktadır. İşbu tez de bu amaçla yazılmış olup doktrin, mevzuat ve içtihadı bir arada değerlendirerek idarenin kusur sorumluluğunda mevcut durumu analiz etmeye çalışmıştır.

Öncelikle katkılarından ötürü tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Karaaslan'a, tez çalışmam sürecinde yardımlarını esirgemeyen iş arkadaşım Süleyman Elhakan ve değerli büyüğüm Eyüp Uçak'a ve elbette maddi ve manevi varlığını benden esirgemeyerek fedakârca her daim yanımda olan sevdiğim Berivan Argünağa ile kardeşimiz Mori Argünağa'ya sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Cihan KAYA

ÖZET

İdarenin faaliyet alanının genişliği, çeşitliliği ve zenginliği ile orantılı olarak karşımıza çıkan idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu, hayatın akışı içerisinde güncelliğini güçlü bir şekilde korumaktadır. Devletler; hukuk devleti ve sosyal devlet olmanın bir gereği olarak kendi kusurlarından dolayı kişilerin zarar gördüğü durumlarda bu zararı hızlı ve etkili bir şekilde telafi etmelidir. Bu tez ise idarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğunda, mevcut durumu doktrin, mevzuat ve içtihatlar çerçevesinde analiz edip diğer hukuk disiplinlerinden de faydalanarak farklı açılardan ele almakta ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde toplum ve birey refahı temelli bir anlayışla sonuçlama çabasıdadır. Bunun yanında tezin konusu ile yakından ilgili ancak mevzuatta tanımı net olarak yapılmamış bazı kavramlar, farklı yazarların görüşleri ışığında ele alınmış ve tartışılmıştır. Diğer taraftan hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluklarda Danıştay içtihatlarının öneminden dolayı sık sık içtihatlara atıf yapılmış, yer yer alıntılar yapılarak yargının konuya bakışı değerlendirilmiştir. Sonuç olarak; idarenin hizmetleri dolayısıyla oluşan zararlar dinamik bir konu olduğundan, güncel bilgi ve anlayışı yakalamak, eleştirmek son derece önemlidir. Bu tez, bu mantıkla yazılmış olup konuyu daha anlaşılır kılmak gayesi gütmektedir.

Anahtar Sözcükler

İdari faaliyetler, hizmet kusuru, kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluk, idarenin yükümlülükleri, kamu yararı, hukuki güvenlik, tam yargı davaları.

ABSTRACT

The responsibility of the service resulting from the service defect that is proportional to the width of the field of activity of the administration strongly protects its currentness in the flow of life. States must compensate for this damage quickly and effectively in cases where persons are harmed by their own flaws as a state of law and social state. This thesis, in this regard, by analyzing the current situation in the responsibility of the administration due to the service defect, handles the issue from different perspectives and concludes with a welfare-based understanding based on the general principles of the law. While doing this, especially the concepts that have no clear definition in the legislation have been dealt with in the light of the opinions of different legal writers and a logic has been tried to be established. On the other hand, due to the importance of the case law of the Council of State in the responsibilities arising from service defects, references were made to the case law and quotations of the judiciary were evaluated. As a result; As the services of the administration and the damages arising from these services are a dynamic issue, it is extremely important to capture and criticize the current knowledge and understanding. This thesis is written with this logic and aims to make the subject more understandable.

Keywords

Administrative activities, defect of service, flawed responsibility, perfect liability, obligations of the administration, legal security, full judicial cases.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
ÖN SÖZ.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	VIII

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAMSAL TEMELLER

1.1. İDARE KAVRAMI.....	1
1.1.1. İdare Kavramının Tanımlanması.....	1
1.1.2. Kamu İdaresi - Özel İdare Ayrımı.....	2
1.1.2.1. Amaç Yönünden	3
1.1.2.2. Kamu gücü ayrımı	4
1.1.2.3. Kamu İdarelerinin Üstünlüğü	4
1.1.2.4. Yasaya Bağlılık Durumu	5
1.2-SORUMLULUK KAVRAMI VE BU KAVRAMIN İDARE	
HUKUKUNDAKİ YERİ	7
1.2.1. Sorumluluk Kavramının Tanımlanması	7
1.2.2-Sorumluluk Kavramının Türleri.....	9
1.2.2.1. Siyasi Sorumluluk.....	9
1.2.2.2. Cezai Sorumluluk	10
1.2.2.3. Mali Sorumluluk.....	11
1.2.2.3.1. Medeni Sorumluluk.....	12
1.2.2.3.2. İdari Sorumluluk	13
1.3. HİZMET ve KAMU HİZMETİ KAVRAMLARI	14
1.3.1. Hizmet Kavramı	14
1.3.2. Kamu Hizmeti	15
1.3.2.1. Organik Anlamda Kamu Hizmeti	16

1.3.2.2. Maddi Anlamda Kamu Hizmeti.....	17
1.3.2.2.1. Kamu Tüzel Kişisi.....	17
1.3.2.2.2. Kamu Gücü	20
1.3.2.2.3. Kamu Yararı.....	20
1.3.2.2.4. Üstün Kamu Yararı	21
1.4. KUSUR KAVRAMI.....	22
1.4.1. Borçlar Hukukunda Kusur Kavramı.....	22
1.4.2. Ceza Hukukunda Kusur Kavramı.....	22
1.4.3. İdare Hukukunda Kusur Kavramı	23
1.5. İDARENİN SORUMLULUĞU	23
1.5.1. İdarenin Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi	23
1.5.1.1. Roma Hukukunda İdarenin Sorumluluğu	24
1.5.1.2. Fransız Hukukunda İdarenin Sorumluluğu.....	25
1.5.1.3. Türk Hukuk Tarihinde İdarenin Sorumluluğu.....	27
1.5.2. İdari Sorumluluğun Anayasal ve Yasal Kaynakları	28
1.5.2.1. 1982 Anayasası	29
1.5.2.2. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu.....	33
1.5.3. İdari Sorumluluğun Türleri	34
1.5.3.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk.....	34
1.5.3.2. Sözleşme Dışındaki İdari Sorumluluk	35
1.5.3.2.1. Kusursuz Sorumluluk.....	36
1.5.3.2.1.1. Risk İlkesi	39
1.5.3.2.1.2. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi.....	41
1.5.3.2.2. Kusur Sorumluluğu	42

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU

2.1. HİZMET KUSURU	43
2.1.1. Kişisel Kusur Ayrımı.....	44
2.1.2. Hizmet Kusuru Kavramı	46
2.1.3. Hizmet Kusurunun Ayırt Edici Özellikleri	49
2.1.3.1. Hizmet Kusurları Anonimdir	50
2.1.3.2. Hizmet Kusurları Geneldir	51

2.1.3.3. Hizmet Kusurunda Asli Sorumlu İdaredir	52
2.1.3.4. Hizmet Kusurları Bağımsızdır	53
2.1.3.5. Hizmet Kusurları Esnektir.....	53
2.1.4. Hizmet Kusuru Sayılan Durumlar	54
2.1.4.1. Hizmetin Kötü İşlemesi.....	55
2.1.4.2. Hizmetin Geç İşlemesi	58
2.1.4.3. Hizmetin Hiç İşlememesi (İdarenin Eylemsizliği).....	59
2.2. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DOĞMA ŞARTLARI.....	62
2.2.1. İdarenin Eylem veya İşlemi (Fiil).....	63
2.2.2. Kusur.....	64
2.2.3. Zarar	65
2.2.3.1. Ortada Bir Zarar Olmalıdır.....	66
2.2.3.2. Zarar Gerçekleşmiş Olmalıdır.....	67
2.2.3.3. Zarar Kesin Olmalıdır	67
2.2.3.4. Zarar, Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olmalıdır.....	68
2.2.3.5. Zararın Nakdi Değeri Olmalıdır (Para ile Ölçülebilmelidir).....	68
2.2.4. İlliyet Bağı	69
2.3. İDARENİN HİZMET KUSURUNUN UYGULANMA ŞARTLARI	71
2.3.1. Basit Kusur - Ağır Kusur Ayrımı	72
2.3.2. Basit Kusur - Ağır Kusur Ayrımında Uygulanacak Kriterler.....	76
2.3.2.1. İdarenin Hizmet Yürütürken Zorlanma Durumu	76
2.3.2.2. Hizmetin Önemi	76
2.3.2.3. Zarar Görenin Durumu.....	77
2.3.2.4. Zararın Meydana Gelme İhtimali.....	77
2.4. İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN YA DA ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR	77
2.4.1. Mücbir Sebep.....	78
2.4.1.1. Dışlık.....	78
2.4.1.2. Öngörülmezlik.....	79
2.4.1.3. Karşı Konulamazlık	79
2.4.2. Beklenmeyen Hal.....	79
2.4.2.1. İçlik	80

2.4.2.2. Öngörülmezlik.....	80
2.4.2.3. Önlenemezlik	81
2.4.3. Zarar Görenin Kusuru.....	81
2.4.4. Üçüncü Kişilerin Kusuru	82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TAZMİNİ

3.1. KUSURDAN SORUMLU KAMU TÜZEL KİŞİSİNİN TESPİTİ.....	84
3.2. RÜCU HAKKI	85
3.3. TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI.....	87
3.4. ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN İLKELER.....	90
3.4.1. Nakden Tazmin	90
3.4.2. Talep Edilen Tazminat Tutarından Fazlasına Hükmedilememesi.....	91
3.4.3. Dava Dilekçesinde Talep Edilen Tazminat Tutarının Bir Defaya Mahsus Artırılması	91
3.5. HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLI ZARAR VE TAZMİNATLARIN HESAPLANMASI	92
3.5.1. Tam Tazmin İlkesi.....	93
3.5.2. Zarar ve Tazminatta Tarihler.....	94
3.5.3. Tazminatın Şekli.....	95
3.5.4. Zararın Hesaplanması.....	95
3.5.5. Faiz Uygulamaları	96
3.5.6. Sonradan Ortaya Çıkan Zararlar.....	97
SONUÇ.....	98
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR

<i>AIHS</i>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<i>AIHM</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<i>AY</i>	Anayasa
<i>AYİM</i>	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
<i>BK</i>	Borçlar Kanunu
<i>Bkz.</i>	Bakınız
<i>C.</i>	Cilt
<i>CMK</i>	Ceza Muhakemeleri Kanunu
<i>Çev.</i>	Çeviren
<i>DMK</i>	657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu
<i>GATA</i>	Gülhane Askeri Tıp Akademisi
<i>HD</i>	Hukuk Dairesi
<i>HGK</i>	Hukuk Genel Kurulu
<i>İSKİ</i>	İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
<i>İYUK</i>	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
<i>KİT</i>	Kamu İktisadi Teşebbüsü
<i>OHAL</i>	Olağanüstü Hal
<i>S.</i>	Sayfa
<i>SGK</i>	Sosyal Güvenlik Kurumu
<i>SK</i>	Sayı Kanun
<i>SSK</i>	Sosyal Sigortalar Kurumu
<i>TBMM</i>	Türkiye Büyük Millet Meclisi
<i>T.C.</i>	Türkiye Cumhuriyeti
<i>TBK</i>	Türk Borçlar Kanunu
<i>TCK</i>	Türk Ceza Kanun

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL TEMELLER

1.1. İDARE KAVRAMI

İdarenin sorumluluğu mefhumunu ele almadan önce “*idare*” kavramının kendisini tartışmak, tanımlamak, kapsam ve sınırını belirlemek gerekir. Kuşkusuz bunu yaparken en sade ve düz anlamdan başlayarak hukuki ve terimsel anlama doğru gitmekte fayda vardır.

1.1.1. İdare Kavramının Tanımlanması

İdare'nin günlük yaşamdaki sözlük karşılıkları aşağıdaki gibidir: ¹

1. Yönetme, yönetim, çekip çevirme.
2. Ülke işlerinin yürütülmesi, kamuya ilişkin hizmetlerin bütünü.
3. Bir kurum veya kuruluşun yönetildiği yer.
4. Bir kurumun işlerini yürüten kurul.

Hukuki anlamda idare kavramı ise yukarıdaki tanımların terimleştirilmesi ile ortaya çıkmış ve müstakil bir hukuk dalının kavram karşılayıcısı halini almıştır. İdarenin kavramsal olarak tanımlanması konusunda; idare deyimini idari işleri yürüten organizasyonu, örgütü ifade ettiği gibi bu örgütün faaliyetleri anlamında da kullanılmaktadır. Bu bağlamda idareden kastın hangisi olduğu yönünde kavram kargaşası yaşanabileceği açık olup idarenin net ve keskin bir tanımını yapmak her zaman güç olmuştur.²

¹Büyük Türkçe Sözlük, “Sorumluluk”, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.

² Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Eylül 2009, s.139.

İdare kısaca “*Belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen planlı insan faaliyeti*” olarak ifade edilebilir.³ Burada üzerinde durulması gereken; idarenin hem örgütün yapısal olarak kendisi, hem de faaliyetleri olduğudur. Bu doğrultuda *idare* bazen bir teşkilatı, bir idari birimi, bir resmi daireyi ifade ederken bunun yanında çoğu zaman bir faaliyeti, yönetme, yürütme, çekip çevirme anlamına gelmektedir.⁴

Devlet varsa idare de vardır, bu kapsamda yapılan tanımlar çerçevesinde bir devletin kanunsuz, yargısız olabileceği fakat idaresiz olamayacağı iddia edilebilir. Devletin niteliğine bakılmaksızın yapılabilecek bir diğer genelleme ise devletlerin genel olarak kamu yararına özgülüenmiş bir kamu gücünün organize hali olduğudur.⁵

İdare kavramının genel olarak bir amaç doğrultusundaki çabalar, yönetme, çekip çevirme anlamlarına geldiğinden bahsetmiştik; burada “kamu idaresi” ve “özel idare” ayrımının üzerinde durmak durumundayız. Nitekim *idare* mefhumu, yukarıda yapılan tanımlar çerçevesinde, her ne kadar hukuk dünyasında genellikle kamu hukukuna dair olsa da aslında özel hukukta da çokça yer almaktadır. Bu durumda gerek tezimizin konusu açısından gerekse idare hukukunun kapsamı yönünden kamu idaresini özel idareden ayıracak kıstaslar üzerinde durmak gerekir.

1.1.2. Kamu İdaresi - Özel İdare Ayrımı

İdare kavramı; bu kavramın karşıladığı geniş anlam çerçevesinde hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kendine karşılık bulsa da genel itibariyle muhtevastından dolayı kamu hukukuna dair kamusal işlemlerin yönetilmesi anlamında kullanılmaktadır.⁶ Bununla bağlantılı olarak idare hukuku da bir kamu hukuku dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle İdare hukuku, kamu idarelerinin idari faaliyetlerinin hukukudur; idare hukukunun konusu, idari işlem, idari eylem ve idari

³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s.1.

⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.32.

⁵ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.13-15.

⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s. 15.

sözleşmelerdir.⁷ Özel hukuktaki idare kavramı çoğu zaman kelimenin sözlük anlamına yakın kullanılırken kamu hukukundaki *idare* daha teknik, ayırt edici özellikleri olan ve mevzuata bağlı bir kavramlar topluluğunu karşılamaktadır.

Kamu idaresi - özel idare ayrımını yaparken her iki kavramın müstakil tanımlarını ortaya koymak yerine idare kavramının genel tanımı üzerinden giderek bu iki kavram arasındaki farklar yoluyla kavramsal sınırı çizmek daha işlevsel olacaktır. Nitekim asıl amaç neyin kamu idaresi kapsamına girdiğinin belirlenmesi olduğundan bir konunun bu kapsama girip girmediğini belirleyecek kıstaslar ile farkı belirginleştirmek daha yerinde olacaktır. Bu bağlamda kamu idarelerini özel idarelerden ayıran özellikleri ele almak gerekir:

1.1.2.1. Amaç Yönünden

Hukukun temelinde esasen adalet ve doğal hukuk gibi kavramların yanında yarar etkenleri de yatmaktadır.⁸ Yarar teorisi kapsamında ele alınan bu durum devletler nezdinde kendini kamu yararı olarak göstermektedir. Bu kapsamda kamu idareleri genel anlamda kamu yararını temel alıp işlerini yürütürler, yani kamu idaresinin amacı kamu yararı ile beraber kamu yararı kapsamında değerlendirilebilecek her türlü işi potansiyel olarak barındırabilmektedir.⁹ Danıştay vermiş olduğu bir kararda bir idarenin başka bir idareye ait taşınmazı kamulaştırmasında mevzuattaki dayanaklara değinmeden önce olayda kamu yararı olmadığını ve bu sebeple kamu hizmeti olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. İlgili karar şu şekildedir: “*Anayasa ve 2942 sayılı Kanuna göre idareler ancak görevli oldukları bir kamu hizmetinin yürütülmesinin gerekli kıldığı hallerde yani kamu yararı amacıyla, sadece özel mülkiyete konu taşınmaz malları kamulaştırabileceklerdir. Dolayısıyla bir kamu kurumunun mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların başka bir idare tarafından kamulaştırılması yasal olarak mümkün değildir.*”¹⁰ Görüldüğü üzere idarenin kamu

⁷ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, **Anayasa Hukuku – İdare Hukuku**, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2008, s. 318.

⁸ Ahmet Gürbüz, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi**, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.56-58.

⁹ İbrahim Gül, “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2014, Sayı 2, s.539.

¹⁰ Danıştay 15. Daire, 30/11/2017, E:2016/6965 K:2017/7122 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 149) s.92.

faaliyetlerinin genel olarak kamu yararına özgülenmiştir. Bunun yanında özel idareler nadir olarak kamu yararı gözetmekle beraber özel idarelerin asıl amaçları ve varlık sebepleri özel çıkarlardır. Bu durumda Kamu idarelerini özel idarelerden ayırırken – kanunilik ilkesinden bağımsız- öncelikle idarenin faaliyet yürütürken asıl amacının kamu yararı olup olmadığına bakmak yerinde olacaktır.¹¹

1.1.2.2. Kamu gücü ayrımı

Kamu idarelerini özel idarelerden ayıran en önemli özelliklerden biri kamu gücü ayrımıdır. Kamu idareleri hareket ederken kamu gücüne haiz ve sahiptirler; bu sebeple asıl amaçları olan kamu yararına dair işleri yürütürken özel idarelere nazaran daha farklı yollar kullanabilmekte, kimi zaman tekel konumunda işleyebilmektedir. Ancak özel idareler kamu gücünden yoksun, bireysel çabalar ile işlerler. Özetle, özel idarelerin kural olarak kamu gücüne haiz olmamalarının yanında kamu idarelerinin kamu yararı amacını gerçekleştirebilmek için kamu gücüyle donatıldıklarını belirtmek gerekir.¹² Kuşkusuz idare sahip olduğu kamu gücünü kamu yararı amacıyla kullanmalıdır, idarenin kamu gücüne dayanarak yaptığı fakat kamu yararı barındırmayan işlem ve eylemler hukuka aykırı olacaktır. Danıştay bir kararında kamu gücü kullanılarak kişilerin yargıya erişiminin engellenmesinde kamu yararı bulunmadığından bahisle aksi yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur. Söz konusu karar şu şekildedir: “(...)Yukarıda da izah edildiği üzere; gerek Anayasanın ilgili hükümleri uyarınca gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının hâkim konumdaki idare tarafından kamu gücünü kullanılarak ihlal edildiği sonucuna varıldığından dava konusu işlemde hukuka ayarlık, davanın reddine dair mahkeme kararında ise yasal isabet görülmemiştir.”¹³

1.1.2.3. Kamu İdarelerinin Üstünlüğü

Kamu idareleri, kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış oldukları için gerek bireylere karşı gerekse özel idarelere karşı üstün konumdadır. Bu üstünlüğün hem

¹¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, Ekin Yayınları, Bursa 2019, s.32.

¹² Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, s.32.

¹³ Danıştay 7. Daire, 22.3.2018, E: 2014/2109 K: 2018/1925 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 149 s.16).

sebebi hem de sonucu niteliğindeki önemli bir husus kamu idarelerinin görevlerinin aksaklık kabul etmemesidir. Bu ise yine esas konu olan kamu yararının devamlılığının, tutarlılığının ve öncelikli olmasının bir neticesidir. Bu kapsamda idarenin etkinliklerinin eşitsizlik ilkesi üstüne kurulduğunu belirtmek gerekir. Bu eşitsizlik, diğer bir deyişle kamu idarelerinin üstünlüğü Türk hukukunda da kamu otoriteleri lehine tesis edilmiştir. Burada özellikle belirtilmesi gereken husus, bu üstünlüğün kamu yararına dayanmasından kaynaklı keyfi kullanılamayacağıdır.¹⁴ Kamu idarelerinin üstünlüğünü ilkesi öncelikle fikri olarak kamu yararının öncelenmesine dayanmış ve ilkeselleşmesi kolaylaşmıştır.¹⁵ Buna karşın özel idareler gerek diğer özel idareler ile gerekse kişilerle denk konumdadır.

1.1.2.4. Yasaya Bağlılık Durumu

İdarenin kanuniliği ilkesi Anayasaya dayanmakta olup¹⁶ bu temelde kamu idareleri kural olarak yasayla kurulurlar ve gerek işleyiş gerekse görev muhtevası yine yasalarla düzenlenir. Bu yasalar ise genelde o idareye münhasır olarak çıkmış yasalar olup kurduğu idareye dair birçok konunun yer aldığı hükümler barındırırlar. Buna karşın özel idareler ise -istisnalar hariç olmak üzere- münhasıran herhangi bir yasa ile kurulmadıkları gibi genel mevzuata tabi olarak faaliyet yürütürler. Bu doğrultuda bir özel idare yöneticisinin kamu idaresi yöneticisine oranla daha serbest olduğunu söylemek gerekir.¹⁷

Yasaya bağlılık konusunda kanunilik ilkesine dair önemli bir değişim, yasaların yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak da kamu tüzelkişilikleri kurulabileceğidir. Anayasanın 123. maddesi, “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” hükmü ile idarenin kanuniliği ilkesini ortaya koymuştur. Mezkûr maddenin devamında yer alan “*(...) Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” hükmü ise kanunilik ilkesini nispeten esnetmiştir. Burada belirtmek gerekir ki 21/1/2017 tarihli

¹⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s.43,44.

¹⁵ Sabina Cassese, “19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Eren KALANYUVA (Çev.), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 2012, s.157.

¹⁶ Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C:36, Yıl 2019, s.293.

¹⁷ Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.9.

ve 6771 sayılı Kanununun 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “(...)ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak(...)” ibaresi “(...)kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle(...)” şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere tıpkı kanunla kurulmuş gibi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de kamu tüzelkişilikleri kurulması Anayasal dayanağa sahip olmuştur. Ancak söz konusu değişikliğin bir benzeri, idari vesayet konusunu ele alan Anayasanın 127. Maddesinde yapılmamıştır, başka bir deyişle idari vesayet ilişkisi halen kanunlara tabidir. Bu durum, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulan veya kurulacak kamu tüzelkişiliklerinde merkezi idare ile mahalli idareler arasında vesayet ilişkisinin nasıl olacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu konuda tartışmalar var olmakla beraber Anayasa hükümlerinin birbirleri ile tutarlı yorumlanması gerektiği ön kabulü ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulan kamu tüzelkişiliklerinin de idari vesayet yetkisine sahip olacakları söylenebilir. Ancak özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini yapan Anayasa Mahkemesinin oluşturacağı içtihatlar da belirleyici ve yol gösterici olacaktır. Diğer muhtemel bir çözüm ise Anayasanın 127. Maddesinde de bir düzenleme yapılarak tamamlayıcı bir etki yaratacak biçimde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulan kamu tüzelkişiliklerine idari vesayet yetkisi tanınması olacaktır.¹⁸

Belirtilmesi gereken önemli bir husus da idarelerin hukukiliğidir. Bu kapsamda idarenin hukukiliğinin yalnızca idarenin kuruluşu anlamında değil, dahası ve özellikle idarenin eylem ve işlemlerinin hukukiliğinin Anayasa ile güvence altına alınmış olmasıdır. Buradan idarenin hukukiliğinin Anayasa hukukunun somutlaşmış hali olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.¹⁹

Bu ayrımlar doğrultusunda yalnızca kanunilik ilkesi gereği değil, mantıken de artık bir idarenin kamu idaresi mi yoksa özel idare mi olduğunu belirlemek mümkün olmaktadır; bu bağlamda belirtmek gerekir ki tezimizin konusu ile beraber genel anlamda “*idare*” kavramı kamu idaresini kast etmektedir. Ancak idareler açısından

¹⁸ Kasım OCAK, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl 2019, C.36, Sayı 1, s.187-190.

¹⁹ Atay, **İdare Hukuku**, s.46-48.

“kamu” ve “özel” ayrımı ikisi arasındaki farkı belirtmek amacı güttüğünden tezin geri kalan kısmında kamu idaresinden “*idare*” olarak bahsedilecektir.

1.2-SORUMLULUK KAVRAMI VE BU KAVRAMIN İDARE HUKUKUNDAKİ YERİ

Sorumluluk kavramı gerek hukuk literatüründe gerekse günlük yaşamda sıkça kullanılmakla beraber kullanıldığı alana göre farklı durumları karşılamaktadır. Kiracının kiraya verene karşı sorumluluğu, ebeveynlerin çocuklarına karşı sorumlulukları, eşlerin birbirlerine karşı sorumlulukları, seçilmiş insanların vatandaşlara karşı sorumlulukları, belli bir ülke sınırı içerisinde yaşayanların o ülkenin yasalarına karşı sorumlulukları, satıcının tüketiciye karşı sorumluluğu ve yaşamın birçok alanında mevcut diğer sorumluluk türleri örnek olarak sayılabilir.

1.2.1. Sorumluluk Kavramının Tanımlanması

Günlük hayattaki sorumluluk kavramı genellikle yapılan yahut yapılması gereken bir fiil veya içinde bulunulan durumdan kaynaklı doğabilecek sonuçların üstlenilmesi halini ifade eder. Nitekim bu anlam doğrultusunda TDK da sorumluluk kavramını “*Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi*” olarak tanımlanmıştır.²⁰ İdare açısından sorumluluğu ise bir fiilin sonuçlarına katlanabilmek, zarar doğmuş ise bunu telafi ya da tazmin etmek olarak tanımlayabiliriz.²¹ Kaynağı açısından bakıldığında sorumluluk, bir kişinin diğerine hukuken korunan bir hakka dayanmaksızın verdiği zararı gidermesine ilişkin bir yükümlülük olarak tanımlanabilir.²²

Sorumluluk kavramı özel hukukta çoğu zaman bir sözleşmeye, bazen de haksız fiile dayanır. Sözleşmeye dayandığı durumlar, sözleşmenin taraflarının diğer tarafa yönelik sözleşme gereklerine aykırı hallerde söz konusu olur ve burada doğan sorumluluk hali sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülür. Sorumluluğun sözleşmeye dayandığı durumlarda ortada bir hukuki ilişki mevcuttur ve sözleşmenin

²⁰ Büyük Türkçe Sözlük, “Sorumluluk”, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.

²¹ Atay, **İdare Hukuku**, s.146,147.

²² Atay, **İdare Hukuku**, s. 663.

taraflarının birbirlerine karşı sorumlulukları söz konusudur.²³ Bu sorumluluk klasik borç ilişkisinde olduğu gibi taraflara yükümlülükler getiren hukuki ilişkidir. Taraflara karşılıklı hak ve borç yüklenen bu sözleşmelere uyulmadığı takdirde sözleşmeye aykırı davranan, başka bir deyişle ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin özel hukuk kapsamında sorumluluğu doğacaktır. Öte yandan bir kişi, başka bir kişiye haksız bir fiili dolayısıyla zarar vermişse de bu fiilinden dolayı o kişinin zarar görene karşı sorumluluğu gündeme gelecektir.²⁴ Bu açıdan TBK 49. madde kapsamında haksız fiile dayanan sorumluluğun oluşabilmesi için ortada adından da anlaşılacağı üzere hukuka aykırı bir eylemin olması gerekmektedir.²⁵

Türk hukukunda haksız fiil açısından objektif hukuka aykırılık teorisi kabul görmeye beraber kast edilen, her ne kadar mutlak hakların ihlali tek başına hukuka aykırılık olarak değerlendirilse de diğer hakların ihlali durumunda ayrıca bir hukuk normunun çiğnenmesinin aranmasıdır.²⁶ Özetle, bir kişinin başka bir kişinin haksız fiili ile zarar gördüğü durumlarda özel hukuka dayanan, haksız fiilden kaynaklı sorumluluk doğar ve zarar verenin zararı telafisi özel hukuk kapsamında yerine getirilir.

Sorumluluk kavramından genel olarak öncelikle kasıt, ihmal, tedbirsizlik gibi nedenlerle başkasına verilen zarardan, zarara sebep olan kişi veya kurumun mesul tutulması ve bu zararı giderme yükümlülüğünün doğması anlaşılmalıdır.²⁷

Sorumluluk kavramı kamu hukukunda ise daha farklı bir anlamı karşılamaktadır. Kavram; hukuki anlamda birçok sonuç doğurması ve farklı hukuk dallarında farklı durumları karşılaması sebebiyle tamamen ortaklaşmış bir tanıma sahip değildir, ancak yine de bu kavrama dair özellikle içtihatlarla geliştirilen tanımlar belli ölçüde kesişmektedir.

²³ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 549-552.

²⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C. 2, s. 1035 vd.

²⁵ Mustafa Dural ve Ekrem Kurt, **Açıklamalı Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, 567-570.

²⁶ Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl 2017, C.23, Sayı 1, s.499,500.

²⁷ Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 11 vd.

1.2.2-Sorumluluk Kavramının Türleri

Sorumluluk kavramı kamu hukukunda “Siyasi Sorumluluk”, “Cezai Sorumluluk” ve “Mali Sorumluluk” olmak üzere üç başlık altında toplanabilir.²⁸

1.2.2.1. Siyasi Sorumluluk

İdarenin siyasi sorumluluğu yoktur. Tıpkı eski parlamenter sistemde yalnızca başbakan ve bakanların siyasi sorumluluklarından bahsedilebildiği gibi mevcut Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde de benzer şekilde Cumhurbaşkanı ve bakanların siyasi sorumluluklarından bahsedilebilir.²⁹ Burada belirtilmesi gereken bir husus, siyasi sorumluluk konusunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı ve bakanların siyasi sorumluluk durumlarıdır. Önceki parlamenter sistemde Cumhurbaşkanlığının siyasi sorumluluğu bulunmamakta idi, Cumhurbaşkanının varsa siyasi partisi ile bağına tamamen koparıp bağımsız ve tarafsız bir şekilde görev ve yetkilerini kullanması durumu yeni sistemde köklü değişikliklere uğramıştır. Anayasanın 101. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanının siyasi partisi ile bağına koparma zorunluluğu 16 Nisan 2017 referandumu ile kalkmış ve böylece Cumhurbaşkanının siyasi parti üyesi olabilmesinin yolu açılmıştır.³⁰ Nitekim yeni sistemin ilk Cumhurbaşkanı da bir siyasi partinin genel başkanlığı görevini yürütmüştür.³¹ Bu sebeplerden dolayı Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğundan bahsetmek mümkündür.³² Diğer taraftan siyasi sorumluluk kavramı olarak yalnızca bir gözetim değil aynı zamanda hesap verilebilirlik kavramını da karşılamaktadır. Bu kapsamda siyasi sorumluluğun mevzuat çerçevesinde bu açıdan bir işlev gördüğünü söylemek gerekir.³³

²⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 2, s. 1036-1043.

²⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 2, s. 1036.

³⁰ Türkiye Barolar Birliği, “**Anayasa Değişikliği Teklifinin Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Metni**”, Ankara 2017, (sayfa numarası bulunmamakta; 101. Madde değişikliği değerlendirmesi) http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx (11.11.2019).

³¹ Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan mezkûr Anayasa değişikliğinden sonra tekrardan Ak Parti’ye üye olmuş ve Cumhurbaşkanlığı ile parti genel başkanlığını beraber yürütmüştür. Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/cumhurbaskani-erdogan-ak-partiye-uye-oldu/809584>

³² 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa Değişikliği Referandumu ile Cumhurbaşkanının seçildiği zaman şayet mevcut ise partisi ile ilişkisini keseceğini öngören 101. madde kaldırılmıştır; böylece Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisini kesmesi kendi takdirine bırakıldığından dolayı parti üyesi bir Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğundan da bahsedilebilecektir.

