

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU
- ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM -

Ahmet YAYLA
102612018

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL

2006

Türkçe Özet

İdarenin sorumluluğu öğretisi ve mahkeme içtihadlarında kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışmada, kusursuz sorumluluğun geçerli olacağı alanı tesbit edebilmek için öncelikle kusurlu sorumluluğun yani hizmet kusurundan sorumluluğun ne anlama geldiği üzerinde durulmuştur.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu açıklamak içinse, Türk ve Fransız Öğretisinde ve İctihadlarında kullanılan belirli ilke ve kavramlar incelenmiştir.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu açıklayan ilkelerin uygulandığı İdari Yargı Kararlarının irdelenmesi sonucunda, "eylem" ile "zarar" arasında nedensellik bağı kurulmasının bazı hallerde güçlük teşkil ettiğinin görülmesi, sorumluluk hukukuna ilişkin önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

İdarenin kusursuz sorumluluğu ile ilgili yargı kararları incelendiğinde, İdare Hukukunda sorumluluğa esas teşkil eden ilkelerin başkalaşım geçirdikleri söylenebilecektir.

Bu başkalaşım, çalışmanın ilk bölümünde, idari yargı kararları ışığında klasik kusursuz sorumluluk kurgusunu sorgulamayı gerektirmiştir. İkinci bölümde ise, böyle bir sorgulama sonucunda, klasik kurgunun bozulması ihtimali irdelenmektedir.

İngilizce Özet

According to the doctrine and jurisprudence of administrative law, the responsibility of the administration for the consequences of its action may either be with or without fault. The responsibility of the administration with fault (fault in public service) was taken basis in order to determine the area of the responsibility of the administration without fault.

Two major theories are applied by the Turkish and French Supreme Administrative courts which establish the responsibility of the administration without fault: The Theory of Risk and The Rupture of Equality, both of which were examined in this research.

The difficulties that are seen from time to time, while establishing the relation between the "act" and the "damage", which can be witnessed in administrative case law concerning the principles of the responsibility without fault, constitutes one of the major problems in responsibility law.

Thus, it can be said that the principles that form the essence of the responsibility of the administration can not be defined by traditional means. It is for this that these concepts have evolved and will continue evolving. This evolution necessities one to question, taking in to account the administrative law jurisprudence, the traditional doctrine of responsibility law. Then, after having achieved this analysis, one must look in to the possibility that this traditional construct should be abandoned.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	ii
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: KLASİK KURGUNUN SORGULANMASI: İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU AÇIKLAYAN İLKELER	12
A) RİSK İLKESİNİN İKİRCİKLİ İÇERİĞİ	12
a) Beklenmeyen Durum (Fevkalâde Hâl)	25
b) Öngörülemezlik	26
c) Önlenemezlik	29
d) Öngörülemezlik - Önlenemezlik İlişkisi	32
e) İçsellik	34
B) KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİNİN BELİRLEYİCİ OLMA NİTELİĞİ	40
a) İdarenin Bayındırlık Eserlerinden Kusursuz Sorumluluğu ...	46
b) İdarenin Toplumsal Olaylardan Kusursuz Sorumluluğu	50
c) Terör Olaylarından Kusursuz Sorumluluk	56
d) Diğer Toplumsal Olaylardan Kusursuz Sorumluluk	62
II. BÖLÜM: KLASİK KURGUNUN BOZULMASI: NEDENSELLİK BAĞI SORUNU	70
A) TERÖR OLAYLARINDAN DOĞAN ZARARLARDA NEDENSELLİK BAĞI SORUNU	72
B) SORUMLULUKTAN GÖREVE Mİ? İDARE İLE NEDENSELLİK BAĞININ BULUNMADIĞI DURUMLAR.....	75
C) NEDENSELLİK BAĞININ BULUNDUĞU DURUMLAR	82
SONUÇ: ANAYASAL BİR KAMU HİZMETİ Mİ?.....	92
KAYNAKÇA	96

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları
AY	: Anayasa
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: bakınız
C.E.	: Conseil d'Etat
D.	: Danıştay
D.D.	: Danıştay Dairesi
E.	: Esas
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
md.	: madde
s.	: sayfa
T.	: Tarih
T.C.	: Tribunal de Conflit
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
U.M.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

İdare kamu hizmetlerini yürütürken işlem ve eylemleri, kısacası faaliyeti ile kişilere zarar verebilmektedir. Bu durum idarenin sorumluluğu meselesini gündeme getirir. Bu çalışma idarenin öğretisi ve mahkeme içtihadlarında ortaya çıkan iki temel sorumluluk esasından biri olan kusursuz sorumluluğuna ilişkin unsurları saptama ve belirli bir oranda tartışma amacını taşımaktadır.

Çalışmanın İnceleme Konusu idarenin sorumluluğu olduğuna göre öncelikle sorumluluğu sözkonusu olabilecek öznenin yani "idare"nin ne anlama geldiği ve kapsamı belirlenmelidir. Bir tanıma göre kamu idaresi¹ düzenli toplumlarda kamu gücünün örgütlenişini ve işleyişini içerir.² 2709 Sayılı ve 7 Kasım 1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda (AY) idare açıkça tanımlanmamış ise de bu tanıma paralel bir düzenleme sözkonusudur. Anayasanın 123. maddesinin 1. fıkrasında "idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür" ifadesi yer almaktadır. İfadedeki "kuruluş ve görevleriyle" ibaresi kamu idaresinin bir örgütü

¹ Bu çalışmada ele alınacak olan idare, tabii ki kamu idaresidir. Bir özel şirketin idaresi gibi özel hukuka tâbi idarelerin sorumluluğu; özel kişilerin idare nam ve hesabına faaliyetlerinden sorumlulukları gibi istisnalar konumuzun dışındadır.

² GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan, 9. basım, Ankara, 1996, s. 2.

ve bu örgütün faaliyetlerini kapsadığını ortaya koyar. Demek ki idare, hem bir "kuruluş" hem de bir "etkinlik"tir. İdarenin bir kuruluş olarak kapsamı yine Anayasa temel alınarak saptanabilir. İdare ile ilgili esaslar Anayasanın Cumhuriyetin Temel Organları başlığı altında 3. kısmının 2. bölümünde "Yürütme" içerisinde düzenlenmiştir ve idare, merkezden yönetim ve yerinden yönetim kuruluşlarından oluşmaktadır. Yürütme organı içerisinde yer alan Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve Bakanlıklar idarenin dışında mıdır? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü; Anayasanın 124. maddesinde "idare" başlığı altında Başbakanlık, Bakanlıklar ve diğer kamu tüzel kişilerinden, idarenin yargısal denetimi ile ilgili 125. maddesinde Cumhurbaşkanı'dan bahsedilmiş ve 126. maddesinde merkezi idare kuruluşunun illere ve diğer kademeli bölümlere ayrıldığına yani üstü örtülü biçimde merkezde illere ayrılacak, bölümlenecek bir örgütün bulunduğuna işaret edilmiş olması Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve Bakanlıkların merkezdeki örgütü oluşturduğunu ortaya koyar. Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve Bakanlıkların merkezi idareyi oluşturduğunu idarenin bir "etkinlik" olarak Anayasada nasıl düzenlenmiş olduğuna bakarak daha net bir biçimde belirtebiliriz. Anayasanın 125. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmuş olması,³ 124. maddesinde Başbakan ve Bakanlıkların yönetmelik çıkararak hukuksal düzenleme yapabileceklerinin belirtilmesi bu kuruluşların aynı zamanda idari etkinlikleri olduğunu gösterir. Anayasanın idarenin kapsamı ile ilgili düzenleme biçiminden öğretide idari fonksiyonun belirlenmesi amacıyla yapılan maddi kriter ile şekli ve uzvi kriterin her ikisini birbirini tamamlayıcı bir şekilde esas aldığını ifade etmek kanımca yanlış olmaz.

Sadeleştirirsek idare, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden⁴ oluşan bir örgüt ve idare etkinliğidir diyebiliriz. Bu kuruluş ve etkinlik-

³ YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 27.

⁴ YILDIRIM, Turan, *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*, 4. baskı, Alkım, İstanbul, 2005, s. 25 vd.; Tüzel kişiliği olmayan birimler de vardır. Ancak bunlar genellikle belirli bir tüzel kişi bünyesindeki birimlerdir. Örneğin bakanlıkların tüzel kişilikleri yoktur ama devlet tüzel kişiliği içerisindedirler. Bir bakanlığın idare hukuku esaslarına göre davalı konumunda gösterilmesi kanımca yargılama işlemlerinin yürütülmesinde kolaylık sağlanması ve bakanlığın idare işlevinden sorumlu olduğunu ön plana çıkarmak bakımından faydalı olabilir.

ler toplamı Anayasanın da belirttiği gibi bir "bütünü" oluşturmaktadır. İdarenin sorumluluğu incelenirken idareyi sadece Türk İdari Teşkilatı ve onun faaliyeti olarak düşünmek bu örgütün dışında kalan örneğin yasama ve yargı organının sorumluluk doğurabilecek idari işlem ve eylemlerini dışlamış olma tehlikesini taşıdığı için bu çalışmada idare, yukarıda ifade edilen geniş anlamı ile ele alınacaktır.

İdare ile devlet arasında bir sınır çizmek gerekebilir. Devletin esas itibarıyla üç kuvvetten oluştuğu kabul edilmektedir: Yasama, yürütme ve yargı. Devletin sorumluluğu denildiğinde idarenin sorumluluğu ile birlikte yasama, yürütme ve yargının sorumluluğu da anlaşılır. Başka bir anlatımla devletin sorumluluğu idarenin sorumluluğunu ve buna ek olarak yasama, yargı ve "idare etkinliği" dışında yani "hükümet etme" işlevi ile yürütmenin sorumluluğunu ifade eder. Yasama organının belirli bir konuda gerekli yasal düzenlemeyi yapmaması, bu konudaki ihmali sonucunda kişilere zarar vermesi halinde idarenin sorumluluğu düşünülebilir mi? Aynı şekilde yargı organının sözgelimi makul sürede yargılama yapmaması nedeniyle idare sorumlu tutulabilir mi? Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Adil Yargılanma hakkını hüküm altına alan 6. maddesine dayanarak "Devletleri" sorumlu tutmakta ve tazminat ödemeye mahkum etmektedir. Demek ki idarenin sorumluluğu dışında bir "devletin sorumluluğu alanı" olabilmektedir.⁵

Ancak merkezi idare (devlet tüzel kişiliğini temsil eden kuruluş) dışında kalan kamu tüzel kişileri bir yana bırakılacak olur ise idarenin sorumluluğu ve devletin sorumluluğu şeklinde bir ayırım yapmanın pratik bir faydası olup olmadığı kanımca tartışılabilir bir konudur. Kişilerin bir zarara uğraması halinde her iki halde de tazminat kamu kasasından ödenmektedir. Belki de artık devletin sorumsuz olduğu alan daraldığı için ayırımın faydası kalmamıştır, denilebilir.

⁵ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, 3. bası, İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul. 1966, s. 1728 İdarenin yasama, yürütme ve yargı ile yakın ilişkisi unutulmamalıdır. Onar'ın isabetle ifade ettiği gibi yasama organının çıkardığı bir kanunun kişilere zarar verebilmesi çoğu zaman idarenin işlem ve eylemleri ile mümkündür. Aynı husus bir yargı yerinin vermiş olduğu hükmün gereğinin yapılması bakımından da geçerli olmak gerekir; bu gibi hallerde idarenin sorumlu olup olmayacağı ve sorumluluğunun türü çalışma içerisinde ele alınacaktır.

İdarenin sorumluluğu öğretisi ve mahkeme içtihadlarında⁶ kusurlu sorumluluk (hizmet kusurundan sorumluluk) ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Konumuz kusursuz sorumluluk olmakla birlikte, kusursuz sorumluluğun geçerli olacağı alanı tesbit edebilmek için öncelikle kusurlu sorumluluğun yani hizmet kusurundan sorumluluğun ne anlama geldiği hatırlanmalıdır. Hizmet kusuru bir tanıma göre "idarenin kuruluşundan ya da işleyişinden doğan nesnel nitelikli bir aksaklık ya da bozukluktur."⁷ Hizmetin kuruluşunda ve işleyişinde mevcut olabilecek bu aksaklık ya da bozukluğun görünüm biçimleri de hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi ya da hiç işlememesi olarak kabul edilmektedir.⁸ Şu halde idarenin kusursuz sorumluluğu, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde bir aksaklığın ya da bozukluğun olmadığı hallerde idarenin sorumlu tutulabilmesini ve buna ilişkin esasları kapsamaktadır. Çalışmada; kusursuz sorumluluğun geçerli olduğu alanı belirlemek için hizmet kusuru bir "ölçüt" olarak ele alınacaktır.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu açıklamak için Türk ve Fransız Öğretisinde ve İctihadlarında belirli ilke ve kavramlardan yararlanılmaktadır. Bunlar esas itibariyle: Sebepsiz zenginleşme, risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik (külfetlerde eşitlik) ilkeleri ile hakkaniyet ve nasafet kavramlarıdır.

⁶ Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasındaki "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü ile idarenin sorumlu olduğu ifade edilmiş olmakla birlikte bu sorumluluğun türleri ve sorumlulukla ilgili diğer esaslar hakkında Anayasada bir açıklık bulunmamaktadır. 1982 Anayasasının ilgili 125. maddesi hükmü, 1961 Anayasasının 114. maddesinin tekrarı mahiyetindedir ve bu maddenin gerekçesinde şu cümle yer almaktadır: "Maddenin 3. fıkrası idarenin mali sorumluluğunun esasını vaz'etmekte fakat bu hususta tafsilli hükümler getirmemektedir. Bu fıkra ile tatbikatta kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinin ayrımı, kusurun ağırlık derecesinin ve tazminatın ölçüleri ve uygulanacak diğer esaslar içtihadlara bırakılmış bulunmaktadır."(FERİDUN, Server, *Anayasal ve Siyasal Belgeler*, Aydın Güler Kitabevi, İstanbul. 1962, s. 250.)

⁷ Hizmet kusurunun bu şekilde tanımlanmasının yerinde olmadığı da ifade edilmektedir. (GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku* cilt II, Ekin, Bursa 2003, s. 977). Bunun nedeni kamu görevlilerinin tanımda dikkate alınmamış olmasıdır. Elbette ki çoğu zaman zarar idarenin personelinin işlem ya da eylemleri sonucu ortaya çıkmaktadır ve eleştiri haklı görülebilir. Ancak Esin'in naklettiği bir Danıştay kararına göre (bkz: ESİN, Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.) hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmasa bile hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Sonuç olarak kanımca eleştiri haklı olmakla birlikte hizmetin kuruluşu ve işleyişi ifadesini kamu ajanlarını da kapsar biçimde anlamak gerekir ve sadece kamu görevlilerini esas alan bir hizmet kusuru yaklaşımı yeterli olmayabilir.

⁸ ONAR, a.g.e. s. 1736. Bu geleneksel ayrımın eleştirisi için bkz. GÖZLER, a.g.e., s. 977.

Öğretide sebepsiz zenginleşmenin, hizmet kusuru ve idari hasar (risk) ilkelerinin uygulanamayacağı hallerde kusursuz sorumluluğun dayandırılabilceği bir ilke olduğu belirtilmektedir.⁹ Sebepsiz zenginleşme: "Bir edimin ifası yoluyla ya da başka bir yolla bir zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaksızın başkasına ait şeyler veya başkasının fakirleşmesi sayesinde gerçekleşmesi" olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Tanımda yer alan unsurlar idare hukukuna aktarılarak idarenin kusursuz sorumluluk nedeniyle tazmin borcu, bireyin malvarlığında idarenin bir işlemi ya da eylemi sonucunda meydana gelen bir eksilmeye karşılık idarenin malvarlığında bir artışın olmasına dayandırılmaktadır. Ancak, idarenin kusursuz sorumluluğunda idarenin malvarlığındaki çoğalmanın zarar gören kişilerin malvarlığındaki azalmaya oranla daha az olabilmesi, hizmet kusurunun ve risk ilkesinin gelişimi gibi nedenlerle sebepsiz zenginleşme ilkesinin uygulanma alanının daraldığı belirtilmektedir.¹¹ Yargı kararlarında da üzerinde fazlaca durulmaması nedeniyle bu ilke çalışmanın kapsamına alınmamıştır.

Hakkaniyet ve nasafet kavramları Türk İdare Hukuku Öğretisinin, özellikle de Türk İdari Yargı yerlerinin birçok kararda üzerinde durduğu kavramlardır. Ancak bu kavramlar çoğu zaman risk ilkesi ve külfetlerde eşitlik ilkelerinin uygulandığı kararlarda bu ilkeleri tamamlayıcı kavramlar olarak ele alınmaktadırlar. Başka bir anlatımla, İdari Yargı Kararlarında kusursuz sorumluluk genellikle tek başına bu kavramlara dayandırılmamaktadır. Bu kavramları tanımlayan, kapsamalarını ve niteliklerini belirten bir karara da rastlamak mümkün olmadı.¹² Bu nedenlerle bu kavramlar da çalışmanın dışında tutulmuştur.

İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna ilişkin tarihsel gelişim içerisinde öğreti ve yargı kararlarında en fazla üzerinde durulan ve bugün

⁹ ONAR, *a.g.e.*, s.1712.

¹⁰ OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz, İstanbul 1995, s. 688.

¹¹ ARMAĞAN, Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin, Ankara 1997, s.179.

¹² Öğretide bu konuda yapılan bir çalışmada da İdari Yargı Kararlarında bu kavramların tanımına rastlanmadığına işaret edilmektedir. Bkz. BEREKET, Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin, Ankara, 1996, s.146.

için de geçerliliklerini korudukları ifade edilebilecek iki ilke bulunmaktadır: Risk İlkesi ve Külfetlerde Eşitlik İlkesi.

Risk İlkesinin idarenin tehlikeli faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan kusuru olmadan sorumluluğunda uygulama alanı bulunduğu belirtilmelidir. Ancak faaliyetin tehlikeli olup olmaması ayrımına göre risk ilkesinin uygulanma alanını belirlemek bir güçlüğü beraberinde getirmektedir: Ayrımın göreceli olabilecek bir "kanaate" dayanmak durumunda kalması. Risk ilkesini eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirmek, yargı kararlarında bulunan ortak ifadelerden yola çıkarak ilkenin uygulanma şartlarını belirli bir hukuki zemine oturtmak mümkün olabilir.

Risk İlkesinden açıkça bahsedilen yargı kararlarının sınırlı sayıda olmaları, buna karşılık Külfetlerde Eşitlik İlkesinin uygulandığı kararların sayıca daha fazla olmaları, bahsedilen son ilkenin, idarenin kusursuz sorumluluğu açısından bir "ana ilke" olup olmadığını belirleme çabasını gerekli kılmaktadır. İlgili bölümde, yargı kararlarından yola çıkılarak ilkenin uygulanma alanı belirlenmeye çalışılacaktır.

İdarenin kusursuz sorumluluğunu açıklayan ilkelerin uygulandığı İdari Yargı Kararlarının irdelenmesi sonucunda sorumluluk hukukuna ilişkin önemli olabilecek bir sorun ortaya çıkmaktadır: "Eylem" ile "zarar" arasında nedensellik bağı kurulmasının bazı hallerde güçlük teşkil etmesi. Çalışma, eylem ile zarar arasında nedensellik bağının kurulabildiği kusursuz sorumluluk hallerinden, bu bağın bulunduğu şüpheli olabileceği olaylara uzanan bir gelişim sergilemektedir. Bu gelişim içerisinde nedensellik bağının bir "sorumluluk sorunu" halini aldığı ikinci bölümde bahsedilen sorun üzerinde durulacaktır. Nedensellik bağının bulunduğu ve bulunmadığı sonucuna varılabilecek durumlar, külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulanma alanı ile birlikte değerlendirilecektir. Sonuç olarak, külfetlerde eşitliğin oldukça geniş uygulama alanı içerisinde idarenin rolünün ne olabileceği sorusuna cevap aranacaktır.