³³ Abbas Kılıç, “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2016, C.0, Sayı 8, s. 271.

1.2.2.2. Cezai Sorumluluk

Ceza hukukunun alanına giren bir kavram olan cezai sorumluluk, ceza ehliyetine sahip birinin suç işlemesi halinde ortaya çıkar.³⁴ Suçun tanımı ise ceza yasaları kapsamında yapılmalıdır nitekim iç hukukta yapılan tanım AİHM gibi uluslararası hukuk yollarında da dikkate alınacaktır.³⁵ Ceza yasaları tarafından tanımlanan ve kapsamı belirlenen suçlar ise işlendikleri zaman hapis cezası, para cezası, idam gibi yaptırımlarla karşılaşmaktadır.³⁶ Ülkemizde ise idam cezası 1984 yılından itibaren fiilen infaz edilmemiş, 2004 yılında ise idam cezasının kaldırılması ile hukuken de bir cezalandırma yöntemi olmaktan çıkmıştır.³⁷ Türk ceza hukukundaki en temel ceza kanunu Türk Ceza Kanunu'dur, fakat bunun yanında ceza hükümleri içeren başka kanunlar da mevcuttur.³⁸

Hukukumuzda ceza vermeye yetkili organlar adli teşkilatımızda bulunan ceza mahkemeleridir. Ayrıca cezai sorumluluk şahsi olup suçu işleyenler dışında herhangi bir sebeple bir başkasına yaptırım söz konusu olmamaktadır.³⁹ Diğer taraftan cezai sorumluluk gerçek kişilere has bir sorumluluk türüdür. Tüzel kişiler güvenlik tedbirleri saklı kalmak kaydıyla herhangi bir cezai sorumluluğa sahip değildirler.⁴⁰ İşte bu durumun bir sonucu olarak kamu tüzel kişilerinin ya da genel olarak idarenin cezai sorumluluklarından bahsetmek de mümkün değildir.⁴¹ Bu konuda cezai sorumluluğun

³⁴ İlhan Üzülmez ve Mahmut Koca, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, İstanbul 2019, s. 112 vd.

³⁵ Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı – **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.101-103.

³⁶ Mehmet Emin Artuk ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s. 833 vd.

³⁷ Bkz. İlgili kanun değişikliğinin resmi gazetede yayımlanması <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5218.html>

³⁸ Türk ceza hukukuna kaynaklık eden temel kanun TCK'dır. Ancak bu yegâne ceza hükümleri içeren kanun değildir. Nitekim 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 25.05.2005 tarih ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 03.07.2005 tarih ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu, 05.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi birçok kanun hususi olarak ceza kanunu olarak nitelendirilmeler bile ceza hukukuna dair hükümler içermektedirler.

³⁹ TCK md. 20/1 “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*” hükmü ile suç ve cezanın şahsiliği ilkesini somutlaştırmıştır.

⁴⁰ TCK md 20/2 “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*” Şeklindeki hükmü ile tüzel kişiler hakkında yalnızca güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını öngörmüştür.

⁴¹ Veli Özer Özbek ve Diğerleri, **Ceza Hukuku Bilgisi - Genel Hükümler**, Ankara 2010, s. 141 vd.

yalnızca kusurlu hareket yeteneğine sahip gerçek kişiler bakımından söz konusu olabileceğinden kaynaklı tüzel kişiler açısından TCK’da öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı açıktır.⁴²

İdarelerin cezai sorumlulukları bulunmamakla beraber bir idarede görev yapan kişiler ister görevleri ile ilgili olsun isterse şahsi olsun suç işledikleri zaman yalnızca kişisel olarak cezalandırılırlar. Yani başka bir deyişle ceza yaptırımını gerektiren eylemler karşısında idare değil, suçu işleyen kişi sorumludur. Bu husus tazmin gerektiren diğer sorumluluk türleri ile karşılaştırılmamalıdır; nitekim buradaki sorumluluk hali idarenin hizmet kusurundan dolayı tazmin yükümlülüğü gerektiren sorumluluğu değil ceza yasaları çerçevesinde suça karşılık ceza yaptırımını öngörülen haller kapsamında değerlendirilecek eylemlere dair sorumluluktur.⁴³

1.2.2.3. Mali Sorumluluk

Mali sorumluluk kavramı karşımıza genellikle “*mal varlığı sorumluluğu*” olarak çıkmaktadır. Bu sorumluluk hali; bir kişinin bir başkasına verdiği zararın, zarar verenin mal varlığına Devlet eli ve Devlet gücüyle el konularak tazminine yönelik yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet gücünün, başka bir deyişle kamu gücünün devreye girmesi ise zarar veren kişinin kendi rızası ile kendi malvarlığından makul ölçüde bir miktarın zarar görenin hanesine geçirmedeği durumlarda ortaya çıkar. Çoğu zaman aynen teslim ya da tazminat şeklinde tezahür eden bu durum görüldüğü üzere cezai sorumluluğun yaptırımını olan hapis yahut siyasi sorumluluğun bir yaptırımını olan görev kaybından çok farklıdır. “Mali sorumluluk” (malvarlığı sorumluluğu) kavramına “hukuki sorumluluk” da denebilir ve bu sorumluluk halinde verilen zararın rıza ile tazmin edilememesi durumunda Devletin yargı gücünün devreye girmesiyle zararın tazmini sağlanacaktır.⁴⁴ Danıştay bir kararında hukuki sorumluluğu yalnızca tazminat ödemeye indirgemenin doğru olmadığı üzerinde durarak bu sorumluluğu demokratik Devlet olmanın bir gereği olarak değerlendirmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*İdarenin hukuki sorumluluğu kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli*

⁴² Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 2015, s. 48.

⁴³ Gözler, **İdare Hukuku**, c.2, s. 1037 vd.

⁴⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, c.2, s. 1037.

*miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.”*⁴⁵ Görüldüğü üzere Danıştay aslolanın hukuk devleti ve demokratik düzende devlet ile vatandaşlar arasındaki hukuka dayalı ilişki olduğunu, tazminatın ise bu durumun bir tezahürü olduğunu değerlendirmiştir.

Bu açıklamalar ışığında *malvarlığı sorumluluğu* iki başlık altında incelenebilir:

1.2.2.3.1. Medeni Sorumluluk

Medeni sorumluluk kavramı kısaca, malvarlığı sorumluluğunun özel hukuk alanındaki halidir. Bu doğrultuda biri zarar veren ve diğeri zarar gören olmak üzere; iki kişi arasında doğan zararın zarar gören açısından zarar verenin malvarlığı ile sorumlu olması olarak tanımlanabilir. Ancak buradaki “sorumluluk”, zarar ile ortaya çıkan tazmin yükümlülüğünün Devlet eli ile sağlanmasıdır, başka bir deyişle oluşan zararın kendisi değil, zarar gören açısından zarar verenden tazmininin kamu gücüyle yerine getirilmesi yaptırımıdır.⁴⁶ Medeni sorumluluğun kaynağı borç ilişkisine dayanmakla beraber, borcun sebepleri Roma Hukukuna dayanan ayırım ile sözleşmeden doğan ve haksız fiile dayanan borçlar şeklinde tasnif edilmektedir; ancak ikinci kategorinin alanının zamanla genişlemesi sebebiyle günümüzde yeni ayırım “akdi sorumluluk”, “sözleşme dışı sebeplerden kaynaklanan sorumluluk” ve “sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan sorumluluk” olarak yapılmaktadır.

Akdi sorumluluk sözleşmeye dayanmaktadır, sözleşme ise tarafların birbirlerine karşılıklı irade açıklamaları ile kurulmaktadır. Açık veya örtülü olarak ortaya konabilen irade esaslı konularda uyuşmuş ise ikinci noktalar da üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kapsamında sayılmaktadır. Diğer taraftan kanunun yazılı yapılmasını öngördüğü sözleşmelerde tarafların imzalarının bulunması gerekir.

⁴⁵ Danıştay 15. Daire, 30/11/2017, E:2016/6965, K:2017/7122 (**Danıştay Dergisi** Yıl 2018, Sayı 149), s. 292.

⁴⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, c.2, s. 1038.

TBK'ye göre sözleşmeye dayanan borçların sebebi sözleşmede yer almasa bile tarafların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde sorumlulukları doğacaktır. Sözleşme dışı sebeplerden kaynaklanan sorumluluklar ise haksız fiil veya kusursuz sorumluluk hallerinde ortaya çıkar. Haksız fiile dayanan sorumlulukta hukuka aykırı ve aynı zamanda kusurlu bir fiil ile bir başkasına zarar verilmesi durumunda bu fiili işleyenin sorumluluğu gündeme gelir. Bir fiil zarar verici olduğu sürece yasaklanmamış olsa bile ahlaka aykırı olmak şartı ile zararı giderme açısından sorumluluk doğurur. İspat yükünün zarar görende olduğu bu durumlarda yargı yoluna gidilmesi ile tazminata hükmedilebilmektedir. Sözleşme dışı sorumluluklardan bir diğeri ise kusursuz sorumluluk halleridir. Hakkaniyet, tehlike ve özen sorumluluğu olarak tasnif edilen bu sorumluluk türünde ise ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin verdikleri zararlarda hakkaniyetin gerektirmesi; çalıştırmanın çalışanın verdiği bazı zararlardan sorumlu tutulması gibi sorumluluk halleri mevcuttur. Son olarak sebepsiz zenginleşmenin de sorumluluk yarattığını belirtmek gerekir. Haklı bir sebep olmadan birinin bir başkasının malvarlığı veya emeğinden zenginleşmesi durumunda bu zenginleşmeyi geri verme açısından doğan bu sorumluluk da zenginleşen açısından borç doğurmuş hükmündedir.⁴⁷

1.2.2.3.2. İdari Sorumluluk

İdari sorumluluk⁴⁸, anlam olarak medeni sorumluluk ile paralellik gösterir. Nasıl ki medeni sorumlulukta iki özel hukuk kişisi arasında veya kamu tüzelkişisinin taraf olması durumunda dahi bir özel hukuk ilişkisinin doğmasından bahsediliyorsa; idari sorumlulukta da idare ile bir özel hukuk kişisi arasında doğan ilişkiden söz etmek mümkündür. Bu benzetme doğrultusunda idari sorumluluk kısaca “*İdarenin kişilere verdiği zararı tazmin yükümlülüğü*” olarak tanımlanabilir.⁴⁹

⁴⁷ Dural ve Kurt, **Açıklamalı Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu**, s.541-589.

⁴⁸ Kimi kaynaklarda “Mali sorumluluk” ile “İdari sorumluluk” eş anlamlı olarak kullanılmıştır, ancak Gözler; mali sorumluluğu mal varlığı sorumluluğu kavramı ile eş tutarak bunu iki başlığa ayırmış ve özel hukuktaki tezahürünü “medeni sorumluluk” kavramı ile açıkladıktan sonra idarenin sorumluluğunu “idari sorumluluk” olarak ele almış ve kusurlu sorumluluk ile kusursuz sorumluluk hallerini bu kapsamda açıklamıştır. (Gözler, **İdare Hukuku**, c.2, s. 1035-1042). Kanımızca yerinde olan bu tasnif özellikle mali sorumluluğun özel hukukta da oldukça geniş bir uygulama alanı bulmasına dayandığından ve TBK kapsamında sözleşmeye dayanan, sözleşme dışı ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı birçok durumda gündeme geldiğinden; diğer taraftan mali sorumluluğu idari sorumluluk ile eş tutmak özel hukuktaki tezahüre ayrı bir başlık bulma ve bu nedenle kavram kargaşasına neden olma sorununu ortaya çıkaracağından GÖZLER'in tasnifini kullanmak uygun olacaktır.

⁴⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s.1035.

İdari sorumlulukta da öncelikle idarenin verdiği zararı kendi rızasıyla tazmin etmesi beklenir.⁵⁰ Ayrıca idarelerin meşruiyet halleri ve bir anlamda Devleti ve hukuku temsil etmesi, bu tazmin fiilinin başvuru halinde yahut başvuruya gerek bırakılmadan yapılması beklentisini mevcut kılmaktadır. Ancak bazı hallerde idarenin çeşitli gerekçelerle verdiği zararı tazmin etmemesi halinde ise kamu gücünü kullanan idarelere karşı daha güçlü bir kamu gücü hali olan idari yargı özelinde Devletin yargı gücünün devreye girmesi ve zararı cebren tazmin etmesi durumu ortaya çıkmaktadır.⁵¹ İdari sorumluluk, esasında *kusurlu sorumluluk* ve *kusursuz sorumluluk* hallerinde idarenin doğan zararı tazmin ve manevi zarar durumunda zarar göreni tatmin yükümlülüğünü ifade eder. İdari sorumluluğa dair her ne kadar çerçeve mevzuat hükümleri bulunsun da bunun daha çok içtihatlarla geliştiğini söylemek yerinde olacaktır, kuşkusuz bu durum idare hukukumuzun genel karakteri ve yapısı ile ilgilidir.⁵²

1.3. HİZMET ve KAMU HİZMETİ KAVRAMLARI

1.3.1. Hizmet Kavramı

Hizmet kavramı “*Birinin işini görme veya birine yarayan bir iş yapma*”⁵³ olarak veya kısaca “*Bir işi görme, bir işi yapma*”⁵⁴ olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda bir fiilin hizmet olarak kabul edilebilmesi için makul bir ihtiyacı gidermeye yönelik bir çaba olduğunu söylemek yanlış olmaz. Diğer taraftan, güncel siyaset özelinde siyasi partilerin çeşitli faaliyetlerini çoğu zaman *hizmet* kavramıyla -kısmen günlük yaşamdaki kısmen ise hukuki anlamda- adlandırdıkları herkesçe müşahade edilmektedir.⁵⁵ Kanaatimizce siyasi partilerin seçimler aracılığıyla idari makamları

⁵⁰ Mustafa Köksal, “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2009, Sayı 85, s. 242.

⁵¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1041.

⁵² Aysema Pelin Şaşmaz, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, **Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi**, Yıl 2016, C.2 Sayı 2, s. 232,233.

⁵³ Büyük Türkçe Sözlük, “Hizmet”, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.

⁵⁴ Hukuk Sözlüğü, “Hizmet”, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

⁵⁵ Adalet ve Kalkınma Partisi Parti Programı “Giriş” başlığı altında “(...)Partimiz, geleneğin ve geçmişin birikimiyle ülkemizin sorunlarına, dünya gerçekleriyle paralel biçimde, özgün ve kalıcı çözümler sunmayı hedefleyen, topluma hizmet etmeyi esas alan, ideolojik platformlarda değil, çağdaş demokratik değerler platformunda siyaset yapmayı benimseyen bir partidir.(...), <https://www.akparti.org.tr/parti/parti-programi/> (14.02.2020); Cumhuriyet Halk Partisi Parti Programı

elde ederek yürüttükleri faaliyetlerin çoğunun kamu gücü kullanılarak ve kamu yararı amacıyla yapılan idari faaliyetler olması çerçevesinde bu tabirin çok da isabetsiz olmadığıdır. Fakat yine de *kamu hizmet* daha dar çerçevede ele alınması gereken bir kavramdır.

1.3.2. Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti kavramını tanımlamak oldukça zordur, D. Truchet'in dediği gibi; kamu hizmetinin ne olduğunu yasa koyucu tanımlama endişesi duymamış; yargıç, değerlendirme özgürlüğünü yitirmemek için tanımlamaktan imtina etmiş; öğretide ise tüm çabalara rağmen tanımlanamamıştır.⁵⁶ İdare hukukumuzun kurucusu kabul edilen Sıddık Sami Onar ise, kamu hizmetini geniş anlamda “*Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler*” olarak; dar anlamıyla ise “*kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler*” olarak tanımlamıştır.⁵⁷

Kamu hizmeti, önemi ve kapsamıyla idare hukukunun en temel kavramlarından biridir. Bu kavram idare hukukunda idari işlem, idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi, kamulaştırma ve devletleştirme, idareni görev alanının belirlenmesi gibi konularda temel ölçüttür.⁵⁸ İdare hukukunun kamu hizmeti üzerine kurulduğu yönünde görüşler de vardır, buna göre devletin varlık sebebi, toplumun iyiliğine çalışmak, kamu için gerekli ve faydalı olan teşebbüslere girişmek ve bu teşebbüsleri gerçekleştirecek teşkilatı kurmak ve faaliyetleri yerine getirmektir.⁵⁹

“Devletçilik” başlığı altında “CHP devletçidir, CHP'nin devletçiliği, devletin halka hizmet için yapılanmasını, katılımcı yönetimi, demokratik hukuk devletini öngörür.(...), <https://chp.azureedge.net/1d48b01630ef43d9b2edf45d55842cae.pdf> (14.02.2020).

⁵⁶ D. Truchet, **Label de Service Public et Statut du Service Public**, Aktaran; Turgut Tan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1991, s.234.

⁵⁷ Sıddık Sami Onar, “**İdare Hukukunun Umumi Esasları**”, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s.13.

⁵⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s.568,569.

⁵⁹ Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku, Genel Esasları, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, İşin Yayıncılık, Ankara 1985, s.16, Aktaran: Atay, **İdare Hukuku**, s.569.

Kamu hizmetini demokrasi açısından ele alacak olursak, bir hizmetin kamu hizmeti kapsamına girip girmediği hususunda yasamanın söz sahibi olması gerektiğini söylemek yanlış olmaz. Bu kapsamda evrensel hukuk ilkelerine dayanan Anayasa açısından yasa koyucunun kamu hizmetinin mevcudiyetinin tespitinde rol oynaması da Anayasal çerçevede kalmalıdır.⁶⁰

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için faaliyeti yürütenin bir kamu tüzel kişisi veya onun denetim ve gözetimi altındaki bir özel hukuk kişisi olması gerekir; bu, kamu hizmetinin organik unsurudur. Faaliyetin kamu hizmeti sayılmasının bir diğer şartı da kamu yararı amacına dönük bir eylem olmasının gerekliliğidir. Bu da hizmetin maddi unsuru olarak nitelendirilir.⁶¹

Kamu hizmeti kavramı kimi yazarlarca organik, maddi ve biçimsel olmak üzere üç kola ayrılmış olsa da⁶² genel eğilim organik anlamda kamu hizmeti ve maddi anlamda kamu hizmeti olmak üzere iki temel sınıfa ayırmak üzerinedir.⁶³

1.3.2.1. Organik Anlamda Kamu Hizmeti

Organik anlamda kamu hizmeti, belli bir görevi yürütmek amacıyla bir kamu tüzel kişisi tarafından o amaca uygun tahsis edilmiş olan kamu görevlileri ve araçlardır.⁶⁴ Burada “*hizmet*” daha çok bir organizasyonu, örgütü ifade eder.⁶⁵ Genelde “*kamu hizmetine girmek*”⁶⁶ tabiriyle karşımıza çıkan bu tanım, bakıldığında esasen “*hizmet etmek üzere görev almak*” şeklinde tezahür etmektedir. Bu kapsamda Anayasanın 70. maddesinde yer alan “*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.*” hükmü organik açıdan kamu hizmeti manasında kullanılmıştır.⁶⁷

⁶⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 424.

⁶¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 254 vd.

⁶² Selim Çapar, Recep Demir, Şükrü Yıldırım, “Kamu Hizmet Sunumunda İdarecilerin İşlevi”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 481, s. 366.

⁶³ Gözler, **İdare Hukuku**, C..2, s. 254 vd.

⁶⁴ Çapar, Demir ve Yıldırım, “Kamu Hizmet Sunumunda İdarecilerin İşlevi”, s.366; Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, “**İdare Hukuku**”, Der Yayınları, İstanbul 2017, s. 1043.

⁶⁵ Gözler, “**İdare Hukuku**”, C.2, s.256.

⁶⁶ Bkz. Anayasa md. 70, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (23.10.2019), s. 22,23.

⁶⁷ İnanç İşten, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2007, s.4.

1.3.2.2. Maddi Anlamda Kamu Hizmeti

Maddi anlamda kamu hizmeti; genel olarak Devlet tüzel kişisi, kamu tüzel kişileri veya bunların denetim ve gözetimi altındaki diğer kişiler tarafından kamu ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, kamu yararı gözetilerek yapılan faaliyetlerdir. Maddi anlamda kamu hizmetinin kamu yararı amacıyla yapılan faaliyetler olarak özetlenebilmekle beraber işlevi açısından “fonksiyonel anlamda kamu hizmeti” olarak da ifade edilebilir.⁶⁸ Maddi anlamda kamu hizmetinden söz edildiğinde kamu hizmetini yürüten organların niteliğine değil yürütülen kamu hizmetinin mahiyetine bakılır⁶⁹, bu yönüyle hizmetin özellikleri kamu hizmeti tanımına uygunluk kriteri olacaktır.

İdari hizmetlerin daha iyi anlaşılması açısından sık sık karşımıza çıkacak olan kamu tüzel kişisi, kamu gücü, kamu yararı ve üstün kamu yararı kavramlarını ayrıca açıklamakta fayda vardır.

1.3.2.2.1. Kamu Tüzel Kişisi

Kamu tüzel kişileri Devlet tarafından kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan⁷⁰, özel hukuk tüzel kişilerinden kamu gücü gibi daha ayrıcalıklı özelliklere sahip olup daha farklı yükümlülükleri bulunan ve kamu yararı amacıyla hareket eden organizasyonlardır. Kamu tüzel kişileri *kamu idareleri* ve *kamu kurumları* şeklinde iki gruba ayrılır. Kişi topluluğu olarak teşekkül eden kamu idareleri; Devlet, il özel idareleri, köyler ve belediyelerden oluşmaktadır. Mal topluluğu şeklinde olan kamu tüzel kişileri ise TRT, üniversiteler gibi sınırlı sayıda olmayan tüzel kişilerdir.⁷¹

Kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran bazı farklar vardır. Bunların en başında kamu tüzel kişiliklerinin kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden alınan açık yetki ile kurulması zorunlu iken özel hukuk tüzel

⁶⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 259.

⁶⁹ Atay, **İdare Hukuku**, s.573.

⁷⁰ Bkz. Anayasa md. 123.

⁷¹ Atay, **İdare Hukuku**, s.193-201.

kişilerinin belli kurallara uymak şartıyla serbest bir şekilde kurulabilmeleridir.⁷² Diğer taraftan kamu tüzel kişileri Devletin bir parçası olduklarından, özel hukuk tüzel kişileri ile kıyaslandığında daha üstün bir konumdadırlar.⁷³ Son olarak kamu tüzel kişilerinin faaliyet saikleri kamu yararının gerçekleşmesi iken özel hukuk tüzel kişileri özel fayda amacı güderler.⁷⁴ Aslında Danıştay bir kararında kamu tüzel kişiliklerine dair sade ve açıklayıcı bir değerlendirme yapmıştır, ilgili karar şu şekildedir: “*Kamu tüzel kişileri ise Anayasanın 123. maddesi uyarınca kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idari bir kararla kurulurlar. Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahiptirler. Anayasada belirtilen Devlet tüzel kişiliği, kendini oluşturan gerçek ve diğer tüzel kişilerden bağımsız bir hukuki kişiliktir. Bu özelliği itibariyle haklara ve borçlara ehildir. Diğer kamu tüzel kişileri bir kamu hizmetinin sunumu yani kamu yararını gerçekleştirme amacıyla kurulurlar. Yürüttükleri hizmetlerle ilgili olarak kişiler üzerinde hukuki sonuçlar doğuran tek yanlı idari işlemler yapabilirler. Ancak bu ayrıcalık ve üstün yetkileri sınırsız olmayıp kuruluşlarına ilişkin kamu hukuku sınırları dâhilindedir. Kamu tüzel kişilerine yürüttükleri kamu hizmeti için kamu kaynakları tahsis edilir ve kamu hukuku çerçevesinde personel istihdam imkânı sağlanır.*”⁷⁵

Burada özellikle üzerinde durulması gereken bir husus, mezkur ve benzer birçok Danıştay kararının ihtiva ettiği üzere; kamu tüzel kişiliklerinin kanun veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulabileceği kuralının Anayasanın 123. Maddesinde yapılan değişiklik ile köklü şekilde değiştiği ve kamu tüzel kişiliklerinin yalnızca kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kurulabileceğidir.⁷⁶ Bu durumda bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması iki şekilde gerçekleşebilecektir. Birincisi, yasama organı tarafından çıkarılan kanuna dayanarak; ikincisi ise Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin bir ürünü olan Cumhurbaşkanlığı Ofisleri,

⁷² Anayasa md. 123/3; “*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” Ayrıca bkz. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanununun 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “*ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak*” ibaresi “*kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle*” şeklinde değiştirilmiş ve kanunilik ilkesi nispeten esnetilmiştir.

⁷³ Atay, **İdare Hukuku**, s.42,43.

⁷⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, s. 198 vd.

⁷⁵ Danıştay 1. Daire, 29.5.2018, E: 2018/1032 K: 2018/871, (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 149), s. 94.

⁷⁶ Bkz. 72 numaralı dipnot.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmuş kamu tüzelkişiliklerine en yeni örneklerden birini teşkil etmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin ilk Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 525. Maddesi ile kurulan Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisinin kamu tüzelkişiliğine haiz olduğu mezkûr maddede açıkça belirtilmiştir.⁷⁷ Bu doğrultuda kamu tüzelkişiliği kavramının niteliğinde bir değişim olmamış, yalnızca bu niteliğe haiz idarelerin kuruluşunda bir düzenlemeye gidilmiştir. Şu halde, Anayasanın 123. Maddesindeki mezkûr düzenlemenin öncesindeki Danıştay kararlarını bu değişikliği göz önünde bulundurarak incelemek yerinde olacaktır. Diğer taraftan, kamu tüzel kişiliklerinin artık “yasadan alınan açık yetki ile” kurulamayacağını da belirtmek gerekir. Nitekim, Anayasanın 123. Maddesinin üçüncü fıkrasındaki bu ibare çıkarılmıştır, bu durumda düzenlemenin yürürlük tarihinden itibaren kanundan alınan açık yetki ile kamu tüzelkişiliği kurulamayacağı açıktır.⁷⁸

İdare hukuku açısından Devlet kamu tüzel kişisi, kamu idarelerinin en büyüğü olmakla birlikte, Devlet idaresi, yerel yönetimler, kamu kurumları ve meslek örgütleri dışında kalıp, merkez ve taşrada kamu hizmet ve faaliyetleri yerine getiren bütün kamusal örgütleri işaret etmektedir.⁷⁹ Bu yönüyle bütün kamu tüzel kişilerinin kaynağı Devlet kamu tüzel kişisidir. Gücünü ve yetkisini Devletten, Devletin yaptığı kanunlardan almaları sebebiyle kamu tüzel kişilerine bir anlamda Devletin devamı veya bir parçası olarak bakmak gereklidir. Ancak bu sebepten dolayı tasnif yöntemi olarak kamu tüzel kişilerini ele alırken Devleti önce ayrıca bir sınıfa alıp kalan kamu tüzel kişilerini incelemek gerekir. İşte burada “*kamu idareleri*” ve “*kamu kurumları*” ayrımı ortaya çıkar. Tıpkı yerinden yönetim sisteminin ikiye ayrılması gibi, kamu tüzel kişileri de kamu idareleri ve kamu kurumları olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu idareleri; belli bir yerde beraber oturan insanların, müşterek ve umumi ihtiyaçlarını karşılayan, çeşitli kamu hizmetlerini ve faaliyetlerini gören yerel yönetim birimleridir. Kamu kurumları ise buna paralel olarak belirli bir ya da birkaç hizmet ya da faaliyeti yürütmekle görevli ve o hizmet teşkilatını kişileştiren teşkilat birimleridir. Bu ayrım

⁷⁷ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1&MevzuatTur=19&MevzuatTertip=5>

⁷⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, s.205.

⁷⁹ Serkan Açar, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 65, s. 288.

esasinda kamu idarelerinin faaliyet alanlarının çeşitliliğinin yanında, kamu kurumlarının her birinin faaliyet konusunun sınırlı olmasına dayanır. Ancak yine de her ikisinin de ortak noktası faaliyet konularının bir kamu hizmeti olması, tüzel kişiliğe sahip bulunmaları ve zorunlu bir kuruluşlar olmalarıdır. Farkları ise; kamu idarelerinin faaliyet alanının belli bir yer ile kamu kurumlarının faaliyet alanının ise belirli bir hizmetle sınırlandırılmış olmasıdır. Bu çerçevede Devlet bir kamu idaresidir ve kamu idaresi olarak Devlet, yasama-yargı-yürütme organlarından oluşan topluluk değil, yalnızca yürütmeyi ifade etmektedir.⁸⁰ Bu açıklamalar ışığında örneklendirecek olursak kamu idarelerinden kasıt; Devlet, il özel idareleri, belediyeler ve köylerdir. Kamu kurumları ise; barolar, üniversiteler, TRT, TÜBİTAK gibi kurumlardır.⁸¹

1.3.2.2.2. Kamu Gücü

Kamu gücü idare hukukunda en önemli kavramlardan biridir. Bu önemin sebebi, kamu gücünün idare hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran en önemli ayrımların başında gelmesidir. Bu açıklama doğrultusunda kamu gücü (veya kamu gücü ayrıcalıkları) özel hukuk alanını aşan ve özel hukukta bulunmayan birtakım hükümler ve şartlar olarak tanımlanabilir.⁸² Kamu gücüne sahip olan idarelerin yalnızca bu sebepten daha üstün oldukları değil, ayrıca özel hukukta görülmeyen yükümlülüklerle sahip oldukları için konularının farklı olduğu da önemli bir husustur. Kamu gücünün varlık sebebi ise esasen kamu yararadır. Örneğin bir idari hizmet için kamulaştırma yapılması gerekiyorsa kamu gücüne dayanılarak yapılabilir.⁸³

1.3.2.2.3. Kamu Yararı

Kamu yararı; ulusal birliğin, kamunun gereksinimlerinin, Devlet ihtiyaçlarının ve bunlara uygun diğer yararlı sayılabilecek ihtiyaçların bütünü; ayrıca kişiler ve halkın refah ile huzurunu ifade eder. Kamu hizmetinin esasen kamu yararı amacı gütmesi, kamu hizmetlerinde gelir elde etme amacının olmaması anlayışını beraberinde getirmiştir, nitekim bu anlayış kolluk hizmetleri gibi kimi hizmetler

⁸⁰ Serkan Ağar, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları)”, s. 285.

⁸¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, s. 192-197.

⁸² İsmail Uçar, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2016, C.20, s. 332.

⁸³ Ahmet Emrah Akyazan, “Maddi Açıdan İdari İşlemler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, s.223.

açısından gelir yasağı şeklinde tezahür etmiştir.⁸⁴ Kamu yararı kavramı yere, zamana ve şartlara göre değişebilen niteliğe sahip olduğundan dolayı net bir tanımı zordur. Ancak, kamu yararından söz edebilmek için Devlet veya toplum faydasının varlığı gözetilmelidir.⁸⁵

Kamu yararı kavramı Fransız Devriminden sonra iyilik kavramının yerine kullanılmaya başlanmıştır.⁸⁶ Kamu çıkarı ya da kamu menfaati de denen bu kavram idare hukukunda kişiler ile toplumun huzur ve refahının tesis edilmesine yönelik bir amacı ifade eder.

1.3.2.2.4. Üstün Kamu Yararı

Kamu yararı kavramının durum ve şartlara göre değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Bazı durumlarda ise birden fazla kamu yararı adeta yarış halindedir. İşte burada bir kamu yararının diğerinden daha fazla öneme sahip olmasını ifade eden “*üstün kamu yararı*” kavramı önümüze gelmektedir. Üstün kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda genelde bir kamu yararı uğruna daha az öneme sahip bir kamu yararından vazgeçilmesi gündeme gelir.⁸⁷

Üstün kamu yararı, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında sıkça tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında⁸⁸ Orman Kanununda yapılan bazı değişikliklerin Anayasaya aykırılığını irdelemiş ve üstün kamu yararı kavramını tartışmıştır. Mezkûr kararda ormanlarda hiçbir etkinlik yürütülme bile ormanların varlığının kamunun yararına olduğundan bahisle ormanlarda yapılacak herhangi bir etkinliğin ormanların varlığından daha mühim bir kamu yararına sahip olması gerektiği vurgulanmıştır.

⁸⁴ Sedat Çal, **Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 84.

⁸⁵ Nermin Tombaloğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2014, C.5, Sayı 1, s. 384,385.

⁸⁶ İbrahim Gül, “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 537.

⁸⁷ Hasan Yaylı, Aysema Pelin Şaşmaz, “Üstün Kamu Yararı Bağlamında Türkiye’de HES Politikalarına İlişkin Bir Değerlendirme”, **Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl 2017, C.1, Sayı (Özel Sayı) 1, (sayfa numarası bulunmamakta).

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 22.11.2007, E:2004/67 K:2007/83 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>).

1.4. KUSUR KAVRAMI

“*Bilerek veya bilmeyerek bir işi gereği gibi yapmama*” anlamına gelen “kusur” kavramı; idare hukukunda daha çok hizmet kusuru, idarenin kusurlu davranışı şeklinde karşımıza çıkmakla beraber bir faaliyetin gerekliliklerine uygun olarak yapılmamasını ifade eder.⁸⁹

Kusur kavramı özel hukukta ve idare hukukunda farklı durumları karşılamaktadır.⁹⁰ Bu ayrımları görmek, hizmet kusuru kavramının anlaşılması hususunda önemlidir.

1.4.1. Borçlar Hukukunda Kusur Kavramı

Borçlar hukukunda kusur kavramı sorumluluğun temelini oluşturmaktadır. Kusurun varlığı veya yokluğuna, derecesine göre sorumluluk halleri ortaya çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki eski Borçlar Kanununda olduğu gibi 6089 sayılı Türk Borçlar Kanununda da kusura dair birçok hüküm bulunmasına rağmen kusurun müstakil bir tanımı yapılmamıştır. Şu halde, haksız fiilin sübjektif unsuru olan kusurun, en başta hukuka uygun olmayan bir davranış olduğunu belirtmek gerekir. Kusurun Türk Borçlar Kanununda tanımlanmamış olması ise bu boşluğun içtihat ve doktrin ile doldurulacağı sonucunu ortaya koymaktadır.⁹¹

1.4.2. Ceza Hukukunda Kusur Kavramı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kusur kavramının tanımı tam olarak yapılmamıştır. Ceza hukuku açısından suçun manevi unsuru özelinde, failin kusurundan bahsedildiği hallerde fiilin de kusurluluğu ortaya çıkar. Bu kapsamda, failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılayabilmek suretiyle bu davranışı yönlendirme, davranıştan kaçınma durumları kusur kavramının irade ile ilişkisi bağlamında ele alınmalıdır. Diğer taraftan Ceza Hukukunda kusur kavramının yaş küçüklüğü, haksız tahrik, akıl hastalıkları, hukuka uygunluk nedenlerinin aşılması gibi

⁸⁹ Büyük Türkçe Sözlük, “Kusur”.

⁹⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1083 vd.

⁹¹ Habip Oğuz, Sorumluluk Hukukunda Kusur, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 28, s.276,277.

birçok nedenden etkilendiğini ve bu çerçevede değerlendirildiğini de belirtmek gerekir.⁹²

1.4.3. İdare Hukukunda Kusur Kavramı

İdare hukukundaki kusur kavramı genellikle *hizmet kusuru* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ise idari bir faaliyetin geç işlemesi, kötü işlemesi veya hiç işlememesi durumlarda varlığı aranan kusur, bu sebeple doğacak tazmin yükümlülüğünün de sebebidir.⁹³ İdare hukukundaki kusur kavramı ve hizmet kusuru tezimizin sonraki bölümlerinde daha geniş işlenecektir.

1.5. İDARENİN SORUMLULUĞU

Genellikle Devletin sorumluluğu olarak karşımıza çıkan idarenin sorumluluğu kavramı günümüze gelinceye kadar birçok anlam değişimine uğramıştır. Tarihsel gelişim içerisinde idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için önceleri ağır kusur aranmakta iken zamanda basit veya hafif kusurun mevcudiyeti tek başına idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli sayılmıştır.⁹⁴ Bu anlamda günümüzdeki muhtelif mevzuat kaynakları ve içtihatlarla temellenmiş idari sorumluluk kavramını ele almadan önce tarih içerisindeki idarenin sorumluluğunu inceleyip bugüne gelmek konuyu daha anlaşılır kılacaktır.

1.5.1. İdarenin Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi

İdarenin sorumluluğu mefhumu devletler tarihi boyunca genel itibarıyla gelişerek daha geniş anlamlara kavuşmuş ve yeni uygulama alanları kazanmıştır. Bu süreçler boyunca devletlerin hukuka aykırı davranamayacağı, hukukun kaynağı oldukları ön kabulleri de tartışılmış ve sorumluluk kavramı idareler nezdinde git gide artan bir alan kaplamıştır. Ancak yine de günümüzdeki idari *sorumluluk* kavramını anlayabilmek için özellikle günümüz hukuk anlayışlarının en büyük kaynaklarından

⁹² Selami Turabi, Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 101, s.271,272.

⁹³ Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, s. 1084-1086; Çınar Can Evren, “Hizmet Kusuru – Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, s. 182.

⁹⁴ Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2004, Sayı 19, s. 173-174.

olan Roma Hukukunu ve idare hukukumuzun esin kaynağı olan Fransız Hukukunu irdelemek faydalı olacaktır.

1.5.1.1. Roma Hukukunda İdarenin Sorumluluğu

Roma hukukunun yaratıcıları olan Romalılar devlet anlayışı olarak eski Yunan devlet anlayışından etkilenmiş ve her ne kadar devlet tüzel kişiliği olgusuna sahip olmasa da vatandaşlık statüsüne sahip kişilerin oluşturduğu organize topluluk olarak bir devlet anlayışı ortaya koymuşlardır.⁹⁵ Genel olarak devletin hukuki boyutu göz ardı edilerek devletin yalnızca siyasi bir olgu olarak görüldüğü Roma Hukukunda, devlet ile memur arasındaki ilişki de bir tür vekâlet ilişkisine dayanmaktaydı. Bu sebeple memurun sebep olduğu zararlar söz konusu olduğunda memurun kişisel sorumluluğu ortaya çıkmaktaydı. Bu zarar, günümüzdeki hizmet kusuru kavramına tekabül eden ve memurun görevinden doğan zarar olarak bile zuhur etse yine de devletin sorumluluğuna gitmek yerine yalnızca ilgili memurun sorumluluğu gündeme gelmekte idi.⁹⁶

Roma hukukunda memurların devleti temsiliyetleri günümüzdeki devlet olgusundan çok farklı olarak irade ehliyetine sahip olmayan bir organizasyon gibi temsil etmiş ve bu şekilde hareket etmişlerdir. Esasen memurların hareketlerinden dolayı kusur sorumluluğu da bu durumdan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; irade ehliyetine sahip olmayan bir yapı şeklinde karşımıza çıkan devletin haliyle kusur ehliyeti ve haksız fiil ehliyeti de söz konusu olamayacağından memurun hareketlerinden dolayı devletin sorumluluğuna gitmenin de bir gerekçesi kalmıyordu.⁹⁷

⁹⁵ Necip Kağan Kocaoğlu, “Roma Hukukunda Adli Teşkilatlanma”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/1, s. 191.

⁹⁶ Cüneyt Ozansoy, “**Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 1989, s. 40,41.

⁹⁷ Ozansoy, “**Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**”, s. 43-45.

1.5.1.2. Fransız Hukukunda İdarenin Sorumluluğu

Fransa’da idarenin verdiği zararın tazmini anlamında yükümlülüğü 1873 yılına kadar uygulama alanı bulmamakta idi.⁹⁸ Devletin sorumsuzluğu ilkesi Fransa tarihinde hem monarşi döneminde, hem de 1789 tarihli Fransız İhtilali sonrası dönemde geçerliliğini korumuştur. Monarşi dönemindeki sorumsuzluk genelde kralın kötülük yapmayacağına, ya da karine olarak yapamayacağına dayanmaktaydı. Roma Hukukundaki sorumsuzluk ilkesine sebep olarak benzemese de sonuçları açısından neredeyse aynı şekilde karşımıza çıkan bu durum, kralın kişilere zarar vermesinin söz konusu olmayacağına dayanarak tazminat yükümlülüğünün de doğmasının mümkün olmayacağını öngörmekte idi.⁹⁹ 1789 Fransız Devrimi sonrasında her ne kadar kral yerine halk egemenliği kurulmuş ise de devletin sorumsuzluğu ilkesi uzun bir süre yerini korumuş ve devrim öncesinde kralın statüsüne dayanan bu ilke devrimden sonra da bir süre halkın egemenliğinde varlığını sürdürmüştür.¹⁰⁰

Devletin sorumsuzluğu ilkesi günümüz hukuk anlayışıyla algılandığında her ne kadar uç nokta bir ilke gibi kabul edilse de esasında dönemin şartları ile beraber incelendiğinde normal karşılanmalıdır. Bu yargıyı iki hususta temellendirmek mümkündür. Birincisi; o dönem devlet anlayışında liberalizmin etkili olmasıdır. Liberal devlet anlayışında birey ve toplum refahının özgürlük ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde öncelenmesinin¹⁰¹ yanı sıra teknik anlamda liberal devlet ilkeleri doğrultusunda devletin savunma, uluslararası ilişkiler, adalet gibi işlevler dışında ciddi manada faaliyet göstermemesi¹⁰² ve bu alanlarda ise bireye zarar verme ihtimalinin düşük olmasıdır.

İdarenin sorumsuzluğunun genel olarak yerleşik devlet anlayışı ve liberal ilkelere dayanmasının yanı sıra bu sorumsuzluğun sınırsız olduğunu söylemek de

⁹⁸ Tahir Muratoğlu, **Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 111; Müzeyyen Eroğlu Durkal, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2019, s. 164.

⁹⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1045.

¹⁰⁰ George Rude, **Fransız Devrimi**, Ali İhsan Dalgıç (Çev.), İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 109-120.

¹⁰¹ Vahap Coşkun, **İnsan Hakları - Liberal Açından Bir Tahlil**, Liberte Yayınları, Ankara 2014, s.19,20.

¹⁰² Halis Çetin, “Liberalizmin Temel İlkeleri”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2001, c.2, Sayı 1, s. 231.

doğru olmaz. Nitekim bunun istisnaları mevcuttur. Bu istisnaların başında ise devletin akdettiği sözleşmelere aykırı davranması halinde sorumlu tutulabilmesi, yasalarla devletin bazı hallerde sorumluluk halinin sağlanabilmesi, kamulaştırma ve benzeri idari faaliyetlerin tazminat karşılığı yapılabilmesi¹⁰³ gibi hususlar bulunmakta idi. Ancak tüm bunların dışında devletin sorumsuzluğu ilkesinin yerel yönetimler nezdinde uygulanmadığını, mahalli idarelerin kişilere vermiş oldukları zarar dolayısıyla sorumlu tutulduklarını belirtmek gerekir. Esasında devletin sorumsuzluğu ilkesinin yerel yönetimleri kapsamaması yerel yönetimlerin egemen olmayışlarına bağlanabilir.¹⁰⁴ Monarşi dönemi ve devrim sonrası dönemin devlet yapısı incelendiğinde egemenliğin kraldan halka geçmesi sonrası bile egemenliğin yalnızca el değiştirdiği, yerel yönetimlerin uzunca bir süre hizmet görmek dışında egemenlik hakkına haiz olmadıkları görülür.

1873'ten sonra Fransa'da idarenin sorumsuzluğu ilkesi geride bırakılarak idarenin artık verdiği zarardan dolayı sorumlu olmasının önü açılmıştır. Bu değişim ise 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco Kararı* ile gerçekleşmiştir.¹⁰⁵ Böylece idarenin sorumluluğu, genel sorumluluk hallerinin dışında kendine özgü nitelikleri bulunan bir anlama kavuşmuş ve idari yargı hâkimlerinin işleteceği bir hukuki sürece dönüşmüştür.¹⁰⁶

1873 Blanco kararıyla devletin sorumluluğunun kabul edilmesi dönemin şartlarının bir gereği olarak görülebilir. Geline aşamada idari faaliyetlerin artık son derece geniş bir alan kaplaması ve önceki dönemlerin aksine artık idari faaliyetler dolayısıyla kişilere zarar verme ihtimalinin yüksek olması bu durumun gerçekleşmesinde etkilidir. Bu durumda halen idarenin sorumsuzluğu ilkesini işletmek geçmişe kıyasla daha büyük bir adaletsizliğe yol açacak ve tepkiyle karşılanacaktır.¹⁰⁷

¹⁰³ 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi 17. madde: “*Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olması nedeniyle, yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir tazminat ödenmedikçe, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz.*” Devletin sorumluluğunu ele almış ve vatandaşların menfaatlerinin ihlali durumunda bunun telafisi gerektiğinden ve bu telafinin yönteminden bahsetmiştir.

¹⁰⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1045-1047.

¹⁰⁵ Durkal, **İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli**, s. 167.

¹⁰⁶ Musa Sağlam, “Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 2015 Reformu - Değişiklikler ve Gereğçeleri”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2015, C.5, s.673.

¹⁰⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1045, 1046.

Tüm bunlardan dolayı idarenin sorumluluğu artık bir gereklilik halini aşmış zorunluluğa dönüşmüş ve hukuki bir devrim sayılabilecek bir karar ile Fransız idare hukuk tarihine yerleşmiştir.¹⁰⁸

1.5.1.3. Türk Hukuk Tarihinde İdarenin Sorumluluğu

Türk hukuk tarihinde idarenin sorumluluğunu 1876 tarihli Kanunuesasi'den başlatıp sonrasında diğer anayasalar özelinde incelemek yerinde olacaktır.

1876 Kanunuesasi'de idare ile kişiler arasındaki hukuki uyumsuzlıklarda karar yetkisi genel mahkemelere aitti. Kanunuesasinin 85. maddesi bu anlamda net bir ifade ile şahıslar ile hükümet arasındaki davalarda görevli mahkemeleri belirtmiştir.¹⁰⁹ Devlet ile kişiler arasındaki uyumsuzluğun hem bir idare mahkemesi hem de adeta yasama organı gibi hareket eden¹¹⁰ Şura-ı Devlet yerine genel mahkemelerde görülmesi doğal olarak uyumsuzlukların genel hükümlere, bir başka deyişle özel hukuk kurallarına göre çözülmesi sonucunu doğurmaktaydı. Bu yönüyle artık idarenin yalnızca özel hukuktan kaynaklı sorumlu olduğunu, kamu hukuku sorumluluğunun bulunmadığını belirtmek gerekir.¹¹¹

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda ise Kanunuesasi yerine idari uyumsuzlukların çözüm merci Şura-ı Devlet olarak yer almaktadır.¹¹² Şura-ı Devlet, tazminat istemiyle açılan idari davalarda görev alarak idarenin sorumluluğunun yerleşmesi anlamında ilk ciddi adıma vesile olmuştur.¹¹³ İdarenin sorumluluğu ilkesinin işletilmeye başlamasına değin idari dava kavramı Meclis görüşmelerinde ne olduğunun sorulmasına sebep olacak kadar hukukumuzda yabancı bir kavram idi¹¹⁴, ancak devam eden süreçte uygulama alanının genişlemesiyle olağan bir hukuk terimi haline gelmiş ve günümüzde yaygın bir alan kazanmıştır. Bu kapsamda 1925 tarihinde

¹⁰⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 664.

¹⁰⁹ Kanunuesasi 85. madde: “Her dâva ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki dâvalar dahi mehakimi umumiyyeye aittir.”.

¹¹⁰ Mehmet Akif Aydın, “Türk Hukuk Tarihçiliği”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Yıl 2005, C.3, Sayı 5, s. 17.

¹¹¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın, Bursa 2015, s.743.

¹¹² Kemal Gözler, **Türk Anayasa Tarihi**, Ekin Yayınları, Bursa 2000, s. 67-68; Durkal, **İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli**, s. 175.

¹¹³ Muratoğlu, **Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu**, s. 119-121.

¹¹⁴ Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, s.138-139.

kabul edilen Şurayı Devlet Kanunu ile tam yargı davalarının pozitif hukukumuza dâhil edildiğini ve idarenin sorumluluğun artık kanuni bir dayanağa sahip olduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁵

1961 Anayasasının 114. maddesi açık bir şekilde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları karşılamakla yükümlü olduğunu belirterek¹¹⁶ idarenin sorumluluğu kavramını güçlendirmiş ve uygulama alanını genişletmiştir.¹¹⁷ 1961 Anayasasının idari sorumluluğu bünyesine alan bu düzenlemesi doğrultusunda 24.12.1964 tarihinde çıkarılan Danıştay Kanunu ile idari davalara has mahkemeler yeni boyut kazanmıştır.¹¹⁸

1.5.2. İdari Sorumluluğun Anayasal ve Yasal Kaynakları

Kamu kurum ve idareleri hukuk devleti olmanın bir gereği olarak hukuk ilkelerine ve yasalara uygun hareket ederler. Zira bir hukuk devletinde tüm kamusal etkinliklerin hukuk kurallarına tabi olması, bu kuralların yönetilenler için olduğu kadar yönetenler için de geçerli olması söz konusudur.¹¹⁹ İdareler; görevlerini yerine getirmek adına yürüttükleri faaliyetler ile kişilerin zarar görmesine sebebiyet verebilirler. Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak bu zararın tazmini ve telafisi gerekmektedir, bu sebeple yasalarla ayrıca düzenlenmese bile Devletin kişilere verdiği zararı telafi etme gerekliliği evrensel hukukun bir gereğidir. Ancak yine de bu gerekliliğin mevzuat çerçevesinde somutlaştırılması daha etkili bir tazmin sağlayacaktır. Bu minvalde mevzuatımızda idarenin bu zararları gidermesine yönelik düzenlemeler hem Anayasal hem de yasal düzeyde mevcuttur.

İdarelerin faaliyetleri sonucu oluşan zararlar hem idari hem de adli yargının görev alanına girebilmektedir. Buradaki ayrım; kişisel kusurun bulunduğu hallerde

¹¹⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s. 669; Muhammed Ali Aydın, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 90.

¹¹⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s. 669,670.

¹¹⁷ 1961 Anayasası 114. madde son fıkra: “*İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmü ile 1982 Anayasasındakine benzer bir düzenleme ile idarenin sorumluluğunu temellendirmiştir.

¹¹⁸ Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, s. 146.

¹¹⁹ Fazıl Hüsnü Erdem, “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, **Liberal Düşünce Dergisi**, C.4, Sayı 16, s. 33.

anlaşmazlığın adli yargı kanalıyla; faaliyetin kendisi yahut kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların idari yargı kanalıyla çözüme kavuşturulmasındadır. Fakat yine de net bir ayırım yapmak güçtür; zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi müşterek incelendiğinde idari eylem ve işlemler sonucu vücut bütünlüğünün bozulması veya ölüm gibi durumlarda oluşan zararın giderilmesi için açılacak davalarda asliye hukuk mahkemeleri görevlendirilmiştir. Eylem veya işlemin idari olmasına rağmen böyle bir görevlendirme yapılması karmaşıklığa yol açmış ve eylem veya işlem sebebi ile vücut bütünlüğünün bozulup bozulamayacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir.¹²⁰ Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanununun karmaşıklığa yol açan 3. Maddesi, 16.02.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 125, 155 ve 157. Maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle oybirliği ile iptal edilmiş ve karışıklık nispeten giderilmiştir.¹²¹ Diğer taraftan ileride açıklanacağı üzere kişisel kusurda adli yargının görevli olması gerektiğine dair kimi doktrin kaynaklarının aksine Danıştay içtihatlarında kamu görevlisinin kişisel kusurunun varlığı halinde bile zarar gören açısından bir hak kaybı veya tazminin gecikmesine mahal vermemek gibi sebeplerle desteklenmiş idarenin hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir.

İdarenin sorumluluğunun mevzuatımızdaki temelini oluşturan düzenlemeler mevcut Anayasamız ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda mevcuttur.

1.5.2.1. 1982 Anayasası

İdarenin kusurundan doğan sorumluluğu en temel haliyle Anayasada öngörülmüştür. Anayasamızın 125/1 maddesinde “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*”¹²² hükmü gereği idarenin eylemlerine karşı genel kural olarak yargı yoluna gidilebilmesinin yolu açılmıştır. Bu kapsamda idarenin eylem veya işlemleri ile zarar gören veya gördüğünü düşünen özel hukuk kişileri idari

¹²⁰ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 63, s.36-38.

¹²¹ Anayasa Mahkemesi'nin E.2011/35 K:2012/23 T:16.02.2016 iptal kararı için bkz.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/23?EsasNo=2011%2F35&KararAramaRaporu=1>

¹²² <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>

yargı usul kuralları çerçevesinde idari yargıya başvurabileceklerdir. Kimi Danıştay kararlarında mezkûr hüküm kapsamında izlenecek yol özetlenmiştir, söz konusu kararlardan biri şöyledir: “*Hizmet kusuru, idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, nezaret ve denetiminin yapılmaması, hizmete özgülünen araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, hizmet için gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik, sakatlıktır. Hizmet kusuru nedeniyle açılan tazminat davalarında; zarara neden olduğu iddia edilen idari işlem ve eylemin hizmet kusuru kuramı çerçevesinde değerlendirilmesinin yapılması ve olayda kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş şartları ve diğer özellikleri, zaman ve yer koşulları, zararın niteliği gibi unsurların göz önünde bulundurulması suretiyle tespit edilen kusurun idarece tazmini gerekip gerekmediği, gerekiyor ise hangi miktarda tazmini gerektiği hususlarının araştırılarak oluşacak kanaate göre karar verilmesi gerekmektedir.*”¹²³

İdarelerin eylem ve işlemleri sonucu oluşan zararı tazmin etmesini öngören temel hüküm ise Anayasamızın 125. maddesinin 7. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” İdare mahkemeleri ve Danıştay’ın idarenin kusurundan kaynaklı zararların tazmininde değindiği temel hüküm de mezkûr maddedir. Örneğin, Danıştay bir kararında¹²⁴ bu hükümden yola çıkarak “*(...)İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları ödemekle yükümlü olup; idari eylem ve işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir(...).*” şeklinde içtihat oluşturarak verdiği kararın Anayasal temeline değinmiştir.

Anayasada Devletin vatandaşların uğradıkları zararı gidermeye yönelik diğer bir hükmü de 40. maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre “*Kişinin,*

¹²³ Danıştay 10. Daire, 24/01/2018 E: 2014/2613 K: 2018/103 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 148), s. 172.

¹²⁴ Danıştay 10. Daire, 29.04.2008, E:2007/3301, K:2008/2939, Aktaran; Ahmet Bozdağ, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 2010, Sayı 468, s.36.

Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” Bu hükümde dikkat edilmesi gereken husus Devletin kişilere karşı adeta bir garantör gibi konumlanması, kişilerin zararının tazminine öncelik vererek her koşulda bunu sağlayıp daha sonra kamu görevlisinin kişisel kusuru yahut kastı sebebiyle rücu hakkını kullanmasıdır.¹²⁵

Yine Anayasamızın 129. maddesinin 5. fıkrasına göre “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*” Mezkûr madde Danıştay İdari Davalar Genel Kurulunun bir kararında zikredilmiş, Mahkeme kamu görevlisinin ağır hizmet kusurundan bahisle tazminat ödenmesine ilişkin kararın onanması şeklinde hüküm kurmuştur. Ayrıca ileride açıklanacağı üzere rücu meselesinde idarenin kamu görevlisinin ağır hizmet kusurunun varlığı tespiti üzerine idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı kusuru bulunan kamu görevlisinden tahsilinin gerekliliği üzerinde de durmuştur.¹²⁶

Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrası ve 129. maddesinin 5. fıkrası beraber değerlendirildiğinde, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kişilerin zarara uğramasına sebep oldukları durumda zarara uğrayan kişiler açısından muhatabın Devletin kendisi olacağıdır. Buradaki mantık; bir yandan kamu görevlisinin de Devletin bir unsuru olduğunun kabulü¹²⁷, bir yandan ise kamu görevlisinin kendisinin muhatap alınması halinde zarara uğrayan kişilerin mağduriyetinin uzaması, belki de

¹²⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s. 669.

¹²⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 20.9.2002, E:2002/191 K:2002/644 kararının ilgili yeri şu şekildedir: “*Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verildiği, bu hüküm karşısında, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğu, Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuyla yer bulunmamaktadır.*”

¹²⁷ Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, s. 547.

giderilememe tehlikesinin ortaya çıkmasıdır. Özellikle 129/5 hükmü kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının varlığı halinde gidilecek ayırımın altını çizmektedir.¹²⁸

Bu durumda; kamu görevlilerinin, görevlerinin dışında sayılacak eylemler sonucu kişilerin zarara uğramasına sebebiyet vermesi halinde ise rücu kurumu işletilecek ve artık bu durum özel hukukun alanına girecek, hareketin suç teşkil etmesi halinde ise ceza hukuku işleyecektir.¹²⁹

Yukarıda sayılan hükümler, somut olarak Anayasada idarenin sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğünü ortaya koyan Anayasal maddelerdir. Ancak, bu hükümler Anayasada yer almasaydı bile aslında yine farklı bir uygulama olmamasını beklemek gerekirdi. Şöyle ki; Anayasamız detaycı bir şekilde birçok hususu bünyesine alarak hükümler kurmuştur. Ancak Anayasamızın temel mantığı kendini dayandırdığı demokratik, laik, sosyal ve hukuk devleti olma ilkeleridir.¹³⁰ Bu ilkelerin tanım ve açıklamaları üzerinde tartışma olmakla beraber doktrinde asgari oranda uzlaşmış tanımlar mevcuttur. Şu halde Devlet bünyesinde görev yapan kamu görevlilerinin yetkisinde olan davranışlar sonucu kişilere zarar vermesi halinde 40/3 ve 129/5 hükümlerinin var olmadığını varsayarsak bile idarenin sorumluluğuna gidebilmemiz gerekirdi. Zira Devlet adalete ve demokrasiye dayanmakta, bunun bir koşulu olarak da kişilerin hukuki güvenliğini sağlamak zorundadır. Bu sebeplerden ötürü kimi zaman kusursuz sorumlu, kimi zaman kendi adına çalışan görevlilerin kusurları dolayısıyla sorumludur.

Özetle Devletin kusursuz sorumluluğunun daha çok Anayasal bir ilke olan sosyal devlet olma ilkesine, hizmet kusurundan doğan sorumluluğunu ise yine Anayasada yer alan hukuk devleti olma ilkesine dayandırmakta olduğu ve bunların müşterek sonucu olarak Devletin kişilerin uğradıkları zararlar karşısında her iki

¹²⁸ Yasin Söyler, “Yargı Kararları Işığında Kişisel Kusur”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2010, C.14, Sayı 2, s. 569-574.

¹²⁹ Atay, **İdare Hukuku**, s. 701-706.

¹³⁰ Utkan Araslı, **Anayasa İptal Kararları Açısından Anayasal Temel İlke ve Kavramlar**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 47,48.

durumda da sorumluluğuna gidilebileceği söylenebilir.¹³¹ Öte taraftan Devletin özellikle kusursuz sorumluluğunda zarar ve faydanın bir kişi yerine toplumun geneline dağıtılması sonucu toplumsal barış ve huzurun sağlanacağının önemini belirtmek gerekir.¹³²

1.5.2.2. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu

İdarenin sorumluluğu konusunda diğer temel kanun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur. Kanunun en önemli özelliği en kalabalık kamu görevlileri olan Devlet memurlarının görevlerini, haklarını, yükümlülüklerini, sorumluluklarını, hukuki durumlarını ve daha birçok hususu detaylı bir şekilde içeren en temel kanun olmasıdır. Bu sebeple Devlet Memurları Kanununu idarenin hizmet kusuru konusunda özellikle incelemekte yarar vardır.

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrası şu hükmü öngörmektedir: *“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”*

Görüldüğu üzere Anayasadaki hükümlere uygun olarak DMK’da da kamu görevlilerinin bu görevlerini yerine getirirken kişilerin zararına sebebiyet vermeleri halinde zarar görenlerin dava yoluna gitmeleri durumunda davanın ilgili personele değil, idareye karşı açılacağıdır.

Mevzuatımızdaki idarenin sorumluluğuna dair temel hükümler incelendiğinde özellikle rücu meselesi ve kişisel kusur - görev kusuru kavramlarının ele alınması gerektiği açıktır. Çünkü idarenin öncelikle kusurun kişisel kusur kapsamına

¹³¹ A. şeref Gözübüyük, **Yönetmel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 249; Durkal, **İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli**, s. 182,183

¹³² Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 365-368.

girmediğinin tespiti gerekmektedir. Ayrıca, Devlet kendi kamu görevlisinin kusuru sebebiyle üçüncü kişilere karşı tazminat ödemek durumunda kalmışsa da bunu rücu kurumu ile ilgili kamu görevlisinden tahsil edebilmektedir.

1.5.3. İdari Sorumluluğun Türleri

İdarenin hem kamu hukukunda hem de özel hukukta sorumlulukları vardır. Özel hukuk sözleşmelerine dayanan sorumluluk, kanun ile özel hukuka tabi kılınmış sorumluluk ve fiili yola dayanan sorumluluk idarenin özel hukuktaki sorumluluk türleridir.¹³³ İdare hukukundaki sorumluluk ise kısaca idari sorumluluk olarak adlandırılabilir. İdarenin eylem ve işlemlerini yaparken kamu yararı amacı gütmesi, bunu kamu hizmeti kapsamında yapması ve kamu gücünden faydalanarak aynı zamanda bunun getirdiği külfetlere ve yükümlülüklerle de katlanması idarenin özel hukuk kişileriyle eşit iki taraf olarak kurduğu ilişkilerden ayrılır. Bu sebepten ötürü olası uyuşmazlıklar da idari yargıdan çözüme kavuşturulmalıdır.¹³⁴ İdari sorumluluk “Sözleşmeden Doğan Sorumluluk” ve “Sözleşme Dışı İdari Sorumluluk” olmak üzere iki türe ayrılarak incelenmesi yerinde olacaktır.

1.5.3.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

İdareler, idari faaliyetlerini yürütürken çoğu zaman sözleşme kurma yoluna giderler. Kısaca “idari sözleşmeler” olarak ifade edilen bu sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmelerinin aksine kamu hizmeti yürütülürken ve kamu gücü ayrıcalıklarının alan bulunduğu sözleşmelerdir.¹³⁵ Ancak bazı durumlarda idareler bu sözleşme hükümlerine aykırı davranabilmekte ve bu aykırılık sebebiyle sözleşmenin diğer tarafı olan kişilere zarar verebilmektedir. İşte bu durumda idarenin idari sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluğundan bahsetmek mümkündür.

İdari sözleşmeler özellikle imtiyaz sözleşmeleri, sözleşmeli personel alımları yapılan idari hizmet sözleşmeleri, yer altı - yer üstü servetinin işletilmesine dair sözleşmeler, görevlendirme sözleşmeleri gibi sözleşmeler bu kapsamda olmakla

¹³³ Evren, **Hizmet Kusuru – Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni**, s. 177.

¹³⁴ Gözler ve Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 51-53.

¹³⁵ Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1998, C.2, Sayı 2, s. 5-8.

beraber¹³⁶ sayılan idari sözleşmelere dair uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler kural olarak idari yargı kolunda görev yapan idare mahkemeleridir.

İdarenin sözleşmeden doğan sorumluluğuna dair uyuşmazlıklar; şayet sözleşmeler idari sözleşme olma vasfını taşıyorlarsa, başka bir deyişle kamu yararına hizmet etmeyen yahut kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerini ihtiva etmeyen sözleşmeler ise, buradaki uyuşmazlıklar özel hukuk hükümlerine göre hukuk mahkemelerinde görülen davalar ile çözüme kavuşur. Kira sözleşmeleri, satım sözleşmeleri, bayilik sözleşmeleri, hizmet akitleri ve abonman sözleşmeleri bu tip sözleşmeler arasında sayılabilir.