İdarenin özel hukuka tabi faaliyeti sonucu ortaya çıkabilecek zararlardan sorumluluğu, kısacası idarenin özel hukuk sorumluluğu ve

bunun içerisinde konumuzla benzerlik taşıyan "haksız fiil" sorumluluğu bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

İdarenin özel hukuka tabi olmayan faaliyetlerinden doğan zararlarla ilgili uyuşmazlıklara kamu hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini hüküm altına alan Türk ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemelerinin benzer iki kararı anılmalıdır:

"Kamu hizmeti görevlilerinin faaliyeti neticesinde bireylerin uğradıkları zararlardan Devletin sorumluluğu, özel kişiler arasında geçerli olan medeni kanun hükümleriyle düzenlenemez...Çünkü bu sorumluluğun, kamu hizmetinin gereklerine ve Devlet ile bireyin haklarının bağdaştırılması ihtiyacına göre değişen kendine özgü kuralları vardır."¹³

"Amme idaresinin amme hukuku hükümleri dairesinde işlemeden doğan mesuliyete...Borçlar Kanununun mes'uliyete müteallik ve fertler arasında cari münasebetlerde tatbiki kabil olan hususi hukuk hükümlerinin tatbikine imkân olmadığından, bu neviden mes'uliyetin amme hukukunun vaz'eylediği esaslara göre vücudu, vasfı, derecesi ve miktarı tayin edilmek icap eder."¹⁴

Medeni Hukukta da İdare Hukukunda da sorumluluk "kusur"a dayandırılmakla birlikte İdare Hukukunda kusurun farklı bir anlamı olduğu, farklı özellikler taşıdığı akla gelebilir.¹⁵ Gerçekten de Medeni Hukukta kusurun "kast" veya "ihmâl"i ifade ettiği kabul edilmektedir. Kast ve ihmâlin insani kavramlar oldukları düşünüldüğünde devlet ve diğer kamu tüzel kişilerden oluşan idarenin bu insani kavramlara sahip olamayacakları; idarenin sorumluluğunun özel hukuktaki "kusur"a dayanmasının mümkün olmadığı düşünülebilir.

Kanımcı kıyaslama özel hukuk tüzel kişileri ile idare arasında yapılmalıdır. Medeni Hukukta tüzel kişilerin kusurlu olup olmayacakları

¹³ T.C. 8 févr. 1873, Blanco, LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 15. édition, Dalloz, 2005, s. 1.

¹⁴ U.M. 18.11.1948, E.1948/11 K.1948/16, R.G. 28.01.1949, 7117, bkz. DURAN, Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, TODAİE, 1975, s. 9.

¹⁵ BİLGİN, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz, 1996, İstanbul, s. 340.

tartışmalıdır. Tüzel kişilerin birer "gerçek kişi" gibi nitelendirilmesi gerektiğini belirten yazarlar, tüzel kişilerin sorumluluğunu kusurlu sorumluluk olarak görebilmekte; aksi kanıda olan yazarlar ise tüzel kişilerin "iradelerinden" söz edilemeyeceği için bu sorumluluğun ancak kusursuz sorumluluk olabileceği sonucuna ulaşmaktadırlar.¹⁶ Demek ki tek başına kusurun insani bir kavram olmasından hareketle idarenin sorumluluğunun, İdare Hukukuna özgü kurallarla belirlenmesi gerektiği sonucuna varmak doğru olmayabilir. Çünkü aynı sorun özel hukuk tüzel kişileri için de sözkonusudur. Farkı başka alanda aramak gerekir.

Medeni Hukukta kusursuz sorumluluğun ancak kanunun açıkça öngörmüş olması halinde mümkün olabileceği, idare hukukunda ise böyle bir şartın bulunmamasının önemli bir fark olduğu düşünülebilir. Medeni hukukta istihdam edenin sorumluluğu, Borçlar Kanununun 55. maddesi (B.K. md. 55), bina malikinin sorumluluğu (B.K. md. 58) gibi kusursuz sorumluluk hallerinin kanunla öngörülmüş olması ve kusursuz sorumlulukla ilgili bir genel hükmün bulunmaması nedeniyle bu sorumluluk esasının mutlaka kanuni dayanağının bulunması gerektiği genellikle kabul edilmektedir.¹⁷ İdare Hukukunda ise Anayasanın 125. maddesi (AY. md. 125) genel sorumluluk kuralını getirmiş; kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinin belirlenmesi ise yargı içtihadlarına bırakılmıştır. Ancak Medeni Hukukta da içtihadla kusursuz sorumluluk halleri yaratılabilmesinin mümkün olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır.¹⁸ Kusursuz sorumluluk hallerinin içtihadla yaratılmasını engelleyen bir kural bulunmadığı ve bu fikrin doğru olduğu kabul edilirse, idare hukuku ile Medeni Hukuk arasında bu konuda da önemli bir farkın bulunmadığı sonucuna varılabilir.

Medeni Hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerinde özen ödevi yerine getirilse idi dahi zararın ortaya çıkacak olduğunu kanıtlamak gibi sorumluluktan kurtulabilme imkânı yaratan bir kuralın İdare Hu-

¹⁶ HATEMİ, Hüseyin, *Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişinin Sorumluluğu*, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sevinç, Ankara 1975, s.134.

¹⁷ OĞUZMAN, *a.g.e.*, s.466.

¹⁸ OĞUZMAN, *a.g.e.*, s. 464; ayrıca bkz. s. 632, içtihadla kabul edilmiş sorumluluk halleri olarak iş kazası ve meslek hastalıklarından işverenin sorumluluğu ile ruhsatlı inşaatın komşulara verdiği zarardan sorumluluk.

kukunda bulunmamasının da önemli bir fark olduğu ileri sürülebilir. Oysa konu irdelendiğinde bu yaklaşımın da doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki; idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin esaslar Medeni Hukuk kökenli olmakla birlikte Medeni Hukuktaki tüm kusursuz sorumluluk esasları değil bunlardan esas itibariyle iki tanesi; tehlike sorumluluğu (risk esası) ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) İdari Yargı yerleri tarafından benimsenmiştir.

Tehlike esasına dayanan sorumluluk hallerinde kurtuluş beyyinesine yer verilmediği anlaşılmaktadır. İdare Hukukunda olduğu gibi kusursuz sorumluluktan kurtulmak ancak zararın bulunmaması ya da mücbir sebep gibi nedensellik bağıını kesen bir olayın gerçekleşmesi ile mümkün olabilmektedir.¹⁹ Bu sonuç, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumlarda da geçerlidir.²⁰ Şu halde kurtuluş beyyinesinin bulunmaması da önemli bir fark olarak gözükmemektedir.

Kusursuz sorumluluk konusunda Medeni Hukuk ile İdare Hukuku arasındaki farkın; Medeni Hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerinde zarara yol açan faaliyetin kusursuz da olsa sorumlu olduğu kabul edilen gerçek veya tüzel kişinin menfaatini sağlama amacı gütmesi olduğu düşünülebilir. Tehlike sorumluluğunun sözkonusu olduğu durumlarda; örneğin motorlu araç işletenin, petrol hakkı sahibinin²¹ ya da meslek hastalıkları veya iş kazalarında işverenin²² sorumluluklarını, tehlikeli faaliyetten sağlanan faydanın karşılığı olarak görmek mümkün olabilir. Ruhsatlı inşaatın komşulara verdiği zarardan sorumlulukta²³

¹⁹ TANDOĞAN, Haluk, *Tehlike Sorumluluğu Kavramı*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu II, s. 13; OĞUZMAN, a.g.e., s. 609. (işletilen motorlu aracın sebep olduğu zarardan sorumluluk.)

²⁰ OĞUZMAN, a.g.e., s. 602, ıztırar halinde sorumluluk.

²¹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 33.

²² OĞUZMAN, a.g.e., s. 632.

²³ OĞUZMAN, a.g.e., s. 637.

olduğu gibi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumlarda da aynı sonuca varmak mümkündür.²⁴

İdarenin kusursuz sorumluluğunda ise yürütölen kamu hizmetinden idarenin fayda sağlamadığı, hizmetten, halkın ya da toplumun yararlandığı düşünölürse, arada bu konuda önemli olabilecek bir fark bulunduğu sonucuna varılabilir. Ancak Medeni Hukukta tehlike esasının ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı sorumluluk hallerinin tümünde bahsettiğim menfaat koşulunun mutlak surette bulunduğunu kabul etmek mümkün olmayabilir.²⁵ Kanımca menfaat sağlama özelliği dikkate alınabilir bir fark olmakla birlikte Medeni Hukuk ile İdare Hukuku arasında esaslı bir fark değildir.

Temel fark, İdare Hukukunda zararı doğuran faaliyeti yürüten idare ile zarar gören şahıslar arasında eşitliğin bulunmaması olabilir. İdare, egemenliği yani kamu gücünü kullanan, bu gücün ayrıcalıklarından yararlanma yetkisine sahip kılınmış bir mekanizmadır. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanır, kesin ve yürütölmesi gereken işlemler yapabilir, eylemlerde bulunabilir.²⁶ Kısacası idare sahip olduğu yetkiler ve mali güç bakımından üstün konumdadır. Bu üstün konumlandırılma kamunun yararı amacıyladır. Kamu yararı aynı zamanda bu üstünlüğün sınırını teşkil etmektedir. İşte özel kişiler ile idare ilişkisine hakim olacak kuralların idarenin bahsedilen üstün konumu, şahsın yararı yerine kamu yararının amaçlanması gibi özel hukuktan farklı olgulara göre belirlenmesi gerekir. (Bu nedenle olmak gerekir ki) Anayasa koyucu, idarenin sorumluluğu konusunda özel hukuk kurallarına ve ilgili kanunlara yollama yapmak yerine bu konuyu esas itibarıyla idari yargı yerlerinin içtihadlarına bırakmıştır. İdari yargı yerleri de bu ilişkide İdare Hukuku kuralların uygulanmasını gerekli görmüşlerdir.

²⁴ OĞUZMAN, *a.g.e.*, s. 468: Organlarının kusurlu haksız fiillerinden tüzel kişilerin sorumluluklarının kusursuz sorumluluk olmasının kabul edilmesi durumunda bu sorumluluğun da organlarından *yararlanma esasına* dayanabileceği ileri sürölmektedir.

²⁵ İztirar halinde verilen zararda olduğu gibi, bir kimsenin kendisini ya da başkasını tehlikeden korumak için üçüncü kişilerin mallarına zarar vermesi halinde ortada fayda sağlamaktan ziyade bir zorunluluk, kişinin kendisini koruması ya da tehlikenin önlenmesi amacı olduğu düşünölebilir.

²⁶ İşlemlerinin yürütölmesinin durdurulması bile ancak açık hukuka aykırılık ve telafisi güç ya da imkânsız zararların doğacak olması şartlarının "birlikteliğine" bağlıdır.

İdarenin kusursuz sorumluluğu ile ilgili yargı kararları incelendiğinde, idarenin kusursuz sorumluluğunun hukuki esası olmak bakımından iki ana ilke üzerinde durulduğu görülebilir: Risk İlkesi (Tehlikelilik Esası) ve Kamu Kulfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (Fedakârlığın Denkleştirilmesi). Bu ilkeler özel hukuk kaynaklı olmakla birlikte yukarıda bahsettiğim gibi İdare Hukukuna hakim olan ilke ve kurallara uyum sağlayacak şekilde uygulanmaktadırlar. Kısacası İdare Hukukunda bu ilkeler başkalaşım geçirmişlerdir, denilebilir.

Bu başkalaşım, idari yargı kararları ışığında klasik kusursuz sorumluluk kurgusunu sorgulamayı gerektirmektedir. [I] Böyle bir sorgulama, klasik kurgunun bozulması ihtimalini de gündeme getirecektir. [II]

I. BÖLÜM: KLASİK KURGUNUN SORGULANMASI: İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU AÇIKLAYAN İLKELER

Bilindiği gibi, idarenin kusursuz sorumluluğu, klasik olarak "Risk İlkesi" ve "Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi" çerçevesinde incelenmektedir. İdare yargıcının yaklaşımı incelendiğinde, "Risk İlkesi"nin, daha çok beklenmeyen hallerde kullanıldığı ve bu ilkenin kimi durumlarda, "Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi"nden bağımsız düşünülmediği anlaşılmaktadır. [A] "Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi" ise, idarenin kusursuz sorumluluğunun belirlenmesinde, bir ana ilke görünümü arz etmektedir. [B]

A) RİSK İLKESİNİN İKİRCİKLİ İÇERİĞİ ²⁷

Onar, risk ilkesinin Mecelle'de yer alan "mazarrat menfaat mukabelesindedir, yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur" hükmünün idare hukukunda kamu hizmetinin genel külfetler dışında bireylere ve bireysel mülkiyete verebileceği zararların zarar görenlere idare tarafından ödenmesi gerektiği biçimindeki yansımaları ifade ettiğini belirtmektedir.²⁸

Gözübüyük ve Tan, risk ilkesinin özel hukuktan geldiğini, risk kavramının idarenin tehlikeli bir etkinliğinin ya da kuruluşunun varlığını gösterdiğini belirtmektedirler. Yazarlara göre, idare bu etkinliği yürütmesi veya bu kuruluşa sahip olması nedeniyle kişilere verilen özel ve olağandışı zararları karşılamalıdır.²⁹

Gözler'e göre risk sorumluluğu, idarenin hiçbir kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar ne-

²⁷ Öğretide bu ilkeyi ifade etmek amacıyla, İdari Hasar İlkesi, Tehlikelilik gibi terimler de kullanılmaktadır. Özellikle yakın tarihli yargı kararlarında genellikle risk kelimesi kullanıldığı için çalışmamda bu kelimeyi kullanmayı tercih ettim.

²⁸ ONAR, *a.g.e.*, cilt III, s. 1710; A.Y.İ.M.'nin tesbit edebildiğimiz iki kararında risk ilkesi mecelledeki hükme benzer bir şekilde tanımlanmıştır: "...tehlike taşıyan hizmetlerde araç ve gereçlerden sağlanan yarar nasıl bunların sahibine ait oluyor ise doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır şeklinde ifade edilebilecek olan risk ilkesi..." A.Y.İ.M. 2.D. 04.11.1998 E.1997/666 K.1998/661; A.Y.İ.M. 2.D. 31.10.2001, E.2001/553, <http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim/> 24.05.2006

²⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; TAN, Turgut; *İdari Yargılama Hukuku*, cilt II, Turhan, Ankara 2003, s.686.

deniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olmasını ifade etmektedir.³⁰

Esin, risk ilkesinin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile hakkaniyet ve nasafet ilkelerine dayandığı fikrindedir. Müellife göre, toplum yararı uğruna belirli kişilerin maruz kaldığı özel, olağandışı ve doğal olmayan zararların yine toplum tarafından karşılanması gerekir.³¹

Günday, risk ilkesinin özel hukuktan idare hukukuna aktarılmış olduğunu belirterek Mecelle'ye atıfta bulunmaktadır. Günday'a göre, esas itibarıyla özel hukukta uygulanan tehlike ilkesi, idarenin tehlike taşıyan bir faaliyeti yürütmesi ya da tehlikeli araç ve gereç kullanması sözkonusu olduğunda idare hukukuna aktarılmıştır. Buna göre tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık olan, dolayısıyla her zaman nedeni saptanamayacak olan zararlara yol açabilecek bir faaliyet ya da araç-gereç zarara yol açarsa bu zararın kusur şartı aranmaksızın idarece tazmin edilmesi gerekir.³²

Yayla, tehlikelilik esasının idarenin tehlikeli faaliyet veya araç kullanmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Yazara göre, idarenin kullandığı araçlar ve yürüttüğü faaliyet bir tehlikelilik arz ediyorsa bu faaliyetten yararlanan idarenin zarar görenlere kusuru olmasa da tazminat ödemesi gerekir.³³

Şu halde öğretilde risk ilkesi, genellikle, idarenin faaliyetinin tehlikeli olması halinde, bu faaliyet sırasında meydana gelen zarardan kusuru bulunmasa da sorumlu olması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır.

³⁰ GÖZLER, Kemal, *a.g.e.*, s. 1075, Özgüldür'ün de bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. ÖZGÜLDÜR, Serdar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Yetkin, Ankara 1996, s.86.

³¹ ESİN, Yüksel, *a.g.e.*, s. 131; Armağan da Esin gibi risk ilkesinin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandığını vurgulamaktadır. Ancak yazar, Esin'den farklı olarak hakkaniyet ve nasafet esasından bahsetmemektedir. ARMAĞAN, Tunçay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin, 1997, s. 100.

³² GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 9.bası, İmaj, Ankara, 2004, s. 340 vd.

³³ YAYLA, *a.g.e.*, s. 151; Yazara göre "tehlikeyi göze alarak faaliyette bulunanlar bu tehlikenin sorumluluğunu da göze almış sayılırlar".

Bu noktada risk ilkesi ile ilgili İdari yargı yerlerince verilmiş örnek olabilecek kararları inceleyerek, risk ilkesinin hangi olaylara uygulandığını, şartlarını, özelliklerini, kısacası bu kararlardan çıkarılabilecek ortak esasları tümevarım metoduyla ortaya koymak konunun aydınlanması için faydalı olabilir.

Fransa'da risk ilkesinden bahsedilerek idarenin sorumluluğuna hükmedilen ilk Fransız Danıştay kararlarının bayındırlık işlerinden doğan zararların tazmini meselesinde ortaya çıktığı belirtilmektedir³⁴

Fransız Danıştay'ının bayındırlık eserlerinin yol açtığı zararların tazmini dışında ve açıkça risk ilkesine dayanarak idarenin kusursuz da olsa sorumlu olduğu sonucuna vardığı ilk karar 1895 tarihli *Cames* kararıdır.³⁵ Karara konu olan uyuşmazlık, idarenin istihdam ettiği bir işçinin, görevi sırasında geçirdiği kaza sonucunda sol elinin tamamen işlevini yitirerek çalışamaz duruma gelmesi üzerine Savunma Bakanlığı tarafından kendisine verilen tazminatı yeterli bulmaması ile doğmuştur. Fransız Danıştay; hükümet komiserinin, kamu hizmeti çatısı altında yürütülen çalışmaların yarattığı riske karşı idarenin gerekli teminatı sağlaması ve bu riskin garantörü olması gerektiğine ilişkin görüşünü benimseyerek, risk sorumluluğunu kabul etmiştir.

TCDD işletmesinde makasçı olarak çalışan bir kamu görevlisinin posta vagonunun dizine bağlanması sırasında havanın yağışlı olmasının da etkisiyle kayarak düşmesi ve trenin altında kalarak sakatlanması ile ilgili uyuşmazlıkta Danıştay da idarenin kusursuz sorumluluğunu hüküm altına almıştır.³⁶ Türk İdari Yargı Yerlerinin Kamu görevlilerinin iş kazalarından doğan ve *Cames* kararına benzer kararlarına rastlamak mümkün olmakla birlikte bu kararların birçoğunda risk ilkesi ile ilgili açık bir ifade bulunmamakta, sadece sözkonusu olayların belirli bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana geldiği, kamu görevlilerinin kendi kusurlarından kaynaklanmayan ve görev sırasında

³⁴ ONAR, *a.g.e.*, cilt III, s. 1745; GÖZLER Kemal, *a.g.e.* s. 1084.

³⁵ http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la05.shtml 23.04.2006.