1.5.3.2. Sözleşme Dışındaki İdari Sorumluluk

Sözleşmelerin idareler ve kişiler arasında akdedildiğinden ve bu kapsamda iki taraflı olduklarından söz etmiştik. Bu sözleşmelere aykırılık haline dayanan haller dışında; idarenin genellikle tek yanlı ve tek yönlü eylem ve işlemleri sonucu kişilerin zarar görmeleri durumunda ise idarenin sözleşme dışı sorumluluklarından söz etmek mümkündür. İdarenin genel olarak faaliyetlerini kanunların verdiği görev alanı ve yetki gücüne dayanarak kişiler ile sözleşme kurmadan yürüttükleri olgusu doğrultusunda idari hukukta “*idarenin sorumluluğu*” dendiğinde idarenin sözleşme dışı sorumluluğunun daha çok gündeme geldiği görülmektedir.

İdarenin sözleşme dışı sorumluluğu, idarenin kusurunun olup olmaması veya aranıp aranmaması durumuna göre “*kusursuz sorumluluk*” ve “*kusurlu sorumluluk*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım esasında birçok yönden ele alınabilir, bu sebeple yalnızca isimlendirmeden kaynaklı idarenin kusurunun var olup olmaması dar bir bakış açısı olacaktır. Nitekim idarenin kusursuz sorumluluğunun ayrımlarından biri de idari faaliyetlerin çeşitliliği ve yaygınlığı sebebiyle herhangi bir kusurunun olmaması halinde bile kişilerin zarar görme ihtimalinin olduğudur. Bu sebeple kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerini tüm bu yönlerden bir bütün olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

¹³⁶ Gözler ve Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 459-463; Atay, **İdare Hukuku**, s. 546,547.

1.5.3.2.1. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk hali, her ne kadar idare faaliyetlerini yürütürken hukuka uygun davranmışsa da bu faaliyet sonucu bazı durumlarda kişilerin zarar görmesi ile ortaya çıkmaktadır.¹³⁷ Başka bir deyişle; idare hukuka uygun bir eylem veya işlem tasarrufunda bulunmuş, bu eylem veya işlem sonucu bir zarar oluşmuştur, ancak her ne kadar arada illiyet bağı bulunuyor ise de idareye atfedilecek herhangi bir kusurun bulunmadığı unutulmamalıdır.¹³⁸ Kusursuz sorumlulukta idarenin kusursuz olduğu varsayımı aslında idare nezdinde kusurun aranmaması, kusurlu olup olmadığına bakılmaması olarak da açıklanabilir.¹³⁹ Bir anlamda hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin sonucu olan bu durum somut olarak “*risk ilkesi*” ve “*fedakârlığın denkleştirilmesi*” ilkelerine dayanır.¹⁴⁰

Kusursuz sorumluluk hali, kamu idareleri nezdinde Devletin topluma hizmet sunma saikine sahip bir organizasyon olduğu tespitinden yola çıkarak demokratik ilkeler çerçevesinde idarelerin sorumluluk alanının özel hukuka göre çok daha genişlemesiyle ortaya çıkan bir kavram olarak değerlendirilebilir.¹⁴¹ Gerçekten de Devletin yalnızca özel hukukta olduğu gibi somut olarak verdiği zarar ölçüsünde sorumlu olduğunu düşünmek bireyler nezdinde hak kayıplarını gündeme getirecektir. Bu anlamda Devletin sorumluluk alanını genişleterek bireylerin müreffehlik seviyesine katkı sağlaması, Devletin dayandığı hukuk ilkelerinin de bir gereği olmakla beraber insanlığın gelişimine paralel olarak yaşanan dönüşümün bir sonucudur.¹⁴²

Hukuk tarihi ya da hukuk penceresinden devletlerin tarihi incelendiğinde de görülecektir ki daha önceden devletler yalnızca kusurlarından dolayı sorumlu iken günümüzde kusursuz sorumluluk kavramı hukuk dünyasında geniş bir uygulama alanı

¹³⁷ Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Pwc Yayınları, İstanbul 2015, s. 190; Tan, **İdare Hukuku**, s. 467-469.

¹³⁸ Ahmet Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, İstanbul 2015, s. 13; Turan Yıldırım ve Diğerleri, **İdare Hukuku**, s. 840-842.

¹³⁹ Zuhâl Bereket Baş ve Selami Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 239; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, s. 366.

¹⁴⁰ Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 11; Durkal, **İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli**, s. 163.

¹⁴¹ Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Tazmin Borcu Ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1997, Sayı 94, s. 3-10.

¹⁴² Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 330.

bulmaktadır. Başka bir pencereden; kusur ilkesinin yetersizliği sonucu kusursuz sorumluluk kavramının ortaya çıktığı söylenebilir, bu bağlamda kusur aranmaksızın zarara sebep olmanın sorumluluğun doğmasında yeterli olduğu kabul edilir.¹⁴³ Bununla beraber özetle kusurlu sorumluluğun hukuk devleti olma, kusursuz sorumluluğun ise sosyal devlet olma ilkeleri ile ilişkili olduğunu, dahası bu ilkelere dayandığını söylemek yanlış olmaz.¹⁴⁴

Kusursuz sorumluluğun bir diğer tanımı şöyledir: *“Her tür kusur fikrinden arınmış bir sorumluluğu ifade eden bu sorumluluk türüne; sebep-sonuç ilişkisine yani nedensellik bağına dayandığını belli etmek için, “sebeb sorumluluğu” denildiği gibi; sonucun, değişik ifadeyle de zararın varlığından ve bunun tazmin edilmesinin öneminden hareketle, “sonuç sorumluluğu” da denilmektedir. Ayrıca sübjektif bir nitelik taşıyan kusur fikrinden tamamen arınmış olduğunu belirlemek amacıyla “objektif sorumluluk” da denilmektedir.”*¹⁴⁵ Görüldüğü üzere kusursuz sorumluluğun alametifarikası yalnızca ortada bir kusur bulunup bulunmaması değildir, bu yönüyle hangi açıdan daha yakından irdelenirse ona münasip bir isimlendirmeye gidilebileceği görülmektedir. Fakat yine en belirgin özelliği kusur aranmaması olduğu için klasik tabirle kusursuz sorumluluk olarak nitelemek yerinde olacaktır.

Kusursuz sorumluluk kavramı kusurlu sorumluluk hallerini yetersiz ve çağın gerisinde kalması sonucu giderek yaygınlık kazanmış ve hukukumuzun önemli bir kurumu haline gelmiştir.¹⁴⁶ Kusursuz sorumluluğun işletildiği hukuki vakalarda ortak nokta idarenin kişiler karşısında sorumluluğu üstlenerek sosyal devlet ilkesini güçlü tutmasıdır. Bu hallerde Devlet yalnızca kusuru olduğu durumlarda sorumluluk duyma davranışından vazgeçmiş ve zararın tazmin yükümlülüğünü üzerine almıştır. Tarihin gidişatına bakıldığında zaman, kusursuz sorumluluk hallerinin zaman geçtikçe giderek daha geniş uygulama alanları bulduğu bir gerçektir. Bu kapsamda, bu eğilimin devam edeceği varsayılarak idareyi bugün sorumluluk altına sokmayan birçok duruma dair

¹⁴³ Atay, **İdare Hukuku**, s. 709,710.

¹⁴⁴ Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s. 349- 350.

¹⁴⁵ Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, s.93.

¹⁴⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s. 710-713.

yakın gelecekte idarenin kusursuz sorumluluğunun gündeme gelebileceği söylenebilir.¹⁴⁷

Kusursuz sorumluluktan bahsedilmesi için yalnızca ortada tazmin edilebilir bir zarar olması yetmez, fakat yine de zararın varlığı sorumluluğa gidilmesinde birinci şart olarak karşımıza çıkar. Ancak bu zararın özel, meşru ve olağan dışı olması gerekmektedir, başka bir deyişle olağan, sürekli, öngörülen zararlar sorumluluğa gidilmesine elverişli değildirler.¹⁴⁸ Nitekim Danıştay da bu nitelikte olmayan zararlarda idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağı görüşündedir.¹⁴⁹ İkincil olarak zararın oluşmasında idarenin bir eylem veya işleminin etkili olması, yani zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.¹⁵⁰ İstisna sayılabilecek bazı durumlarda ise özellikle sosyal risk ilkesinin uygulandığı durumlarda yargı kararlarında nedensellik bağı esnetilmiş, hatta nedensellik bağı mutlak koşul olmaktan çıkarılmıştır.¹⁵¹ Kusursuz sorumluluğa gidilebilmesinin diğer bir şartı da öncelikle hizmet kusuru esasına göre sorumluluğun tüketilmesidir¹⁵²; başka bir deyişle kusursuz sorumluluğun varlığına gidilebilmesi için öncelikle sorumluluk halinin hizmet kusuru bağlamında kusurlu sorumluluğa dâhil olmaması gerekir.¹⁵³ Nitekim yargı kararlarında da sıkça asıl olanın hizmet kusuru, dolayısıyla kusurlu sorumluluk olduğuna değinilmiştir.¹⁵⁴ Danıştay, bir kararında tam yargı davalarında öncelikle hizmet kusuru olup olmadığının değerlendirilmesi, şayet hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk şartlarının irdelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas*

¹⁴⁷ Celal Işıklar, Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Haller, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 2019, Sayı 1, s. 128.

¹⁴⁸ Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 13-15.

¹⁴⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 17/12/2009, E:2008/11 K:2009/3108, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı**, (Erişim Tarihi 14.12.2019).

¹⁵⁰ Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 71-72.

¹⁵¹ Tan, **İdare Hukuku**, s. 477; Danıştay 15. Daire, 18/10/2012, E:2012/189, K:2012/7048, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 15.11.2019).

¹⁵² Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 191.

¹⁵³ Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 26-28.

¹⁵⁴ Danıştay 15. Daire, 12/03/2014, E:2013/3865 K:2014/1692 kararında “(...) Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır. (...)” demek sureti ile ilk olarak gidilmesi gereken kusurlu sorumluluk olacağını belirtmiştir. Kazancı İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi 15.11.2019).

alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi gerekmektedir.”¹⁵⁵

İdarenin kusursuz sorumluluğunu klasik olarak “*risk ilkesi*” ve “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*” kavramları ile ele alınmaktadır. Bu bağlamda “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*” kusursuz sorumlulukta ana ilke olarak karşımıza çıkmakta iken “*risk ilkesi*” daha çok beklenmeyen durumlarda kullanılmaktadır.¹⁵⁶

1.5.3.2.1.1. Risk İlkesi

İdarenin faaliyet yürütürken hukuka uygun davranmasına karşın faaliyetin kendisinin tehlikeli olması ya da faaliyetin tehlikeli araçlar kullanılarak yürütülmesi sonucunda meydana gelen zararın tazmininin gerekliliği durumudur.¹⁵⁷ Bununla paralel olarak AYİM kararlarında tehlike taşıyan hizmetlerde faydanın olduğu gibi zararın da sahibine, yani idareye yüklenmesi gerektiğinden bahsedilmiştir.¹⁵⁸

İdare hukukunda risk ilkesi ise bazı nüanslara sahiptir. Bu ilke, kamu idarelerinin kusurları bulunmasa bile, yürüttükleri tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olması olarak tanımlanabilir.¹⁵⁹ Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin risk ilkesi sebebiyle sorumlu tutulmaları, kamu yararını sağlamak için yürütülen faaliyetin ya da bir kamu malının tehlikeli nitelik taşımasına bağlıdır.¹⁶⁰

Çoğu zaman “sosyal risk ilkesi” türünde karşımıza çıkan risk ilkesi birçok içtihatla uygulama alanı bulmuştur. Örneğin Danıştay bir kararında; “(...)Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” kuralına yer verilmiştir.

¹⁵⁵ Danıştay 15. Daire, 09/05/2018, E: 2018/1434 K: 2018/4646 (Danıştay Dergisi, Yıl 2018, Sayı 149) s. 292,293.

¹⁵⁶ Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 30-34.

¹⁵⁷ Bereket Baş ve Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, s. 241,242.

¹⁵⁸ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Daire, 4.11.1998, E:1779/666 K:1998/6610, www.msb.gov.tr (Erişim Tarihi 02.02.2020).

¹⁵⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1188.

¹⁶⁰ İlhan Ulusan, **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Ve Uygulama Alanı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 18-20.

İdare, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Bununla birlikte; bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. ¹⁶¹ şeklinde içtihat kurarak gerek sorumluluk hallerine gerekse risk ilkesine değinmiştir. Görüldüğü üzere idarenin faaliyet alanında olması koşuluyla kusuru aranmadan da tazmin yükümlülüğü gündeme gelebilmektedir. Öte yandan mezkûr içtihat risk ilkesine atıf yaparak bunu Anayasadaki sosyal devlet ilkesine dayandırmış ve içtihatlarla gelişen bu ilkenin kamu yararı kavramının dâhilinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten de yaşamın akışı içerisinde değişen şartlar hukuk dünyasındaki anlayışları da değiştirmekte ve mevzuatta somut ve net şekilde tanımlanmamış olsa bile bazı kavramlar yargı kararları ile yerleşik ve olağan hale gelebilmektedir.

Diğer taraftan sosyal risk ilkesinin uygulanma alanının gelişmesiyle bu anlayışın bazı kanunlar nezdinde somutlaşması sonucu artık mevcut uyumsuzluğu bu genel ilke yerine somut kanun kapsamında değerlendirip çözmek isabetli olacaktır. Bu konuda Danıştay'ın bir kararının ilgili bölümünü irdelemekte fayda vardır. "(...) 27.07.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla kabul edilmiş olup; bu amaç, anılan Yasanın genel gerekçesinde "Devletin Anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerine hedef

¹⁶¹ Danıştay 15. Daire, 16/01/2019, E: 2018/436 K: 2019/120, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/> (Erişim Tarihi 13.03.2020).

olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmekteyler. ... Ortaya çıkan bu zararın paylaşılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. ... İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir. Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı (olağanüstü hal ilan edilen) 19.07.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması... amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır." şeklinde ifade edilmiştir."¹⁶² Görüldüğü üzere kanunun gerekçesi açık bir şekilde fedakârlığın denkleştirilmesi ve sosyal risk ilkelerini esas almış ve mevcut mağduriyetleri kendi kapsamına alarak somut bir uygulama olanağı oluşturmuştur. Bu durumda mezkûr içtihadın da belirttiği üzere 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun yürürlük tarihinden itibaren oluşacak aynı uyumsuzluklarda artık bu ilkeler yerine bu ilkelerin genel gerekçe oluşturduğu kanun hükmüne göre yargılama faaliyetini yürütmek gerekmektedir.

1.5.3.2.1.2. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi

Bu ilke; idare faaliyetleri ile oluşan olumlu durumların, çıkarların, menfaat ve nimetlerin tüm toplum tarafından paylaşılmasına karşın; bu faaliyetler sonucu oluşan olumsuz durum veya zararların yalnızca belli bir kesimin üzerinde kalması sonucu oluşan eşitsizliğin düzeltilmesi adına, bu zararların diğer kişiler ile de paylaşılması halini ifade eder. Bu ilke, aslında idarenin kusursuz sorumluluğunda temel ilke niteliğindedir.¹⁶³

¹⁶² Danıştay 15. Daire, 11.10.2017, E:2017/1296 K:2017/5450, **Sinerji İctihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 13.01.2020).

¹⁶³ Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s. 61,62.

Bu açıklamalar karşısında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini genel olarak ele aldığımızda; insanların toplum halinde yaşamak eğiliminde olması sonucu meydana gelen Devlet organizasyonlarının toplum yararına, başka bir deyişle kamu yararı gözeterek faaliyet yürütmesinin bir neticesi olarak fedakârlık - nimet paylaşımı dengesinin kurmaya yönelmesi, bu nedenle nasıl ki nimetleri ayırım gözetmeden adil bir şekilde dağıtması gerekiyorsa külfetleri de benzer şekilde dağıtması gerektiği söylenmelidir. Bu durumda Devlet, fazla külfet yüklediği insanların sırtından bu yükü alarak adil bir şekilde toplumun tümüne dağıtmalı ve o insanlar lehine bir değişime gitmelidir.

1.5.3.2.2. Kusur Sorumluluğu

İdarenin faaliyet yürütürken eylem veya işlemleri ile kişilerin zarara uğraması halinde ortaya çıkan sorumluluk türüdür. Buradaki ayırım çoğu zaman idarenin asıl eyleminin hukuka aykırı olmasından çok aslında hukuka uygun olan bir idari faaliyetin hukuka uygun olmayan yollarla yürütülmeye çalışılmasıdır. Kusurlu sorumluluk kavramı genellikle karşımıza *idarenin hizmet kusuru* olarak çıkmaktadır, tezimizin ana konusu olması sebebiyle müstakil bir başlık olarak incelemek daha açıklayıcı olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU

2.1.HİZMET KUSURU

İdare hukukumuzda tıpkı özel hukukta olduğu gibi aslanan kusura dayanan sorumluluktur, kusursuz sorumluluk ise zararların telafisi açısından tamamlayıcı niteliktedir.¹⁶⁴ İdarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusuru kavramı, bir idari faaliyet yürütülürken ortaya çıkan eksiklik, aksaklık veya bozukluk halidir.¹⁶⁵ Danıştay birçok kararında idarenin hizmet kusurunu idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksiklik olarak tanımlamıştır.¹⁶⁶ Her ne kadar idareler kamu tüzel kişileri olsa da faaliyetlerini kamu görevlileri aracılığı ile yürüttükleri için hizmet kusurunun da bu kamu görevlilerinin eylemleri sonucu ortaya çıktığını belirtmek gerek, ancak bu durum kişisel kusur ile karıştırılmamalıdır; kişisel kusur ilerde açıklanacağı üzere hizmetin kendisi ile ilgili değil, hizmetten soyutlanabilen kusurdur. Danıştay bir kararında hizmet kusurunun kamunun ajanlarından kaynaklanabileceği gibi onlara atfedilecek bir kusur olmaksızın da hizmet kusurunun ortaya çıkabileceğini değerlendirmiştir.¹⁶⁷ Bu konuda hizmet kusurunun kamu tüzel kişileri tarafından, kişisel kusurun ise gerçek kişiler tarafından işlenebileceği algısının yanlışlığına dikkat çekmekte fayda vardır. Gerçekten de kamu tüzel kişileri biyolojik birer varlık olmadıklarından ve faaliyetlerini kamu görevlisi sıfatına sahip insanlar eliyle yürüttüklerinden dolayı hizmet kusuru da bu kişilerin eylemleri sonucu ortaya çıkmaktadır. İdare burada

¹⁶⁴Aydın, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, s. 89,90.

¹⁶⁵ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 452,453; Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 175,176; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, s. 361,362.

¹⁶⁶ Danıştay 10. Daire, 29.04.2008, E.2007/3301 K. 2008/2939, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 24.11.2019).

¹⁶⁷ Danıştay 12. Daire, 20.01.1970, E:1968/1043, K:1970/104, Aktaran: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 150.

yalnızca bir teşkilat, hukuki bir organizasyondur.¹⁶⁸ Ancak kişisel kusurun da hizmet kusurunun da gerçek kişilerce işlenen fiiller sonucu ortaya çıkmasından dolayı ikisi arasındaki farkı anlamak adına kişisel kusuru tanımlayıp konumuz sınırları dışına çıkarmak, hizmet kusurunu anlamak ve ayırt edebilmek açısından zorunluluktur.

2.1.1. Kişisel Kusur Ayrımı

Kişisel kusurlar, hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyen kusurlar olmakla beraber kamu görevlilerinin eylemleri sonucu ortaya çıkan kusurlardır.¹⁶⁹ Öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay oluşturduğu içtihatlarda kişisel kusuru çok istisnai hallerde var kabul ederek hizmet kusurunun esas olduğunu kabul etmiştir. Kişisel kusurlar genellikle şu üç farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır:

1) “Saf kişisel kusur” olarak da adlandırılan bu kusurlar kamu görevlerinin tamamıyla şahsi, özel yaşamlarındaki eylemlerine dayanır. Bu eylemler kamu hizmeti olarak değerlendirilemeyeceğinden bu eylemler sonucu oluşan durumlar da hizmet kusuru olarak nitelendirilemezler. Haliyle saf kişisel kusurun varlığı durumunda idare değil ilgili kamu görevlisi sorumlu olacaktır.¹⁷⁰ Bir öğretmenin mesai saatleri dışında trafiği tehlikeye atacak davranışlarda bulunması saf kişisel kusura basit bir örnek olarak gösterilebilir.

2) Kamu görevlisi her ne kadar görevi dâhilinde bulunsa da bu göreve dair ağır ve vahim ölçüde kusurlu davrandığı takdirde ortaya çıkan sorumluluk hali de kişisel kusur kapsamındadır. Bu kusur halinin en çok görüldüğü üç tip vardır; kişisel saikler ile işlenen kusurlar, aşırıya kaçan fiiller ve hayatın olağan akışı içerisinde mazur görülemeyecek davranışlar.¹⁷¹ Kamu görevlilerinin zimmet suçu işlemesi bu sorumluluk türüne örnek verilebilir.

3) Bir kamu görevlisinin görevi dolayısıyla olmakla beraber aslında görevinin dışında olan kusurları da bir tür kişisel kusur olup doktrinde hizmet kusuru

¹⁶⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1156-1157.

¹⁶⁹ Tan, **İdare Hukuku**, s. 449

¹⁷⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1138.

¹⁷¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 139-142.

sınırlarının dışındadır. Burada kamu görevlisinin kusuru ile kamu görevi arasında zayıf da olsa bir bağ mevcuttur. Yani kusur barındıran eylem ne tamamıyla kamu görevinden kopuk, ne de tam olarak bir kamu görevidir. Bu tür kusurun en çok görüldüğü haller ise kamu görevlisinin bir kamu hizmetinin ifası sebebiyle ve idarenin verdiği araçlar vesilesiyle gerçekleşmektedir.¹⁷² Bir belediye görevlisinin belediyenin hizmet alanında bulunan yeşil alanları sulaması için kullandığı aracı bir ulaşım aracı olarak kullanıp görev güzergâhından çıkarak eğlenmek üzere bir yere gitmesi ve yoldan geçmekte olan bir yayaya kusurlu şekilde çarpması bu tür kişisel kusura bir örnek olarak gösterilebilir. Ancak doktrinde yapılan bu ayırım bazı Danıştay kararlarınca dikkate alınmamıştır. Örneğin Danıştay bir kararında “*Bir kamu görevlisinin, görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusuru kasdi suç niteliği taşısa bile bu kusurun hizmet kusurunu oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.*” değerlendirmesi doktrindeki bu ayırımı tamamen reddetmektedir.¹⁷³ Söz konusu değerlendirme güncel içtihatlarla da devam ettirilmekte olup¹⁷⁴ diğer taraftan aynı eğilim Danıştay kararlarında olduğu gibi birçok Yargıtay kararında da mevcut olmakla beraber yerleşik içtihat haline gelmiştir.¹⁷⁵

Görüldüğü üzere eylemi yapan kişiler kamu görevlisi sıfatına haiz olsalar da özellikle şahsi saikleri devreye girdiği bazı durumlarda kusurlu eylem sonucu oluşan zararlar doktrinde hizmet kusuru olarak değerlendirilememektedir. Ancak Danıştay ve Yargıtay geliştirdiği içtihatlarla Devletin sorumluluğu hissini güncel tutmuş ve çıkış noktası kamu görevlileri olduğu sürece kamu görevlilerinin doktrinde kişisel kusur sayılacak eylemlerini de hizmet kusuru kapsamında değerlendirerek idarenin sorumlu olduğunu belirtmiştir. Bu bilgi ışığında hizmet kusuru kavramını irdelemeye başlayalım.

¹⁷² Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1141-1142.

¹⁷³ Danıştay 10. Daire, 20.04.1989, E:1988/1042 K:1989/857, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl 1989, C.22, Sayı 2, Aktaran: Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 731.

¹⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2014/4-1067 K:2016/512 T:14.01.2014, **Sinerji İchtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 10.07.2020).

¹⁷⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 17.11.1986, E:1986/4898 K:1986/7786, Aktaran: Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, s. 734; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.01.2020, E:2017/1322 K:2020/11 **Sinerji İchtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 10.07.2020).

2.1.2. Hizmet Kusuru Kavramı

Hizmet kusuru; idarenin ifa ile yükümlü olduğu hizmetin; kuruluşunda, düzenlenmesinde, personeline yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik olarak tanımlanabilir.¹⁷⁶ Diğer taraftan hizmet kusurunu müstakil bir tanım ile ortaya koymanın yanında kusur sorumluluğunda kişisel kusurun kapsamı dışında kalan kusurlar olarak da niteleyebiliriz.¹⁷⁷ İşlevsellik açısından mantıklı olarak sayılabilecek bu yöntem, daha çok yargı kararlarında sonuç odaklı değerlendirmelerde karşımıza çıkmaktadır.

Hizmet kusurunun bir diğer ayrımı ise bu kusurun mevcudiyetinden söz edebilmek için asıl kusurun o hizmeti yürütenlerde değil, aksine hizmetin kendisinde aramakta yatmaktadır. Yani başka bir deyişle kusur barındıran şeyin hizmetin tanzimi, işleyişindeki bozukluğa dayanmasıdır.¹⁷⁸ Bu ise hizmeti yürüten belli bir kişiyi değil hizmetin kendisini kusurlu olarak addettiğinden dolayı sorumluluk da kamuya ait olmaktadır.¹⁷⁹ Başka bir pencereden, ortada kusurlu hiçbir gerçek kişi bulunmadığı durumlarda dahi hizmetin kendisinin bozukluk barındırması sonucu mevcut olan bir zarara dayanan kusur hali idareye yüklenir.

Danıştayın hizmet kusuruna dair bir değerlendirmesi şu şekildedir: “*Bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusuru kasdi suç niteliği taşısa bile bu kusurun hizmet kusurunu oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.*”¹⁸⁰ Görüldüğü üzere Danıştay hizmet kusurunu bir ilke olarak ele almış ve kişisel kusur kavramının alanını son

¹⁷⁶ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c.15/sayı 4 (1949), <http://static.dergipark.org.tr/article-download/imported/1023005380/1023004917.pdf?> (02.02.2020), s.858.

¹⁷⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1135-1138.

¹⁷⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 684-685.

¹⁷⁹ Aydın, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, s. 91,92.

¹⁸⁰ Danıştay 10. Daire, 20.04.1989, E:1988/1042 K:1989/857, Aktaran: Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, s. 734; Danıştay 2. Daire, 09.05.2005 E:2004/1813 K:2005/1642, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 09.07.2020).

derece daraltmıştır. Bu durumda idari davalarda yüksek mahkeme olarak görev yapan Danıştayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta kişisel kusur - hizmet kusuru tespitine dair vakanın hizmet kusuru olarak değerlendirme eğiliminin baskın olacağı ortadadır. Ancak bu tutumun yalnızca Danıştay'a has olmadığını, Yargıtay'ın da benzer eğilim ile hareket ederek bu düşüncede ortaklaştıklarını söylemek mümkündür. İşkence suçuna dair bir Yargıtay içtihadı şöyledir: *“Davacının işkence görmesiyle Devletin adli fonksiyonuna dâhil bir hizmetin görülmesi sağlanmıştır. O halde idari işlem niteliğinde bulunmayan adli bir hizmetin görülmesi sırasında adli nitelik ve karakterini dahi kaybeden böyle bir haksız fiilden Devletin sorumluluğu kabul edilmelidir. Mahkemenin böyle bir eylemin memurlar için kişisel kusur oluşturacağı gerekçesiyle idare hakkındaki davayı reddetmesi usul ve yasaya aykırıdır.”*¹⁸¹ Görüldüğü üzere işkence suçu ceza hukukunun alanına girmesi ve kasıtlı olarak işlenmesine rağmen suç işlenirken Devlete ait araçların kullanılması, daha geniş bir yorumla Devlet gücüne dayanılarak yapılması sonucu idarenin de sorumluluğuna gidilmiştir. Bireylerin faydasına olacağı aşikâr olan bu tutumun hukuk devleti olma ilkesi ile yakından ilişkisi vardır, diğer türlü dar bir yorumla suçun şahsiliği üzerinden Devletin sorumluluktan sıyrılması zarara uğrayan kişiler açısından telafisi güç ve belki de imkânsız mağduriyetlere yol açacaktı. Bu açıklamalar ışığında şu tespit yapılabilir; hizmet kusuru asli, kişisel kusur ise istisnadır.

Diğer yandan işkence suçu özelinde belirtmek gerekir ki DMK'nın 13. maddesine 2002 yılında eklenen *“İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır”* fıkrası müstakil olarak işkence suçunda idarenin sorumluluğunu gündeme getirmiştir.

Başka bir Danıştay kararı ise özel hukukun alanına giren haksız fiil ve ceza yargısının alanına giren suç eylemlerinin kamu görevlileri tarafından ve idari bir faaliyet yürütülürken işlenmesi durumunda idarenin sorumluluğuna gidilmesi

¹⁸¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 17.11.1986, E:1986/4898 K:1986/7786, **Sinerji İctihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 08.07.2020).

gerektiğini açıklamıştır.¹⁸² Bu yönüyle bir bakıma idare hukukunun dışında görünen uyuşmazlığın aslında hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği ve dolayısıyla da idari yargının görev alanına girdiği belirtilmiştir.

Yine benzer bir durum günümüzde sıkça gündeme gelen ve yakın tarihte hukuk literatürümüze giren mobbing suçunda da geçerlidir. Yargıtay, birçok kararında mobbing uygulayan kamu görevlisini hasım olarak göstererek adli yargıda dava yoluna gidilmesini engellemiş ve idari sorumluluğun altını çizmiştir. Söz konusu kararlardan biri şu şekildedir: *“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T. C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 sayılı kanun m. 13, HGK 2011/4-592 E 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır. Eldeki dava; aynı hastahanedeki Romatoloji Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yapan davalı Prof. Dr. E. E.’nin, hemşire olarak görev yapan davacı M. Ş’ye yönelik sürekli ve düzenli uyguladığı taciz boyutuna varan işlemler ile takındığı tavır değişikliği sebebiyle uğranılan zararın tahsili istemine ilişkindir. Adı geçen davalı, kamu görevinin icrası sırasında yürüttüğü görev kapsamında yaptığı eylem sebebiyle dava edildiğine göre, Anayasa’nın 129/5 maddesi uyarınca kamu görevlisi durumundaki davalıya yöneltilemez. Açıklanan sebeplerle adı geçen davalı yönünden işin esasına girilerek karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.”*¹⁸³

Esasen hizmet kusurunda bu kusura kimin sebep olduğu ikincil plandadır. Asıl aranan kamu düzeninin bozulması, kamu yararının zedelenmesi, kamu hizmetinin aksaması gibi durumların nesnel şekilde belirlenmesidir. Bu durum da idari yargının bir nevi denetim, düzeni sağlama ve gözetme görevini ortaya koymaktadır. Buradaki

¹⁸² Danıştay 2. Daire, 9.5.2005, E:2004/1813 K:2005/1642, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 15.02.2020).

¹⁸³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.5.2013, E:2013/6797 K:2013/8908, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 16.03.2020).

asıl amaç, hizmet kusurunun tespit edildikten sonra oluşan zararın giderilmesidir. Geri kalan şeyler ise tali niteliktedir, nitekim asıl olan kamu düzeninin ve barışının baki kılınmadır.

Elbette Anayasanın 125 maddesinde yer alan ve idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğunu belirten hükmü daima ilk planda tutmak gerekir. Nitekim her ne kadar genel hukuk ilkeleri ve adalet ile demokrasinin gereği olsa da, bu şekilde oluşan mağduriyetlere dair giderimin Anayasa tarafından belirtilmek suretiyle güvenceye alınması son derece önemlidir.

Anayasanın 125. maddesinin bir başka sonucu ise, idarenin kusuru sonucu zarar oluştuğunda bu zararın derhal giderilmesinin önünde bir engel oluşturabilecek, kusurun nedeni kamu görevlisinin tespiti öncelenmemiş ve zorunlu tutulmamıştır. Nitekim sorumlu personel tespit edilemese dahi zararın giderilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu durumlarda, zarar gören kişi de idareyi hasım göstererek dava yoluna gidebilir, burada kişinin yapması gereken uğradığı zarar ile idari işlem veya eylem arasında illiyet bağı kurmaktır. Zarara uğrayan kişinin zararı idare tarafından karşılandıktan sonra, idare, şayet şartları varsa rücu hakkını kullanarak uğradığı zararı zarara sebep olan kamu görevlisinden tahsil yoluna gider.

2.1.3. Hizmet Kusurunun Ayırt Edici Özellikleri

Hizmet kusuru kavramı hukukumuzda Fransız hukukundan girmiştir ancak ne Fransız ne de Türk hukukunda mevzuat tarafından tanımı yapılmıştır. Bu kapsamda yargı organları içtihatlar geliştirerek her olayda olayın niteliği ile ilişkilendirilmeye çalışarak tanımlamaya çalışmıştır. Aslında bu durum idare hukukunun içtihatlar temelinde yürüyen bir hukuk dalı olmasının en iyi örneklerinden biridir.¹⁸⁴ Bu sebeple idare hukukunun birçok konusunda olduğu gibi hizmet kusurunda da özellikle Danıştay kararlarındaki değerlendirmeleri incelemek faydalı olacaktır.

Hizmet kusurunun varlığının ileri sürülebilmesi için kusur ile zarar arasında bir illiyet bağının varlığı aranmalıdır. Bu bağ, idarenin mali anlamda külfet altına

¹⁸⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s.684.

girmesinin, başka bir deyişle tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesinin bir gereğidir.

Hizmet kusurunun ne olduğuna dair görüşler, tanımlar ve tartışmalardan sonra hizmet kusurunu diğer hallerden ayıran bazı temel özellikleri sıralamakta fayda vardır.

2.1.3.1. Hizmet Kusurları Anonimdir

Hizmet kusurlarının anonim olmaları, bu kusurun sorumluluğunun ilgili kamu görevlisini bağlamaması, idarenin yahut başka bir deyişle Devletin kendisini bağlamasını ifade eder. Elbette ki hizmet kusurunun var olduğu hallerde ortada o kusurun oluşmasında rol almış kamu görevlileri vardır ve bunların kim oldukları genellikle bellidir. Ancak bu sorumluluğun sebebinin ve zararı giderme yükümlüsünün idarenin kendisi olması hasebiyle sorumluluğu direkt olarak kişilere mal etmek mümkün olmayacaktır.¹⁸⁵ Bu yüzden hizmet kusurunun anonim olması aslında hizmet kusurunun anonim sayılmasını ifade eder.

Bu anlamda hizmet kusuruna dair; idarenin hizmetin geç, kötü işlemesi veya hiç işlememesi nedenleriyle ortaya çıkmasında, sorumluluk nedeni olarak belirli bir kamu görevlisinin kusurlu gösterilmesi yerine kusurun hizmetin kendisinde aranması hizmet kusurunun, kişilik dışı, soyut, objektif ve anonim bir kusur, hizmetin işleyişinde nesnel bir eksiklik olduğunu ifade eder.¹⁸⁶

Hizmet kusurunun anonim olması veya sayılmasının sebeplerinin başında kişileri Devlete karşı korumak, başka bir deyişle kamu gücüne sahip idare karşısında bu güçten mahrum vatandaşları korumak yatmaktadır. Nitekim ilgili kamu görevlisinin tespiti süreci ihtimalen hem vatandaşları mağdur etme hem de kamu hizmetlerinin aksaması risklerini barındırmaktadır.

Diğer taraftan sorumluluğun kamu görevlisinin üzerinde kalması söz konusu olsa idi kamu görevlilerinin daima görevden kaçınması gibi bir tutum içinde yer

¹⁸⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s.692.

¹⁸⁶ Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 240-242.

alacakları da kuvvetle muhtemeldir. Bu açıdan kusurlu hizmette kusurun faili bilinse bile; örneğin failin tecrübesizliğine, yetersizliğine dayandığı durumlarda dahi idare kusurlu memurun bu durumunu ileri sürerek sorumluluktan kaçamaz. Ancak bu durumda da memurun tamamen sorumluluktan kurtulmadığını belirtmek gerekir, idarenin kusurlu memura rücu hakkı saklı olacaktır.¹⁸⁷

2.1.3.2. Hizmet Kusurları Geneldir

Hizmet kusurunun genellik özelliği; hizmet kusurunun varlığının arandığı hallerde idare tarafından sunulan hizmetler arasında herhangi bir ayırım veya tasnif yapılmadığını anlamak gerekir. Mevzuatta özel düzenleme bulunmadığı sürece kamu tüzel kişileri tarafından sunulan her nevi hizmet için hizmet kusurunun mevcudiyeti ihtimal dâhilinde olacaktır.¹⁸⁸

Bu genellik ilkesi ile beraber idare mefhumunun tanımını doğrultusunda hizmet kusurunun genellik özelliğinin yasama ve yargı faaliyetleri dışında yalnızca idari faaliyetler kapsamında söz konusu olabileceğini de hatırlatmak gerekir. Ancak bununla beraber yasama ve yargı organlarının kendi alanları dışında kimi idari faaliyetlerinin de bulunduğu, bu faaliyetlerin ise hizmet kusuruna elverişli olduğunu da belirtmek gerekir.¹⁸⁹ Nitekim Danıştay da vermiş olduğu bir karar da bu tespiti doğrular şekilde hüküm kurmuş ve şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: *“Fonksiyonel bakımdan, yasama ve yürütmeden ayrı olup, bağımsız olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri Anayasa’nın 125. maddesinde öngörülen ‘idari işlemler’ kapsamına girmemektedir. ... savcıların yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığı’nın sorumlu tutulabileceği açıktır. (...) Yargı kararları ile kaldırılan giyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, cumhuriyet savcıları yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki*

¹⁸⁷ Atay, **İdare Hukuku**, s. 692.

¹⁸⁸ Bozdağ, **İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması**, s. 37; Evren, **Hizmet Kusuru – Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni**, s. 180.

¹⁸⁹ Bozdağ, **İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması**, s. 37

idari bir göreve ilişkin olduğundan, Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davanın da idari yargıda görülmesi gerekmektedir."¹⁹⁰

2.1.3.3. Hizmet Kusurunda Asli Sorumlu İdaredir

"Hizmet kusurları asıldır" cümlesiyle de kısa bir şekilde özetlenebilecek bu durum; her ne kadar hizmet kusurunun var olması halinde sorumlu olarak belli kamu görevlileri mevcut olsa da sorumluluktan kaynaklı zararın tazmini yoluna giderken tazmin yükümlüsünün idare olarak sabit kılınması, zarara uğrayan kişi tarafından idarenin sorumluluğuna gidilmesi anlaşılmalıdır. Yani hizmet kusurundan kaynaklı sorumlulukta asli ve birincil sorumlu kural olarak idarenin kendisidir.¹⁹¹ Bu sorumluluk hali yukarıda idarenin sorumluluğunun kaynakları başlığı altında da açıklandığı üzere doğrudan doğruya kaynağını hukukun evrensel ilkeleri, Anayasa ve yasalardan almaktadır. Danıştay da verdiği birçok kararda *"(...)Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturur(...)"* değerlendirmesi ile bu duruma değinmiş ve idarenin sorumluluk konusunda asli ve birincil olduğunun altını çizmiştir.¹⁹²

Hizmet kusurunun asıl oluşunun bir başka açıdan açıklaması ise kusursuz sorumluluğa göre konumudur. İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğu esasen öncelikli aranan durumdur. Kusursuz sorumluluk hali ise istisnadır. Bu konuda bir Danıştay kararını incelemek gerekirse: *"İdari yargıda görülen tam yargı davalarında ise öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetimi esastır. Bu nedenle olayın oluşumu ve zararın niteliği dikkate alınarak, idarenin hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp, uygulanmayacağıncın incelenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir."*¹⁹³ Anlaşılacağı üzere Danıştay öncelikli olarak kusur sorumluluğunu aramaktadır, idare ancak bu durumda mali olarak sorumlu tutulabilecektir. Diğer

¹⁹⁰ Danıştay 10. Daire, 18.06.2008, E:2006/6131 K:2008/4559; Danıştay 10. Daire, 17.10.2007, E:2007/1376 K:2007/4756, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 31.12.2009).

¹⁹¹ Atay, **İdare Hukuku**, s. 687.

¹⁹² Danıştay 10. Daire, 29.04.2008, E:2007/3301 K:2008/2939, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 12.12.2019).

¹⁹³ Danıştay 10. Daire, 29.1.2018, E:2017/2001 K:2018/177, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 12.12.2019).

yandan idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedileceği durumlar istisnaidir.

2.1.3.4. Hizmet Kusurları Bağımsızdır

Hizmet kusurları, özel hukuktaki kusurdan farklı bir kapsamda değerlendirilmelidir. Aradaki en başat fark ise özel hukuktaki kusur şartlarının idare hukukundaki kusur ile aynı olmamasıdır. Şöyle ki; özel hukukta kusur kişileri bağlayıp arada kişiye bağlı bir nedensellik söz konusu iken hizmet kusurunda kişilerin eylemleri dışında olsa bile bizzat idarenin faaliyetinin kendisinin kusur barındırmasına dayanmaktadır. Benzer şekilde hizmet kusurunun özel hukuktaki kusur ve sorumluluk kavramlarından farklı olarak idare hukukunun kendine has özellikleri bünyesinde şekillendiğini ve idarenin hizmetinin barındırdığı kusura dayalı olduğunu belirtmek gerekir.¹⁹⁴

2.1.3.5.Hizmet Kusurları Esnektir

Hizmet kusurlarının esnek olması; hangi eylemin hizmet kusurunu barındırıp hangilerinin barındırmadığının tespitinin nesnel, somut ve sayılı kriterlere bağlı olmadığını ifade etmektedir. Gerçekten de idari hizmetler kapsamı dolayısıyla çok geniş bir alanı kapsamaktadır ve bu faaliyetleri sınıflandırıp özelliklerine göre ayırmak son derece güçtür. Hal böyle iken idari faaliyetlerden kaynaklanan hizmet kusurunun varlığı da çok net kalıplara sığmamaktadır. Bu doğrultuda hizmet kusurunun varlığı ve derecesinin olayın geliştiği zamana, yere ve şartlara göre değişkenlik gösterebileceğini vurgulamak gerekir.¹⁹⁵ Nitekim idari faaliyetlerin ve kamu hizmetinin asli sebebi olan kamu yararı da sürekli bir değişkenlik halindedir ve tek bir kıstasa bağlı değildir.

Bu konuda Danıştayın tutumu da yaptığımız açıklamalarla tutarlı şekilde durumun özelliğine göre farklılık gösterecek şekilde olmuştur. Şöyle ki; Danıştay bazı kararlarında idarenin kusur sorumluluğuna gitmek için hafif hizmet kusurlarını yeterli görmekte iken bazı durumlarda ise çok daha ağır hizmet kusurları aramaktadır. Yine de bu durum sorumluluğa gitmek için bir ön şart olmakla beraber tazminat miktarı belirlenirken kusurun derecesine bakılmaktadır.

¹⁹⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s. 687.

¹⁹⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s. 693,694.

2.1.4. Hizmet Kusuru Sayılan Durumlar

İdari faaliyetler kapsamında ortaya çıkan hizmet kusurunun idari eylem ve işlemlerin zenginliği sonucu detaylandırılmasının güç olduğundan söz etmiştik. Birçok yargı kararında hizmet kusuru sayılan haller ve hizmet kusurunun tanımı genel olarak yapılmış olmasının yanında hizmet kusuru sayılan durumlar muhtevaya detaylı bir şekilde girilmeden tasnif edilebilir. Bu bağlamda Danıştay 1. Dairesi'nin hizmetin geçişmesine ilişkin olarak vermiş olduğu ve önemli tespitlerde bulunduğu bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “*Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükmüne bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kuramlardan birisi hizmet kusurudur. Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur. İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi, kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hâllerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir. İdarenin, hizmetlerin zamanında görülebilmesi için gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. ... Hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır...*”.¹⁹⁶ Anlaşılacağı üzere, hizmet yerine getirilirken gerekli çabukluğun gösterilmemesi, hizmetin geç işlemesi bağlamında hizmet kusuru sayılmıştır. Bu kapsamda hizmet kusuru sayılan halleri hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi olarak ele alabiliriz.¹⁹⁷

İdarenin yükümlülüklerine bakıldığında Anayasa ve yasaların kendisine verdiği görev ve yetkiye dayanarak kamu yararı saikiyle birtakım eylem ve işlemlerde bulunmak olduğu görülecektir. Bu eylem ve işlemler ise gerekli idari örgütlenmeyi yapmak, personel istihdamı, eğitimi, kamu hizmetlerinin aksamasına engel olmak için

¹⁹⁶ Danıştay 1. Dairesi, 12.7.1995, E:1994/7359 K: 1995/3559, **Danıştay Dergisi**, Sayı 91, Ankara, 1996. s.1106-1116.

¹⁹⁷ Evren, **Hizmet Kusuru – Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni**, s.182; Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 181.

denetim vazifesinin yerine getirilmesi gibi şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğundan bahsetmek için, Anayasa ve yasaların kendine verdiği kamu görevini yapmaması, geç yapması, kötü ya da yanlış yapması durumlarının var olması gerekmektedir.

2.1.4.1. Hizmetin Kötü İşlemesi

İdare, kamu hizmetini yürütürken hukuka, hizmetin gereklerine ve çağın şartlarına uygun davranmak durumundadır. Bu gerekliliğe aykırı olarak idarenin gerekli özen yükümlülüğüne uymaması, çağdaş yöntemler izlememesi, dikkatli davranmaması ve hizmeti belli bir kalite standardına uygun düşmeyecek şekilde sunması hallerinde hizmetin kötü yapıldığından söz etmek mümkündür.

Hizmetin kötü işlemesi olarak da bilinen bu durum en yaygın hizmet kusurudur.¹⁹⁸ Hizmetin kötü işlediği hallerde aslında bir hizmet mevcuttur ancak bu hizmet ya gerektiği gibi işletilmemiştir ya da istenen sonuç alınamamıştır. Hizmetin kötü işlemesinde hizmeti yerine getirenin bizatihi idarenin kendisi olması gerekmez, idare şayet söz konusu hizmeti özel kişiler eliyle yaptırıyorsa bile bu durum hizmetin idari niteliğini ortadan kaldırmamakta ve hizmet gereklerine göre yerine getirilmiyorsa hizmetin kötü işlemesi durumu ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁹ Danıştay kimi kararlarında hizmetin iyi işlememesi sonucu oluşan zararlarda idarenin bu zararı tazmin etmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Örneğin bir kararında kamu hizmeti yürüten personelin görev esnasında kişisel kusurunun bulunmasını da hizmet kusuru olarak değerlendirmiş ve bu çizgide bir hizmet kusuru tanımı yapmıştır. Mezkûr karar şu şekildedir: “*Hizmetin iyi işlememesi sonucu kişilerin zarara uğramaları halinde, doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıca, hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı,*

¹⁹⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 695.

¹⁹⁹ Danıştay 10 Daire, 16.12.2003, E:02/7475 K:03/5193, kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “(...)İdarenin sorumluluktan kurtulması için üçüncü şahıslarla yapmış olduğu mukaveleler ve yazılı belgeler ancak idare ile bu şahıslar arasında muteber olup, bunlar dışında zarar gören diğer şahıslara sirayet etmeyeceği gibi, bu zararlardan dolayı mukavele yapan şahsa müraaat ve zararı bu şahıslardan isteme zorunluluğu getirmez... İdare uhdesine tevdi kılınan yol yapım ve bakım hizmeti olarak tezahür eden kamu hizmetinin devamlı murakabesini yapmak zorunda olduğundan, müteahhit firmaca bu hizmet için alınacak ve alınmış tedbirlerin kifayyetli olup olmadığını bizzat kontrol etmesi gerekir(...)”, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 12.10.2019).

idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Hizmet kusuru, kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya bu faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur.”²⁰⁰

İdarenin hizmetleri çok çeşitlidir, bu sebeple tasnifi zordur; bu durum ile paralel olarak idarenin hizmetleri üzerine yapılacak değerlendirmeler de genel manada belli bir pencereden bakmanın yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda hizmetin kötü işleminin sebeplerini en çok karşılaşılan haller bağlamında aşağıdaki gibi sıralayarak somutlaştırmamız mümkündür.²⁰¹

- Konuyla ilgili mevzuata, yerleşmiş içtihat ve uygulamalara uyulmaması,
- Meslek ilke ve kurallarına ve hizmet gereklerine uyulmaması,
- Gerekli teşkilatın tam olarak kurulmamış olması,
- Yeterli sayıda ve kalitede personelin istihdam edilmemiş olması,
- Personelin gerekli eğitime sahip olmaması,
- Gerekli denetimlerin yeterince yapılmamış olması,
- Hizmeti yürüten personelin, gerekli özen ve dikkati göstermemesi halleridir.

Yukarıda sıralanan unsurlara bir örnek olarak, idarenin yetki gaspıyla yetkisinde olmayan bir işlemi yapması da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. Danıştay bir kararında yetki gaspında bulunmak suretiyle davacının işyeri ruhsatını iptal eden ilçe belediyesinin yetki unsuru yönünden hukuka uymamasını hizmet kusuru saymış ve buna göre hüküm kurmuştur.²⁰²

²⁰⁰ Danıştay 15. Daire, 18/01/2018, E: 2014/744 K: 2018/197, (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 148), s.257.

²⁰¹ Ahmet Kılınc, “Hizmet Kusuru ve Fiili Yol (İdarenin Haksız Fiili)”, 2003, https://www.turkhukusitesi.com/makale_120.htm (Erişim Tarihi 11.12.2019).

²⁰² Danıştay 8. Daire, 11.06.2003, E:2003/1833 K:2003/2827, Aktaran: Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s.179.

Hizmetin kötü işlemesi hususu Danıştay kararlarında da karşımıza sıkça çıkan bir durumdur. Bunlardan birini ele almak gerekirse; “*İdare Mahkemesince, davacının sağlam olan dişlerinin çekildiğinin iddiadan öteye gitmediği, somut delil ve belgelerle kanıtlanamadığı, doktorun kusurlu olduğu ve verilen sağlık hizmetinin geç veya kötü işlemesi veya hiç işlememesi gibi idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de; söz konusu olayla ilgili olarak idarece yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen incelenme raporunda, davacının dişinin çekilmesi sırasında doktoru yanlış diş çekimi konusunda uyarmasına karşın, hekimin diş çekimini yapmaması olanaklı iken bu şekilde davranmayarak dişi çekmesi nedeniyle hakkında uyarma cezası verilmesi önerisi üzerine, doktora 15.8.2006 tarihli işlem ile uyarı cezası verildiği anlaşılmaktadır. (...) İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.(...) Bu durumda, "Hasta Hakları Sözleşmesi" ve "Hasta Hakları Yönetmeliği"nin yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır. Olay nedeniyle müdahaleyi yapan diş doktoruna uyarı cezası verilmiş olması da, idarece hizmetin kusurlu işletildiğinin kabul edildiğini göstermektedir. Bu sebeple davacının çekilen dişlerinin ağzının ön kısmında bulunduğu, davacının bundan rahatsızlık duyduğu, manen etkilendiği ve olaydaki hizmet kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacının manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”²⁰³ Görüldüğü üzere Danıştay hüküm kurarken olması gereken sonuç ile somut netice arasında bir kıyas yapmakta ve arada*

²⁰³ Danıştay, 10. Daire, 13.07.2010, E:2007/6322 K:2010/5981, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 14.03.2020).

menfi ve ciddi bir fark olduğu hallerde hizmetin kötü işlediğine dair kanaat getirmektedir.

2.1.4.2. Hizmetin Geç İşlemesi

İdari hizmetlerin hukuka uygun olarak yapılmaları tek başına yeterli değildir, aynı zamanda bu hizmetlerin makul süre içerisinde yapılmaları da gerekmektedir. Nitekim idarenin hizmetlerin genel sebebi olan kamu yararı, hizmetin geç yerine getirilmesi hallerinde zedelenmekte ve hizmet alanlar açısından mağduriyete sebep olmaktadır.²⁰⁴

Kamu hizmetlerinin kamu yararını sağlayabilmeleri açısından doğru zamanda yapılmaları elzendir. İdare, hizmeti yürütürken makul ve doğru vakitte harekete geçmez ise o hizmetten beklenen sonuç ve yarar doğmayabilir. Aynı zamanda şayet mevzuatta hizmetin yerine getirilmesi için bir süre öngörülmüşse, bu sürenin makul bir sebebe dayanmadan aşımı da hizmetin geç işlemesi durumunu doğuracaktır.²⁰⁵ Sorumluluğu ortadan kaldıran geçerli bir sebebin olmadığı hallerde hizmetin geç işlemesi hizmet kusuru sayılmaktadır.

Mevzuatımızda idari hizmetlerin ne zaman görüleceğine dair somut hükümler yok denecek kadar azdır. Bunun sebebi ise kamu hizmetlerinin öngörülemez kadar değişken ve çok sayılarda olması, çok farklı tiplerinin mevcut olması, bir hizmetin yer ve zamana göre farklı özellikler taşıması ve bazı hizmetler için doğru zaman kavramının tespit edilmesinin genel geçer şekilde neredeyse imkânsız olmasıdır.²⁰⁶ Bu durumda mevzuatta hizmetin yerine getirilmesi için belli bir süre öngörülmemiş ise idarenin sorumluluktan kurtulma ihtimali tartışılmalıdır, nitekim idare emredici hüküm olmadığı sürece bir hizmetin geç yürütülmesinin hangi kriterler ile tespit edildiğini sorgulayacaktır. Ancak bu durum literatürde tartışılmış olsa da genel kabul olarak yukarıda açıklandığı üzere kamu hizmetlerinde genel olarak bağlayıcı ve somut bir sürenin belirlenmemiş olmasının idareyi sorumluluktan

²⁰⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s. 699,700.

²⁰⁵ Mustafa Avcı, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 1, s. 116.

²⁰⁶ Çal, **Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler**, s. 10-13.

kurtarmayacağıdır. Nitekim süre konusunda bu tür somut bir durumun olmaması temel olarak bu sürenin genel bir standart olarak tespitinin imkânsızlığı ile ilgilidir. Bu durumda her uyuşmazlık somut olay özelinde değerlendirilmeli ve makul süre takdir edilerek idarenin o süre içerisinde harekete geçip geçmediği, kamu yararının zedelenip zedelenmediği ve bu gecikmişlik halinin zarara sebep olup olmadığının tespiti gereklidir. Esasen uygulama da bu yöndedir. Danıştayın muhtelif kararlarına bakıldığında çeşitli kamu hizmetlerinin geç işlemesi dava konusu edilmişse; o olay özelinde makul süre, beklenen ve gerçekleşen sonuç arasındaki fark ve zarar durumları değerlendirilmiştir.

İdarenin sunduğu sağlık hizmetlerinde gerekli tıbbi müdahalenin vaktinde yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlarda da hizmetin geç işlemesi nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu hususta bir Danıştay kararını incelemek gerekirse; dâhiliye hekiminin hastanede olmaması ve bu esnada diğer dâhiliyeci doktorların müdahale etmemesi nedeniyle 45 dakika gecikmeli gerçekleşen müdahale sonrasında ölen kişinin durumunun uyuşmazlığa konu olduğu kararda Danıştay; “*en erken zamanda müdahale edilmesi gerektiği, zira zamanında yapılan müdahale ile hayat kurtarılabilirdi*” gerekçesiyle hizmetin geç işlediğini tespit etmiştir.²⁰⁷

2.1.4.3. Hizmetin Hiç İşlememesi (İdarenin Eylemsizliği)

İdarenin hizmet kusurundan söz edebilmek için genellikle ortada bir hizmetin var olması aranır. Ancak bazı hallerde idare eylemsiz davranmakta, hizmeti tamamiyle yerine getirmemektedir. Bu tür durumlarda, şayet idare o hizmeti yerine getirmekle yükümlü kılınmış ise idarenin hizmet kusurundan söz etmek mümkündür.²⁰⁸

Kamu hizmetinin hiç işlememesi olarak değerlendirilebilecek kimi durumlar; kolluğun suç işlenmesine rağmen olay yerine gitmemesi, itfaiyenin çıkan yangını söndürmemesi, bir kamu hastanesinde doktorun muayene yapmaması, öğretmenin derslere gelmemesi ve benzeri şekillerde cereyan edebilir. Görüldüğü gibi ortada geç

²⁰⁷ Danıştay, 10. Daire, 13.12.2001, E:2001/3789 K: 2001/487, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 17.02.2020).

²⁰⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 700.

yahut yanlış işleyen bir kamu hizmeti bile yoktur, kamu hizmeti idare tarafından yükümlü olunmasına karşın yerine getirilmemiştir.

Danıştay bir kararında yıkılacak derecede tehlikeli binanın belediye tarafından yıkılmaması, sonrasında binanın kendiliğinden yıkılması sebebiyle çevrede oluşan zarardan idareyi sorumlu tutmuştur.²⁰⁹

Hizmetin hiç yapılmamasından kaynaklı bir hizmet kusurundan söz edebilmek için idarenin yetkili organlarıyla hizmetten kaçınmaması gerekir. Bu durum ise idarenin takdir yetkisi kavramını hatırlamamızı gerektirmektedir. Nitekim idarenin takdir yetkisinin olduğu durumlarda idare bu yetkiye dayanarak hizmeti yerine getiremeyebilir. Bu çerçevede idarenin takdir yetkisi; “*İdarenin eylem ve işlemlerini yerine getirirken yapıp yapmama konusunda karar verebilmesi ve bu iki durumun da mevzuata uygun sayılması hali*” olarak tanımlanabilir. Ancak idarenin takdir yetkisinin bulunması idareye sınırsız bir keyfiyet yahut hareket alanı sağlamamakta; hukuk devleti ve sosyal devlet olma ilkelerinin bir tezahürü olarak bu yetkinin kamu yararı adına kullanılması gerekmektedir.²¹⁰ Kuşkusuz takdir yetkisinin tanınmış olma sebebi de idarenin durumun şartlarına uygun olarak en makul davranışta bulunabilme imkânının yaratılma çabasıdır. Bu açıklamalar ışığında takdir yetkisinden söz edilebilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerektiği varsayılır; ortaya çıkan olayda idarenin nasıl hareket edeceğinin mevzuatta ayrıntılı şekilde öngörülmemiş olması, olaya karşı idarenin hareketinde kanunen birden fazla yol bulunması ve idarenin bu seçeneklerden istediğini seçme hakkının bulunması.²¹¹ İdarenin takdir yetkisinin bu şekilde şartlara bağlı kılınması kuşkusuz idarenin keyfi hareket etmesine engel olmak ve idarelerin hareketlerinin mevzuat çerçevesinde öngörülebilir olmasını sağlamak içindir.

Diğer taraftan her ne kadar takdir yetkisi idareye belli bir karar alma özgürlüğü tanısa da, takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda idari yargı bu yetkinin hukuka,

²⁰⁹ Danıştay 6. Daire, 13.03.1983, E:1979/443 K:1983/1030, Aktaran: Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s.181,182.

²¹⁰ Sinan Seçkin ve Gül Üstün, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21, Sayı 2, s. 510-512.

²¹¹ Atay, **İdare Hukuku**, s.507.

hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun olup olmadığını denetlemekle görevlidir. Şayet bu hususlara riayet edilmeden idare takdir yetkisini kullanmış ise artık yine bir idarenin hizmet kusurundan söz etmek mümkün olacaktır.

Hizmetin hiç yapılmasına muhtelif örnekler olarak Danıştay kararlarında; idarenin yargı kararlarını yerine getirmemesi, yapılması gereken bir işlemin yapmaması, tarihi surların bakım ve onarımın yapmaması, kaçak ve hukuka aykırı yapılaşmaya göz yumması, idarenin araçlarının ve makinalarının mutlak bakım ve onarımının yapmaması, zorunlu mali sorumluluk sigortası olmayan aracın yurda girişine göz yumması, idarenin, hizmet gereği olan araç ve personeli sağlamaması gibi eylemsizlikleri hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir.²¹²

Kamu hizmetinin hiç işlememesine örnek bir karar da Danıştayın yol işaretlerinin konmamış olması sonucu kaza meydana geldiği olayda verdiği karardır. Söz konusu karar şöyledir: *“Yolun sağ tarafının uçurum olduğu halde sürücüyü ikaz edecek herhangi bir yatay ve dikey işaretlemenin yapılmadığı, oluşacak herhangi bir kazada hasarı en aza indirecek herhangi bir bariyer bulunmadığından dolayı davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 3/8 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği, Bolu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin D.İş E:1998/191 sayılı dosyasında yaptırılan bilirkişi incelemesinde, meydana gelen kazada bölünmüş yolun bittiği ve tek şeride düştüğü halde, yolun daralacağına ve sağ tarafın uçurum olduğunu ve daha dikkatli seyredilmesi gerektiğini belirtir trafik işaret ve flamaları ile gerekli tedbirleri almadığından, davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 3/8 oranında kusurlu olduğu, sürücünün tedbirsiz ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermek suçundan yargılandığı Bolu Asliye Ceza Mahkemesinin E:1998/982 sayılı dosyasında yapılan bilirkişi incelemesinde de, yolun bölünmüş yoldan geliş-gidiş iki yönlü yola dönüşmesine ve yolun sağ kesiminde uçurum olmasına karşın önlem alınmaması nedeniyle davalı idarenin 2/8 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği görülmektedir. Bu haliyle, gerekli işaretlemeyi ve bariyeri yaptırmayan davalı idarenin kamu hizmetini eksik yapması nedeniyle hizmet kusuru işlediği açıktır.”²¹³* Kararda her ne

²¹² Bozdağ, **İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması**, s.46.

²¹³ Danıştay 15. Daire, 15.04.2004, E:672 K:1829, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 12.01.2020).

kadar kamu hizmetinin eksik yapıldığından bahsedilmiş ise de esasen bu ilamı hizmetin hiç yapılmaması olarak görmeliyiz. Çünkü eksik yapıldığı belirtilen hizmet, seyahate dair müstakil bir hizmetin bütünüdür. Yani idare insanların kullanımı için yol yapmış fakat yol için gerekli trafik işaretlerini koymamıştır. Biz ise konumuz gereği trafik işaretlerinin konmasını müstakil bir idari hizmet olarak değerlendirmektedir. Yol mevcut ise üzerinde trafik işaretlerinin olmaması ve bunun sonucu da kaza meydana gelmesini kamu hizmetinin hiç işlememesine örnek olarak gösterebiliriz.

2.2. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DOĞMA ŞARTLARI

İdarenin hizmet kusurundan bahsedebilmek için tıpkı özel hukuktaki haksız fiilde olduğu gibi²¹⁴ üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kapsamda idarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğunun doğabilmesi için idareye yüklenebilir nitelikte bir eylem veya işlem, ortaya çıkan bir zarar ve bu ikisini birbiri ile ilişkilendirebilecek nitelikte illiyet bağının bulunması gerekir.²¹⁵ Bu koşulları Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında sade bir şekilde açıklamıştır: “Öte yandan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise idarenin hizmet kusuruna dayalı tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı açıktır.”²¹⁶

Bir zararın varlığı halinde zarar şayet kusurlu bir hareket ile ilişkilendirilebiliyorsa genelde o zararın giderilmesi beklenir, bu ise idare hukukuna özgü bir durum değildir. Örneğin borçlar hukuku açısından borç ilişkisine dayalı tazminat sorumluluğunun şartları, idare hukukundaki ile paralel şekilde borca aykırı

²¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 582; Dural ve Kurt, **Açıklamalı Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu**, s.568.

²¹⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1294.