³⁶ Örnek olarak: D.10.D.10. 06. 1998, K. 1998/2504, E. 1997/6244, www.danistay.gov.tr 20. 05. 2006.

uğradıkları zararların (idareye kusur atfedilmesinin mümkün olmadığı durumlarda) kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Cames kararında zararın bir "kaza" sonucu ortaya çıktığı belirtilmektedir. İşte risk sorumluluğunun; kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelebilecek bu tür kazaların meydana gelmesi ihtimalinin, başka bir deyimle kaza riskinin, idare (devlet) tarafından üstlenilmesi ve bu riskin gerçekleşmesi yani kazanın meydana gelmesi halinde de zararın karşılanmasının gerekliliğini ifade ettiği sonucuna varılabilir.

Bu karar ile idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin uygulama bayındırlık hizmetleri ile sınırlı olmaktan çıkarak diğer hizmetlerde de uygulanmaya başlanmış, kısacası risk ilkesinin uygulanma alanı genişlemiştir denilebilir.

Fransız Danıştay 28 Mart 1919 tarihli *Regnault Desrozières*³⁷ kararında da risk ilkesini uygulamıştır. Ordunun çok sayıda el bombası ve kundak bombası depoladığı bir kalede meydana gelen patlama sonucunda oluşan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlık üzerine Fransız Danıştay, askeri ihtiyaçların zorlaması ile meydana gelen kazada idari faaliyetin, komşuluğun olağan sınırlarını aşan riskleri haiz olduğunu ve bu gibi durumlarda bir kazanın meydana gelmesinin kusur olmadan da devletin sorumluluğunu doğuracağını belirtmiştir. Yargılama sırasında hükümet komiseri, idarenin hizmet kusuruna dayanılması gerektiğini ileri sürmüştü ise de kararda yüksek mahkemenin bu görüşü benimsememesinin nedeni ülkenin savaş halinde olması ve zamanında orduya cephane yetiştirilebilmesi için sözkonusu kalenin kullanımının zorunlu olması, kısacası idareden farklı bir yönde hareket etmesinin beklenemeyeceği bir durumun varlığıdır. Bu kararda da, *Cames* kararında olduğu gibi idarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan kaza riskini üstlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, *Cames* Kararından farklı olarak bu karar, kamu görevlisi olmayan, hizmetten yararlanan birey-

³⁷ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s. 39.

lerin de zararının tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varılması; yani idarenin risk ilkesine göre sorumluluğunun sadece idare için çalışanları değil tüm toplumu kapsadığının ortaya koyulması bakımından kanımca önemlidir.

Bu karardan savaş koşulları nedeniyle aslında barış zamanında alınabilecek olan önlemlerin idarece alınmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla aslında hizmetin kuruluşunda ya da işleyişinde bir eksiklik ya da bozukluk kısacası bir hizmet kusuru ve idarenin de kusurlu sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün iken savaş koşullarının adeta hizmet kusurunu kusursuz sorumluluğa dönüştürdüğü dikkati çekmektedir. Bu husus kanımca önemlidir ve ileride ilgili bölümde ayrıca ele alınacaktır.

Savaş koşulları olmadan ve idarenin gerekli her türlü önlemi almış olduğu, hizmet kusurunun olmadığı, durumlarda da benzeri bir kazanın yaşanması ve idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Nitekim *Regnault Desroziere* kararına benzer ancak savaş koşullarında yaşanmamış olaylarla ilgili Türk Danıştayının bazı kararları bulunmaktadır. Örneğin, Yüksek Mahkeme bilinmeyen bir nedenle cephaneliğin patlaması üzerine ölen bir erin yakınlarına kamu hizmetlerinin ifası sırasında meydana gelen zararların "idareye atfi mümkün bir hizmet kusuru bulunmasa dahi" objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi idarelerce ödenmesi gerektiğini belirterek tazminat ödenmesine karar vermiştir³⁸ Yine İskeleyle bağlı bulunan bir hücumbotun bilinmeyen bir nedenle patlaması sonucu meydana gelen hava basıncıyla dükkanının vitrin camı kırılan kişiye "hizmete ilişkin bir sebeple kusuru olmayan fertlere ika edilen zararların idarece tazmini gerekir" ifadesini kullanarak tazminat ödenmesine karar vermiştir³⁹. Yüksek mahkemenin bu kararlarında kusursuz sorumluluğa (ki bahsedilen son kararda bu husus açık değildir) hükmederken herhangi bir ilkeye dayanmadığı dikkat çekmektedir. Benzer kararlardan bahsederek risk ilkesini ortaya koymakla birlikte ileride ilgili bölümde, bahsedil-

³⁸ D. 12. D. 5.11.1969, E. 1968/1929, K. 1969/1739; ESİN, *a.g.e.*, s. 136.

³⁹ D. 12. D. 24. 02. 1971, E. 1968/868, K. 1971/427; ESİN, *a.g.e.*, s. 137.

len meselenin Türk ve Fransız İdari yargı içtihatları ve tabii dolayısıyla iki ülke idare hukuku arasında bir farkı gösterip göstermediği tartışılacaktır. Kaldı ki Türk İdari yargı mercilerinin açıkça risk ilkesini uyguladığı kararlar da az sayıda olmakla birlikte bulunmaktadır.

Yukarıdaki kararların birlikte değerlendirilmesi sonucunda şu soru gündeme gelebilir: Acaba risk ilkesinin uygulanması için idarenin tehlikeli bir etkinliğinin varlığı şart mıdır? Bazı müelliflerin bu soruya olumlu cevap verdiği belirtilmişti. Kanımca bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Yukarıda yer verilen ülke savunmasına ilişkin hizmetlerde olduğu gibi İdarenin bazı hizmetlerinin diğerlerine oranla daha tehlikeli görüldüğü kuşku götürmemekte ve risk ilkesine çoğu zaman bu tip hizmetlerle ilişkili zararların tazmini için başvurulmakta ise de, yukarıda ele alınan *Cames* ve TCDD ile ilgili kararlarda olduğu gibi hayat tecrübelerine göre olağanüstü bir tehlike arzermeyen ya da en azından arzetmemesi beklenen hizmetlerin doğurduğu zararlara ilişkin uyumsuzluklarda da risk ilkesinin uygulandığı bir vakiyadır. Başka bir anlatımla risk ilkesinin uygulama alanı daha geniştir. Bu nedenle risk ilkesine dayanılarak idarenin kusursuz sorumlu olmasını idarenin diğerlerine oranla daha tehlikeli görünen faaliyetlerine hasretmek içtihadla çelişebileceği gibi risk esasını tam olarak açıklamaktan da kanımca uzaktır. Tehlikeli hizmetlerle ilgili olanlardan başlamak üzere risk ilkesi ile ilgili başkaca kararları incelemek belki bir kıstasın belirlenmesine ışık tutabilir.

İdarenin bazı hizmetlerinin diğerleriyle karşılaştırıldığında daha tehlikeli kabul edildiğini belirtmiştik. Gerçekten de idare bazı hallerde ilgili hizmetin gereklerini yerine getirirken tehlikeli birtakım araçlar ve usullere başvurmakta ya da tehlikeli bazı durumları yaratabilmekte, kısacası tehlikeli faaliyetlerde bulunabilmektedir⁴⁰. Örneğin Silahlı

⁴⁰ İdarenin risk ilkesine göre kusursuz sorumluluğu incelenirken, ilgili mahkeme içtihatları ve öğretide tehlikeli araçlar, usuller, durumlar v.b. ayrımlar yapılmaktadır. Kanımca bu ayrımları tehlikeli faaliyetler başlığı altında toplamak mümkün ve faydalı olabilir; çünkü, idarenin sorumlu olabilmesi için bir eylem ya da işlem kısacası bir faaliyet gereklidir ve tehlikeyi yaratan bu faaliyet esnasında kullanılan usul ya da eşya ya da yaratılan durum v.b. unsurlardan biri ya da birkaçı olabileceği gibi bunlar arasında net bir ayırım yapılması güçlük teşkil edebilir. Örneğin silahlı kuvvetlerce yürütülen mayın temizleme faaliyetinde mayının tehlikeli olduğu kabul edilebileceği gibi mayın temizleme yönteminin de tehlikeli olduğu düşünülebilir. Nitekim A.Y.İ.M. bir kararda savaş uçağının hem kendisinin tehlikeli

kuvvetlerin faaliyetleri ilk bakışta tehlikeli olduğu düşünülebiyecek faaliyetlerdir. A.Y.İ.M.'in silahlı kuvvetlerin faaliyetlerinden doğan zararların tazminine ilişkin kararların bir bölümünde şöyle bir ifade ile risk ilkesini uygulayarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği görülmektedir:

"...Gerek öğretilerde gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, özellikle silahlı kuvvetler tarafından yerine getirilen bazı hizmetlerde hizmetin ifasında kullanılan uçak, helikopter, silah, top, bomba, mayın gibi araç ve gereçler yapıları gereği hem ilgililer hem de üçüncü kişiler için tehlike arzederler. Bunların taşıdığı tehlikelerin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edip önceden tedbir alarak önlemek mümkün olamaz. İşte bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerde araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl bunların sahibine ait oluyorsa doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır şeklinde ifade edilebilecek olan risk ilkesinin bir gereği olarak..."⁴¹ (Bu kararlardan bazılarında "önlemek mümkün olamaz" yerine "önlemek bazı ahvalde mümkün olamaz" ifadesi tercih edilmiştir. İki ifade arasındaki fark kanımca birincisinin bir "imkânsızlığı" ifade etmesi ve hizmet kusuru ihtimalini tamamıyla dışlamasıdır. Bir diğer ifadeyle, bazı ahvalde önlemenin mümkün olmaması ifadesinin karşıt anlamından bazı ahvalde de bu tip olayları önlemenin mümkün olabileceği sonucu çıkarılabilir. Bu durumda da önlenemez olup da önlenmeyen olayların sonucunda zarar ortaya çıkması halinde hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varılabileceği düşünülebilir)⁴².

olduğunu hem de ifa ettiği görevde tehlikelilik bulunduğunu belirtmiştir.(A.Y.İ.M. 2.D. 10.01.1996 E.1995/532 K.1996/9, www.msb.gov.tr/) Aynı şekilde akıl hastalarının normal yaşama uyum sağlamaları için kaldıkları kurumun dışına çıkmalarına izin verilmesinde olduğu gibi tehlikenin akıl hastaları ya da uygulanan usul nedeniyle oluştuğu kabul edilebilir. Faaliyet terimi idarenin müsbet anlamda bir hareketini ifade eder gözükmekte ise de eylem ve işlem terimlerini eylemsizliği ve işlemsizliği de kapsayacak şekilde düşünmek, faaliyeti de buna göre değerlendirmek mümkün olabilir.

⁴¹A.Y.İ.M., 2.D, 31. 10. 2001, E. 2001/553 K.2001/813; A.Y.İ.M. 2.D 29.06.1994 E.1992/905 K.1994/1298; A.Y.İ.M. 2.D. 11.01.1995 E.1993/1080 K.1995/29; A.Y.İ.M. 2.D. 21.03.2001 E.2001/102 K.2001/231; A.Y.İ.M. 2.D. 28.09.1994 E.1993/683 K.1994/1603; A.Y.İ.M. 2.D. 23.10.1996 E.1996/658 K.1996/881; A.Y.İ.M. 2.D. 13.11.1996 E.1995/62 K.1996/1027; A.Y.İ.M. 2.D. 09.12.1998 E.1998/140 K.1998/948, <http://www.msb.gov.tr>, 24. 05. 2006.

⁴² A.Y.İ.M.'in terörist eylemlerden doğan zararların tazminine ilişkin bazı kararlarında şu cümle yer almaktadır: "Böylece öğretilerde ve yargı kararlarında idarenin eylemlerinden do-

A.Y.İ.M.'in risk ilkesi ile ilgili kararlarında hemen hemen aynı sözcük ve cümlelerle yer alan bu paragrafı irdeleyerek birtakım sonuçlara varılabilir.

Silahlı kuvvetlerce yerine getirilen "bazı hizmetlerde" ifadesi Yüksek mahkemenin geri kalan hizmetlerde kullanılan araç ve gereçlerin tehlike arzermeyeceği ya da geri kalan hizmetlerde tehlikeliliğın bulunmadığı yönünde bir sonuca varmış olduğunu düşündürebilir. Oysa ki yüksek mahkemenin bir başka kararında yer alan:

"... Bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olan askerlik hizmeti..."⁴³ Cümlesi, "bazı hizmetler"den daha geniş bir anlam içermekte, adeta askerlik hizmetinin kendisinin tehlikeli olduğu yönünde bir kanıyı simgeler gözükmeğdir. Yüksek mahkemenin kit'ada geceleyn nöbet tutmakta iken vahşi bir hayvan saldırısı sonucu ölen erin yakınlarının uğradığı zararın tazminine ilişkin kararında yukarıda zikredilen paragrafta "... gerek hizmetin kendisinin gerekse..." eklemesinin yapılmış olması da kanımca bu fikri desteklemektedir. Demek ki tehlikeli olan sadece hizmetin yürütülmesi sırasında kullanılan araç ve gereçler, usuller ya da faaliyet değil hizmetin bizatihi kendisi de olabilmektedir.⁴⁴

layı sorumluluğu, mücbir sebep ve idarece alınacak tedbirlerle giderilmesi mümkün olmayan umulmayan haller dışında kabul edilmektedir." (A.Y.İ.M. 2.D. 17.01.1996 E.1995/248 K.1996/27; A.Y.İ.M. 2.D. 16.11.1994 E.1993/221 K.1994/1679; A.Y.İ.M. 2.D. 20.06.1996 E.1995/965 K.1996/563; A.Y.İ.M. 2.D. 28.06.1995 E.1994/1587 K.1995/578; A.Y.İ.M. 2.D. 26.04.1995 E.1994/1301 K.1995/322; A.Y.İ.M. 2.D. 11.01.1995 E.1993/556 K.1995/18, <http://www.msb.gov.tr>, 24. 05. 2006). Demek ki umulmayan hallerin bir bölümü idarece alınacak tedbirlere rağmen giderilememektedir. Cümleden, bu nitelikteki umulmayan hallerden idarenin sorumsuz olduğu anlamı çıkarılabilir. Kanımca umulmayan hâl ile ilgili olarak (mücbir sebep illiyet bağıını kestiği için hiçbir şekilde sorumluluk sözkonusu olmayabilir) hizmet kusurunun sözkonusu olmayacağı ancak kusursuz sorumluluğun mümkün olabileceği yönünde bir yaklaşım yerinde olabilirdi.

⁴³ AYİM 2.D, 02. 08. 1994, E. 1992/224, K. 1994/198, <http://www.msb.gov.tr/prgs>, 24.05.2006

⁴⁴ Yüksek Mahkemenin hizmetin kendisinin tehlikeli olduğunu belirtmesi, hizmette kullanılan araçların, usullerin ya da yaratılan durumların tehlikeli olması gibi ifadelerden daha soyut ve genel bir ifadedir, çünkü bu ifade, hayat tecrübelerine göre askerlik hizmetinin tehlikeli olduğunu "düşündüren" ateşli silahların kullanımı gibi tehlikeli bir faaliyet sözkonusu olmasa bile hizmet yürütülürken herhangi bir şekilde bir zararın ortaya çıkabileceği (bahsedilen kararda olduğu gibi vahşi bir hayvanın saldırısı sonucu ölüm) anlamına gelebilir. Tabii bu şekilde genel bir ifade kullanılması aynı zamanda zararın sebebi ile ilgili bir belirsizliği de içermektedir ki bu durum "tehlikelilik" ile "risk" arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır. Başka bir ifade ile A.Y.İ.M.'nin "tehlikeli hizmet" ile riskli hizmeti eşdeğer kabul ettiği sonucuna varılabilir.

Danıştay 10. Dairesinin risk ilkesini uyguladığı bir karardan da yukarıda varılan sonuca ulaşmak mümkündür. Bir bombanın imha edildikten sonra bilinmeyen bir nedenle patlayarak görevli polis memurunun ölümüne yol açması üzerine destekten yoksun kalan yakınlarının tazminat talebine ilişkin davada Yüksek Mahkemenin "...bomba imhası riskli hizmetlerdir...", "...idarenin yürüttüğü hizmetlerden bazılarının bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir..."⁴⁵ ifadelerini kullandığı dikkat çekmektedir. Bu ifadelerden Yüksek Mahkemenin belirli kamu hizmetlerinin diğerlerinden farklı olarak risk taşıdığı, başka bir ifade ile bünyesinde risk taşıyan hizmetler ve taşımayan hizmetler olduğu sonucuna vardığı düşünülebilir.

Acaba gerçekten bazı hizmetler diğerlerine göre daha tehlikeli ya da riskli kabul edilebilir mi? İlk bakışta bu soruya olumlu yanıt verilebilir ise de (askerlik hizmeti ile kanalizasyon hizmeti karşılaştırıldığında birincisinin ilk bakışta daha riskli olduğu sonucuna varmak mümkündür) başka bir sorunun ele alınıp tartışılması bu soruya cevap verilmesinin görüldüğü kadar kolay olmayabileceğini ortaya koyar: Acaba daha riskli olduğu düşünülen faaliyetlerde idarenin daha az riskli olduğu düşünülen faaliyetlere oranla daha fazla önlem alması kısacası kuruluş ve işleyişini sözkonusu hizmetin özelliklerine göre belirlemesi gerekmez mi? Örneğin nükleer santral işletmesinde idarenin olası bir tehlikeye karşı alması gereken önlemler ile eğitim ve öğretim hizmetinde alınması gereken önlemlerin eşit yoğunlukta olması gerekemeyebilir. Kısacası tehlikeli ya da riskli olduğu düşünülen hizmetlerle diğer hizmetler arasındaki farkın idarece eşitlenmiş olması gerekli değil midir?

İdarenin riskli olduğu düşünülen hizmetlerde diğer hizmetlere oranla daha fazla dikkat ve özen göstermesi gerektiği kabul edilirse bunun sağlanmaması hizmet kusuru teşkil edebilir. Çünkü idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle "kusur"unun olmaması gerekir. Kusurunun olmaması ise ancak gerekli her türlü önlem

⁴⁵ D. 10. D. 23. 06. 1997; E. 1996/3996, K. 1997/2544, <http://www.danistay.gov.tr>, 20. 05. 2006.

alındığı halde zararın ortaya çıkmasının önlenemesini yani idareye bir kusur atfetmenin mümkün olmamasını (riskli olduğu kabul edilen hizmetlerde bu riskin gerektirdiği kuruluş ve işleyişin ya da gerekli standardın sağlanmış olmasını) ifade eder. İdari yargı mercilerinin kusursuz sorumlulukla ilgili kararlarında öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması ve ancak idareye atfi kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemeyen durumlarda kusursuz sorumluluk meselesinin ele alınmakta olması bunu doğrular. Bu yaklaşımın kökeninde de idare hukukunda hizmet kusurunun asli sorumluluk nedeni olması⁴⁶ ve bir uyuşmazlığın çözümünde hem hizmet kusuruna hem de kusursuz sorumluluğa dayanılmasının mümkün olmaması yatmaktadır.⁴⁷

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 1997 tarihli bir kararı⁴⁸ yüksek mahkemenin de yukarıdaki yaklaşıma paralel bir kanıya sahip olduğunu gösterebilecek olması nedeniyle önemlidir. Birinci derece deprem bölgesinde lojman olarak tahsis edilmiş bir binanın depremde yıkılması ile ilgili kararda Sivas İdare Mahkemesinin idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğuna ilişkin kararı; depremin mücbir sebep teşkil etmesi nedeniyle illiyet bağının kesildiği ve idarenin kusursuz sorumluluğuna dahi gidilemeyeceği gerekçesiyle Danıştay 10. Dairesi tarafından bozulmuştur. Sivas İdare Mahkemesinin kararında direnmesi üzerine İdari Dava Daireleri Kurulu, ilgili binanın gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan satın alınmış olması nedeniyle hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, ilk bakışta mücbir sebep olarak değerlendirilip, nedensellik bağının kesilmesi nedeniyle, ku-

⁴⁶ D.10.D. 11.11.1991, E.1991/3210 K.1991/256, <http://www.danistay.gov.tr>, 20.05.2006.

⁴⁷ D.10.D. 10.04.1996, E.1995/53 K.1996/1913, <http://www.danistay.gov.tr>, 20.05.2006.

⁴⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17. 01. 1997; E. 1995/752, K. 1997/57, <http://www.danistay.gov.tr>, 20.05.2006; kararda ilgi çeken bir başka husus da Sivas İdare Mahkemesinin hem hizmet kusuru hem de kusursuz sorumluluğun bulunduğu ileri sürmesi karşısında İdari Dava Daireleri Kurulunun kusursuz sorumluluk tartışmasına dahi girmeden hizmet kusuruna hükmetmesidir. Kanımca bu husus da hizmet kusurunun asli sorumluluk olduğunu ortaya koymakta ve riskli olabilecek faaliyetlerde idare tarafından bu riski karşılayacak ölçüde tedbir alınması gerektiği düşüncesini desteklemektedir.

sursuz sorumluluğu dahi ortadan kaldıracabilecek olaylarda bile titizlikle ve öncelikle hizmet kusuru olup olmadığını irdelemektedir.

Özetle şu söylenebilir: Belirli kamu hizmetleri diğerlerine oranla daha tehlikeli ya da riskli ise idarece alınacak önlemler, zararın doğmasını önleyici tedbirler de buna paralel olarak daha fazla olmalıdır. Aksi halde hizmet kusuru sözkonusu olabilir. Risk ilkesinin uygulanabilmesi için de tüm bahsedilen önlemler, önleyici tedbirler alındığı halde zararın meydana gelmiş olması gerekir.

Yukarıdaki yaklaşım bizi aynı zamanda riskli hizmet ile riskli olmayan hizmet biçiminde bir ayırım yapmanın kusursuz sorumluluğu açıklamak için pratik bir faydası olmadığı ya da yetersiz kaldığı sonucuna götürür. Gerçekten de hizmetler eşitlendiğinde kusursuz sorumluluğu hizmetin riskli olması esasına dayandırmak da mümkün olmayabilir. O zaman acaba risk ilkesi ya da tehlikelilik esası ile ifade edilmek istenen, tabir yerinde ise, yargı kararlarındaki ifadelerin, kullanılan sözcüklerin arkasında yatan gerçekler acaba nelerdir? Bu sorunun çözülmesi kanımca A. Y. İ. M.'in kararları ile başlayarak idari yargı yerlerinin hangi olaylardan doğan uyuşmazlıklara risk ilkesini uyguladığını incelemekle mümkün olabilir.

A.Y.İ.M.'in risk ilkesine dayanarak kusursuz sorumluluğa hükmettiği kararların büyük bir bölümünde "olayın tamamen kazaen meydana geldiği"; "olayın tamamen görevin niteliğinden kaynaklanan bir kaza mahiyeti taşıdığı" gibi cümlelerin kullanıldığı en azından "kaza" kelimesinin yer aldığı dikkat çekmektedir.⁴⁹ Risk ilkesi ile ilgili Fransız Danıştay Kararlarında da kaza kelimesinin karşılığı olarak "accident" kelimesinin kullanıldığı görülmektedir.

Kaza kelimesi "kimsenin eli ya da isteği olmadan ortaya çıkan zararlı olgu" anlamına gelir.⁵⁰ Gerçekten de risk ilkesi ile ilgili kararlar incelendiğinde zararın, idarenin ve/veya kamu görevlilerinin elinde

⁴⁹ A.Y.İ.M. 2.D, 23.12.1998, E.1998/142 K.1998/812; A.Y.İ.M. 2.D, 04.11.1998 E.1997/466 K. 1998/661; 2.D, 11.01.1995, E.1993/1080 K.1995/29; 2.D, 14.06.2000, E. 1998/848 K. 2000/403; 2.D. 31.10.2001, E.2001/553 K.2001/813; 2.D. 02.08.1994 E.1992/224 K. 1994/15, <http://www.msb.gov.tr/> 24.05.2006.

⁵⁰ Türk Dil Kurumu, *Türkçe sözlük*, Bilgi Basımevi, Ankara, 1974, s. 470.

olmayabilecek nedenlerle ortaya çıktığı, bu tip olayların kaza mahiyetini taşıdığını düşünmek mümkündür. A.Y.İ.M.'in bazı kararları ve Danıştay'ın bir kararı örnek gösterilebilir.

Mayın temizleme çalışmaları sırasında bir mayının patlayarak askerlik görevini yapmakta olan bir şahsın sağ işaret parmağını kaybetmesinden doğan uyuşmazlık üzerine risk ilkesine dayanarak kusursuz sorumluluğa hükmeden A.Y.İ.M.'in bu kararının olay kısmından, gerekli tüm önlemler alındığı halde, zamanla mayının fünyesinin hassaslaşması nedeniyle hafif bir basınçla çalışır hale gelmesi ve mayının bir kayanın dibine sıkışmış olması gibi şartların birleşmesi sonucunda patlamanın meydana geldiği anlaşılmaktadır⁵¹. Yüksek mahkemenin bir başka kararına konu olan olayda da bir tabancanın horoz tertibatı üzerine yere düşmesi sonucu ateş aldığı ve kurşunun fayanstan sekererek ölüme sebebiyet verdiği görülmektedir.⁵²

Risk ilkesi ile ilgili benzeri durumların ortaya çıkardığı zararların tazminini hüküm altına alan karar örneklerini çoğaltmak mümkündür.⁵³

⁵¹ A.Y.İ.M. 2.D. 14.06.2000, E.1998/848 K.2000/403, <http://www.msb.gov.tr>, 24.05.2006.

⁵² A.Y.İ.M. 2.D. 04.11.1998 E.1997/466 K.1998/661, <http://www.msb.gov.tr>, 24.05.2006.

⁵³ A.Y.İ.M. 2.D. 31.10.2001, E.2001/553 K.2001/813 Bir astsubayın bomba yükleme sırasında uçağın hava alığına kapılarak şehit olması ile ilgili kararda savcılık tarafından, mağdurun hava alığının önünden geçmemesi gerektiğini aldığı eğitimlerden bilmesine rağmen önceden yükleme yapılmış olan ve çalışmadığını bildiği uçağın bu sırada çalışmış olduğunu değerlendirememiş olabileceği kanaatine varıldığı anlaşılmaktadır. A.Y.İ.M. 2.D. 23.01.2002 E.200/234 K.2002/74, lastik tamiri ile görevlendirilen bir erin ölümü nedeniyle yakınlarının uğradığı zararın tazmini ile ilgili uyuşmazlıkta; ölenin lastiği şişirdiği ancak çekiçle çembere ve janta vurması sonucunda lastiğin patladığı, birkaç metre yükseğe fırlayan lastiğin üzerine düşmesi sonucu başından yaralandığı ve sol bacak kemiğinin kırıldığı anlaşılmıştır. Mağdur daha sonra da "künt kafa travması sonucu gelişen beyin ödemi" nedeniyle ölmüştür. A.Y.İ.M. 2.D. 02.08.1994 E.1992/224 K.1994/158, "El bombası atışı sırasında imalat hatası olan bombanın elinde patlaması sonucu sakatlanma": Kazanın büyük olasılıkla bombanın iğne yayındaki bir arıza nedeniyle emniyet maşasının hafifçe gevşetilmesi ve iğnenin erken çarpmasından kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. A.Y.İ.M. 2.D. 29.06.1994 E.1992/905 K.1994/1298, olumsuz hava koşulları nedeniyle dağa çarparak düşen uçağın pilotunun şehit olması ile ilgili uyuşmazlıktan, havada olan uçakların hava şartlarının tehlikeli olması nedeniyle rota ile ilgili aralarında yaptıkları konuşmaları kalkış yapmakta olan uçakların yer kanalı ile irtibat halinde olmaları nedeniyle duyamamaları nedeniyle kazanın meydana geldiği anlaşılmaktadır. Kısacası "kaza", iletişim kopukluğu, hava koşulları ve başkaca olumsuz etkenlerin birleşimi sonucunda meydana gelmiştir. A.Y.İ.M. 2.D. 10.01.1996 E.1995/532 K.1996/9, uyuşmazlık konusu olaydan kazanın kontrol kulesinin kurye uçağının uçuş bilgisini alçalma yapan uçaklara bildirmemesi, düşen uçağın pilotunun yükseklik değerlendirmesini yanlış yapması, görerek yaklaşımda ısrar etmesi ve başka bazı şartların biraraya gelmesi sonucunda meydana geldiği anla-

Danıştay 10. Dairesinin yukarıda değinilmiş olan "bomba imhası" ile ilgili kararına esas teşkil eden uyuşmazlığın doğumuna ilişkin şartlar incelendiğinde de yukarıdaki kararlardakilere benzer olumsuz şartların biraraya gelmesi sonucunda patlamanın gerçekleşmiş olabileceği anlaşılmaktadır.⁵⁴ Aynı husus Fransız Danıştayının bazı kararları için de geçerlidir.⁵⁵

Sonuç olarak, risk ilkesinin, idarenin faaliyeti sırasında iradesi dışında gerçekleşen kaza ve benzeri tesadüfi olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulandığı anlaşılmaktadır.

Yargı yerlerinin kararlarında "kaza" kelimesinin kullanılması ve uyuşmazlık doğuran olayların kaza mahiyetini taşıyabilecek olaylar olması akla şu soruyu getirmektedir: Acaba risk ilkesi beklenmeyen durumlara mı uygulanmaktadır? Öğretide bazı yazarların⁵⁶ bu konuya işaret etmiş oldukları da dikkate alındığında bu çalışmada bahsedilen soruya cevap aramak önemlidir.

şılmıştır. A.Y.İ.M. 2.D 13.11.1996 E.1995/62 K.1996/1027, Bir helikopterin, üzerine çığ düşen güvenlik timini kurtarma operasyonunda düşmesinin, yapılan inceleme sonucunda, kalkış esnasında motorda güç düşüklüğü meydana gelmesi, rüzgar nedeniyle kar tozlarının motorda buzlanmaya neden olması ve çevre görüşünü engellemesi ve bunlara ek olarak başka olumsuzlukların gerçekleşmesinin sonucu olduğu ortaya çıkmıştır. <http://www.msb.gov.tr>, 24.05.2006.

⁵⁴ Kararda, Uzmanlar tarafından, tüplerden patlayıcı örneği alınırken veya boşaltılırken tüplerin ağız kısımlarına ve üzerlerine bir miktar patlayıcı madde bulaşmış olabileceği, bir miktar patlayıcının beton zemine dökülmesi ihtimalinin mevcut olduğu, yerdeki patlayıcı üzerinde yürümenin ya da sert bir cisim bırakmanın patlamaya neden olmuş olabileceğinin belirtildiği ifade edilmektedir.

⁵⁵ Örneğin, CE 3 mai 1974 Gaz De France DA 1974, n. 189. Bu kararda, otoyolun altında bulunan gaz borularından bir tanesinin çatlaması sonucu gaz sızıntısı meydana geldiği, sızan gazın eskimiş su borularını takip ederek Bayan Berthoud'un dairesindeki bir bölmenin duvarındaki gözenekli fayanslardan içeri girdiği ve bir lambanın yakılması ile zararı doğuran patlamanın meydana gelmiş olduğu belirtilmektedir. Havagazı dağıtım hizmeti ile ilgili Bu karara benzer Danıştay kararları bulunmaktadır. Havagazı borularından sızan gaz nedeniyle meydana gelen ölümlerle ilgili uyuşmazlıklarda Yüksek Mahkeme hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varılmasının nedeni boruların eskimiş ve bakımsız olmalarıdır. Bahsedilen kararlardan birinde de dökme demirden yapılmış boruların zaman zaman patlayarak zehirlenmelere neden olduğu bilindiği halde tehlikeyi önleyecek tedbirlerin alınmamış olması "ağır hizmet kusuru" sayılmıştır. Demek ki öngörülmesi ve önlenmesi mümkün zararlarda idarenin gerekli tedbirleri almamış olması hizmet kusuru teşkil etmektedir. D.D.K. 13.06.1956, E.1956/101 K.1956/99; D.8.D. 20.10.1966 E.1966/1711 K.1966/2753; D.12.D. 15.12.1970, E.1969/2521 K.1970/2316, ESİN, *a.g.e.*, s.111-115.

⁵⁶ ESİN, *a.g.e.*, s.134, müellif, idari hasar kuramının uygulandığı hallerden birinin de umulmayan haller olduğu görüşündedir; Armağan'ın da beklenmeyen durumları idari hasar ilkesi içerisinde ele almasından aynı görüşte olduğu anlaşılıyor, bkz. ARMAĞAN, *a.g.e.*, s. 157.

a) Beklenmeyen Durum (Fevkalâde Hâl)

Beklenmeyen durum bir tanıma göre "idarenin faaliyeti yürütülürken birdenbire ortaya çıkan, yani öngörülemez fakat bilinse önlenbilir olan bir olaydır."⁵⁷ Bir diğer tanıma göre beklenmeyen durum önlenemeyen, karşı konulamayan bir durumdur ancak bu karşı koyamama olayın nedeninin bilinmemesinden ileri gelir. Gözler de beklenmeyen durumları "önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, idarenin faaliyeti içinde bulunan olaylardır" cümlesi ile tanımlanmaktadır. Belki beklenmeyen durum şöyle de tanımlanabilir: İdarenin faaliyet alanı içerisinde aniden ortaya çıkan, idareden öngörülmesinin ve önlenmesinin beklenemeyeceği olay.

Risk ilkesinin uygulandığı yargı kararlarının önemli bir kısmında beklenmeyen durumun unsurlarından bahsedildiğini düşündürecek ifadeler tekrarlanmaktadır.

A.Y.İ.M.'in kararlarında yer alan "...tehlikelerin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edip önceden tedbir alarak önlemek mümkün olmaz..."⁵⁸, "... zamanından önce veya sonra patlamasının ne zaman ortaya çıkacağını önceden tahmin edilmesi mümkün değildir..." gibi ifadelerin beklenmeyen durumun öngörülemez ve önlenemez unsurlarını işaret ettiği düşünülebilir.

Danıştay 10. Dairesinin yukarıda ilgili paragrafta değinilen "bomba imhası" ile ilgili kararında "...ancak imhadan sonra bilinmeyen bir nedenle ortaya çıkan patlama.... Bir başka kararda "...nedeni bilinmeyen bir şekilde hücum botunun patlaması..."⁵⁹ ifadeleri de beklenmeyen durumla ilgili görünmektedir.

⁵⁷ ÖZGÜLDÜR, *a.g.e.*, s.141.

⁵⁸ A.Y.İ.M. 2D. 13. 11. 1996 E.1995/62 K.1996/1027; 2.D. 28. 09. 1994 E.1993/683 K.1994/1603; 2. D 09. 12. 1998 E.1998/140 k.1998/948; 2.D 21. 03. 2001 E.2001/102 K.2001/231, www.msb.gov.tr, 24.05.2006 .

⁵⁹ D.12.D. 24.02.1971, E.1968/868 K.1971/427, ESİN, *a.g.e.* s. 137.

Fransız Yargıtayı'nın da tesbit edebildiğimiz bir kararında sebebin anlaşılammamış olduğunu ("...dont la cause est demeurée inconnue...") belirtmesi de aynı hususa ilişkin gözükmektedir.⁶⁰

Beklenmeyen durumun unsurlarını inceleyerek bir sonuca varmaya çalışmak kanımca gereklidir: "öngörülemezlik", "önlenemezlik" ve "içsellik"

b) Öngörülemezlik

Beklenmeyen durumun unsurlarından birinin öngörülemezlik olduğu kabul edilmektedir. Öngörmek: "göz önünde tutmak, aklından geçirmek"; öngörü de: "Bir işin ilerisini kestirme ya da bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma" anlamına gelmektedir. Şu halde öngörülemezlik idarenin bir olayın meydana geleceğini önceden tahmin etme, kestirebilme imkânından yoksun olmasını ifade etmektedir.⁶¹ İşte A.Y.İ.M.'in tehlikenin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edilmesinin mümkün olmaması ile kastettiği kanımca öngörülemezlik unsuru olabilir. Yüksek Mahkemenin çözümlediği uyuşmazlıkları doğuran olaylara bakıldığında zararın doğumuna ilişkin şartların gerçekten de idarece öngörülmesinin mümkün olamayacağı sonucuna varılabilir.

Danıştay, A.Y.İ.M.'den farklı olarak genellikle "sebebin bilinmemesi" tabirini kullanmaktadır. Öğretide beklenmeyen durumlar tanımlanırken sebebin bilinmemesinin esas alındığı, Fransız Öğretisinde de⁶² beklenmeyen durumla nedeni bilinmeyen olayın aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Kanımca öngörülemezlik ile sebebin bilinmemesi esas itibarıyla aynı hususu ifade etmektedirler. Belki ikisi arasında, öngörülemezliğin zararın ya da zarara yol açan olguya ilişkin bir belir-

⁶⁰ Cass. Civ. 23 novembre 1956 Trésor Public c/Giry, LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s. 500. Doktor Giry, polislerle birlikte bir zehirlenme vakasını incelemek üzere olay yerine geldiği sırada patlama meydana gelmiş ve yaralanmıştır. Doktor Giry'nin polis tarafından ilgili kanuna göre gaz sızın-tısından zehirlenenlere yardım etmek üzere görevlendirildiği dikkate alınarak, kamu hizmeti gördüğü bir sırada zarara uğradığı ve bu zarardan idarenin sorumlu olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

⁶¹ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Bilgi Basımevi, Ankara, 1974, s. 630.

⁶² Onar'ın naklettiğine göre Hariou da beklenmeyen durumu nedeni belirlenemeyen bir kusur olarak tanımlamaktadır (ONAR, *a.g.e.*, s.1711).

sizliği zarardan yola çıkararak ya da zararı esas alarak açıklamakta olduğuna; sebebin bilinmemesinin ise zarara yol açan eyleme (zararın öncesindeki Őartlara) ilişkin belirsizliği ifade ettiğine ilişkin bir fark olduğu dŐnlebilir.

Sebebin bilinmemesini kanımca sebebin “o anda” başka bir anlatımla “zarar meydana gelmeden önce” bilinmemesi olarak anlamak gerekir. Zira olay meydana geldikten ve zarar oluŐtuktan sonra sebebin araŐtırılarak bulunması ya da en azından belirli bilimsel bir tahmin yrtlmesi mümkün olabilir. Öğretide Gözler, kazanın öncelikle sebebinin araŐtırılacađını, sebebin bulunması halinde artık beklenmeyen halin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir.⁶³Yazarın bu ifadesini takip eden cümlelerinden zarar meydana geldikten sonra ortaya çıkarılan, anlaşılan sebebin hizmet kusuru bulunduğunu gösterebileceğini vurgulamak istediği anlaşılmaktadır. Kanımca bu yaklaşım doğru ve yerinde olmakla birlikte sebebin zarar doğmadan önce bilinmemesinin her zaman hizmet kusuru olmayabileceğini gözönünde bulundurması nedeniyle eksik görülebilir. Gerçekten de bazı hallerde zararı doğuran neden sonradan anlaŐılabilse bile idareyi bu sebebi bilmemekten kusurlu saymak, başka bir anlatımla idarenin zararı ngrememekte kusurunun bulunduğunu kabul etmek zor olabilir.