²¹⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 02.12.2013, E:2010/2741 K:2013/4312, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 10.07.2020).

bir davranış, alacaklının zarara uğraması, kusur ve illiyet bağı olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹⁷ Bu durumun idare hukukundaki tazminat sorumluluğuna yansımaları ise idare hukukunun kendine özgü nitelikleri ile yer bulmuştur. Özetle, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için bir zararın varlığı, zararı doğuran eylemin idareye yüklenebilir olması ve zarar ihtiva eden sonuç ile eylem açısından doğrudan doğruya bir illiyetin varlığı zorunludur.²¹⁸

2.2.1. İdarenin Eylem veya İşlemi (Fiiil)

İdarenin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için en başta idareye yüklenebilir bir eylem veya işlemin varlığı gerekmektedir²¹⁹. İdare, hizmet kapsamındaki faaliyet sürecinde icrai veya ihmali şekilde rol almamış ise artık özne olmaktan çıkacağı için idare kaynaklı bir işlem veya eylemden söz edilemeyeceğinden idarenin kusura dayanan sorumluluğunun ortadan kalkacağı varsayılabilir.²²⁰

İdari işlemlerin iki taraflı olduğu durumlarda idari sözleşmenin varlığından söz etmek mümkündür, bu durumda idarenin sözleşmeye aykırı davranmasından kaynaklanan sorumluluğunu aramak daha yerinde olacaktır.²²¹ İdarenin tek taraflı işlemleri ise çoğunlukla düzenleyici işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdari eylemler ise idarenin personelleri vasıtasıyla bulunduğu davranışları ve tutumları ifade eder. Tıpkı ceza hukukundaki ihmali ve icrai suç davranışları gibi idarenin eylemleri de geniş manada hem “yapmak” şeklinde icrai, hem de “yapmamak” şeklinde ihmali olarak karşımıza çıkabilmektedir.²²² Bu kapsamda bir polis memurunun hırsızlık suçu işleyen birini yakalamaya çalışması icrai bir eylem iken kaçmasına seyirci kalması ise ihmali bir eylem olarak nitelendirilebilir.

Eylemin idarenin sorumluluğunu doğurabilmesi için idare kaynaklı olması gerekir; buradaki idare kaynaklı olma durumu eylemin bizatihi idare tarafından

²¹⁷ Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2018, s. 308.

²¹⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.901.

²¹⁹ Ahmet Nohutçu, **İdari Yargı**, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 231.

²²⁰ Atay, **İdare Hukuku**, s. 681.

²²¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1294.

²²² Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1295; Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 291.

yapılabileceği gibi idarenin isteği, bilgisi ve gözetimi altındaki diğer kişiler tarafından da yapılabileceği manasına gelmektedir.²²³ Dahası; idare eliyle özel hukuk kişisi tarafından görülen işlerde tazmin edilmesi gereken bir zarar oluştuğunda adli yargıda özel hukuk kişisi örneğin bir firma aleyhine tazminata hükmedilmiş olması idareyi sorumluluktan kurtarmaz, burada müteselsil sorumluluk gündeme gelir ve idare de kusuru oranında sorumlu tutulur. Danıştayın bir kararındaki “*Davacıların uğradığı zarardan müteahhit firma ile birlikte davalı idare müteselsilen sorumlu olduğundan, adli yargıda açılan bir davada firma aleyhine tazminata hükmedilmiş olması, olayda hizmet kusuru bulunan davalı idare aleyhine tazminata hükmedilmesine engel oluşturmadığından, davacıların uğradığı zararın davalı idareden tazminine hükmedilmesi gerekmektedir.*” değerlendirmesi ile bu açıklamayı somutlaştırmış ve idarenin sorumluluğunun devam ettiğine hükmetmiştir.²²⁴ Özetle; aslolan, eylem sebebiyle idareye isnatta bulunma, idareye yönelme durumunun varlığıdır. Sayılan her iki durumda da eylem idare kaynaklı sayılacağından idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir.²²⁵

2.2.2. Kusur

İdarenin kusur sorumluluğuna gidebilmek için öncelikle bir idari eylem veya işlemten teşekkül eden, özel hukukta fiile karşılık gelen bir durumun varlığının gerekliliğinden bahsetmiştik. Bu eylemin veya işlemin varlığı tek başına yeterli olmamakla beraber idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için kusur da barındırması gerekmektedir. Burada belirtmek gerekir ki kusurun varlığı idarenin yalnızca kusurlu sorumluluğunda bir şart olduğu, kusursuz sorumlulukta ise aranmadığıdır.²²⁶ Bu kapsamda kusurun varlığını iddia eden kişi bu kusuru ortaya koymalı ispat etmelidir, aksi takdirde idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.²²⁷ Kusursuz sorumluluk hallerinde aranmayan kusur şartının varlığı, idarenin kusur sorumluluğunda zorunludur.²²⁸ Diğer taraftan sağlık hizmetlerinde kural olarak yalnızca kusur var ise

²²³ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 291,292.

²²⁴ Danıştay 10. Daire, 20.12.2013, E:2009/13300 K:2013/9240 Aktaran: Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s.291.

²²⁵ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 231.

²²⁶ Gözler ve Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, s.781.

²²⁷ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 292.

²²⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1297.

sorumluluğa gidilebilir. Danıştay bir kararında;²²⁹ “*Dava dosyasının incelenmesinden yapılan ameliyatın kusurlu olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, belirtilen konuya ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, riskli hizmetlerden olan sağlık hizmetlerinde uygulama olanağı bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacının tazminat isteminin kabulü yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.*” değerlendirmesi ile sağlık hizmetlerinde kusur şartının zorunluluğundan bahsetmiştir. Bunun yanında bazı Danıştay kararlarında kusursuz sorumluluğa işaret ettiği durumlar da mevcuttur.

2.2.3. Zarar

İdarenin eyleminin kusur barındırması tek başına anlam ifade etmemektedir. Bununla beraber idarenin sorumluluğunun gündeme gelmesi için idarenin kusurlu davranışının bir zararı da meydana getirmesi gerekmektedir. Nitekim idarenin çokça kusurlu eylemi bulunmasına rağmen tümünde zarara sebebiyet verdiğini iddia etmek gerçek dışı olacaktır. Maddi zarar; kişinin malvarlığındaki azalma olabileceği gibi malvarlığındaki çoğalmanın engellenmesi şeklinde de olabilir.²³⁰ Maddi zararın varlığı halinde meydana gelen bu zararın karşılanması için idareye yüklenen edim olarak maddi tazminata hükmedilir, bu tazminatın amacı kişiyi zarar görmeden önceki haline getirmektir.²³¹ Bunun yanında zarar; bir kişinin kişilik haklarına yönelik bir ihlal dolayısıyla duyduğu cismani ve manevi acı, elem, ıstırap ve hayat zevklerindeki azalma olarak tanımlanan manevi zarar da olabilir.²³² Bunun dışında bazen bir olay hem maddi hem de manevi zarar oluşturabilir; bir kişinin tıbbi müdahale hatasından kaynaklı ölümünün ailesi açısından tedavi giderleri, cenaze giderleri ve destekten yoksun kalma boyutuyla maddi; duyulan acı, üzüntü ve ruhsal çöküntü yönüyle de manevi zarar oluşturacağı açıktır.²³³

²²⁹ Danıştay 10. Daire, 11.10.2000, E:3878/5131 (Karar numarası bulunmamakta), Aktaran: Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.909.

²³⁰ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 293.

²³¹ Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1998, C.6, Sayı1-2, s.171,172.

²³² Atay, **İdare Hukuku**, s.671.

²³³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.904-907.

İdarenin kusurlu davranışı sonucunda tazminat hakkının doğabilmesi için zararın en başta açık bir şekilde varlığının gösterilebilmesi gerekmektedir.²³⁴ Bu kapsamda idarenin kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkan zararın sahip olması gereken nitelikleri şu şekilde sıralanabilir:

2.2.3.1. Ortada Bir Zarar Olmalıdır

İdarenin sorumluluğunun doğmasında gerekli olan zarar şartının ilk koşulu zararın varlığıdır, nitekim ortada bir zarar olmadığı hallerde idarenin sorumluluğunun da olmadığı sonucu çıkacaktır.²³⁵ Başka bir deyişle zarar yoksa tazminat da olmayacaktır.²³⁶ Bir kişinin maddi veya manevi varlığındaki istek dışı azalma, eksilme olarak tanımlanabilecek zarar; esasen mağduriyet kavramından farklı bir anlam taşımaktadır.²³⁷ Mağduriyet daha geniş bir yoksunluğu ifade ederken zarar tazmini gereken mağduriyetler olarak kısaca tanımlanabilir.²³⁸ Zarar hem maddi hem de manevi olabilir; maddi zarar bir kişinin mal varlığındaki istem dışı eksilme veya kesin nitelikteki bir artışın engellenmesini ifade ederken, manevi zarar ise bir kişinin kişilik haklarına yönelmiş bir ihlal sebebiyle duyduğu acı, keder, hayat zevklerinde azalma ve benzeri durumları ifade eder.²³⁹ Manevi zarar ve manevi tazminat ile ilgili bir Danıştay kararında ise manevi zarar tanımlandıktan sonra takdir edilecek manevi tazminatın hangi ilkelere göre belirleneceği açıklanmıştır, mezkûr kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını kişilik haklarının zedelenmesini, Şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırapı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir. Manevi tazminat, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya

²³⁴ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 231.

²³⁵ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 294.

²³⁶ Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 226; Yıldırım ve Diğerleri, **İdare Hukuku**, s. 845.

²³⁷ Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2016, C.65, Sayı 4, s. 2418.

²³⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, 1298.

²³⁹ Atay, **İdare Hukuku**, s. 671.

yönelik bir tazmin aracıdır. Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek manevi tazminat miktarının, olayın ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirmececek, bir başka ifade ile benzeri olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir miktarda olması gerekmektedir.”²⁴⁰

2.2.3.2. Zarar Gerçekleşmiş Olmalıdır

İdarenin hizmet kusurunun söz konusu olduğu durumlarda zarar kavramı ele alınırken zararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunun nedeni ise disiplin hukuku veya ceza hukukunun aksine, kusurlu fiilin varlığı durumlarında öncelikle gidilecek yolun kusurlu fiili yapan kamu görevlisini müeyyidelere tabi tutmak değil, oluşan zararı tazmin etmektir. Bu yönüyle kusurlu hareket varsa bile zarar gerçekleşmediği durumlarda artık idarenin tazmin yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır, nitekim ortada tazmini gereken bir zarar bulunmamaktadır.²⁴¹

2.2.3.3. Zarar Kesin Olmalıdır

Zararın kesin olması özetle ya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceğinin katiyet arz etmesi manasına gelmektedir. Bu durumda ihtimalen gerçekleşecek zararlarda tazmin yükümlülüğünden söz etmek mümkün olmayacaktır.²⁴²

Zararın gelecekte gerçekleşecek olması özellikle sağlık alanında kendini gösteren bir durumdur, şöyle ki idari bir fiil sonucu bedensel engel taşıyan bir kişi o an için olmasa bile gelecek yaşamında mutlaka engel dolayısıyla zarara uğrayacaktır. Bu duruma zararın kaçınılmazlığı da denebilir, çünkü gelecekte zararın meydana gelmeme ihtimali yoktur.²⁴³

²⁴⁰ Danıştay 10. Daire, 17/10/2017, E: 2017/363 K:2017/4136 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 148), s.167,168.

²⁴¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1323.

²⁴² Atay, **İdare Hukuku**, s. 675; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.902.

²⁴³ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1324; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 902.

2.2.3.4. Zarar, Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olmalıdır

İdari eylem ve işlemler sonucu kişiler nezdinde oluşan her tür zararın tazmini gerekmez, aksi düşünüldüğünde idarenin altından kalkmasının mümkün olmadığı ve kaotik bir zararlar topluluğundan söz etmek gerekirdi. Bu durumda idarenin bir fiili sonucu şayet zarar oluşmuşsa, zararın hukuk tarafından korunan bir menfaati zedeleyip zedelediğine bakılmalıdır.²⁴⁴ Örneğin bir yerde izinsiz bir şekilde işletme açıldığı durumlarda idare devreye girerek burayı kapatıyorsa, işletme sahibi zarara uğradığından bahisle idarenin sorumluluğuna gidemez, çünkü söz konusu işletme birtakım izin şartları yerine getirildikten sonra hukuk tarafından korunan bir menfaat kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak yine de zararın hukuken korunan bir menfaate yönelik olması şartının zamanla esnediğini, örneğin evli olmayan çiftlerde bir eşin ölümü durumunda destekten yoksunluk talep edebileceği gibi durumların ortaya çıktığını belirtmek gerekir.²⁴⁵

2.2.3.5. Zararın Nakdi Değeri Olmalıdır (Para ile Ölçülebilmelidir)

İdarenin kusurlu hareketi sonucu oluşan zararın tazmin edilebilmesi için zararın boyutunun para ile ölçülebilmesi esastır.²⁴⁶ Hem maddi hem de manevi zararın para ile ölçülebileceği Türk ve Fransız hukukunda uzunca bir süreden beri kabul edilmektedir.²⁴⁷ İdare tazmin yükümlülüğünü para ödemek suretiyle yerine getirmektedir. Bu sebeple şayet zarar para ile ölçülemiyorsa zarar şartı tam olarak meydana gelmeyeceğinden idarenin tazmin yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Diğer taraftan manevi zararlarda hükmedilecek tazminat aslında bir tazmin değil tatmini sağlamaktadır, nitekim manevi zarara karşılık idareye yüklettirilen tazminat esasında takdiri bir para olup zarar görenin acısı, elemi azaltmayı hedefler.²⁴⁸ Ayrıca manevi zararın para ile ölçülmesi her ne kadar gerçek anlamda pek mümkün olmasa da başkaca bir yol bulunmadığından manevi zararların da para ile ölçülebilirliği kabul edilmektedir.²⁴⁹ Bu konuda Danıştay'ın yerinde bir değerlendirmesi de manevi zararı tatmin etmenin başkaca bir yolu bulunamaması sebebiyle manevi tazminatın ortaya

²⁴⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, s. 1328.

²⁴⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s. 676.

²⁴⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s. 676.

²⁴⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1334.

²⁴⁸ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 297.

²⁴⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, 904.

çıkmasıdır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “*Bilindiği gibi, manevi tazminat patrimonanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, 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 veya idarenin hukuka aykırı bir işlem yahut eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması gerekir.*”²⁵⁰

2.2.4. İlliyet Bağı

Nedensellik bağı olarak da bilinen illiyet bağı, idarenin tazmin yükümlülüğünün şartlarından olan kusur sorumluluğunun oluşmasındaki unsurlar olan fiil, kusur ve zararı birbirine bağlayan; bir anlamda neden sonuç ilişkisini ortaya koyan özelliktir.²⁵¹ Şöyle ki; idarenin kusurlu bir hareketi ve bir zararın ortaya çıkmış olması tek başına bir anlam ifade etmez²⁵²; neden - sonuç kavramları çerçevesinde zararın idarenin kusurlu hareketi sebebiyle ortaya çıktığının ortaya konması gerekmektedir. Bu bağlamda idarenin eylemi ile meydana gelen zarar arasında bir bağın bulunmadığı hallerde tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. Bu bağlamda örneğin bir sağlık hizmetinde gerekli tüm müdahaleler yapılmasına rağmen görme yetisini kaybeden kişi açısından doğacak zarardan idare sorumlu tutulamaz. Ancak bunun yanında hatalı bir tıbbi müdahalede şayet o müdahale olmasa idi zararın oluşmama ihtimalinin düşük de olsa varlığı halinde illiyet bağının varlığı kabul edilir.²⁵³

İspat, kimi zaman bir hak kimi zaman ise bir yükümlülük olarak karşımıza çıkan, hak arama özgürlüğünün temel kavramlarından biridir.²⁵⁴ Bu hak veya yükümlülük, anlaşmazlığın hangi hukuk dalına dâhil olduğu, özel hükümler²⁵⁵,

²⁵⁰ Danıştay 12. Daire, 01.07.2015, E: 2011/5125 K: 2015/4394 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 139), s. 283.

²⁵¹ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 298,299; Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, s. 227,228; Cafer Ergen, **İdari Yargı Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 505,506.

²⁵² Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 232.

²⁵³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, 913,914.

²⁵⁴ Pınar Çiftçi, **Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.141,142.

²⁵⁵ Yargıtay bir kararında 4875 sayılı İş Kanunu'nun 20/II.c.1.hükmüne atıf yaparak feshin geçerli nedene dayandığının ispat yükünün işverende olduğunu belirtmiştir. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,

karinelerin ispat yükünün kimde olacağını değiştirmesi gibi durumlarda taraf değiştirebilir ancak kural olarak iddia sahibi üzerindedir.²⁵⁶ İdarenin kusur sorumluluğu özelinde, idare hukukunda ise özel hukukta olduğu gibi illiyet bağının ispatı zarar görene aittir, ancak bu yükümlülük özel hukuktaki kadar katı değildir. Zarar görenin delil başlangıcı olarak nitelendirilebilecek belgeleri mahkemeye vermesi çoğu zaman yeterli olmaktadır.²⁵⁷ Diğer taraftan ispat yükü karinelerinin varlığı durumunda yer değiştirebilir, daha çok ceza yargılamalarında karşımıza çıkan²⁵⁸ bu durum idarenin kusur sorumluluğu çerçevesinde örneğin sağlık hizmetleri açısından kamu hastanelerinde tedavi gören hastaların normal tıbbi müdahaleler sonucu zarar görmeleri durumunda idarenin kusurlu olduğunun karine olarak kabul edilmesine dayalı olarak böyle bir davada normalde davacıda bulunan ispat yükü kusurlu olmadığını ispat etmek suretiyle davalı idareye geçmiş olacaktır.²⁵⁹

İllyet bağı idarenin kusur sorumluluğunda şart ise de bazı durumlarda zarar ile idarenin davranışı doğrudan bir nedenselliğe bağlanamasa bile idarenin verdiği hizmetin farklı bir boyutuyla kusur ihtiva etmesi halinde tazminata idare aleyhine hükmedilmesi gündeme gelebilir. Danıştay bir kararında²⁶⁰ sağlık hizmetindeki aksaklık ile kişinin ölümü arasında illiyet bağının oluşmamasının tek başına idareyi sorumluluktan tamamen kurtarmayacağını belirterek hizmetteki aksaklığın zarar görenler açısından manevi zarara da sebep olabileceğinden bahisle idare mahkemesinin bunu değerlendirmemiş olmasını bozma sebebi saymıştır. Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Söz konusu Soruşturma Raporunda davalı Dicle Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlı Tıp Fakültesi Hastanesi'ndeki uygulamalara ilişkin olarak da bir çocuk uzmanının çağırılmamasının kusurlu bir davranış olduğu değerlendirilmiştir. Diyarbakır Devlet Hastanesi ve Dicle Üniversitesi Hastanesi'nde sunulan sağlık hizmetleriyle ilgili olarak sözü edilen eksiklikler ile çocuğun ölümü

25.01.2018, E:2017/28051 K:2018/1301, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Yıl 2018, C.44, Sayı:5, s.1058-1060.).

²⁵⁶ Osman Doğru, **Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.30,31.

²⁵⁷ Atay, **İdare Hukuku**, s.682.

²⁵⁸ Serkan Cengiz ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s.131-134.

²⁵⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.916.

²⁶⁰ Danıştay 15. Daire, 19/04/2018, E:2013/11764 K:2018/3886, (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2018, Sayı 149) s.287.

arasında illiyet bağı kurulamamış ise de; belirtilen eksikliklerin davacılar da sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, davacıların duydukları acı ve üzüntünün kısmen de olsa hafifletilmesi amacıyla manevi tazminat taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”

2.3. İDARENİN HİZMET KUSURUNUN UYGULANMA ŞARTLARI

Bir karine olarak idarenin işlem ve eylemleri hukukidir.²⁶¹ Bu ise, idari fiillerin yargı kararlarıyla aksi sabit oluncaya değin hukuki oldukları varsayımını ortaya koyar.²⁶² Bir idari eylem veya bu eylemle yürütülen kamu hizmetinin hukuka aykırılığı gündeme geldiğinde ise İdari Yargılama Usul Kanununun 2. maddesindeki yetki, şekil, sebep, konu, maksat unsurları değerlendirilecektir.

İdarenin hizmet kusuru idarenin kusurlu eylem ve işlemlerinin birçok hali sonucu ortaya çıkabilir. Merkez teşkilat, taşra teşkilatı, yerel yönetimler, genel ve özel bütçeli kamu kurumları ve birçok ayrı unsurdan oluşan idari teşkilatın bir anlamda devlet kavramı ve erkinin en geniş ağlarından birini oluşturduğu düşünüldüğünde idari eylem ve işlemlerde hizmet kusurunun ne denli sık gündeme geldiği anlaşılabilir. Ancak; her hizmet kusuru oluştuğunda idarenin sorumluluğuna gidilmesi idari hizmetlerin aksamasına yol açabilir.

Hizmet kusurunda bir anlamda Devlet ve birey çıkarları olmak üzere zıt iki kutup çatıştığından bu karşıtlıklar arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Kişilerin menfaatleri gereği, idare tarafından yapılan eylemlerin sınırsız bir şekilde idarenin sorumluluğunu doğurması talebine karşın, kamu menfaati; düzenli bir şekilde yürütmesini gözetlediği bu hizmet ve faaliyetlerin, tazminat istemleri karşısında sürekli bir şekilde aksamaması amacıyla sorumluluğu belirli ölçülerde sınırlandırmak çabasıdadır. Nitekim idarenin her türlü kusurunda sorumluluğa gidilmesinin idareyi ve Devleti güç duruma düşürmesi kaçınılmazdır. Bu durum yalnızca idarenin mali

²⁶¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.123 vd.

²⁶² Dilşat Yılmaz, Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme; “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2017, C.21, Sayı:2, s. 107,108.

anlamda güç duruma düşmesi değil aynı zamanda kamu görevlilerinin de görevlerini aksatacak derecede çekingen ve sorumluluktan kaçan kişilere dönüşmesi tehlikesini barındırmaktadır. İdarenin, bu kişiler eliyle faaliyetlerini yürüttüğü düşünüldüğünde de her türlü aksaklığın ihtimal dâhiline girmesi durumu ortaya çıkacaktır.

Başta yukarıda açıklanan sebepler olmak üzere diğer ekonomik sebepler, Devlet işlerinin devamlılığı, kamu hizmetinin aksamaması, Devlet ile birey arasında dengenin sağlanarak sorumluluğun paylaştırılması gibi birçok nedenden ötürü idarenin sorumluluğuna gidilmesi durumu bazı hallerde sınırlandırılmıştır. Belirtmek gerekir ki bu sınırlamalar genel olarak net bir şekilde mevzuatımızda tanımlanmış yahut belirlenmiş değildir, aksine; olayın gerekleri, zaman, yer ve diğer şartlar ışığında çoğu zaman yargı kararları ile ortaya çıkmış sınırlamalar ve ayrımlardır.

2.3.1. Basit Kusur - Ağır Kusur Ayrımı

Özel hukukta ağır kusur – hafif/basit kusur gibi bir ayrım yapılmaksızın tüm kusur hallerinde kusurlu kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi kural iken idare hukukunda yıllar boyunca sorumluluğun gündeme gelebilmesi için ağır kusurun varlığı aranmıştır. Bunun sebebi ve kaynağı ise idare hukukunda uzun yıllar boyunca tıbbi ameliyatlara, cezaevi işlerinin yürütülmesi, zihinsel engellilerin tedavisi, kolluk, itfaiye gibi son derece ciddi, zorlu ve sonuçları ağır faaliyetlerin bulunmasıdır. Bu faaliyetlerin gerek kendisinin gerekse sonuçlarının ciddiyeti sebebiyle yakın zamana değin kural olarak yalnızca ağır kusur durumlarında idarenin sorumluluğuna gitme durumu mevzubahis olmuştur. Ağır kusur teorisi olarak bilinen bu durum idarenin hukuk tarihi boyunca üstlendiği zorlu faaliyetlerin doğal bir sonucudur.²⁶³

GÖZLER, ağır kusurun tanımını yaparken öncelikle sade bir tanım ortaya atarak “*basit kusurdan daha ağır olan kusur*” olarak nitelendirmiş ve tedrici bir kıstas getirerek basit kusura karşı durumuna göre bir ayrım ortaya koymuştur.²⁶⁴ ATAY ise ağır kusuru kişisel kusur ile bağlayarak kamu görevlileri ve memurlarının görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurun çok ağır olması halinde kişisel kusurlarının söz

²⁶³ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1109-1128.

²⁶⁴ Gözler ve Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, s.752.

konusu olacağını belirtmiştir.²⁶⁵ Bir başka görüşe göre ise vasat bir idarenin bile yapmayacağı kusur olarak da nitelendirilmiş olan ağır kusur, basit hizmet kusuruna göre daha önemli ve ciddi hizmet aksaklıklarıdır.²⁶⁶ Ancak bu ayırım mevzuatta somut olarak yapılmamış olmakla beraber yargı kararları ile belirlenmiştir. Bu durumda kusurun basit mi yoksa ağır mı olduğu yargıç tarafından her somut olayda benzer olaylar gözetilerek tespit edilecektir.

Kural olarak her ne kadar idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için basit kusurun varlığı yeterli olsa da bu basit kusurun bile belli bir oranda ağır yahut ciddi olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir, zira ciddi bir zarara sebep vermeyen en basit kusurlarda bile idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi idareyi bazen işleyemez hale getirme tehlikesi barındırmaktadır. Bu konuda Danıştay bir kararında “(...) *Ancak idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir.*(...)”²⁶⁷ Değerlendirmesi ile bu doğrultuda bir açıklama yapmıştır. Diğer taraftan ağır kusur bulunan hallerde kamu personelinin zarar verme kastı olmasa bile hizmet kusuru oluşur.²⁶⁸

Danıştay kararlarına bakıldığında ise ağır kusurun aranma hallerinde sürekli bir tutarlılık bulunmamaktadır. Kimi olaylarda basit kusurun varlığı yeterli sayılmışken bazı olaylarda ise ağır kusurun varlığı şart konusu edilmiştir. Aslında idare hukukunda idarenin sorumluluğuna gidebilmek için kural olarak basit kusurun varlığı yeterlidir, ancak bu istisnasız her durumda geçerli bir kural olmamakla beraber bazı özel hallerde istisnası mevcuttur. İdarenin sorumluluğu doğması için ağır kusur aranan haller genel olarak yürütülmesi güç faaliyetlerdir. İdare hukukumuzun esin kaynağı olan Fransız idare hukukunda idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranan halleri şöyle sıralanabilir: ²⁶⁹

²⁶⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s.705.

²⁶⁶ Ergen, **İdari Yargı Davaları**, s. 426-427; Sarıca, **Hizmet Kusuru ve Karakterleri**, s. 867.

²⁶⁷ Danıştay 8. Daire, 15.04.2004, E:2004/672 K:2004/1829, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 17.12.2019).

²⁶⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, 901.

²⁶⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, 1109.

- Vergi idaresi
- Cezaevi idaresi
- Tıbbi faaliyetler
- Kolluk faaliyetleri
- Denetim faaliyetleri
- Adalet kamu hizmetleri
- Acil yardım, kurtarma ve söndürme faaliyetleri

Sayılan bu hallerde faaliyeti yürütenlerin ağır kusurunun aranmasının sebeplerinin başında “mazur görülebilirlik” vardır. Şöyle ki; sayılan tüm bu faaliyetler yürütülmesi son derece güç, kapsamlı ve önemli faaliyetlerdir. Bu faaliyetler yürütülürken ise kamu görevlilerinin basit kusurları, işin doğası gereği mazur görülebilir ve göz ardı edilebilir. İdarenin beklemeksizin harekete geçmesini gerektiren yangın, tıbbi müdahaleler veya can kurtarma gibi işlerde işi yürüten kişilerin tam olarak kusursuz hareket etmesini beklemek yerinde olmayacaktır. Bu sebeple bilinçli yahut keyfi olarak yapılmadığı sürece kamu görevi yerine getiren kişilerin sayılan bu işlerde basit kusurlarından dolayı idarenin tazminat yükümlülüğünün doğması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Öte yandan öngörüleceği üzere idarenin sayılan bu faaliyetlerde basit kusurunun idarenin sorumluluğuna gidilmesi için yeterli sayılması, bu faaliyetleri yürüten kişilerin hata yapmamak adına sorumluluktan ve bunun sonucu olarak işi yapmaktan kaçınacağı, başka bir deyişle eylemsiz kalmaya yöneleceği açıktır. Bu ise sonucu itibariyle telafisi imkânsız zararlara yol açabilecek ve kamu yararı ciddi anlamda yara alacaktır. Ayrıca basit kusurun tanımı spesifik olarak genel geçer kriterlere bağlı olmadığından dolayı her olay özelinde basit kusurun varlığını aramak gerekecek ve bu da sürekli bir kusur tespiti, yargı süreci gerektirecektir. Tüm bu sebeplerden dolayı idarenin birtakım faaliyetlerinde yalnızca ağır kusur aramak kamunun yararına olacaktır.

Yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmemesi daima ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilmiştir. Danıştayın bu duruma örnek gösterilebilecek bir kararında yargı kararlarının hukuka uygun olarak süresi içerisinde idare tarafından yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru sayılmış ve bu doğrultuda hüküm

kurulmuştur. Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “(...)Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararlarını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Bu kural, idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar geçen sürede yargı kararını uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm değildir. Aksine maddede, kararların derhal uygulanması ilkesi benimsenmiş olup, her durumda bu sürenin otuz günü aşamayacağı, kararların uygulanması için idarelerin gereksinim duydukları sürenin nihayet otuz günle sınırlı olduğu kurala bağlanmıştır. Diğer taraftan, Anayasanın 11'inci maddesinde; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilerek Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü vurgulanmış; bu bağlamda olmak üzere 129'uncu maddenin 1'inci fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları hükme bağlanarak Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğü kamu görevlileri yönünden de teyit edilmiştir. Bu nedenle bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarına uyulmaması, hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğunu doğurur.”²⁷⁰

Ağır hizmet kusurunun varlığını belirleyecek somut kıstasların olmadığından bahsetmiştik, ancak bazı durumlar vardır ki kusurun ağırlığı konusunda net bir fikir verecek niteliktedirler. İdarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğunun ağırlığını belirlemede etkili olan, haliyle sorumluluk sınırlarını belirleyen durumlar tahdidi şekilde belirlenmiş olmamakla beraber genel kabule göre bu durumların bazılarını listeleyecek olursak;²⁷¹

- Hizmetin sosyal önemi
- Hizmetin görülmesindeki güçlük
- İdarenin sahip olduğu olanaklar
- Zaman ve yer koşulları
- Zarar görenin hizmet karşısındaki durumu -

²⁷⁰ Danıştay 3. Daire, 29.1.2014 Esas No: 2013/5121 Karar No: 2014/283, **Danıştay Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 138, s. 535,536.

²⁷¹ Aydın, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, s.142-146.

- Zararın olasılık derecesi
- Hizmete ilişkin yazılı hukuk kuralları kıstasları kullanılabilir.

2.3.2. Basit Kusur - Ağır Kusur Ayırımında Uygulanacak Kriterler

Kusurun ağırlık derecesini tespit etmek tek bir kriter ile her zaman mümkün olmamaktadır, bu sebeple kusurun varlığı durumunda somut durumu bazı kriterlere tabi tutarak kusurun basit mi yoksa ağır mı olduğunu tespit etmek yerinde olacaktır.

2.3.2.1. İdarenin Hizmet Yürütürken Zorlanma Durumu

Ağır hizmet kusurunun en temel şartı, hizmetin ciddi, zahmetli ve önemli olmasıdır. Şu halde idarenin hizmeti yürütürken zorlanma durumu, kusur halinde kusurun niteliğinin ağır olup olmamasına direkt olarak etki etmektedir. İdareyi zahmete sokmayacak bir faaliyetin yürütülmesinde kusur doğar ise ağır hizmet kusurunun gerekliliğinden bahsedilemeyecektir, ancak güvenlik, sağlık gibi kapsamlı ve zahmetli kamu hizmetleri kapsamında oluşacak kusurlarda ekseriyetle ağır hizmet kusuru aranacaktır.