“ngrlemezlik” tabiri, idareden olayın ya da zararın meydana geliŐini önceden kestirememesini, tahmin edememesini ifade ettiği gibi söz konusu kestirememe ya da tahmin edememenin imkân dahilinde olmaması, en azından idareden bunun beklenmemesini de ifade ettiği dŐnlebilir. Başka bir anlatımla eğer idare öngörmesi gereken bir olayı ya da zararı ngrmemiŐse hizmet kusuru olabilmektedir. Bu durumu örneklendirmek için Danıştay’ın eğitim ve ğretim hizmeti ile ilgili iki kararından bahsedilebilir. Teneffüs sırasında bir öğrencinin, arkadaŐının fırlattığı kalemin gözüne isabet etmesi sonucunda bir gözünü kaybetmesine ilişkin uyuşmazlıkta D.8. Dairesi idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varmış; ancak teneffüs sırasında arkadaŐı tarafından atılan bir çivinin bir öğrencinin gözünün sakat

⁶³ GÖZLER, *a.g.e.*, s. 1230.

kalmasına ilişkin bir diğer uyuşmazlıkta D.12.Dairesi hizmet kusuru olduğunu hüküm altına almıştır. Kararlar incelendiğinde esaslı bir fark ortaya çıkmaktadır; çünkü anılan ikinci karardan, olay meydana gelmeden önce çivinın sınıf öğretmeni tarafından görüldüğü ancak herhangi bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır. İşte idare ve bu örnekte ilgili kamu görevlisi tarafından zararlı bir neticenin meydana gelebileceği öngörülme gerekirken öngörülmediği ve müdahale edilmediği için hizmetin kusurlu işlemiş olduğu sonucuna varılmıştır.⁶⁴ Özetle öngörmenin idareden beklenebilir olması beklenmeyen durumu bir "beklenen durum"a dönüştürmekte ve hizmet kusuru teşkil edebilmektedir.⁶⁵

Burada akla gelebilecek bir başka soru da şu olabilir: Acaba öngörülemezlik ile somut olayın ve somut zararın öngörülememesi mi yoksa soyut ve genel bir öngörülemezlik hali mi anlaşılmalıdır? İki yaklaşımdan birinin kabul edilmesi beklenmeyen durumun uygulanma alanının genişlemesine ya da daralmasına yol açabileceği için sorunun çözümü kanımca önemlidir. Şöyle ki; eğer genel bir öngörü yeterli kabul edilirse birçok olayda öngörülebilirliğin kabul edilmesi gerekir. Örneğin bir paraşütün açılmaması daha önce de görülmüş, hakkında "paraşüt açılmayabilir"⁶⁶ gibi genel bir öngöründe bulunulabilecek bir olay-

⁶⁴ Bahsedilen kararlarda açıkça risk ilkesinden bahsedilmemiş olmakla birlikte bu tip olayların kaza mahiyetini taşıdıkları ve risk ilkesinin uygulanabileceği düşünülebilir.

⁶⁵ A.Y.İ.M. 2.D. 22.06.2001, 172/535, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin, Ankara, 2003. s. 611; "ot mücadelesinde çim biçme makinasının taş fırlatması sonucu sakatlanma", kararla ilgili bilirkişi raporunda yer alan, tüm çim biçme makinalarının taş fırlatma riski olduğu ancak olayda kullanılan makinanın yan ve koruyucu plakalarının bulunmaması, zeminle makinanın bıçağı arasındaki yüksekliğin fazla olması ve benzeri nedenler Yüksek Mahkeme dikkate alınarak hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varılmıştır. Bu karar da zararın öngörülebilmesinin idareden beklenebileceği hallerde öngörülmemiş olmasının hizmet kusuru teşkil ettiği fikrini destekleyebilir. A.Y.İ.M 2.D. 10. 05. 2000 456/391, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 617: Bir erin, bulduğu el bombasını kurcalaması sonucunda ölümüne ilişkin kararda ise idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir. Oysa karardan erin bombayı aslında bombanın olmaması gereken bir yerde (spor kompleksi civarında) bulduğu anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme "yerde patlayıcı madde bulunmasına engel olamayan davalı idarenin de bu sonucun doğmasında dolaylı katkısının" bulunduğunu belirtmekle birlikte hizmet kusuru sonucuna varmamıştır. Kanımca burada da hizmetin kusurlu işlediği hüküm altına alınmalıydı.

⁶⁶ A.Y.İ.M. 2.D. 07.12.2000, 453/875 ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 619; Yüksek Mahkeme, zorunlu atlayış sırasında paraşütü arızalı açılarak sakatlanan astsubaya kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminat ödenmesine karar vermiştir. Tabii paraşütün açılmaması idare tarafından öngörülmesi beklenebilir bir hal almışsa, beklenmeyen durum beklenen bir duruma dönüşmüşse, hizmet kusuru olabilir. Nitekim Esin'in naklettiği bir kararda Danıştay; bir ere "dolaşık" paraşütle atlayış yaptırıl-

dır. Hatta istatistiksel olarak bir paraşütün açılmama ihtimalinin yüzde ile ifadesi mümkün olabilir. Böyle genel bir öngörü yeterli kabul edilirse beklenmeyen durum kabul edilebilecek olaylar daha önce hiç görülmemiş ya da pek ender ortaya çıkan olaylarla sınırlı kalır ki bu halde beklenmeyen durumun uygulanma alanı hayli daralmış olur. Aksi yaklaşımın geçerli olduğu düşünüldüğünde de paraşüt örneğine sadık kalırsak "o paraşütün", "o gün" açılmayacağını idarenin kestirebilmesini aramak gerekir ki bu halde hemen hemen tüm zararlı neticelerin ve bunları doğuran olayların beklenmeyen durum kabul edilmesi gerekecektir.

Kanımcıca öngörememenin somut olayda sözkonusu olup olmadığına bakılması daha doğru olur. Önemli olan somut olayın verileri ışığında idarenin olayı ya da zararı öngörebilir öngöremeyeceğine ilişkin bir değer yargısında bulunmaktır. İdarenin elindeki tüm imkânları kullanması düşünüldüğünde somut olayı ve zararı öngörmesinin kendisinden beklenebilir beklenemeyeceğini saptamak gerekir. Hayat tecrübeleri eğer idarenin belirli bir olayı öngörmesinin beklenemeyeceğini işaret ediyorsa ve zararlı bir sonuç da ortadaysa beklenmeyen durum vardır denilebilir. Tabii bu ayrımın sadece idarenin kusurlu sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu arasında bir sınır çizebilmek bakımından faydası olduğu kabul edilmek gerekir zira, beklenmeyen durum sorumsuzluğa yol açmadığı, kusursuz da olsa idarenin sorumluluğu baki kaldığı için ayrımın "sorumluluğa" bir etkisi yoktur.

c) Önlenemezlik

Beklenmeyen durumun diğer bir unsurunun da önlenemezlik olduğu kabul edilmektedir. Önlenemez olma idarenin zararın önüne geçememesi, geçebilecek imkândan yoksun olması anlamına gelir. Önlenemezliğin hem zararlı sonucu hem de bu zararlı sonuca yol açan olayı kapsadığı da ifade edilmektedir.⁶⁷İdarenin bir zarar doğurucu olayı ön-

ması sonucunda erin sakatlanması ile ilgili uyuşmazlıkta atlayış öncesinde hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varmıştır. D.12.D. 08.07.1970, E.1968/912 K.1970/1562, ESİN, a.g.e., s. 42.

⁶⁷ YAYLA, Yıldızhan, *İdarenin sorumluluğu ve Mücbir Sebep*, in "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İÜHFD, İstanbul 1980, s. 48.

leyememesinin sebepleri ile ilgili çeşitli olasılıklar akla gelebilir. Meselâ meydana gelen olayın idarenin sahip olduğu tüm imkânları kullansa dahi önleyemeyeceği vahamette olabileceği, olayı önlemeye yönelik faaliyetin bizatihi kendisinin zarar doğurabileceği⁶⁸ düşünülebilir. Ya da idarenin olayı ve zararlı neticeyi önleyebilecek vakti olmayabilir. Nitekim beklenmeyen duruma verilen bir diğer isim de nagihani hadisedir (ansızın, birdenbire ortaya çıkan olay). Gerçekten de beklenmeyen durum sayılabilecek olaylar genellikle birdenbire ortaya çıkan olaylardır. Başka bir anlatımla zararın sebebinin ortaya çıkması ile zararın ortaya çıkması arasında idareden zararı önlemesinin beklenemeyeceği kadar kısa bir süre geçmektedir. Örneğin idareye ait bir aracın lastiğinin aniden patlaması nedeniyle bir maddi zararın ortaya çıkması halinde lastiğin patlaması ile zararın doğumu arasında geçen süre içerisinde idarenin zararı önlemeye yönelik bir eylemde bulunması beklenemez. Bu durumda ortada beklenmeyen bir durum ve risk sorumluluğu olduğu kabul edilebilir. Meğer ki, aracın bakımlarının zamanında yapılmamış olması ya da benzeri hizmet kusuru sayılabilecek hallerden biri bulunsun.⁶⁹

Yukarıda anılan A.Y.İ.M. kararlarında "...önceden tedbir alarak önlemek mümkün olamaz..." ifadesi ile kanımca önlenemezlik unsuru vurgulanmıştır ve bu durum risk ilkesinin beklenmeyen durumlara uygulandığı düşüncesini desteklemektedir. Konuyu Fransız Danıştay ile Türk Danıştayının oldukça benzer olaylara ilişkin iki kararı ile somutlaştırmak yararlı olabilir.

⁶⁸ D.12.D. E.1970/1846 K.1972/494; ESİN, *a.g.e.* s. 51, karar, yangın söndürme hizmeti sırasında yangının çıktığı bacaya su sıkılırken diğer bacadan giren suyun eşyada zarara neden olmasıyla ilgilidir. Yüksek Mahkeme, hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluğun sözkonusu olmaması nedeniyle tazminat talebini reddetmiş ve şu cümleye yer vermiştir: "...su sıkılmak hatta yangının sirayetini önlemek için zorunlu görülen birtakım yıkımlara tevessül etmek hizmetin gereği olup, bu hal kaçınılması mümkün olmayan bir ameliyedir...". Bu karar eleştirilebilir. Ortada idari bir eylem sonucunda meydana gelmiş bir zarar vardır, zarara uğrayan şahsın da bir kusuru olmadığı anlaşılmaktadır. Kanımca idarenin yürüttüğü hizmetin doğal bir sonucu dahi olsa meydana gelen özel ve olağandışı zararın, zarar gören bireyler üzerinde bırakılmaması ve külfetlerde eşitlik ilkesine göre giderilmesi gerekir.

⁶⁹ Danıştay'ın onadığı bir kararda, idare mahkemesi, karayolu üzerinde bulunan ve kazaya neden olan çukurun kısa bir süre içinde oluşmamış olmasını dikkate alarak hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varmıştır. D.10.D. 10.06.1999 6777/3327, ATAY, E. Ethem; ODA-BAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 406. Bir helikopter teknisyeninin gürültü nedeniyle zaman içerisinde işitme kaybına uğraması ile ilgili uyuşmazlıkta A.Y.İ.M. zararın külfetlerde eşitlik ilkesine göre tazmin edilmesine karar vermiştir. A.Y.İ.M. 2.D. 13.04.1994 E.1992/867 K.1994/1111, www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

Fransız Danıştayı'nın 1949 tarihli *Consorts Lecompte* kararına neden olan olay, şüpheli şahısların bulunduğu bir arabanın durdurulmasına ilişkin polis operasyonunda bir polisin silahından çıkan kurşunun olayla ilgisi bulunmayan bir şahsın, Lecompte'un ölümüne neden olmasıdır. Karar incelendiğinde dükkanının kapısında oturan Lecompte'un polis tarafından şüphelilerin bulunduğu aracın durdurulması amacıyla arabanın alt kısmına ateş açıldığı sırada kaldırımdan seken bir kurşunun isabeti sonucu ölümcül şekilde yara aldığı anlaşılmaktadır.⁷⁰

Danıştay 10. Dairesi de 2001 senesinde, bir sanığı linç etme girişiminde bulunan bir topluluğu dağıtmak amacıyla güvenlik güçlerince havaya ateş açılması sonucunda seken bir kurşunun bir şahsın ölümüne neden olması ile ilgili uyuşmazlıkta idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir.⁷¹

Bahsedilen iki kararda da risk ilkesi uygulanmıştır. Dikkat edilirse kararlara konu olan her iki olayda da bir kurşunun sekerek zarara sebebiyet vermesi sözkonusudur. Kanımca bu husus kaza ya da beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilir. Bu gibi durumlarda idareden olayın meydana geleceği yeri, zamanını, bir kurşunun sekip zarara sebebiyet vereceğini öngörmesini ve zararın meydana gelmesini önlemesini beklemek hayat tecrübelerine göre mümkün olmamak gerekir. Çünkü idarenin bu tip olaylarda zararı önlemek için yeterli zamanı yoktur.⁷²

⁷⁰ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s. 399.

⁷¹ D. 10. D. 24. 04. 2001, 2437/1548; Yüksek Mahkeme, seken bir kurşunun zarara neden olması ilgili bir başka uyuşmazlıkta da, açıkça isk ilkesinden bahsetmemekle birlikte, idarenin kusursuz da olsa sorumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. D.10.D. 07.05.1998, E.1996/8869 K.1998/1952, BAL, Yakup, *Danıştay 10. Dairesinin seçilmiş Kararları*, Seçkin, Ankara 2003, s. 107.

⁷² İdarenin zamanı olsa idi belki farklı bir sonuca varılabilirdi. Operasyonun yeri, zamanı önceden bilinse idi idarenin çevrede gerekli önlemleri almamış olması nedeniyle kusurlu sorumluluğu dahi düşünülebilirdi. Nitekim Danıştay 10. Dairesi, bir askeri atış eğitimi sırasında hedef olarak kullanılan yerin arkasındaki tarlada çalışmakta olan bir şahsın yaralanması sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkta, her atış öncesinde ayrıca tedbir alınmaması, civardaki köylere tebligat yapılmaması, hedefin arkasındaki seddin yüksekliğinin yeterli olmaması gibi olumsuzlukları tespit ederek hizmetin kusurlu yürütüldüğü sonucuna varmıştır. Karardan, merminin sert bir cisimden sekerek zarara neden olmuş olma olasılığının yüksek olduğu da anlaşılmaktadır. D.10.D. 24. 02. 1983, E. 1982/2582 K. 1983/368,

Olayın ve zararın birdenbire ortaya çıkması ya da "ani" olması kanımca beklenmeyen durumların dolayısıyla da risk sorumluluğunun sınırının belirlenmesinde bir ölçüt olarak ele alınabilir.

d) Öngörülemezlik - Önlenemezlik İlişkisi

Öngörülemezlik ve önlenemezlik eğer ilki zarara yol açan sebebin ya da olayın öngörülmesi ikincisi ise zarara yönelen, zararı esas alan kavramlar olarak kabul edilirse belirli sorular akla gelebilir: Acaba öngörülebilme ile önlenebilme arasında bir bağ var mıdır? Beklenmeyen durumdan bahsedilebilmesi için iki şartın birlikte olması mı gerekir? Ya da ikinci soruyu farklı bir şekilde sorarsak: Acaba öngörülemez ama önlenebilir olan ya da öngörülebilir olup da önlenemeyen durumlardan bahsedilebilir mi? Bu hallerde nasıl bir sonuca varılmalıdır?

Hizmet kusuru ve birdenbire ortaya çıkma birer ölçüt alınarak bir değerlendirme yapılırsa kanımca bir olayın beklenmeyen durum teşkil edebilmesi iki şartın birlikteliğine bağlıdır.

İdarenin öngörülebilir bir olayı önleyememesi yani normal koşullarda öngörmesi kendisinden beklenebileceği halde öngörmemiş olması, belki buna öngörememesinin kusurlu olması da denilebilir, sonucunda zararı önleyememesi hizmet kusuru oluşturabilir. Aynı yaklaşım pek ender gerçekleşebilecek bir olasılık olarak görünmekle birlikte, öngörülemez olduğu halde idarenin önleyebileceği, önlemesinin idarenden beklenebileceği durumlarda da hizmet kusurunun sözkonusu olabileceğini düşündürür. Bu iki durumun hizmet kusuru oluşturamayabileceği hâl ise kanımca olayın ani olması, zararı doğuran sebebin ortaya çıkması ile zararın oluşumu arasında idarenin zararı önlemesinin beklenemeyeceği kadar kısa bir süre geçmesidir. Bu nedenle Özgüldür'ün beklenmeyen durumlarla ilgili, bu durumların, sebebi bilinmeyen ama bilirse idi önlenebilecek olaylar olduğuna ilişkin ifadesinin her zaman doğru olmayabileceğini düşünüyorum.⁷³ Çünkü sebep idarece bilindiği

www.danistay.gov.tr, 20.05.2006. Böyle bir olayda artık beklenmeyen bir durumdan bahsetmek mümkün olmamak gerekir, zira artık ortada öngörülebilir bir durum vardır.

⁷³ ÖZGÜLDÜR, *a.g.e.* s. 141.

halde süre yetersizliği nedeniyle zararın önüne geçilmesinin mümkün olmadığı durumlar olabilir.

Örneğin bir nükleer santralde meydana gelen arıza nedeniyle açığa çıkan radyasyonun çevreye yayılması halinde eğer koşullar bu arızanın öngörülmesinin idareden beklenemeyeceği sonucuna varmayı gerektiriyor ise ve arızanın ortaya çıkması ile radyasyonun yayılması arasında idarenin bunu önlemesinin beklenemeyeceği kadar kısa bir süre bulunmakta ise bu halde beklenmeyen durum ve belki risk ilkesinin uygulanması düşünülebilir. Tabii sözkonusu arıza idarenin öngörmesi gerekirken öngörmediği, meselâ gerekli bakımların yapılmaması durumunda arıza ihtimalinin bulunduğu bilindiği halde bu bakımlar yapılmamışsa arızadan sonra yayılan radyasyonu ortadan kaldırmak, zararlı sonuçlarını önlemek idareden beklenemeyecek olsa bile olayda hizmet kusurunun varlığı kabul edilmek gerekir. Gerçekten de bu gibi durumlarda artık "risk" kelimesinin ihtiva ettiği belirsizlik anlamı ortadan kalkmıştır denilebilir. Artık bu durumda olsa olsa idarenin zarar doğma ihtimalinin yüksek olduğunu bile bile faaliyetine devam etmesi sözkonusudur. Tabir yerinde ise zararı göze alma değil artık göz göre göre felaketi beklemektir bu durum.

Özetlemek gerekirse bir olayın beklenmeyen durum teşkil etmesi ve risk ilkesinin uygulanabilmesi için iki unsurun birlikte gerçekleşmiş olması gerektiği kanısındayım. Aksi halde kusurlu sorumluluk doğabilir. Mutlaka hizmet kusuru olur demek belki yanlış olabilir. Şöyle ki; öngörülebildiği halde önlenemeyecek bir durum olarak kabul edilebilecek ve Fransız Danıştayının *Dalleau* kararına konu olan bir olay aksi yönde bir görüşü destekleyebilir.⁷⁴ Bir uçurumun kenarına (falez) inşa edilen bir yol üzerine kaya parçalarının düşmesi sonucu meydana gelen kazaya ilişkin uyuşmazlıkta, idarece yapılan tüm denetimler ve bakım çalışmalarına rağmen yolun; bulunduğu yerin özelliği ve yolun yapılması sırasında yürütülen kazı çalışmalarının riski artırmış olması nedeniyle 1963 yılından kararın verildiği tarihe kadar bazıları ölümlü olmak üzere birçok kazaya meydan verdiğinin anlaşılması üzerine

⁷⁴ C.E., 6 juillet 1973, Sieur Dalleau, <http://www.jura.unisb.de>, 03.01.2006.

Yüksek Mahkeme, sözkonusu yolun istisnai (fevkalâde) tehlike arzettiğini kabul ederek, idarenin kusursuz sorumluluğunu hüküm altına almıştır.

Bahsedilen olayda zararın doğumu idare tarafından öngörülebilir hatta öngörülmüş olduğu halde idarenin bu tip kazaları önlemek imkânından yoksun olduğu kabul edilerek idare kusursuz sayılmıştır. Bu kardan yola çıkarak belirli sonuçlara varılabilir:

Birincisi, idarenin bu gibi durumlarda dahi zararı önleyecek tedbirleri almış olması gerektiği, almadığı için de kusurlu olduğu düşünülebilir. Kanımca en azından bugün için geçerli olması gereken görüş budur; zira artık idarenin standardı bu tip kazaları önleyebilmesinin kendisinden beklenebileceği düzeyde kabul edilmek gerekir.

İkincisi, bir olayın beklenmeyen durum sayılabilmesinin öngörülelememe ve önlenememe şartlarının birlikte gerçekleşmesine bağlı olmadığı, sadece bir tanesinin beklenmeyen durumun varlığını kabule yeterli olduğu ve olayda önlenememe şartının gerçekleştiğinden hareketle beklenmeyen durumun bulunduğu ve risk sorumluluğuna gidilebileceği düşünülebilir.

Üçüncüsü, bu gibi olayların beklenmeyen durum teşkil edemeyecekleri ancak risk ilkesinin sadece beklenmeyen durumlara uygulanan bir ilke olmadığı, uygulanma alanının daha geniş olduğuna da kanaat getirilebilir.

Dördüncüsü, beklenmeyen durumun sözkonusu olmadığı, bu nedenle de risk ilkesinin uygulanamayacağı akla gelebilir. Risk ilkesinin kusursuz sorumluluğu bu gibi olaylarda açıklamakta yetersiz kaldığı ve kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi başka bir esasa dayanılması gerektiği sonucuna varılabilir.

e) İçsellik

Öğretide ve öğretiyeye gönderme yapan bazı yargı kararlarında beklenmeyen durumun mücbir sebep teşkil eden hallerden ayrılabilmesi için beklenmeyen durumun "hizmetin içinden" çıkmasından; "içsellik" bahsedilmektedir. İçsellik ile ifade edilen, öngörülmesi ve

önlenmesi mümkün olmayan olgunun hizmetin içinden çıkması, hizmetle ilgili olması, mücbir sebep teşkil edebilecek doğa olayları ya da savaş hali gibi idareye yabancı bir kaynaktan gelmemesidir.⁷⁵

İçsellik ya da faaliyetin içinde meydana gelme özelliği, beklenmeyen durumun çoğu zaman idarenin bir kamu hizmetini yürüttüğü sırada ortaya çıkması nedeniyle, kolay teşhis edilebilir bir husustur. Ancak, bazı hallerde mücbir sebep teşkil eden olaylarla bunun arasındaki sınırı çizmek; başka bir anlatımla idarenin faaliyet alanını kesin bir şekilde belirlemek kolay olmayabilir. A.Y.İ.M., risk ilkesi ile ilgili kararlarında "...zarar ile hizmet arasında illiyet bağı bulunmaktadır...", "...olayın bir kamu hizmetinin ifası sırasında meydana geldiği..."⁷⁶ ya da "...hizmetle doğrudan doğruya ilgili olduğu..."⁷⁷ ifadelerini kullanmaktadır.

Kararlarda yer alan bu ifadelerden, idarenin belirli bir kamu hizmetini yürütürken hizmetle ilgili unsurlardan (kullanılan aletler, yöntemler v.s.) kaynaklanan bir olayın beklenmeyen durum teşkil edebileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak yüksek mahkemenin mücbir sebep ile ilgili bazı kararlarında idarenin dışında yer alan, Yayla'nın ifadesiyle sorumluluğu tartışılan hukuk kişinin faaliyeti içinde olmayan, bazı olguların ya da olayların da hizmetle ilişkisi kurularak idarenin kusursuz sorumluluğu sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır:

"Öngörülemez ve önlenemez özellikleriyle dolayısıyla mücbir sebep teşkil etmekle beraber güvenlik gerekçesiyle zorunlu olarak stratejik önemi olan bir bölgede inşa edilen sınır karakoluna düşen çığ altında kalarak ölen erin yakınlarının uğradıkları zararın, görülen askeri hizmetle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmediği

⁷⁵ ONAR, a.g.e. s. 1711, YAYLA, *İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu s.48, GÖZLER a.g.e. s.1229, müellif "içlik" tabirini kullanmaktadır.

⁷⁶ Kararlarda bu cümleler sıklıkla kullanılmaktadır. Örnek olarak: A.Y.İ.M. 2.D 02.081992, E.1992/224 K. 1994/158, www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

⁷⁷ A.Y.İ.M. 2.D 31.10.2001, E. 2001/553, www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

dikkate alındığında, kusursuz sorumluluk kuramı gereğince idarece karşılanması gerekir⁷⁸

Yukarıda ilgili bölümü aktarılan karardakine çok benzer ifadelerin kullanıldığı başkaca kararlar da bulunmaktadır.⁷⁹ Bu kararlar, hem mücbir sebepten bahsedilmesi hem de nedensellik bağının kesilmediğini kabul etmeleri bakımından eleştirilebilir. Gerçekten de mücbir sebebin zararı doğuran olayla zarar arasına girerek illiyet bağını kestiği, bu nedenle kusursuz ve kusurlu tüm sorumluluk hallerini ortadan kaldırdığı kabul edildiği için kararların yerinde olmadığı düşünülebilir.

Kararlarda dikkati çeken husus mücbir sebep sayılabilecek "toprak kayması", "yıldırım düşmesi", "çığ düşmesi" gibi genellikle doğadan gelen olaylarla hizmet arasında ilişki kurulması, adeta bu olaylar idari faaliyetin içinden çıkıyormuşçasına idarenin sorumluluğuna gidilmesidir.

Bahsedilen kararlarda dikkat edilirse mücbir sebebin öngörülemezlik ve önlenemezlik özelliklerinden bahsediliyor. Aynı özellikler beklenmeyen durumlar için de geçerli olduğu için yüksek mahkemenin aslında beklenmeyen durumları kastettiği ve idarenin faaliyet alanını oldukça geniş biçimde ele alarak hizmetin dışında olması beklenen olguları adeta "içselleştirdiği" düşünülebilir.⁸⁰ Başka bir anlatımla, Yüksek Mahkeme, "mücbir sebep" ile bu kararlarda "beklenmeyen durumu" kastetmiş olabilir; ya da kararların özünde bu yönde bir iradenin varlığı ileri sürülebilir. Nitekim gece eğitimi sırasında yıldırım düşmesi sonucu bir erin vefat etmesi nedeniyle idarenin kusursuz sorumlulu-

⁷⁸ A.Y.İ.M. 2.D, 14. 04. 1993, K.93/6147 EK., www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

⁷⁹ A.Y.İ.M. 2.D. 29. 11. 1996, E.1995/127 K. 1996/1119; 2.D. 18. 04. 2001, E.2000/274 K. 2001/388; 2D. 01. 12. 1999, E.1999/97 K. 1999/821; 2.D. 22. 04. 1998, E. 1997/649 K. 1998/316, www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

⁸⁰ Bu kararlarda beklenmeyen durumların kastedildiği düşünüldüğünde de eleştiri getirilebilir. Örneğin çığ düşmesi ile ilgili karar incelendiğinde bölgede çığ düşme olaylarının yaşandığı, idarece bu ihtimal bilindiği halde teröristlerin kullandığı bir yol olması nedeniyle stratejik açıdan önemli olduğu için karakolun bu bölgeye kurulduğu anlaşılmaktadır. Kısacası aslında çığ düşmesi idarenin öngörebildiği, ya da en azından öngörebilmesinin beklenebileceği bir olaydır. Bu nedenle idarenin bu olayın meydana gelmesini önlemek için gerekli tedbirleri almış olması gerekeceği ve hizmetin kusurlu işlediği düşünülebilir. Başka bir anlatımla karakolu bu bölgeye kurmak zorunlu ise idare çığ düşmesine karşı karakolu güvenli hale getirecek önlemleri (bu önlemlerin neler olabileceği teknik bir konudur ve alanımızın dışındadır) almadığı için hizmetin kötü işlemiş olduğu sonucuna varılabilir.

ğuna hükmettiği bir kararında A.Y.İ.M., olayın mücbir sebep olduğunu yinelemekle birlikte "...bir kamu görevinin ifası sırasında genel külfetler dışında *umulmadık nedenlerle* meydana gelen zararın..."⁸¹ ifadesini kullanmıştır. Bu ifade de yukarıdaki görüşü destekleyebilir.

Bir diğer dikkati çeken husus da risk ilkesine dayanılan birçok kararda olduğu gibi bu kararlarda da nedensellik bağının zararı doğuran eylem ile zarar arasında değil, "hizmet" ile zarar arasında kurulmasıdır. Kanımca bunun nedeni beklenmeyen durumlara özgü "sebebin bilinmemesi" ya da "öngörülemezlik" özellikleridir. Gerçekten de zararı doğuran neden bilinemediği zaman nedensellik bağının kurulabilmesi ancak hizmet ile zarar arasında mümkün olabilmektedir.

Sonuç olarak A.Y.İ.M.'in yukarıda anılan kararlarında idarenin faaliyet alanını, idarenin "sorumluluğu" sonucuna varmamak niyeti ile oldukça geniş bir şekilde belirlediği anlaşılmaktadır.⁸² Bu tip olaylardan doğan uyuşmazlıklarda risk ilkesinin uygulanması düşünülebilir.

Fransız Danıştayının risk ilkesini uygulayarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiş olduğu *Thouzellier* kararından bahsetmek faydalı olabilir. Fransa'da çocuk yaştaki suçluların ıslahı ile ilgili 1945 tarihli bir kanunda değişiklik yapılarak hapis yerine "yatılı okulda gözetim altında tutma" yöntemi öngörülmüştür. Karara konu olan uyuşmazlık, böyle bir yatılı okulda kalan iki çocuk mahkumun toplu bir gezi sırasında firar ederek Bay Thouzellier'e ait evi soymalarından doğan zarara ilişkindir. Fransız Danıştay, olayda idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun bulunmadığını tesbit ettikten sonra, çocuk mahkumların ıslahı için öngörülmüş olan yeni metodların ve bu metodların uygulanmakta olduğu kurumların civarda ikamet eden üçüncü kişiler için "özel bir risk" oluşturduğunu ve idarenin kusuru bulunmasa da zararı tazmin etmekle yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır.⁸³Fransız

81 A.Y.İ.M. 2.D. 07.05.1997 73/499, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s.701.

82 İdarenin faaliyet alanını belirlemek, sınırlarını ortaya koymak başka bir çalışmanın konusu olabilir. A.Y.İ.M.'nin askerliğin bir yükümlülük olması nedeniyle bu sonuca vardığı düşünülebilir. Belki şöyle bir ölçüt getirilebilir: Söz konusu kamu hizmeti olmasa idi zarar da doğmayacak idiyse söz konusu zarar idarenin faaliyet alanı içinde meydana gelmiştir.

83 http://www.jura.uni-sb.de/france/saja/ja/1956_02_03_ce.htm 10.05.2006.

Danıştayı bu içtihadını akıl hastalarının normal yaşama uyum sağlamaları için buldukları kurumun dışına çıkmalarına izin verilmesi sonucunda üçüncü kişilerin zarara uğraması ve benzeri olaylardan doğan uyuşmazlıklarda da tekrarlamıştır.⁸⁴

Danıştay'ın akıl hastalarının üçüncü kişilere zarar vermesi ile ilgili tesbit edebildiğimiz iki kararından Türkiye'de de idarenin bu konuda kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği sonucuna varılabilir. İlk karar bir akıl hastasının tedavi gördüğü kurumun sağlık kurulu tarafından düzenlenen "sosyal şifa" durumunda olduğuna ilişkin raporla serbest bırakıldıktan sonra bir şahsı ateşli silahla yaralaması ile ilgilidir. İdare Mahkemesi, Fransız Danıştayının yaklaşımına paralel biçimde akıl hastalarının normal yaşama uyum sağlamalarını amaçlayan sürekli hapis tutulmama metodunun üçüncü kişiler açısından "tehlike" yaratması nedeniyle idarenin kusursuz da olsa sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Danıştay temyiz incelemesi sonucunda bu kararı bozmuştur. Bozma nedeni, sağlık kurumundan ayrılmasına izin verilen şahsın toplumsal güvenlik açısından bir yıl süre ile tıbbi kontrole tabi tutulması gerektiği sağlık raporunda belirtilmiş olmasına rağmen gereğinin yapılmamış olmasıdır. Yüksek Mahkeme, kusursuz sorumluluk yerine olayda ağır hizmet kusuru bulunduğunu hüküm altına almıştır.⁸⁵ Bu karardan hareketle idarenin gerekli her türlü önlemi almasına rağmen, yine de benzeri bir olayın gerçekleşmesi halinde kusursuz sorumluluğunun kabul edebileceği düşünülebilir. Nitekim Yüksek Mahkeme, bir kamu kurumunda memurluk yapan bir akıl hastasının aynı kurumda çalışan bir başka memuru öldürmesi ile ilgili uyuşmazlıkta; failin akıl hastası olmasına rağmen sağlık heyeti raporu ile memurluk yapabileceğine karar verilmiş olmasını dikkate alarak kusursuz sorumluluk üzerinde durmuştur. Yüksek Mahkemenin kararına konu olan uyuşmazlıkla ilgili yargısal gelişimden bahsedilmelidir:

⁸⁴ DUPUIS, Georges; GUEDON, Marie Jose, *Droit Administratif*, Armand Colin, 1993, Paris s.489, VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, Presses Universitaires De France, 1992, Paris, cilt I, s. 599-600.

⁸⁵ D.10.D. 04.11.1997, 980/4114, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 501.

İdare Mahkemesi akıl hastası memurun adam öldürmesinin "önlenebilen ve sezilemeyen" bir olay olduğu ve "idari faaliyet dışında" kaldığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Mahkemenin zarar doğuran olayı bir mücbir sebep olarak kabul ettiği anlaşılıyor. Danıştay ise sözkonusu kararın bozulmasına gerekçe olarak, olay ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasının tazmin borcunun doğması için yeterli bir koşul olduğunu ve zararın, hizmetin sahibi idare tarafından ayrıca kusur şartı aranmadan karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçesinin özünde öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olayın hizmetin içinden çıkmış olduğu (içselliği), hizmetle nedensellik bağı bulunduğu kanaatinin yer aldığı sonucuna varılabilir.⁸⁶

İncelemiş olduğum yargı kararları ışığında risk ilkesi ya da tehlikelilik esasının genellikle idarece öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan ve birdenbire ortaya çıkan kısacası, beklenmeyen durum teşkil eden olaylara uygulandığı sonucuna varmış bulunuyorum. Öğretide Tandoğan'ın, "gerçekten de tehlike sorumluluğu umulmayan hâl sorumluluğudur"⁸⁷ tesbitini idari yargı içtihadları da doğrulamaktadır.

Burada iki soru ortaya atılabilir: Acaba öngörüldüğü ve önlenilebileceği halde idarece önlenmeyen, hizmetin yürütülmesinin doğal sonucu olarak ortaya çıkan ve idareye atfedilecek bir kusurun da bulunmadığı durumlarda ortaya çıkan zararların tazmini hangi esasa dayanabilir? Başka bir anlatımla, beklenmeyen durum ya da riskli veya tehlikeli sayılmayacak faaliyetlerden idarenin sorumluluğu nasıl açıklanabilir? Ve İdare, neden beklenmeyen durumlar, riskli ya da tehlikeli faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararı ödemekle yükümlüdür?

İkinci soruyla ilgili bir açıklama getirmek gerekebilir. Şöyle ki idare, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş birtakım kamu hizmetlerini

⁸⁶ Kararda Yüksek Mahkeme, hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesinin eşitlik, hakkaniyet ve nasafet kurallarına aykırı olacağını ifade etmiştir. Bu ifadelerin külfetlerde eşitlik ilkesini işaret ettiği düşünülebilir.

⁸⁷ TANDOĞAN, *Tehlike Sorumluluğu Kavramı*, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları II. Sempozyumu, Sevinç, Ankara, 1975, s. 25; İlginçtir ki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bir kararına konu olan uyuşmazlığın yargısal gelişim sürecinden, Sivas İdare Mahkemesince, umulmayan hallerde zararın hasar kuramına göre idare tarafından tazmin edilmesinin kural olduğuna işaret edildiği anlaşılmaktadır. DİDDK. 17.01.1997, E.1995/752 K.1997/57, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

yerine getirmekle yükümlüdür. Bu faaliyetler içerisinde şüphesiz tehlikeli (riskli) ya da beklenmeyen durumların ortaya çıkabileceği faaliyetler de bulunmaktadır. İşte idarenin hem bu faaliyetleri yerine getirmek zorunda olması hem de bu faaliyetlerden doğan zararı kendisine atfedilebilecek bir kusur da olmadığı halde idarenin sorumlu olması bir çelişki gibi görünmektedir. Kanımca yürütülen faaliyetin niteliği yani tehlikeli olması ya da beklenmeyen bir durumun ortaya çıkmış olması bu soruya verilebilecek birer yanıt olmaktan uzaktır; idarenin sorumluluğunun temeli bu yolla açıklanamaz. Sorumluluğun temelini belki başka bir ilke ya da başkaca esaslarla açıklamak gerekir.

Bahsedilen iki soruya yanıt bulabilmek için öğreti ve yargı kararlarında anılan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ilkesini de irdelemek kanımca kusursuz sorumluluk üzerine yapılan bir çalışmada herhalde zorunludur.

B) KAMU KÜLFETLERİ KARŞISINDA EŞİTLİK İLKESİNİN BELİRLEYİCİ OLMA NİTELİĞİ⁸⁸

Öğretide ve yargı içtihadlarında idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklamak için başvuru bir diğer ilke kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. İlkenin esasının, idarenin yürüttüğü faaliyetler nedeniyle belirli bir şahıs ya da şahısların bu faaliyetten toplumca elde edilen fayda karşısında olağan sayılmayacak bir zarara uğramaları halinde bunun toplumca karşılanması olduğu ifade edilebilir.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin idarenin kusursuz sorumluluğunun genel esası olduğu kabul edilebilir. Bunun anlamı şudur: Kusursuz sorumluluğu açıklayan iki teoriden biri risk ilkesi olduğu kabul edilmekle birlikte bu ilkenin de altında kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin yatmakta olduğu düşünülebilir. Bu düşüncenin idari yargı mercilerinin kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Örneğin,

⁸⁸ Bu ilkeye fedakarlığın denkleştirilmesi de deniliyor. Fedakarlığın denkleştirilmesi tabirini kullanmak belki daha kolay anlaşılabilir olması nedeniyle tercih edilebilirdi. Ancak gerek Fransız gerekse Türk idare hukuku öğretisi ve yargı içtihadlarında daha ziyade “kamu külfetleri karşısında eşitlik” tabiri kullanıldığı için bu tabiri kullanmayı tercih ettim. Bir diğer etken de fedakârlık yerine külfet kelimesinin irade hilafına ortaya çıkan bir durumun, zararın ifade edilmesi bakımından diğerine nazaran daha kuvvetli görünmesi oldu. “Yükümlülük” ve yükümlülüklerde eşitlik ifadesini de askerlik yükümlülüğü gibi kanundan ve anayasadan doğan görev ya da ödevleri çağrıştırmaması nedeniyle kullanmadım.