2.3.2.2. Hizmetin Önemi

Kuşkusuz kamu yararı gözetmesinden kaynaklı kamu hizmetlerinin tümü önemlidir. Ancak bu hizmetler arasında önem derecesi açısından bir fark, bir hiyerarşinin varlığı söz konusudur. Şöyle ki; idarenin yürüttüğü bazı hizmetler halk açısından hayati önem arz etmekteyken bazı hizmetler ise yürütülmedikleri takdirde kişilerin hayatlarına önemli ölçüde zarar vermemektedirler. Örnek vermek gerekirse güvenlik ve eğitim hizmetleri diğer bazı idari hizmetlerinden çok daha önce gelmektedir, bu ayırım ise genellikle hizmetlerin yapılmaması durumunda oluşacak zararın düşünülmesi ile belirlenmektedir.

Tüm bu açıklamalara rağmen yine de Devlet hizmetlerini yerine getirirken önemli - önemsiz gibi bir ayırım yapmadan toplumun ihtiyaç duyduğu bütün makul ve gerekli hizmetleri en iyi şekilde sunmaya çalışmalıdır, aksi düşünüldüğünde Devletin bazı hizmetlere aşırı önem vererek diğer hizmetleri geri plana atması ve toplumun bunlardan mahrum kalması tehlikesi ortaya çıkacaktır.

2.3.2.3. Zarar Görenin Durumu

Hizmet kusurundan kaynaklı zarar görenin durumunu iki açıdan ele almak gerekir. Birincisi, zarar görenin doğrudan bir menfaatinin zedelenip zedelenmediğidir. Burada araştırılması ve tespit edilmesi gereken, zarar gören herhangi bir kişiden farklı olarak doğrudan zarar görüp görmediğidir. Şayet kişi doğrudan bir zarara maruz kalmışsa kusurun ağırlığı buna göre belirlenebilir. Diğer husus ise zararın kişinin yaşamına ne derecede etki ettiğidir. Kişi için hafif ve göz ardı edilebilir durumlarda ağır kusurun varlığı gündeme gelmeyecektir, ancak kişiyi ciddi anlamda olumsuz olarak etkileyebilecek durumlar ağır kusur kapsamında değerlendirilebilecek ve bu yolla idarenin sorumluluğuna da gidilebilecektir.

Özellikle sağlık alanında çok küçük kusurların bile kişilerin hayatlarına mal olabileceği gerçeği karşısında ağır kusurun tespiti aşamasında kusurlu hareketin kendisinden öte sonucu üzerinden bir değerlendirme ve tespit yapmak gerekir.

2.3.2.4. Zararın Meydana Gelme İhtimali

Zararın meydana gelme ihtimali ağır kusur tespitinde önemli bir kıstastır. Şöyle ki; bazı durumlarda idarenin eylemi sonucu bir zararın meydana gelme ihtimali son derece yüksektir. Özellikle tecrübeler sonucu öngörüleebilecek zarar ihtimaline karşın idarenin gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek zarara sebep olması halinde ağır kusurun varlığı gündeme gelebilecektir. Nitekim idare yaptığı eylem sonrasında zarar oluşmasını öngörebildiği halde gerekli tedbirleri almamıştır. Bunun karşısında zarar ihtimali son derece uzak ise idarenin ağır kusuru gündeme gelmeyecektir.

2.4. İDARENİN SORUMLULUĞUNU AZALTAN YA DA ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR

İdarenin birçok durumunda kusurundan dolayı sorumluluğu doğmaktadır. Ancak bazı durumlar vardır ki idarenin sorumluluğunu ya azaltır ya da tamamen ortadan kaldırırlar. Bu hususta özellikle bazı durumların idarenin hareketi ile oluşan

zarar arasındaki illiyet bağı zayıflatarak veya tamamen ortadan kaldırarak idarenin sorumluluğunun azaldığını ya da tamamen kaybolduğunu belirtmek gerekir.²⁷²

İdarenin sorumluluğunu azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran durumları sıralarsak:

2.4.1. Mücbir Sebep

Son zamanlarda Türkçeleştirilmiş haliyle “zorlayıcı nedenler” tabiriyle daha çok kullanılmaya başlanan mücbir sebep; önceden kestirilemeyen, önlenemeyen, kişilerin iradesi dışında meydana gelen olayları ifade eder.²⁷³ Mücbir sebebin varlığı durumunda ise tıpkı özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da zarar ile idare arasındaki bağ ortadan kalkar.²⁷⁴ Bu bağın ortadan kalkmasının asıl mantığı ise mücbir sebep olarak nitelendirilen olayın idarenin bir eylem veya işleminden kaynaklanmamış olmasıdır.²⁷⁵ Mücbir sebebin varlığının ileri sürülebilmesi için ise dışlık, öngörülmezlik ve karşı konulmazlık şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁷⁶

2.4.1.1. Dışlık

Mücbir sebebin varlığını teşkil edecek ilk şart dışlıktır. Dışlık, esasında sebebin idarenin dışında gelişmesini ifade eder. Yani; idarenin bünyesinde veya kontrolü altında gelişen bir durum mücbir sebep sayılamayacaktır.²⁷⁷

²⁷² Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1347; Akyılmaz, **İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması**, s.193,194.

²⁷³ Atay, **İdare Hukuku**, s.671.

²⁷⁴ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 302; Bereket Baş ve Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, s. 254; Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 195; Yıldırım ve Diğerleri, **İdare Hukuku**, s. 846.

²⁷⁵ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku** (C.2: İdari Yargılama Hukuku), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 682-687.

²⁷⁶ Adil Bucaktepe, “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2012-2013, s. 93; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 370.

²⁷⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s.1348.

²⁷⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s.1348.

2.4.1.2. Öngörülemezlik

Mücbir sebebin bir diğer unsuru da öngörülemezliktir. Buna göre bir olayın mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için meydana geleceğinin tahmin edilemez olması gerekir, bu durumda önceden tahmini mümkün olan olaylar mücbir sebebe örnek teşkil edemeyeceklerdir. Genellikle doğal afetler öngörülemez nitelikteki mücbir sebeplerdir.²⁷⁸ Ancak Devletin bu tür durumlarda da gerekli önlemleri almak suretiyle bireyleri koruma yükümlülüğü vardır²⁷⁹, şayet önlemlere rağmen önlenememiş ise mücbir sebepten bahsedilebilir.

2.4.1.3. Karşı Konulamazlık

Karşı konulamazlık, olayın meydana geldiği esnada önlenememesini ifade eder. Zaten önlenemediği halde önlenmemiş olması hukuka aykırılık teşkil edeceğinden, hukuka uygunluk nedeni sayılabilecek önlenemezliğin varlığı mücbir sebep açısından zorunlu bir unsurdur.²⁸⁰

Mücbir sebebin varlığından söz edebilmek için sayılan koşulların tümünün gerçekleşmesi gerekir. Örneğin bir olay hem dıştan geliyor hem de öngörülemiyorsa, buna karşın önlenmesi mümkün olmasına rağmen önlenmiyorsa burada artık mücbir sebepten söz etmek mümkün olmayacaktır.²⁸¹

2.4.2. Beklenmeyen Hal

Mücbir sebebin aksine idarenin kendi faaliyeti kapsamında ortaya çıkan *beklenmeyen hal*, genellikle kaza durumlarında varlığı söz konusu olan durumlardır.²⁸² Bilinmeyen bir sebebin mevzubahis olduğu olaylarda sıkça karşımıza çıkan beklenmeyen hal genellikle idarenin kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldırır. Bu bilgiler ışığında beklenmeyen hali idarenin faaliyet alanında olması koşuluyla, önlenmesi ve vuku bulacağıının öngörülmesi olanağı bulunmayan olarak

²⁷⁸ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku** (C.2: İdari Yargılama Hukuku), s. 682.

²⁷⁹ Doğru, **Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, s.131,132.

²⁸⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1349.

²⁸¹ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 242.

²⁸² Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 196.

tanımayabiliriz.²⁸³ Bunun yanında idarenin kusursuz sorumluluğunun olduğu durumlarda beklenmeyen durumun bu sorumluluğu ortadan kaldırmadığını belirtmek gerek.²⁸⁴

Beklenmeyen halin şartları şunlardır.

2.4.2.1. İçlik

Bir olayın beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilmesinin ilk koşulu “içlik”tir. İçlik kısaca, yukarıdaki tanımda da yer aldığı üzere, olayın idarenin faaliyetleri kapsamında olması anlamında gelir.²⁸⁵ Yani bir idari faaliyet söz konusu olduğu durumlarda içlik şartının yerine geldiğinden bahsedebiliriz. Örneğin bir kamu kurumunda faaliyetler esnasında yangın çıkması beklenmeyen hal olarak değerlendirilebilir çünkü yangın beklenmeyen bir olaydır ve idarenin faaliyet alanı içerisinde çıkmıştır.

2.4.2.2. Öngörülemezlik

Bir olayın beklenmeyen hal kapsamında değerlendirilebilmesi için öngörülemeyen, başka bir deyişle önceden bilinemez ve tahmin edilemez olması gerekir.²⁸⁶ Örneğin bir hastanenin bilinmeyen bir sebepten belli bir bölümünün çökmesi -gerekli kontroller yapıldığı sürece- önceden bilinebilir bir durum değildir. Bu halde ortada öngörülemezlik şartının var olduğu ileri sürülebilir, ancak aynı olayda şayet hastanenin çöken bölümünün zaten hasarlı olduğu, çökme riski taşıdığı biliniyor olsaydı artık çökme olayının önceden bilinebileceği, başka bir deyişle öngörülebileceği açıktır. Bu durumda olay beklenmeyen hal kapsamından çıkar. Bu durumda özetlenecek olursa; idare gerekli özen ve diğer yükümlülüklerini yerine getirip olayın vuku bulacağından habersiz ise artık bir öngörülemezlikten bahsedilebilir.²⁸⁷ Son olarak, öngörülemeyenlik şartının da her olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmekte fayda vardır, zira olayları kategorize etmek

²⁸³ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku** (C.2: İdari Yargılama Hukuku), s. 688; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 370.

²⁸⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s. 726.

²⁸⁵ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 242.

²⁸⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s. 726.

²⁸⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1356.

son derece güç olduğundan tanım ve şartlar dışında öngörülmezlik halinin varlığını somut olaylar açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

2.4.2.3. Önlenemezlik

Bir olayın idari faaliyetler açısından beklenmeyen hal olarak değerlendirilmesinin bir diğer şartı da önlenemezliktir. Önlenemezlik esasen olaydan önce gerekli tedbirlerin alınması halinde veya olay gerçekleşirken bir karşı koyma ile olayın engellenebileceği durumlarda karşımıza çıkar.²⁸⁸ Bu haliyle öngörülemezlik şartına benzese de ikisi arasındaki fark; öngörülmezlikte önceden bilme durumunun olmaması, önlenemezlik durumunda ise gerekli tedbirlerin alınması halinde bile olayı önlemenin imkânsız olmasıdır.

2.4.3. Zarar Görenin Kusuru

Bazı idari faaliyetler kapsamında zarar olduğu hallerde zararın sebebi kısmen veya tamamen idarenin eylemi değil, zarar görenin kusurlu davranışdır.²⁸⁹ Zararın, zarar görenin tutum ve davranışından doğduğu durumlarda idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi kusurun derecesine göre kısmen de kalkabilir.²⁹⁰ Danıştay bir kararında su borularının patlaması sonucu bodrum katını su basmasında bodrum katındaki boşlukların projede yer almıyor olması sebebiyle davacının da kusurlu olduğundan hareketle idareye yüklettirilen tazminatta indirim gitmiştir.²⁹¹ Bu tür durumlarda şekil anlamında bakıldığında her ne kadar idarenin o faaliyeti olmasa kişi zarar görülmeyecekti gibi bir mana çıkabilse de zarar kısmen veya tamamen zarar görenin kusurlu hareketi sonucu oluşmuştur. Danıştay bir kararında da tren istasyonunda bir kişinin manevra yapan trenin vagonları arasında kalarak iki bacağını kaybetmesi üzerine bilirkişi raporu ile mağdurun da kusuru olduğunun saptanması üzerine idareyi kusuru oranında sorumlu tutmuştur.²⁹²

²⁸⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1356.

²⁸⁹ Gözleri **İdare Hukuku**, C.2, s. 1357.

²⁹⁰ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, C.2: İdari Yargılama Hukuku, s. 689.

²⁹¹ Danıştay 8. Daire, 12.11.1997, E:1995/2637 K:1997/3313, Aktaran: Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 303, Eylül 2017).

²⁹² Danıştay 10. Daire, 23.06.1982, E:1982/235 K:1982/1756 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 127), s.323.

Zarar görenin kusurlu davranışı idarenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı yalnızca zayıflattığı durumlar da mevcuttur. Örneğin bir otoyol üzerindeki tabelalar eskimiş ve üzerindeki uyarılar kısmen silinmiştir, sarhoş bir şekilde araç kullanan kişi normalde zor okunan tabelaları alkollü olmasının etkisiyle görememiş ve kaza yapmıştır. Bu durumda alkollü araç kullanan kişi kendi kusuruyla mevcut durumu ağırlaştırmış ve illiyet bağı zayıflatmıştır, ancak yine de idare ve zarar görene kusur atfedilebilir çünkü idare açısından illiyet bağı tamamen kopmamıştır. Aynı şekilde kişinin oluşan zararda kusur payının olması idareyi tamamen sorumluluktan kurtarmayacaktır. Danıştay bir kararında yalnızca zarar görenin kusurunu değerlendirip idareyi sorumlu tutmayan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve somut olay nezdinde idarenin de kusur sorumluluğunun değerlendirilmesi ve dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “(...)Bu itibarla, davalı idarenin hizmet kusuru ile davacının mevzuata aykırı şekilde ruhsatsız olarak faaliyetini yürütmesi nedeniyle oluşan kusur durumlarının birlikte değerlendirilmek suretiyle bulunacak kusur oranları çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, davalı idarenin tazmin sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.(...)”²⁹³

2.4.4. Üçüncü Kişilerin Kusuru

Tıpkı zarara uğrayan kişinin kusurlu davranışında olduğu gibi, zarara sebep olan şey üçüncü bir kişinin davranış veya faaliyeti ise yine idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması gündeme gelecektir; burada ayrıca sorumluluğuna gidilebilecek üçüncü kişiden kasıt özel hukuk kişisidir.²⁹⁴ Oluşan zararda idare ve üçüncü kişi müteselsilen sorumlu ise zarar gören idari yargıda idare aleyhine, adli yargıda üçüncü kişi aleyhine dava açabilir.²⁹⁵ Ancak zarar tamamiyle üçüncü kişi kaynaklı ortaya çıkmışsa idare sorumluluktan kurtulacak, bunun yanında şayet idare belli oranda zarara sebep vermişse bu oranda sorumlu tutulacaktır.²⁹⁶

²⁹³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 03/11/2014, E:2012/1657 K:2014/3421 (Danıştay Dergisi, Yıl 2015, Sayı 138), s. 242.

²⁹⁴ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 305; Ergen, *İdari Yargı Davaları*, s. 540,541.

²⁹⁵ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 305,306; Yıldırım ve Diğerleri, *İdare Hukuku*, s. 847,848.

²⁹⁶ Nohutçu, *İdari Yargı*, s. 243; Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, s. 197.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TAZMİNİ

İdarenin hizmet kusurundan kaynaklı oluşan zararlarda şüphesiz bu zararların bir şekilde tazmin edilmesi, makul ölçülerde telafi edilmesi gerekir. Zarar gören kişinin zararının idari yollarla veya yargı yoluyla tazmin edilebilmesi için önkoşullar sağlandıktan sonra öncelikle talebi haklı gösteren sebebin varlığı dikkate alınır; bu durum dava aşamasında talebin esastan incelenmesi sırasında hukuki sebepler incelenerek gözetilir. Hangi durumlarda idarenin zararı tazmin edeceğinin açıklaması kanunlarda sayılmamıştır.²⁹⁷ Anayasa ise idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlü olduğu yönünde genel bir kural koymakla beraber diğer hususların düzenlemesini kanun koyucuya bırakmıştır²⁹⁸. Danıştay ise tazminata hükmederken adli vakalarda uygulanan kriterlere büyük ölçüde benzer yaklaşımlarda bulunmaktadır.²⁹⁹ Bunun için ise öncelikle ilgili kamu tüzel kişisi belirlenir, tazminat genellikle önce idareden talep edilir sonra ise dava yoluna gidilir; bu durumda zararın maddi karşılığı belli ilkeler çerçevesinde hesaplanarak gerekli işlemler yapılır. Tüm bu hususlar ayrı bilgiler gerektirdiğinden ayrı başlıklar halinde ele alınmasında fayda vardır.

²⁹⁷ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 269,270.

²⁹⁸ Anayasa Md. 125/son; “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” düzenlemesi ile genel kuralı ortaya koyarak detaylandırmayı kanun koyucuya bırakmıştır.

²⁹⁹ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, C.2: İdari Yargılama Hukuku, s. 694.

3.1. KUSURDAN SORUMLU KAMU TÜZEL KİŞİSİNİN TESPİTİ

İdarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluk hallerinde sorumluluğuna gidilecek merciinin tespiti önem arz etmektedir. Burada önemli olan husus “*idare*”nin genel bir kavram olması ve somut olarak sorumluluğuna gidilenin, haliyle tazminat ödeme yükümlülüğü bulunanın kamu tüzel kişisi olduğudur.³⁰⁰ Son derece önem arz eden bu ayırmda şayet dava hatalı bir şekilde belirtilmişse idari yargı yeri re’sen düzeltme yapar ve dava dilekçesini tespit ettiği doğru hasma tebliğ eder.³⁰¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15. maddesi birinci fıkrasının c bendi “*davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine, (...) karar verilir.*” hükmü ile net bir şekilde yanlış hasım göstermenin veya hiç hasım göstermemenin mahkeme tarafından düzeltilecek bir hata olduğunu belirtmiştir.

Öncelikle genel kural olarak zarara sebebiyet veren kamu tüzel kişisinin tazminatın da yükümlüsü olduğunu belirtelim. Ancak zarara sebep veren kamu tüzel kişisi birden fazla ise tüm kamu tüzel kişileri zararları oranında sorumlu tutulacaklardır.³⁰²

Kimi idari faaliyetlerde birden fazla kamu tüzel kişisi ihtiyari, zorunlu veya yetki devri yoluyla iştirak halinde bulunurlar. İhtiyari hallerde sorumluluğa gidilirken asıl görevli kamu tüzel kişisi sorumlu tutulacaktır; belediyelerin bazı faaliyetlerinde yardımlaşması bu kapsamda değerlendirilebilir. Zorunlu işbirliği hallerinde ise şayet tazmin yükümlüsü kamu tüzel kişisi açıkça belirtilmemişse müteselsil sorumluluk ortaya çıkar, bu durumda ise tazminat, idarelerden biri tarafından ödenir ve ödeme yapan idare kusur oranında diğer idareye rücu eder. Yetki devri yoluyla işbirliği hallerinde ise yetki alan idareler artık faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulacaklardır.

Yetki devri konusunda yetki alan idarenin aldığı yetkiye dayanarak yürüttüğü idari faaliyetlerden sorumlu tutulabileceği genel kuraldır. Ancak yetkiyi devreden

³⁰⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1372.

³⁰¹ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 372.

³⁰² Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1376.

idare açısından sorumluluktan tam olarak kurtulabilme hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda şayet tam bir yetki devrinden, başka bir deyişle yetkiyi devreden idare açısından karar alma iradesine müdahale edilemediği durumlarda yetki devri yapan üst idarenin artık iradesi bulunmayan bir faaliyette sorumlu tutulmasının hukuki olmayacağı gerekçesiyle yetki alan idarenin söz konusu idari faaliyetlerden sorumlu tutulması gerekecektir. Ancak yine de yetki devri yapan idarenin temsil, denetim ve yönetme hususları dikkate alındığında bu kapsama giren konularda sorumluluğunun devam edeceği söylenebilir. Büyükşehir belediyelerinin bazı faaliyetleri yürütme yetkisini ilçe belediyelerine devrettiği durumlarda söz konusu faaliyetlerin başka bir kamu tüzelkişisinin iradesine bırakılması sebebiyle faaliyetlerden kaynaklı ilçe belediyelerinin sorumlu olacağı, ancak devredilen yetkiye dayanılarak yürütülen faaliyetlerin yerli yerinde yürütülüp yürütülmediğinin ilgili mevzuat gereğince vesayet denetimine tabi olması açısından denetim sorumluluğunun yetkiyi devreden büyükşehir belediyesinde kalacağı bu duruma örnek teşkil eder.³⁰³

3.2. RÜCU HAKKI

Rücu, kelime anlamı olarak “*geri dönme, tersinme*” manalarına gelmektedir.³⁰⁴ Mevzuatımızda özellikle borçlar hukuku ve idare hukukunda önemli bir kavram olan rücunun idare hukukundaki karşılığı ise Devletin, bir kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle sebep olduğu zararın Devlet tarafından karşılanması sonrasında kendi uğradığı zararı bu sefer zarara sebep olan kamu görevlisinden tahsil etmesidir.

Hukuk literatüründe rücu hakkını kamu görevlisinin kişisel kusuru sonucu zarar oluşturduğu hallerde, zarar görenin idari yargıda tam yargı davası açarak kazanması sonucu davalı idarenin ödediği tazminatı zarara sebebiyet veren kamu görevlisinden geri istemesi olarak tanımlar.³⁰⁵ Şu halde rücutan söz edebilmek için öncelikle idarenin kusurlu sorumluluğunun bulunması ve bunun yanında kişinin kusuru sebebiyle ortaya tazmin edilebilir bir zarar meydana gelmesi gerekmektedir. Diğer

³⁰³ Ramazan Cengiz Derdiman ve Yusuf Uysal, “Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri”, **Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 27, s.265-270.

³⁰⁴ Büyük Türkçe Sözlük, “Rücu”.

³⁰⁵ Bahtiyar Akyılmaz, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi, (Tarih 28.05.2009), s. 540.

tarafından rücu hakkının gündeme geldiği durumlarda bu hakkın kullanılmasının bağlı yetki mi yoksa idarenin iradesinin önemli olduğu bir takdir yetkisi mi olduğu her ne kadar tartışmalı bir durum olsa da genel kabul bu hakkın bağlı yetki olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.³⁰⁶

Rücu hakkının bağlı yetki olarak görülmesi konusunda temel olarak yatan etken takdir hakkının kötüye kullanılması ve benzer olaylarda adaletsizlik yaşanması tehlikeleridir. Tek tek ele alacak olursak; öncelikle rücu hakkının kötüye kullanılmasında takdir yetkisine sahip idarede karar alıcı mevkiide bulunan kamu görevlisinin çeşitli sebeplerle, kusurlu davranan kamu görevlisinin kusurundan kaynaklı hareketi sonucu oluşan zararı kendisinden tahsil yoluna gitmeyeceği durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu da her ne sebeple olursa olsun bu tür olaylarda zararın kusurlu kişilerin yanına kar kalması ile beraber bu sonuçtan kaynaklı bilinçli ve organize bir halde kamuyu zarara uğratma olaylarına da sebebiyet verebilecektir. Öte yandan rücu hakkının takdir yetkilisine bırakıldığı hallerde idare ağında bulunan kurumlar arasında uygulama farklılıkları ortaya çıkabilecektir. Bu da Devletin birimleri arasında tutarlığın zarar görmesine neden olacaktır.³⁰⁷

Rücu hakkının gündeme geldiği durumlarda uygulanacak hukuk idare hukuku değil özel hukuk olacaktır. Çünkü Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi açık bir şekilde “*Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” denmektedir. Bu durumda idare rücu hakkını kullanacağı zaman kamu gücüne dayanarak personelin maaşından kesim gibi idari işlemlerle zararını tahsil edemeyecek, aksine özel hukuk mevzuatına göre adliye mahkemelerinde dava yoluna gitmesi gerekecektir.³⁰⁸

Yine rücu davalarında uyuşmazlığın özel hukukun alanına girmesi sebebiyle görevli yargı kolu da hukuk mahkemeleri olacaktır. Bu konunun yerindeliği üzerine

³⁰⁶ Mehmet GÜNEŞ ve Mustafa GÜNDÜZ, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2015, s. 5.

³⁰⁷ Çağdaş Artantaş, Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, s. 376.

³⁰⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1151-1153.

tartışmalar sürmekteyse de uygulamada bir aksaklık yoktur. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında da “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. (...) Devlet memurunun sebebiyet verdiği kamu zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekir. (...) Açıklanan nedenlerle, idare zararının ödettilmesi davasının görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli olduğundan, Ankara 11. İş Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir.” tespitiyle konuya açıklık getirilmiştir.³⁰⁹

3.3. TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI

Kişilerin ihtiyaç duydukları zamanlarda yargı organlarına erişim hakkı bir hukuk ilkesidir.³¹⁰ Bu kapsamda kamu gücünün kullanılması sebebiyle oluşan zararlarda açılacak davanın türü tazminat davası nezdinde tam yargı davasıdır, esasında idare hukukumuzdaki uygulaması itibariyle tam yargı davaları tazminat davalarından ibaret olduğu için hizmet kusuruna dayanan davalarda her iki kavram da kullanılabilir.³¹¹ Bu sebeple zarar idarenin hizmet kusurundan kaynaklı zararlarda sorumlu kamu tüzel kişisi belirlendikten sonra tazminat istemine dair tam yargı davası açılmalıdır.³¹² Tam yargı davası açılması; idarenin bir işlemine, idarenin bir işleminin icrasına ve ya idarenin bir eylemine dayanabilir.³¹³ Tam yargı davası mekanizmasıyla kişilerin gördüğü zararın telafisi aynı zamanda bir insan hakları meselesidir, nitekim idarenin eylem veya işlemi sonucu kişilerin bir hakkı yahut menfaati zedelenmiş olmakla beraber telafi edilmeye çalışılan, evvelden sahip olunan haktır. Yıkılması zorunlu olmayan bir binanın idare eliyle yıkılması sonucu o yapı üzerinde mülkiyet hakkı bulunan kişilerin bu haklarının ve muhtemel kazançlarının zarar görmesi bu duruma örnek verilebilir.³¹⁴

³⁰⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 12.06.2000, E:2000/14 K:2000/20, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 17.02.2020).

³¹⁰ Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Serkan Cengiz (Çev.), Avrupa Konseyi, Strazburg 2018, s.33,34.

³¹¹ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 260.

³¹² Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1381.

³¹³ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 252.

³¹⁴ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 453.

Zararın bir idari işlem sebebiyle ortaya çıktığı hallerde zarar gören kişi İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi gereğince³¹⁵ evvela talep ile işlemin iptalini ve zararının telafisini isteyebilir.³¹⁶ Başvurucu şayet bu yola gidecekse 60 gün içerisinde talepte bulunmalıdır, idarenin işlemi kaldırarak, değiştirerek, yeni işlem tesis ederek zararı telafi ettiği durumlarda zaten sorun kalmamıştır. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki idareye başvuru, dava açma süresi olan 60 gün içerisinde yapılmalıdır, bu durumda başvuru dava açma süresini kesecektir. İdarenin talebi reddettiği durumlarda dava açma süresi tekrardan işler, idarenin talebe cevap vermediği hallerde ise başvurudan itibaren 60 gün geçmesi durumunda talep zımnen reddedilmiş sayılır ve dava yoluna gidilebilir.

İdari işleme dayanan zararlarda İdari Yargılama Usulü Kanunu 12. maddesi zarar görene zararın telafisi için gideceği yol açısından kısmen serbest bir alan bırakmıştır. Bu kapsamda zarar idari bir işlemde kaynaklı ise zarar gören kişi isterse önce idareye başvurur, isterse 60 gün içinde tam yargı ve iptal davalarını beraber açar, isterse de önce iptal davası açarak sonuçlanmasını bekler ve sonrasında tam yargı davası açar.³¹⁷

Zarar idari bir eylem sonucu meydana gelmiş ise zarar gören kişi direkt olarak tam yargı davası açamaz.³¹⁸ Bu durumda zarar gören kişi idari eylemi yazılı

³¹⁵ “Üst Makama Başvurma” başlıklı İYUK Md. 11 “1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.” hükmü ile idareye başvuruyu başvurunun tercihine bırakmış ve ayrıca idareye başvuru yapılır ise dava açma süresinin durmasını öngörerek zarara uğradığını iddia eden kişiyi koruma yoluna gitmiştir.

³¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, **İdari Yargı Mevzuatı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 407; Ahmet Bağrıaçık, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018, s. 85.

³¹⁷ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 358; Dilşat YILMAZ, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 12. Maddesine İlişkin Bir Değerlendirme”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, s. 302-305; Zuhul Bereket Baş ve Selami Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, s. 148; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **İdari Yargı Mevzuatı**, s. 413.

³¹⁸ “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” başlıklı İYUK Madde 13 – “1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya

veya başka bir şekilde öğrendikten sonra bir yıl ve her halükarda beş yıl içerisinde idareye başvurmalı ve zararının tazminini istemelidir.³¹⁹ İdarenin bu talebi gerek açık bir şekilde, gerek cevap vermemek suretiyle zımnen ve ayrıca kısmen veya tamamen reddettiği durumlarda 60 gün içerisinde tam yargı davası açılabilir.³²⁰ Bu hususta örneğin işkence suçunun söz konusu olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla uyumlu biçimde eylemin idariliği ve zamanın bilinmesi çerçevesinde ele almaktadır.³²¹ Bu bağlamda AYM bir kararında³²² eylemin idariliğinin ve kusur sorumluluğunun olup olmadığının bazı Danıştay kararlarında ihtiva ettiği üzere bazen ceza yargılaması neticesinde bile ortaya çıkacağından bahisle mezkûr bir ve beş yıllık tarihlerin bu noktadan başlatılması yönündeki içtihatları mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş ve süreyi fiilin öğrenildiği tarihten başlatan idare mahkeme kararının isabetsizliği vurgulamıştır.³²³ Mezkûr kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “ Görüldüğü üzere somut başvuruya konu ilk derece mahkemesi kararında, dava açma süresinin hesaplanmasında, işkence fiilinin işlendiği tespit edilen tarih esas alınmış ve Danıştay içtihatlarında istikrarlı olarak vurgulanan “eylemin idariliğinin ve doğurduğu zararın ortaya çıktığı tarih” bakımından davanın süre yönünden kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Bir başka ifadeyle ilk derece mahkemesi, başvuruçunun gözaltında maruz kaldığı işkence eyleminin idariliğinin ve doğurduğu zararın ortaya çıkışının, ceza yargılamasını sonuçlandıran nihai kararın kesinleştiği tarihte gerçekleşebileceğini tartışmamış ve davanın esas yönünden incelenmesinin bu bağlamda mümkün olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmamıştır.

*tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.” hükmü ile idari eylemlere dayanan tam yargı davalarında idareye başvuruyu zorunlu kılmış ve 1 ila 5 yıllık süreler öngörerek yapılacak başvuruya ilişkin idarenin cevabına binaen genel dava açma süresi olan 60 günü belirtmiştir; Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 495; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 918.*

³¹⁹ Bereket Baş ve Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, s. 151-153.

³²⁰ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 348,349.

³²¹ Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.47,48.

³²² Bkz. Emre Çalıkoğlu kararı, 04.11.2015, Başvuru No:2013/4686, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/4686?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=4686> (Erişim Tarihi 17.02.2020).