Danıştay 10. Dairesi bir kararda kusursuz sorumlulukla ilgili ilkeleri belirtirken: "...toplum yararı uğruna belirli kişilerin maruz kaldığı, özel ve olağandışı zararların *toplumun diğer bireyelerine dağıtılmak suretiyle yine toplum tarafından karşılanması* esasına dayanan idari hasar (risk) ilkesi..."⁸⁹ nitelemesiyle külfetlerde eşitliğin risk ilkesinin altında yatan esas olduğunu vurgulamış olmak gerekir. Danıştay 10. Dairesinin onadığı bir kararda da ilgili idare mahkemesince: "...zararın, *kamu külfetinin dağıtılmasını amaçlayan idari risk kuramının* bir sonucu olarak davalı idarece giderilmesi gerektiği..."⁹⁰ belirtilmiştir.

Fransız Danıştay'ı da *Consorts LeCompte* kararında polis teşkilatı personeli tarafından kullanılan silah ve araçların şahıslar ve eşya için fevkalâde bir "risk" oluşturduğunu belirttikten sonra ilgili hizmetin sağladığı fayda karşısında şahıslarca normalde katlanması gereken külfetleri aşan durumlarda kamu gücünün mes'ul olduğunu hüküm altına almıştır.⁹¹ Aynı ifadeler "*Daramy*"⁹² ve "*Epoux Jung*"⁹³ kararlarında da tekrarlanmıştır.

A.Y.İ.M.'in de "risk ilkesi" ile "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ilkesini birlikte ele aldığı kararlara rastlanmaktadır.⁹⁴

Öğretide de bazı müelliflerin bu sonuca vardığı görülmektedir. Onar, Fransız Öğretisi ve içtihadlarının tahlil edilmesi halinde hasar (risk) teorisinin kamu külfetleri karşısında eşitlik (hukuki müsavat) esasının bir "izah ve tatbik sahası ve şekli" olduğunun ortaya çıktığını

⁸⁹ D.10.D. 06.02.2001 1126/343, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 547.

⁹⁰ D.10.D. 12. 10. 1999, E.1997/3198 K.1999/4799, www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006.

⁹¹ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s. 399.

⁹² http://www.jura.uni-sb.de/france/saja/ja/1949_06_24b_ce.htm 10.05.2006

⁹³ PISIER-KOUCHNER, Evelyne, *La responsabilité de la police*, Vendime: Press Universitaires de France, 1972, s. 59-60.

⁹⁴ A.Y.İ.M. 2.D. 02.08.1994, E.1992/224 K. 1994/158, <http://www.msb.gov.tr>, 24.05.2006: Bu kararda yüksek mahkeme hem hizmetin riskli nitelik taşıdığından bahsetmiş hem de zararın zarar gören üzerinde bırakılmasının kamu yükümlülükleri yönünden eşitlik, hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği olduğunu belirtmiştir. Yüksek mahkeme başka kararlarında da hizmetin riskli olduğunu ifade ettikten sonra "zararın topluma yayılması", "eşitlik" gibi külfetlerde eşitlik ilkesini anımsatacak ifadeler yer vermektedir. Bkz. A.Y.İ.M. 2.D. 23.12.1998, e.1998/142 K.1998/812; A.Y.İ.M. 2.D. 23.01.2002 E.2000/234 K. 2002/74, <http://www.msb.gov.tr>, 24.05.2006.

belirtmektedir.⁹⁵ Esin, idari hasar (risk) kuramının "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ve "hakkaniyet ve nasafet" ilkelerine dayandığını vurgulamaktadır.⁹⁶

Bazı müellifler ise risk ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi arasında kesin bir ayrıma giderek bu iki ilkenin farklı hallerde uygulanmakta olduğunu kabul etmektedirler. Örneğin Gözler, Külfetlerde eşitlik ilkesinin ancak kusurlu sorumluluk ve risk sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda uygulanabilecek "tamamlayıcı nitelikte" bir ilke olduğunu savunmaktadır. Yazar bunun nedeni olarak kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından sorumluluğa hükmedilebilmesi için zararın "özel" ve "anormal" olması gerektiğini ve kusurlu sorumluluk ile külfetlerde eşitlik arasındaki farkın bu olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁷ Oysa zarara ilişkin bu koşullar risk ilkesi için de geçerli görülebilir. Yazarın risk ilkesinde "özel" olarak kabul edilen hususun risk olduğu, yani riskin özel bir risk olması nedeniyle zararın tazmin edildiği düşüncesine katıldığı anlaşılmaktadır. Riskin özel olmasının beklenmeyen durumları ifade ettiğini, olayların "kaza" mahiyeti taşımasını vurguladığını ve zararın ödenmesi ile doğrudan ilişkili olmadığını düşünüyorum. Öğretide zararın "özelliğinin" hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk hallerini kapsayan, zarara ilişkin genel bir şart olduğu genellikle kabul edilmektedir.⁹⁸ Kanımca bu doğru olmak gerekir. Çünkü kusurlu sorumluluk halinde de kusurlu işleyen hizmet nedeniyle zarara uğrayan şahıs ya da şahıslar, diğerlerine nazaran "özel" ve "olağandışı" bir zarara uğramaktadırlar. Kamu hizmetinin kusurlu işlediğinin göstergesinin de bahsedilen "özel" ve "olağandışı" zarar olduğu belki savunulabilir. Kısacası kusursuz sorumlulukta olduğu gibi hizmet kusuru hallerinde de genel külfetler dışında bir zarar ortaya çıkabilmektedir. Armağan da, her iki sorumluluk kurumu için zararın "özel" ve

⁹⁵ ONAR, *a.g.e.* s.1743.

⁹⁶ ESİN, *a.g.e.* s. 131.

⁹⁷ GÖZLER *a.g.e.* s. 1143 ve 1210.

⁹⁸ ÖZGÜLDÜR, *a.g.e.*, s. 138; GÖZÜBÜYÜK ve TAN, *a.g.e.*, s. 717.

“olağandışı” olmasını aramaktadır.⁹⁹ De Forges da külfetlerde eşitlik ilkesinin diğer sorumluluk sistemlerine nazaran ikincil nitelikte olduğunu belirtmekte ve kaza sonucu meydana gelen zararlar dışındaki zararlar hakkında uygulanabileceğini vurgulamaktadır.¹⁰⁰ Morand-Devillers de aynı hususun altını çizmektedir.¹⁰¹ Danıştayın bir kararında yer alan konu ile ilgili bir ifade ile tartışma noktalanabilir:

“...Bir zararın; hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk ya da sosyal risk ilkeleri uyarınca tazmin edilebilmesi için; kişisel ve olağandışı nitelikte olması gerek ve yeter koşuldur...”¹⁰²

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin kusurlu sorumluluk hallerinde uygulanan ana ilke olduğu yönündeki görüşlere katılıyorum. İdarenin kusuru olmadan ortaya çıkan ve idari faaliyetle ilişkili zararların nasıl ödendiğine ilişkin bir değerlendirme yapılırsa risk ilkesi ile külfetlerde eşitlik ilkesi arasında bir fark olmadığı anlaşılabilir. Çünkü her iki ilkenin uygulandığı hallerde de ödeme halktan alınan vergiler ve benzeri mali kaynakların oluşturduğu “kamu kasası”ndan¹⁰³ yapılmaktadır. Kısacası zarar her iki halde de topluma yayılmakta, toplum bu zararı paylaşmaktadır. Külfetlerde eşitlik ilkesinin tamamlayıcı, ikincil bir ilke olduğu görüşüne katılmıyorum çünkü yargı kararlarında, en azından Türk İdari Yargı Mercileri tarafından verilmiş olan kararlarda, Külfetlerde eşitlik ilkesinin risk ilkesine oranla daha sık uygulandığı tespit edilebilir.¹⁰⁴ Bu ilkeye dayanılarak ya da en azından bu ilkeyi

⁹⁹ ARMAĞAN, *a.g.e.*, s. 218 ve 219; yazarın naklettiğine göre Vedel, zararın özelliğini sayısal olarak etkilenenlerin çokluğu şeklinde ele almaktadır. Kanımca zararın “özel” olmasından anlaşılması gereken sayı önemli olmaksızın belirlenebilir kişi ya da kişilerin hayat tecrübelerine göre ağır bir zarara uğramalarıdır.

¹⁰⁰ DE FORGES, *Droit Administratif*, Presses Universitaires De France, s. 325-326, 1991, Paris.

¹⁰¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours De Droit Administratif*, 6. edition, s. 772 Montchrestien, 1999 Paris.

¹⁰² D.10.D. 25.12.1997, E.1996/9012 K.1997/6164, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁰³ D.12.D 24.02. 1972, E. 1969/3424 K. 1972/581, ESİN, *a.g.e.*, s. 200. Kararda “kamu kasası” tabiri kullanılmıştır.

¹⁰⁴ Kaldı ki Danıştay bir kararında şu cümleye yer vermiştir: “...olayda davalı idarenin hizmet kusurundan söz edilmesine olanak bulunmamakla birlikte, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen özel ve olağandışı zararı, *hizmetten yararlanan topluma pay etme esasına dayalı kusursuz sorumluluk ilkesine göre* tazmini gerektiğinden...” D.10.D 07.11.1996, 4341/7149, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 200. Dikkat edilirse kusursuz sorumluluk “topluma pay etme esasına” dayandırılıyor. Topluma pay etme hususu kanımca külfetlerde eşitlik anlayışını ifade

anımsatan ifadeler kullanılarak verilen kararların sayıca fazla olduğunu risk ilkesinden açıkça bahsedilen kararların ise hayli az olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Sayıca hayli az olan risk ilkesi ile ilgili kararların bir bölümünde dahi külfetlerde eşitlikten bahsedilmesi, çağrıştıran ifadelerin kullanılması, bu görüşü kanımca desteklemektedir

Sonuç olarak külfetlerde eşitlik ilkesinin risk ilkesini de kapsayan ve kusursuz sorumluluğu açıklayan ana ilke olduğu kanaatindeyim.¹⁰⁵

Burada şu sorunun cevaplandırılması gerekir: O zaman neden risk ilkesi diye bir ilke var?

Bu sorunun cevabını kusursuz sorumluluğun tarihsel gelişimi içerisinde bulmak mümkündür. Zira kusursuz sorumlulukla ilgili içtihadın özel hukuktaki tehlikelilik ilkesinden esinlenilerek ilk ortaya çıkan ilke olduğu, külfetlerde eşitlik ilkesinin ise sonraki tarihlerde ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.¹⁰⁶ İdarenin bir özel hukuk kişisi, kendi yararına faaliyette bulunan bir müessese gibi algılanarak bu müessesenin elde ettiği faydaya karşılık tehlikeli faaliyetleri dolayısıyla verdiği zararı gidermesi gerektiği düşüncesi risk ilkesinin kabul edilmesini sağlamıştır.¹⁰⁷ Belki kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa geçiş süreci içerisinde ilk adım olarak risk ilkesi ortaya çıkmıştır demek yanlış olmaz. Risk ilkesi artık uygulanmayan bir ilke de değildir. Ancak bugün, ilgili bölümde belirtildiği gibi, kanımca beklenmeyen durumlara külfetlerde eşitlik ilkesinin özel bir uygulama şeklidir ve kusur sorumluluğunun gelişimi ile uygulanma alanı daralmıştır.

Risk ilkesi ya da tehlikelilik esası belirli hizmetlerin tehlikeli ya da riskli olduğuna ilişkin bir değer yargısına ya da bir kanaate dayan-

etmektedir ve bu karar külfetlerde eşitliğin kusursuz sorumluluğun ana ilkesi olduğu görüşünü destekleyebilir.

¹⁰⁵ Külfetlerde eşitlik ilkesinin, Kusursuz sorumluluğu açıklamak için ileri sürülen sebepsiz zenginleşme kuramını da kapsayan bir ilke olduğu düşünülebilir. Çünkü idarenin sebepsiz zenginleşmesi düşünüldüğünde de bu zenginleşmenin esas itibarıyla topluma ait olduğu ve ödenmesi halinde de yine külfetlerin eşitlendiği sonucuna varmak mümkündür.

¹⁰⁶ Külfetlerde eşitlik ilkesinin ilk önceleri risk ilkesini tamamlayıcı bir ilke olarak ortaya çıkmış olması muhtemel ise de günümüzde bu ilke bir "ana" ilke haline gelmiş sayılabilir.

¹⁰⁷ Tabii bu cümle tam anlamıyla bir özel hukuk kişisi olarak kabul edilmesi anlamında algılanmamalıdır. Çünkü Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi ilgili bölümde bahsedilen "*Blanco*" kararı ile idarenin tehlikeli faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda kamu hukuku kurallarının uygulanacağını içtihad etmiştir.

mak durumunda kalıyor. Hangi hizmetlerin riskli ya da tehlikeli olduğuna ilişkin çözümlene genellikle bu hizmetlerde kullanılan araçların, yöntemlerin ve benzeri unsurların tehlikeli olma özelliğine dayanılarak yapılıyor. Bu da kanımca beraberinde bazı aksaklıkları getiriyor: Belirli hizmetleri riskli kabul edip belirli hizmetleri riskli görmemek. Bunun sonucunda riskli kabul edilmeyen hizmetlerde bir kaza meydana geldiğinde, tehlikeli olmayan bir hizmet bir anda tehlikeli nitelik kazandığında, “olağanüstü tehlikeli bayındırlık eseri” gibi ayrı kategoriler yaratılması sözkonusu oluyor. Oysa Esin’in de belirttiği gibi artık riskli olmayan hizmetin kalmadığı düşünülebilir.¹⁰⁸ Risk esaslı mutlak uygulanacak ise uygulanma alanının net bir biçimde ve hukuksal kavramlarla belirlenmesi gerekir. Bu konuda yargı kararları ışığında bir çözüm olarak “beklenmeyen durum” kavramının kullanılabileceğini düşünüyorum.¹⁰⁹

Risk ilkesi ile ilgili açıklamalarımızın son kısmında idarenin öngördüğü halde önlemediği ve kusurunun da bulunmadığı hallerde, özetle beklenmeyen durum teşkil etmeyen ya da etmesi tartışmalı hallerde risk ilkesinin yetersiz kalabileceğini belirtmiştik. Tehlikelilik esaslı kabul edilirse de aynı sonuca varmak mümkündür; çünkü Yayla’nın da belirttiği gibi idarenin tehlikeli bir faaliyeti ya da tehlikeli araç kullanımının sözkonusu olmadığı hallerde de idarenin kusuru olmadan bir zarar ortaya çıkabilir.¹¹⁰

Bayındırlık eserlerinden doğan zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğu külfetlerde eşitlik ilkesi ile ilgili açıklamalarımıza başlangıç noktası teşkil edebilir.

¹⁰⁸ ESİN, *a.g.e.*, s.146.

¹⁰⁹ Bu kurumun uygulanması da birtakım belirsizlikleri içermekle birlikte en azından hizmetleri ayırma tabii tutup belirli hizmetlerin riskli olup diğerlerinin olmadığına ilişkin kanaate dayalı yaklaşımın beraberinde getirdiği sakıncaları ortadan kaldırabilir. Beklenmeyen durum ve hizmet kusurunun birer ölçüt olarak kullanılarak bir olayda risk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi sözkonusu ilkeyi daha sağlam bir temel üzerine oturtabilir.

¹¹⁰ YAYLA, *İdare Hukuku*, s.152. Yazar, haklı olarak tehlikelerin doğması önlenmek istenirken dahi belirli kişi ya da kişilerin zarara uğrayabilmeleri olasılığının sözkonusu olabileceğini belirtmektedir.

a) İdarenin Bayındırlık Eserlerinden Kusursuz Sorumluluğu

Bayındırlık Hizmeti, "kamu taşınmazında bulunan veya kamu emlakine tahsis edilecek bir taşınmazın yapımı, değişikliği, büyük ve devamlı onarımı ve işletilmesi için bir idare tüzel kişiliği adına o taşınmaz üzerinde yapılan uygulama ve işler" olarak tanımlanmaktadır.¹¹¹

İdarenin bayındırlık hizmetlerini yürütürken kusuru olmadan meydana getirdiği zararların tazmininde idari yargı yerleri açıkça ya da üstü örtülü biçimde ve genellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadırlar.¹¹²

Danıştay Dava Daireleri Kurulunun bayındırlık hizmetlerinden doğan zararlarda idarenin kusurunun bulunmaması halinde külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulanacağından açıkça bahsettiği bir kararı anılmalıdır. Beyazıt meydanı ile Aksaray arasındaki Ordu caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında, yolun yükseltilmesi nedeniyle bir apartmanın yol seviyesinin altında kalması üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme:

"Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarından biridir. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde, bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nasafetin icabıdır."¹¹³

Kararda yer alan "devamlı ve istisnai karakterde zarar" tabiri dikkati çekmektedir. Demek ki külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulan-

¹¹¹ ARMAĞAN, *a.g.e.*, s. 103. Bir başka tanım da şöyledir: "Bir kamu tüzel kişisinin veya bir kamu tüzel kişisinin adına, kamu yararının sağlanması amacıyla taşınmaz niteliğindeki bir eserin oluşturulması, bir yapının, köprünün veya karayolunun inşası için yapılan çalışma", ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 121-122.

¹¹² De Forges sadece eserin varlığının da zarar doğurabileceğini belirtmektedir. Bkz, DE FORGES, *a.g.e.* s.324.

¹¹³ D.D.G.K. 16.02.1962 E.1960/177 K.1962/108, Esin, *a.g.e.* s.140-141. Danıştayın 12. Dairesi de benzeri cümleleri sonraki bir tarihteki bir kararında kullanmıştır: D.12.D 15.09.1971 E.1969/801 K.1971/1889, Esin, *a.g.e.* s.141-142.

bilmesi için meydana gelen zararın "devamlı" olması gerekmektedir. Aynı husus Fransız doktrini ve içtihadlarında da kabul edilmektedir.¹¹⁴

Kanımsızca daimi zarar ile kastedilen zararın mutlaka kalıcı ya da sürekli olması değildir, çünkü zarar bir kereliğe mahsus ürün kaybı gibi geçici nitelikte de olabilir¹¹⁵, idarenin sözkonusu bayındırlık hizmetini meydana getirmesinin sonucunda ortaya çıkan, ilgili hizmetin doğal sonucu olarak meydana gelen zarar olduğu düşünülebilir. Gözler de bu zararların "kazara" oluşmamış, hizmetin kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkmış zararlar olduğunu belirtmektedir.¹¹⁶ Risk ilkesini kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir uygulaması olarak kabul ettiğim için sonuç itibarıyla bir fark görmemekle beraber, kazara ya da beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması ile oluşan zararların tazmininde risk ilkesinin esas alınabileceği de düşünülebilir.¹¹⁷

Fransa'da külfetlerde eşitlik ilkesinin kaza mahiyeti taşımayan olaylardan doğan uyuşmazlıklara uygulanabileceğine ilişkin bir ayırım yapıldığı dikkati çekmektedir. Kaza mahiyeti arzeden hallerde sorumluluk rejimi, zarar görenin bayındırlık eserinde görevli olması, hizmetten yararlanan ya da üçüncü kişi olmasına göre değişmekte; kamu görevlisi veya hizmetten yararlanan olması durumunda hizmet kusuruna, üçüncü kişi olması halinde ise risk ilkesine dayanılarak kusursuz sorumluluğa gidildiği anlaşılmaktadır. Eklemek gerekir ki, zamanla üçüncü kişiler ile yararlananlar arasında pek fark kalmadığı, başka bir anlamıyla, yararlananların uğradığı zararların artık hizmetin kusurlu işlediğini ispata lüzum olmadan risk ilkesine dayanılarak karşılandığına öğretide işaret edilmektedir.¹¹⁸

¹¹⁴ Kamusal çalışmalardan doğan daimi zararlar olarak adlandırılıyor (Les Dommages de Travaux Public), Bayındırlık eserlerinin daimi zararları da denilebilir. DE FORGES, *a.g.e.* s.326.