Buna göre ilk derece mahkemesinin usul kurallarına ilişkin, istikrarlı Danıştay uygulaması ile bağdaşmayan ve dolayısıyla öngörülebilir olmayan yorumu, başvuruçunun tazminat davasının esasının incelenmesine engel olmuştur. Bu şekilde mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın, ilgili Kanun'a ve yerleşik Danıştay içtihadına aykırı olduğu, bu bağlamda hukuki olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

Tam yargı davası açılması, şayet zarar gören kişi zararının giderilmediğini düşünüyorsa üst mahkemeye ve nihayetinde Anayasa Mahkemesi nezdinde iç hukuk yollarını tüketmek açısından da önemlidir.³²⁴ Bu kapsamda şartları oluşmuşsa tam yargı davası idari yargı yolu ile açılmalıdır, görevsiz mahkemede açılacak bir dava sonucu verilecek görevsizlik kararı iç hukuk yollarının tüketilmesi yolunda bir adım sayılmayacaktır.³²⁵

Tam yargı davalarında taraf olma ve dava açabilme ehliyetleri bakımından idari yargıya özel kurallar bulunmamakta, medeni yargı usul kurallarındaki genel hükümler geçerli olmaktadır. Bu durumda medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip ve idarenin kusurları sebebiyle zarara uğramış kişiler tam yargı davası açabilirler.³²⁶ Ancak yine de belirtmek gerekir ki idari yargıdaki taraf olma ehliyeti yalnızca davacı kast edilmektedir, zira davalı idarenin taraf ve dava ehliyetine sahip olması “husumet” kavramı ile ifade edilmektedir.³²⁷

3.4. ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN İLKELER

3.4.1. Nakden Tazmin

Özel hukuk hükümlerinin aksine idare hukukunda aynen tazmin mümkün değildir, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan zararların tazmini nakden yapılmalıdır. Nakden tazmin ise zarar görene zararını telafi edecek ölçüde paranın

³²⁴ Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı – **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.223,224.

³²⁵ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku – **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.176.

³²⁶ Nohutçu, **İdari Yargı**, s. 229.

³²⁷ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 387,388; Yıldırım ve Diğerleri, **İdare Hukuku**, s. 734-736.

verilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.³²⁸ Aynen tazminin idare açısından makul ve mümkün bir tasarruf olmaması, her ne kadar fiili olarak mümkün görünse de idarenin bu anlamda bir telafi yoluna gitmesini kesin olarak engellemektedir.³²⁹ Bu durumda idare kusuru dolayısıyla örneğin bir kişinin otomobiline hasar vermişse idarenin imkânları ile otomobili tamir ettirmesi mümkün olmayacaktır, bu durumda idare hesaplanan zararın karşılığı olan parayı zarar görene zararını telafi etmek üzere vermesi gerekir.

3.4.2. Talep Edilen Tazminat Tutarından Fazlasına Hükmedilememesi

Tazminat, öncelikle talep edilmelidir, bu genel kuraldır. Bu sebeple tazminatın re'sen dikkate alınmayacağı kuralı, Anayasa Mahkemesine³³⁰ başvuru durumlarında da, haksız fiile dayalı sorumluluğun ortaya çıktığı hallerde³³¹ de açıktır. İdare hukuku açısından ise, idarenin kusuru dolayısıyla oluşan zararlarda zarar gören kişi durumu mahkemeye taşımışsa öncelikle zararına karşılık geldiğini düşündüğü tazminat tutarını da belirtmesi gerekmektedir. Anlaşmazlığı çözecek olan mahkeme ise zarar görenin talebi ile bağlı olmayacak, zararın gerçek karşılığını tespit ederek talep edilenden yüksek olmamak kaydıyla hüküm kuracaktır.³³² Ayrıca belirtmek gerekir ki zarar gören kişi talep ettiği tutarın karşılığında daha büyük bir zarar görmüş olabilir, bu durumda dahi idare re'sen zararın büyüklüğünü göz önünde bulundurup talebi aşan bir tazminata hükmetmeyecek, tazminat tutarı üst sınır olarak talep edilen miktarda kalacaktır.³³³

3.4.3. Dava Dilekçesinde Talep Edilen Tazminat Tutarının Bir Defaya Mahsus Artırılması

İdari Yargılama Usulü Kanununun 16. maddesine dayanan bu kural, yalnızca talep edilen tazminat tutarının artırılmasına ilişkin olup bunun dışında kalan hususları kapsamamaktadır. Bu anlamda tazminat talebinin miktarı dışında kalan hususlar

³²⁸ Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 308, 309.

³²⁹ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, C.2 (İdari Yargılama Hukuku), s. 694.

³³⁰ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku – **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.271.

³³¹ Ayşe Havutçu, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2010, C.12, Özel Sayı, s.592.

³³² Atay, **İdare Hukuku**, s. 310.

³³³ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1389.

açısından dava konusu ve diğer taleplerin değiştirilmesi yasağının devam ettiğini belirtmek gerekir.³³⁴ Danıştay, kimi kararlarında yargılama süreçlerinin uzaması ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde bu durumu değerlendirmiş ve AİHM kriterlerine uygunluğunu da değerlendirerek dava dilekçesinde talep edilen tazminat tutarının artırılma gerekçesini açıklamıştır. Bu duruma örnek olabilecek bir kararın ilgili kısmı şöyledir:³³⁵ *“Tam yargı davalarında istemle bağlı olma kuralının sebep olduğu hak kayıplarının giderilmesi amacıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına, 30/04/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi 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 artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir." cümlesi; aynı Kanun'un 5. maddesi ile de, 2577 sayılı Kanuna Geçici 7. madde olarak, "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır." cümlesi eklenmiştir. Nitekim 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde, "AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır." ifadesine yer verilmiştir.”*

3.5. HİZMET KUSURUNDAN KAYNAKLI ZARAR VE TAZMİNATLARIN HESAPLANMASI

Hizmet kusuru sebebiyle oluşan zararlarda zarar gören kişi dava yoluna gitmiş ve mahkeme tarafından davanın haklı olduğu kanaatine varılmışsa artık oluşan zarar

³³⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s. 312.

³³⁵ Danıştay 10. Daire, 24.12.2019, E:2019/6206 K:2019/10831, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 17.03.2020).

ve bu zararın telafisine yönelik tazminatın hesaplanması gerekmektedir. Bu süreci başlıklar halinde ele almak konuyu daha anlaşılır kılacaktır.

3.5.1. Tam Tazmin İlkesi

Tam tazmin ilkesi idarenin sorumlu olduğu oranda oluşan zararın tümünü tazmin etmesi anlamına gelir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; her ne kadar doktrinde farklı görüşler mevcut ise de uygulama ve mevzuatta taleple bağıllık ilkesinin geçerliliğidir; yani zarar daha büyük bile olsa zarar gören kişi bu miktarın altında belli bir meblağ talep etmişse mahkeme re'sen bunu artırım yapamaz.³³⁶

Tam tazmin ilkesi gereği tazmin gerçekleştikten sonra yalnızca oluşan zarar telafi edilmelidir.³³⁷ Yani ne zarar görenin mağduriyetini devam ettirecek kadar az ne de onu karlı çıkaracak oranda fazla olmalıdır. Hâkim, zararı tüm yönleri ile değerlendirip zarar gören açısından zarar öncesi duruma getirecek bir hüküm kurmalıdır.³³⁸ Ancak zarar görenin kendisinin veya üçüncü kişinin kusurunun varlığı hallerinde idare yalnızca kusuru oranında sorumlu tutulacağından zarar gören açısından zarar öncesi döneme geçiş bir şart, olmazsa olmaz niteliğinde değerlendirilemeyecektir. Nitekim bu durum yalnızca arzu edilen bir sonuçtur ancak kişiler kendi kusurlarıyla zararı büyütmişlerse bunun külfetine ve sonucuna da katlanacaklardır.

Tazminatlarda esas alınan ölçüt mala zarar geldiği durumlarda o malın piyasa değeridir. Zarar gören her ne kadar malın yenisi pahasında bir tutar talep ederse de eskiyen kullanılmış bir mal sıfır kalitede bir maldan daha düşük değerde olacağından aradaki fark tazminata dâhil olmamalıdır. Nitekim tazminat bir zenginleşme aracı değil yalnızca uğranılan zararın parasal karşılığıdır. Bunun yanında tazminatın zenginleşmeye sebep olmamasıyla beraber bir taraftan da idarenin kusuru ağırlığına uygun şekilde takdir edilmesi gerektiğini belirten birçok yargı kararı da mevcuttur. Danıştay bir kararında manevi tazminatla ilgili bu doğrultuda bir değerlendirmede

³³⁶ Yasin Sezer ve Uğur Bulut, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2014, Sayı 116, s. 240.

³³⁷ Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s. 199.

³³⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1396.

bulunmuştur, kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”³³⁹

Tam tazmin ilkesinin bir sonucu da zarar görenin zarara uğradığı olay sebebiyle belli bir kazanç elde ettiği durumlarda bu kazanç tutarının tazminattan mahsup edilmesinin gerekliliğidir. Çünkü tam tazmin ilkesi gereği, sonuç penceresinden bakılmalı ve zarar öncesi durum ne ise kişi tekrar o konuma getirilmelidir. Zarar gören nezdinde oluşan kazancın mahsup edilmediği durumlarda tazminat sonrası idarenin kusurlu eylemi ile kazanç sağlayan kişiye o kazanç kar kalacak ve oluşan zarardan daha büyük bir meblağ hanesine geçmiş olacaktır. Bu durumda tam tazmin ilkesine aykırılık teşkil eden bir durumdan söz edilebilir. Öte taraftan tam tazmin ilkesinin daha çok maddi zararların karşılanmasında geçerli olduğunu belirtmek gerekir, nitekim manevi tazminatta takdir hâkimin olacağından ve ayrıca manevi tazminata konu olan zararın parasal karşılığının tespitinin zorluğu veya imkânsızlığından dolayı tam tazmin ilkesi manevi tazminatlarda sembolik olarak değerlendirilebilir.³⁴⁰ Tıpkı maddi tazminatta zarar görenin ileriye dönük kazancından mahrum olmasına paralel, manevi tazminatta da zarar görenin olaydan sonra eleminin acısının devam etmesi dikkate alınabilir. Danıştay bir kararında manevi tazminata hükmedilmesinde zarar görenin olay tarihinden sonra ve ömür boyu duyulacak manevi acının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.³⁴¹

3.5.2. Zarar ve Tazminatta Tarihler

Zararın hesaplanma tarihi zarar görenin zararının gerçek anlamda telafisi için son derece önemlidir, zira enflasyon farkı ve yargılama süresince uyulması gereken süreler, zarar gören açısından mağduriyetin devamına sebep olmaya elverişlidir.

³³⁹ Danıştay 10. Daire, 27.02.2007, E:2004/13990 K:2007/739, **Kazancı İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 19.12.2019).

³⁴⁰ Müzeyyen Eroğlu Durkal, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2017, Sayı 131, s. 195; Bereket Baş ve Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, s. 255.

³⁴¹ Danıştay 10. Daire, 09.02.2011, E:2007/6868 K:2011/537 (**Danıştay Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 127, s.323).

Esasında tazminat hakkının dava açılınca değil, zarar meydana gelince doğduğu kabulüne dayanarak tazminatın hesaplanmasında zararın doğma tarihinin temel alınması gerektiği savunulabilir. Ancak uzun süren yargılamalar sebebiyle zararın oluştuğu tarih ile mahkeme tarafından hükmün verildiği tarih arasındaki sürenin uzunluğu, enflasyon gibi ekonomik etkenler de hesaba katıldığında zarar görenin mağduriyetini gidermekten uzaklaşacaktır. Bu sebeple, tam tazmin ilkesinin bir gereği olarak hükmün verildiği tarihin esas alınması gerektiği söylenebilir.³⁴²

3.5.3. Tazminatın Şekli

Tazminatın türünden anlaşılması gereken tazminatın tek seferde mi yoksa belli aralıklarla taksitler halinde verilmesidir. Önceki açıklamalar doğrultusunda tazminatın nakden verilmesi gerektiğini ve tam tazmin ilkesi gereğince zararı gidermesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bilgiler çerçevesinde mala verilen zararlarda tazminat tek seferde sermaye şeklinde verilmeli ve zarar telafi edilmelidir.³⁴³ Ancak kişiye verilen zararlarda mahkeme uyuşmazlığı ve zararı her yönü ile inceleyip irat şeklinde, yani taksitler halinde belli bir sürece yayarak da hüküm kurabilir.³⁴⁴

3.5.4. Zararın Hesaplanması

Kişiler nezdinde idarenin eylemi sonucu oluşan zararlar, zararın maddi veya manevi olmasına göre değişmektedir. Manevi zararların tazmininde belirlenecek tutar mahkeme tarafından belirlenir. Bunun sebebi ise hem bu hesaplamanın genellikle hukuk dışında teknik bir bilgi gerektirmemesi hem de aslında manevi zararın para ile telafisinin gerçek anlamda mümkün olmaması karşısında mahkemenin bir nevi takdirde bulunarak tutar belirlemesidir.

Zararın maddi olduğu durumlarda ise somut olayın gerektirdiği şartlar doğrultusunda bazen tutarın mahkeme tarafından hesaplanması karşısında bazen mahkeme tarafından bilirkişi görevlendirilir.³⁴⁵ Bilirkişilerin görevlendirme sebepleri ise birden fazladır. En başta mantık çerçevesinde hâkimlerin her bir uyuşmazlık için

³⁴² Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1407-1410.

³⁴³ Bereket Baş ve Demirkol, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, s. 256.

³⁴⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1417.

³⁴⁵ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, C.2 – İdari Yargılama Hukuku, s. 698.

büyük bir zaman ve çaba gereken hesaplama işlerini yürütmeye kalkmaları halinde yargılama faaliyetlerinin aksaması gerçeği vardır. Bunun yanında çoğu zarar türü teknik bilgi gerektirdiğinden mahkemelerin bu hesaplamayı bilirkişiler aracılığı ile hesaplatmaları normal olmakla beraber mevzuat çerçevesinde de mümkündür.³⁴⁶

3.5.5. Faiz Uygulamaları

Kimi güncel Danıştay kararlarında³⁴⁷ “*En basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurularına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, idarenin temerrüde düştüğü tarihten tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Kanun'a göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir.*” olarak tanımlanan faiz, esasen mahkemelerin kararlarında zararın tazminine dair yapılacak ödemelerde zorunlu değildir. Ancak enflasyon ve sair sebeplerden dolayı zararın gerçek anlamda tazmin edilebilmesi için faiz işletilmesi kaçınılmaz bir durum haline gelmiştir. Ayrıca faiz işletilmesi tazmin ilkelerinin başında gelen tam tazmin ilkesinin de bir gereğidir.³⁴⁸

Faiz uygulamaları taleple bağıllık ilkesi kapsamındadır, ancak buradaki taleple bağıllık yalnızca faizin kendisinin talep edilip edilmemesi ile ilgilidir, faizin miktarı ve oranında zarar görenin talebi mahkemeyi bağlayıcı değildir³⁴⁹; yani zarara uğrayan kişi talep etmediği sürece mahkeme re’sen faiz hesaplayarak hüküm kuramaz fakat talep edilmiş olan faizi uygularken genel ilkelere uyar.³⁵⁰ Asıl tazminatta bile isteğe bağıllık söz konusu olduğundan tali anlamda alacak oluşturan faizin de bu kapsamda değerlendirilmesi doğaldır. Faizin hangi tarihten itibaren hesaplanmaya başlanacağı ise Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre tazminat talebiyle idareye başvuru yapıldığı

³⁴⁶ İYUK madde 31: “(...)Bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” Hükmü ile idari davalarda bilirkişi görevlendirileceği durumlarda ayrıca bir düzenleme yapma gereği duymamış ve HMK ile Bilirkişilik Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

³⁴⁷ Danıştay 10. Daire, 24.12.2019, E:2019/6206 K:2019/10831, **Sinerji İçtihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 17.03.2020).

³⁴⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1420.

³⁴⁹ Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, s.171,172.

³⁴⁹ Atay, **İdare Hukuku**, s.115.

³⁵⁰ Gözübüyük ve Tan, **İdare Hukuku**, C.2 – İdari Yargılama Hukuku, s. 702.

tarihtir.³⁵¹ Danıştay, idari eylemler sonucu oluşan zararı ihtiva eden örnek bir kararında bu durumu gerekçeleri ile açıklamıştır. Mezkûr kararın ilgili kısmı şöyledir: “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerinin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilmesi kuralı yer almakta olup anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi, adli yargıda dava açılması halinde ise adli yargıda dava açıldığı tarih itibariyle yasal faiz uygulanması, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir.”³⁵²*

3.5.6. Sonradan Ortaya Çıkan Zararlar

İdarenin hizmet kusuru sebebiyle zarar olduğu durumlarda zarar gören açısından önceden bilinemeyecek, öngörülemeyecek zararlar oluşmuşsa bu zararların tekrardan hesaplanarak telafisi adına tazminat talebinde bulunulması açısından bir engel bulunmamaktadır.³⁵³ Nitekim tazminatın amacı idarenin kusuru öncesindeki durumun zarar gören açısından tekrardan tesisi ve bu yöndeki telafi çabasıdır. Şu halde zarar gören açısından hüküm sonrasında bile tekrardan idarenin eylemi sonucu yeni zararlar oluşmuşsa zarar gören bunun tazminini isteyebilir.

³⁵¹ Atay, **İdare Hukuku**, s. 312.

³⁵² Danıştay 15. Daire, 12.02.2019, E:2015/1774 K:2019/509, **Sinerji İctihat Veri Tabanı** (Erişim Tarihi 12.02.2020).

³⁵³ Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, s. 1435.

SONUÇ

Tarihten günümüze doğru gelinerek idarenin hizmet kusurlarında sorumluluğunun doğması için kusurun ne derecede arandığına bakıldığında; daha eski zamanlarda idarenin birçok faaliyetinde yalnızca ağır kusur şartının arandığı, bazı durumlarda ise idarenin hiçbir şekilde hizmet kusuru sebebiyle sorumlu tutulmadığı görülmektedir. Roma hukukuna kadar giden bu durum değişen zaman ve şartlar doğrultusunda vatandaşların yararına olacak şekilde daha makul özelliklere bürünmüş ve ağır kusurun aranma halleri git gide azalmıştır. İdare hukuku alanında esin kaynağımız olan Fransız idare hukukunda da tarihsel gelişim içerisinde benzer bir halin olduğu bilinmektedir. Günümüzde ise bu gelişmelere ve çağın gereklerine uygun olacak şekilde, birçok durumda başta sosyal devlet olma ilkesinin bir sonucu olarak idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir. Hal böyleyken kamu yararını ve idari faaliyetlerin sıhhatini menfi yönden önemli ölçüde etkilemeyecek şekilde ağır kusur aranan hallerin daha dar ve kısıtlı bir alana çekilmesi ve belki de yakın gelecekte tamamen kaldırılması tartışılmalıdır. Nitekim artık idarenin daha önceden tehlikeli, kapsamlı, zorlu ve hayati denecek birçok faaliyeti çok daha rahat yürütülecek özelliklere kavuşmuş iken aynı doğrultuda bu faaliyetlerde halen ağır kusurun aranması adalete ve kamu yararına uygun düşmeyecektir. Bu açıklamalar özetinde denebilir ki -kusursuz sorumluluk halleri bir yana- kural olarak basit kusur idarenin sorumluluğunu doğurmalı, idarenin sorumluluğunu doğuracak kusur şartı geniş yorumlanmalı ve kusurun derecesi sorumluluğun doğmasında değil yalnızca tazminatın miktarında bir ölçüt olmalıdır. İdarenin faaliyetlerinin etki alanı düşünüldüğünde bu yolla kamu yararının gerçek anlamda sağlanmasına daha çok yaklaşılabileceği açıktır.

Modern dünya düzeni, gelişen hukuk sistemleri ve çağın gerekleri doğrultusunda hem idarenin faaliyet alanı çeşitlenmekte hem de hem de toplumun

hukuktan beklentisi haklı olarak artmaktadır. Bu karşılıklı gelişim süreci dinamik ve ilerleyici olduğu kadar devletler nezdinde yönetim anlayışlarını etkileyecek kadar da etkili bir niteliğe sahiptir. Özellikle sosyal devlet anlayışının giderek daha geniş bir kapsama sahip olması ve toplumun daha çeşitli ihtiyaçlarına çare olmaya başlaması - en azından bu yönlü çaba ve beklentilerin artması- yaptığımız açıklamanın bir tezahürüdür. İdarenin sorumluluğu ise bu anlayış çerçevesinde çok önemli bir konumdadır. Hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk halleri birbirini besleyerek müşterek halde idareye yükümlülükler getirmek suretiyle toplum ve bireylerin refahına hizmet edecek teknik ve hukuki nitelikler barındırmalıdır.

İdarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğu kusursuz sorumluluk hali karşısında nispeten daha detaylı ele alınmalıdır. Bunun başat sebebi; kusursuz sorumluluğun daha çok ilkesel gerekçeler ile temellendirilmesi karşısında kusurlu sorumluluk hallerinin birçok unsuru barındırması, bu unsurların her olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerekmesi, rücu halleri gibi sebeplerden dolayı kamu görevlilerinin hareket eğilimlerini değiştirme potansiyelinden yasama organının mevcut halleri yasal çerçeveye kavuşturmak adına mevzuat oluşturma faaliyetlerine etki etmesi gibi çok sayıda değişkendir. İdarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da bu alanın içtihatlarla şekillenmesidir. Diğer hukuki çekişmelere nazaran bu alanda içtihatların kanunların çok daha önünde seyretmesi, sorumluluk halleri barındıran faaliyetlerin çeşitliliği gibi sebeplerle makul düzeyde açıklanabilir fakat makas açıldığı ölçüde hukuki kesinlik ilkesi zedelenebilecektir. Şöyle ki; içtihadı birleştirme kararları hariç, mahkemeler birçok yerde benzer çekişmelerde farklı kararlar verebilmektedirler, bu ise hakkı zedelenen kişilerin yargı yoluna başvurduğu durumlarda hukuki istikrar anlamına öngörülebilirlik halini ortadan kaldırabilecektir. Bu sorunların önüne geçebilmek için ise gerek yasal düzenlemeler gerekse içtihadı birleştirme kararları ile gerekli hukuki istikrar sağlanmalıdır.

Devletler her ne kadar meşruluklarını kendi kuruluşlarından, varlıklarından alsalar da evrensel hukuk ilkeleri ile bağlı olmalıdırlar. Bu doğrultuda hukuk devleti ve sosyal devlet olma ilkelerinin sonucu olarak, dâhilinde yaşayan insanların

hukukunu ve refahını sağlamalıdır. Bunun en büyük alanlarından biri ise idari hizmetlerdir. Tezimiz genel olarak idarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğunda kavram kargaşasını önlemek adına ilk bölümde kavramsal temellendirmeye yönelik çeşitli hukukçu yazarların görüşleri ve yer yer içtihatlardan faydalanılarak incelemeler yapılmıştır. Bu anlamda çoğu kavramın tanımlayıcı hukuk kuralları, başka bir deyişle mevzuat çerçevesinde net tanımları olmadığından çeşitli bakış açıları ile mantıki bir izlenim bırakılmaya çalışılmıştır. Tezin devamı genel anlamda kavramsal temellendirmenin hukuki yönden genişletilmesi ve tez konusuna varma şeklinde ilerlemiştir. Dinamik bir konu olan hizmet kusuru ve bu kusurdan kaynaklanan sorumluluk için içtihatların önemi elbette tartışılmazdır, nitekim uyuşmazlıklar içtihat ağırlıklı bir çerçevede ele alınırsa günceli yakalama açısından da fayda sağlayacağı sabittir. Bu kanaat ile yazılan tezin ruhu, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde bir Devlet ve İdare anlayışı kaygısıyla idari faaliyetlerin yürütülmesi, her ne kadar istenmese de ortaya çıkan hizmet kusuru ve bu kusurun doğurduğu zararlardan kaynaklı idari sorumluluğun önemi üzerinedir.

Sonuç olarak; Devlet, sosyal devlet ve hukuk devleti olma ilkelerinin kapsamını genişletip önem derecesini artırarak faaliyetlerini bu çerçevede yürütmeli; idari faaliyetlerin genişliği göz önüne alındığında kaçınılmaz olan hizmet kusuru ve bu kusurdan kaynaklı zararlarda kişilerin mağduriyetlerini etkili ve hızlı idari - yargı mekanizmaları ile gidermeli ve gerek mevzuat gerekse içtihat anlamında çağdaş bir hukuk anlayışı çizerek kişilerin refahını, huzurunu ve hukuki güvenliğini artıracak nitelikte faaliyetler ile hareket etmelidir. Esasen yasama, yürütme ve yargının müşterek halde ilerletebileceği bu anlayış ise ekonomik, sosyal ve hukuki anlamda adaletin önemli bir gereğidir.

KAYNAKÇA

- AĞAR Serkan, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 65, 277-310.
- AKGÜNER Tayfun ve BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2017.
- AKYAZAN Ahmet Emrah, “Maddi Açından İdari İşlemler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, Sayı 85, 220-240.
- AKYILMAZ Bahtiyar, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi, 537-549.
- AKYILMAZ Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1998, c.6, Sayı 1-2, 165-219.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat ve KAYA Cemil, **İdari Yargı Mevzuatı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- ARASLI Utkan, **Anayasa İptal Kararları Açısından Anayasal Temel İlke ve Kavramlar**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2015.
- ARMAĞAN Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- ARTANTAŞ Çağdaş, Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, 366-395.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin, ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınları, Ankara 2019.
- ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2012.
- AVCI Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012 Sayı 1, 107-140.
- AYDIN Mehmet Akif, “Türk Hukuk Tarihçiliği”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Yıl 2005, c.3, Sayı 5, 9-25.

- AYDIN Muhammed Ali, **İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu**, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- BAĞRIAÇIK Ahmet, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımnî Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018, 83-102.
- BEREKET TAŞ Zuhâl ve DEMİRKOL Selami, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, Beta Yayınları, İstanbul 2004.
- BİLGE Necip, **Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Eylül 2009.
- BOZDAĞ Ahmet, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl:2010, Sayı:468, 33-48.
- BUCAKTEPE Adil, “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012-2013, 93-122.
- ÇAL Sedat, **Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009.
- CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Pwc Yayınları, İstanbul 2015.
- ÇAPAR Selim, DEMİR Recep, YILDIRIM Şükrü, “Kamu Hizmet Sunumunda İdarecilerin İşlevi”, **Türk İdare Dergisi**, 2015, sayı 481, 361-400.
- CASSESE Sabina, “19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Eren KALANYUVA (Çev.), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 2012,c.15, 153-165.
- CENGİZ Serkan, DEMİRAĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman ve MCBRIDE Jeremy, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.
- ÇETİN Halis, “Liberalizmin Temel İlkeleri”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2001, c.2, Sayı 1, 217-235.
- ÇİFTÇİ Pınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- COŞKUN Vahap, **İnsan Hakları - Liberal Açından Bir Tahlil**, Liberte Yayınları, Ankara 2014.
- DERDİMAN Ramazan Cengiz ve UYSAL Yusuf, “Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri”, **Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 27, S. 251 – 277.
- DOĞRU Osman, **Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

- DURAL Mustafa ve KURT Ekrem, **Açıklamalı Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- DURKAL Müzeyyen Eroğlu, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**, 2019, c.23, 159-189.
- DURKAL Müzeyyen Eroğlu, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, yıl 2017, sayı 131, 179-210.
- ERDEM Fazıl Hüsnü, “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, **Liberal Düşünce Dergisi**, c.4, Sayı 16, 69-95.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERGEN Cafer, **İdari Yargı Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- EROĞLU Hamza, **İdare Hukuku, Genel Esasları, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, Işın Yayıncılık, Ankara 1985.
- EVREN Çınar Can, “Hizmet Kusuru – Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, 175-196.
- GEMALMAZ Burak, **Mülkiyet Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi**, Ankara 2018.
- GÖZLER Kemal ve KAPLAN Gürsel, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2011, Sayı 63, 36-41.
- GÖZLER Kemal ve KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın, Bursa 2015.
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, c.1, Ekin Yayınları, Bursa 2019.
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, c.2, Ekin Yayınları, Bursa 2019.
- GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Tarihi**, Ekin Yayınları, Bursa 2000.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetimsel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, **İdare Hukuku** (c.2: İdari Yargılama Hukuku), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, **İdare Hukuku**, (c.1: Genel Esaslar), Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

GÜL İbrahim, “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014, Sayı 2, 533-550.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

GÜNEŞ Mehmet ve GÜNDÜZ Mustafa, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2015, 1-14.

GÜRBÜZ Ahmet, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi**, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

HAKERİ Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

HAVUTÇU Ayşe, “Başlangıcı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.12, Özel Sayı, Yıl 2010, 579-605.

İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

İŞIKLAR Celal, “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Haller”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2019, Sayı 1, 115-158.

İŞTEN İnanç, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, 2007.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

KAPLAN Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Sayı 19, 2004, 173-199.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017

KILIÇ Abbas, “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl:2016 C.0 Sayı:8, 269-299.

KOCAOĞLU Necip Kağan, “Roma Hukukunda Adli Teşkilatlanma”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/1, 185-200.

KÖKSAL Mustafa, “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, 241-272.

KURTULAN Gökçe, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl:2017 c.23, Sayı 1, 465-504.

MURATOĞLU Tahir, **Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

NOHUTÇU Ahmet, **İdari Yargı**, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

- ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.2, Sayı 2, 1998, 141-195.
- ODYAKMAZ Zehra, KAYMAK Ümit, ERCAN İsmail, **Anayasa Hukuku – İdare Hukuku**, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2008.
- ONAR Sıddık Sami, “**İdare Hukukunun Umumi Esasları**”, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- OZANSOY Cüneyt, “**Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 1989.
- ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray ve BACAKSIZ Pınar, **Ceza Hukuku Bilgisi - Genel Hükümler**, Ankara 2010.
- REMZİ Mehmet ve AYDIN Sezer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2018.
- RUDE George, **Fransız Devrimi**, Ali İhsan Dalgıç (Çev.), İletişim Yayınları, İstanbul 2015.
- SAĞLAM Musa, “Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 2015 Reformu - Değişiklikler ve Gerekçeleri”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2015, c.5, 667-706.
- SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c.15, Sayı 4, 858-895.
- SARSIKOĞLU Şenel, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, c.65, Sayı 4, 2389-2422.
- ŞAŞMAZ Aysema Pelin, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, **Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi**, 2016, C.2, Sayı 2, 211-235.
- SAVAŞ Halide, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- SEÇKİN Sinan ve ÜSTÜN Gül, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c.21, Sayı 2, 509-534.
- SEZER Yasin ve BULUT Uğur, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2014, sayı 116, 213-246.
- ŞİRİN Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku – **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.
- ŞİRİN Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

- SÖYLER Yasin, “Yargı Kararları Işığında Kişisel Kusur”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.14, Sayı 2, 2010, 555-592.
- SÖZÜER Adem, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 2015.
- TAN Turgut, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1991.
- TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- TANDOĞAN Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TOMBALOĞLU Nermin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, c.5, sayı 1, 353-388.
- UÇAR İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, c.20, Sayı 3, 331-373.
- ULUSAN İlhan, **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Ve Uygulama Alanı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- ÜNLÜÇAY Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu Ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 1997, Sayı.94, 3-10.
- ÜZÜLMEZ İlhan ve KOCA Mahmut, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, İstanbul 2019.
- VİTKAUSKAS Dovydas ve DİKOV Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Serkan Cengiz (Çev.), Avrupa Konseyi, Strazburg 2018.
- YAYLA Ahmet, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, İstanbul 2015.
- YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- YAYLI Hasan ve ŞAŞMAZ Aysema Pelin, “Üstün Kamu Yararı Bağlamında Türkiye’de HES Politikalarına İlişkin Bir Değerlendirme”, **Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2017, c.1, Sayı (Özel Sayı) 1, 810-828.
- YILDIRIM Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl:2019, 293-314.
- YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
- YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur ve ÖZDEMİR Eyüp, **İdare Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

YILMAZ Dilşat, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 12. Maddesine İlişkin Bir Değerlendirme, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, c.4, 295-310.

YILMAZ Dilşat, Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme; “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** c.21, Yıl:2017, Sayı:2, 105-153.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>

<http://www.ankarabarusu.org.tr/>

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

<http://www.idare.gen.tr/>

<http://www.turkhukuk sitesi.com/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://www.barobirlik.org.tr/>

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

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

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

ONLİNE İÇTİHAT ve MEVZUAT KAYNAKLARI

Sinerji İçtihat Veri Tabanı

Kazancı İçtihat Veri Tabanı

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/606>

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

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

<http://www.danistay.gov.tr/dergiler.html>