¹¹⁵ D.12.D. 01.06.1970 E.1969/1515 K.1970/1185, "buğday mahsülünün zarar görmesi", ESİN, *a.g.e.*, s. 192.

¹¹⁶ GÖZLER, *a.g.e.* cilt II, s. 1145.

¹¹⁷ Fransız Danıştay kararlarında kaza karakteri taşıyan durumlarda "komşuluğun normal riskini aşan risk", "fevkalâde tehlikeli bayındırlık eseri" gibi ayrımlar yapılarak risk ilkesinin uygulandığı görülmektedir. Bkz. DE FORGES, *a.g.e.* s. 322-324; Gilles DARCY, *La responsabilite de L'administration*, Dalloz, 1996, s.104.

¹¹⁸ DE FORGES *a.g.e.* s. 324.

İnceleyebildiğim Türk İdari Yargı yerlerinin kararlarında Fran-
sa'dakine benzer belirgin bir ayrıma rastlayamadım.

Yukarıda bahsedilen İDDK'nın kararında olduğu gibi çoğu zaman risk ya da zarara uğrama tehlikesinin özünde yer alan belirsizlik ve zararın doğma ihtimalinin göze alınarak hareket edilmesi sözkonusu olmadan bir zarar ortaya çıkmaktadır. İdare, kamu yararı amacıyla örneğin bir köprü inşa ettiği zaman, köprünün yakınında bulunan bazı evlerin köprünün altında kalacağı, manzaralarının kesileceği kısacası bir değer kaybına uğrayacakları öngörülür; idare tarafından bilinir. Ortaya çıkan zarar bayındırlık eserinin bizatihi kendisinin ya da idarenin olağan işlevi neticesinde meydana gelen zarar olarak kabul edilip, bu zararın tazmininde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine başvurulacağı düşünülebilir. Bayındırlık eserinin kendisinin ya da olağan işlevinin sonucu olmayan, eserin yapımında, bakımında ya da onarımında meydana gelen bir kaza, hizmetin tehlikeli bir nitelik kazanması ya da risk ilkesi incelenirken üzerinde durulan beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması nedeniyle bir zarar ve buna bağlı olarak bir uyuşmazlık doğduğunda risk ilkesinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Fransız içtihadı bu yönde olmakla birlikte kanımca bu husus risk ilkesi ve külfetlerde eşitlik ilkelerinin birbirinden bağımsız, farklı hallerde uygulanabilecek ilkeler olduklarının kabul edilmesinden ileri gelmektedir. Külfetlerde eşitlik ilkesinin risk ilkesini de kapsayan bir ana ilke olduğunu ve böyle bir ayrıma gerek olmadığını düşünüyorum. Türk İdari Yargı mercilerinin iradelerinin de bu yönde olduğu kanaatindeyim:

Danıştay'ın bayındırlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluğu hüküm altına aldığı kararlarda "...hizmetin görülmesi sırasında hasıl olan zararın bir şahsa yükletilmesi idare hukukunda kabul edilen hak ve nasafet ve eşitlik kurallarına aykırı düşeceğinden..." gibi ifadeler yer almaktadır.¹¹⁹

İncelememde Risk ilkesinden açıkça bahsedilen sadece bir karara rastlayabildim. Bu kararda Danıştay 12. D., lokomotiften dökülen

¹¹⁹ D.12. D. 20. 12. 1967 E. 1966/1597 K. 1967/2192; D.12.D. 19. 10. 1970 E. 1968/2990 K. 1970/1901 ; D.12.D. 09. 06. 1969 E. 1967/420 K.1969/1315, ESİN, *a.g.e.*, s. 186, 208, 210.

ateşin orman yangınına yol açması sonucu meydana gelen zararın idari hasar (risk) teorisine göre tazmin edileceği sonucuna varmıştır. Ancak kararda risk ilkesi ile ilgili bir açıklama, en azından risk ilkesinin olayda neden uygulandığına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Karardan hareketle bazı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilir:

Zararın bayındırlık hizmetinin yürütülmesi esnasında meydana gelen bir kaza karakteri taşıdığı düşünülürken (belki lokomotiften ateşin dökülmesi ve orman yangını çıkması idarenin tehlikeli bir etkinliği sonucu ortaya çıkan bir zarar olarak görülemeyebilir ise de risk ilkesi ile ilgili açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi beklenmeyen bir durum teşkil edebilir. İdareden lokomotiften ateşin dökülerek orman yangınına sebebiyet vereceğini öngörmesinin ve önlemesinin beklenemeyeceği düşünülebilir) bu mahiyetteki olaylara risk ilkesinin uygulanacağına ilişkin yargı yerine ait bir iradenin bulunduğu sonucuna varılabilir. Ancak sadece bir kararın Fransa'daki kaza mahiyeti taşıyan durumlarda risk ilkesinin uygulanacağına ilişkin kuralın bizde de geçerli olduğunu ortaya koyamayacağı kanaatindeyim.¹²⁰

Olayın bir kaza olmadığı kabul edilirse külfetlerde eşitlik ilkesi uygulanmak gerekirken risk ilkesi uygulanmış olduğu için Fransa'daki uygulamadan ayrılan bir uygulama teşkil ettiği sonucuna varılabilir.¹²¹

Türk İdari yargı mercilerinin eğiliminin külfetlerde eşitlikten yana olduğunu ortaya koyabilecek bir diğer husus da "kaza" mahiyetindeki bazı olaylarla ilgili uyuşmazlıklarda da külfetlerde eşitlik ilkesine

¹²⁰ Bu düşünceye karşı konu ile ilgili Danıştay kararlarında yer alan, idarenin "hizmetin sahibi" olduğuna ilişkin nitelemenin, dolaylı olarak risk teorisinin altında yatan, idarenin bir müessese oluşu ve müessesenin sağladığı fayda karşısında doğan zararı da üstlenmesi gerektiği yaklaşımını (Mecelle) ifade ettiği ileri sürülebilir. "Hizmetin sahibi idare" tabirinin yer aldığı kararlardan bazıları: D.12.D. 20.02.1969 E.1966/816 K.1969/347; D.12.D. 10.04.1969 E.1968/543 K.1969/693; D.12.D. 10.04.1969 E.1968/954 K.1969/691, ESİN *a.g.e.*, s. 188,189,199. Ancak Danıştayın kararlarında sıklıkla zararın "bir şahsa yükletilmemesi", "eşitlik" gibi ifadelerin kullanılması ve bunun külfetlerde eşitlik ilkesini yansıttığına ilişkin düşüncenin bahsedilen dolaylı yaklaşıma nazaran daha güçlü olduğunu düşünüyorum. Kaldı ki, bir Danıştay kararında "hizmetin sahibi idare" nitelemesi kaza mahiyeti taşıması güçlükle kabul edilebilecek bir olay hakkında da kullanılmıştır. D.12.D. 09.12.1970 E.1966/457 K.1970/2220 ESİN *a.g.e.*, s. 209.

¹²¹ Bugün olsa idi hizmet kusuru olabilirdi. Danıştay'ın onadığı bir kararda Diyarbakır İdare Mahkemesi, hat onarım çalışması sırasında meydana gelen yangın nedeniyle tarlası yanan davacıya, hatların kurulmasında ve bakımında hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminat ödenmesini karara bağlamıştır. D.10.D. 18.03.2002 819/746, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 443-444.

dayanılmış olmasıdır. Örneğin Danıştay 12. D., elektrik direğindeki bir arızanın giderilmesi sırasında elektrik akımına kapılarak ölen görevlinin yakınlarına idare tarafından tazminat verilmesine hükmederken kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmıştır.¹²²

Trabzon İdare Mahkemesinin Danıştayın onuncu dairesi tarafından onanmış bir kararı külfetlerde eşitlik ilkesinin bayındırlık hizmetleri ile ilgili uyuşmazlıklarda uygulandığına ilişkin önemli bir örnek teşkil edebilir. Karar, bir ırmak kenarında yer alan taşınmazların selden korunmaları amacıyla inşa edilen bir tesisin (şedde) davacıya ait taşınmazın bir bölümünü kaplayarak, şedde ile ırmak arasında kalan kısmın kullanılamaz hale gelmesi sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkla ilgilidir. Trabzon İdare Mahkemesi zararın kusursuz kişiler üzerinde bırakılmayıp kamuya pay edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda dikkati çeken husus zararın hesabında tesisin yapılması ile selden korunan taşınmazlarda meydana gelen değer artışının da dikkate alınarak tazminat miktarından düşülmesidir. Başka bir anlatımla idare mahkemesi nimet ve külfet dengesini gözetmiş, külfet mümkün olduğu kadar net bir biçimde hesaplandıktan sonra da bunun kamuya pay edilmesine hükmetmiştir. Kanımca bu durum, bu ve benzeri kararlarda açıkça külfetlerde eşitlik ilkesinden bahsedilmemekle birlikte bu ilkenin uygulandığını, yargı yerlerinin iradelerinin bu ilkenin uygulanması yönünde olduğunu ortaya koymaktadır.

b) İdarenin Toplumsal Olaylardan Kusursuz Sorumluluğu

Bazen toplum halinde yaşamının sonucu olarak birtakım zararlar ortaya çıkabilmektedir. Spor müsabakalarında çıkan kavgalar, terör olayları, bulaşıcı hastalıklar bunlara örnek olabilir. İşte toplumsal yaşamın zararlı sonuçlarından idare, kusursuz dahi olsa sorumlu tutulabilmektedir.

Toplumsal yaşamın belirli tehlikeleri ya da riskleri beraberinde getirdiği ve tehlike ya da risk gerçekleştiğinde meydana gelen zararın kamu düzenini korumakla görevli olan ve mali açıdan da üstün bir

¹²² D.12.D. 19.10.1970 E.1968/2990 K.1970/1901, ESİN a.g.e., s. 208.

müessese olan idare tarafından ödenmesi gerektiği; başka bir anlatımla risk ilkesinin toplumsal olaylardan doğan zararlara ilişkin uyumsuzluklara da uygulanabileceği düşünülebilir.

Konuyla ilgili yargı kararlarından hareketle toplumsal olaylardan idarenin kusursuz sorumluluğunun öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardan, kısacası, beklenmeyen durumlardan kaynaklandığı da akla gelebilir.¹²³

Gerçekten, yargı kararları incelendiğinde idarenin toplumsal olaylardan doğan zararlardan kusursuz sorumluluğu nedeniyle tazminata mahkum edildiği olaylar genellikle birdenbire ortaya çıkan, öngörülmesinin ve önlenmesinin mümkün olmadığı düşünülebilecek olaylardır (Örneğin toprak uyuşmazlığı nedeniyle iki köy arasında çıkan olaylarda bir jandarmanın ölümü). Danıştay'ın sosyal risk ilkesine dayanarak vermiş olduğu kararlarda sıklıkla şu ifade tekrarlanmaktadır: "...idarenin faaliyet alanı ile ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da ...tazmin etmesi gerektiği..."¹²⁴ Bu cümledeki "önleyemediği" kelimesi üzerinde durulmalıdır. Bu kelimenin anlamı ile ilgili iki olasılık akla geliyor: Birincisi idarenin bu tip olayları önleyebilecek kuruluşa ve işleyişe sahip olmamasıdır. Kelimenin bu anlamda kullanılmış olduğunu düşünmek bizi hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna götürebilir. Oysa bu ifade kusursuz sorumlulukla ilgili bir ilkenin açıklanması için kullanılmaktadır. İdarenin kusurunun bulunmadığını dikkate aldığımızda, kelimenin ikinci anlamının kastedildiğini kabul etmek gerekir: Bu olaylar esasında önlenmesi mümkün olmayan olaylardır. İdarece gerekli her türlü önlem alınsa dahi bu olaylar gerçekleşebilir.

Çalışmamın ilgili bölümünde beklenmeyen durumlardan bahsedilebilmesi için zararın öngörülmesinin ve önlenmesinin mümkün ol-

¹²³ YAYLA, *a.g.e.*, s. 152; toplumsal olaylarla ilgili olarak olağan zamanlardaki hürriyet kullanımlarının öngörülemeyecek ve önlenemeyecek bir harekete dönüşebileceğini, bir maçta meydana gelen ama "beklenmeyen" bir olayın zarar doğurması halinde idarenin sorumlu olabileceğini belirtmektedir. Bu ifadelerden müellifin de bu görüşte olduğu ya da en azından bu görüşe yakın olduğu anlaşılmaktadır.

¹²⁴ D.10.D. 04.10.1995 E. 1994/1514 K. 1995/4115; D.10.D. 25.12.1997 E.1996/9012 K.1997/6164; D.10.D.02.02.1994 E.1994/4934 K.1995/5487; D.10.D. 16.11.1995 E.1995/566 K.1995/5746, www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006.

maması gerektiği sonucuna varmıştım. Sosyal risk ilkesinin uygulandığı olayların aynı zamanda "öngörülmelerinin" de idareden beklenemeyeceği düşünülebilir. Toplumsal olaylarla ilgili genel ve soyut bir öngöründe bulunmak mümkün olabilirse de ilgili bölümde bahsettiğim gibi idarenin "somut olayda" öngörmesine ilişkin bir değer yargısına varılması gereklidir. Toplumsal olaylarda idareden böyle bir öngöründe bulunabilmesini beklemek güç gözükmemektedir. Ayrıca, bu gibi olayların çoğu zaman birdenbire ortaya çıktıkları görülmektedir. Beklenmeyen durumların bahsedilen unsurlarının bulunmaması yani öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olabilecek olaylarda ise genellikle idari yargı yerlerinin idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olduğu sonucuna vardıkları anlaşılmaktadır. Örneğin olaylı geçeceği önceden bilinen¹²⁵ ya da kestirilebilecek olan, hatta bazı hallerde idari makamlara duyurulan¹²⁶; başlangıcında önlenmediği için zararın önüne geçilemeyeceği bir hâl aldığı¹²⁷ toplumsal olaylarda Danıştay'ın, hizmetin kusurlu işlediği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.¹²⁸

Ancak toplumsal olaylarda beklenmeyen durumun "içselliği" yani öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olayın hizmetin içinden çıkması unsurunun bulunmadığı, en azından bu unsurun tartışmalı olabileceği gözönünde bulundurulmalıdır. Gerçekten de toplumsal olaylarda zararı doğuran eylem ya da hareket genellikle idarenin dışından gelmektedir. Ancak bu sorun sadece toplumsal olaylardan kusursuz sorumluluğun beklenmeyen durumlara özgü olduğu düşünüldüğünde değil, hangi ilke ya da esas uygulanırsa uygulansın yine de ortaya çıkabilir. Nedensellik bağı ile ilgili bölümde bu sorun üzerinde durulacaktır.

¹²⁵ D.12.D. 10.11.1969 E.1968/233 K.1969/1770, ESİN *a.g.e.*, s. 62-63.

¹²⁶ D.12.D. 20.01.1970 E.1968/1045 K.1970/91, ESİN *a.g.e.*, s. 63-64.

¹²⁷ D.12.D. 29.06.1968 E.1968/137 K.1968/1526, ESİN *a.g.e.*, s. 60-63.

¹²⁸ Toplumsal olaylarda idarenin kusursuz sorumluluğunun beklenmeyen durumlarda uygulanabileceği düşünüldüğünde, Danıştay'ın "Madımak" kararı, Olayın "birdenbire" ortaya çıkması ya da "ani" olmasının beklenmeyen durumların önemli bir özelliği olmasını, bu "unsurun" bulunmaması durumunda hizmet kusurunun sözkonusu olabileceğini ortaya koyması bakımından önemlidir. Karardan zararın oluşmasına kadar geçen sürenin uzunluğunun dikkate alındığı ve bu süre içerisinde idarenin gerekli tedbirleri almamış olması nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. D.10.D. 12.03.1998 8647/1127, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 551.

Danıştay'ın konu ile ilgili kararlarında "Sosyal Risk" tabiri kullanılmaktadır. Ancak, anılan ilkede risk kelimesi geçmekle beraber külfelerde eşitliğin ana ilke olduğuna ilişkin iradenin toplumsal olaylardan idarenin kusursuz sorumluluğuna da yansıdığı, başlıbaşına risk ya da tehlikelilik esasına dayanılmak yerine bu ilkeye başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Sosyal Riskin ne anlama gelebileceği üzerinde düşünülmelidir. Riskin sosyal olması kararlarda "o toplumun bireyi olmak nedeniyle"¹²⁹ ya da "toplumsal nitelikteki riskin gerçekleştiği sonucuna varılması gerekir"¹³⁰ gibi ifadelerle anlatılmaktadır. Kanımca bu kıstaslar sosyal risk ilkesi ile diğer kusursuz sorumluluk halleri arasındaki sınırı belirlemek bakımından yeterli değildir. Şu akla geliyor çünkü: Riskin sosyal olmadığı durum var mıdır? Örneğin bayındırlık hizmetinin gerçekleştirilmesi sonucunda bir zarar ortaya çıktığında bu zararın da toplumsal yaşamın bir riskinin gerçekleşmesi olarak düşünülmesi mümkündür. İdarenin faaliyet alanı içinde meydana gelen zararların esasında o toplumun bireyi olmak nedeniyle ya da toplum halinde yaşamının bir sonucu olarak ortaya çıktığı kabul edilebilir. Gaz, elektrik, su dağıtım hizmeti ya da askerlik hizmeti, kısacası belki de tüm hizmetleri toplum halinde yaşamının ortaya çıkardığı, bunlardan doğan zararların da toplumsal nitelikteki riskin gerçekleşmesi olduğu sonucuna varılabilir. Bahsedilen kavramların kıstas olarak kabul edilmesi halinde her riski sosyal risk olarak kabul etmek gerekebilir ya da en azından hangi riskin sosyal olmadığını tesbit etmek güçlük arzedebilir.

Danıştay'ın iki kararından hareketle şu sorunun sorulması belki konuyu netleştirebilir: Teröristler tarafından döşenen mayının patlaması sonucunda ölüm ile güvenlik güçlerinin teröristlere karşı döşediği mayının patlaması sonucu bir sivilin ölümü arasında ne fark vardır?¹³¹

¹²⁹ D.10.D. 04.10.1995 E.1994/1514 K.1995/4115, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹³⁰ D.10.D.22.11.2001 E.1999/5543 K.2001/4030, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹³¹ D.10.D. 15.01.2001 2824/30, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 512 "Belediye otobüsünün teröristlerce yola döşenen mayına çarpması sonucu ölüm"; D.10.D. 235.02.2003 E.2001/4795 K.2003/696, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006: "Jandarma komutanlığına ait mevziler önüne döşenen mayına basması sonucunda 11 yaşında bir çocuğun ölümü; kararda nedensellik bağının bulunması nedeniyle sosyal risk ilkesine dayanılamayacağı sonucuna varılmıştır. Bir başka kararda bir evin gü-

Belki daha doğrusu bu fark iki halden sadece birisinde toplumsal riskin gerçekleşmesi ya da o toplumun bireyi olmakla açıklanabilir mi? Kanımca iki halde de bir risk varsa bu risk toplumsaldır. Şu halde kıstas bunlar olamaz

Ayrım şartsa belki şöyle bir kıstas düşünülebilir: İdarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin neticesinde meydana gelen zararın temelinde meşru bir faktör bulunmaktadır: Kamu yararı amacı. Bu halde Devletin meşru saydığı eylem ve işlemlerden idarenin kusuru olmadan doğan bir zarar sözkonusudur. Terör faaliyetinde ya da diğer toplumsal olaylardan doğan zararların temelinde ise bu meşru faktör bulunmamaktadır. Kamunun zararı hedeflenmektedir ya da amaç kamu yararı değildir.¹³²

Danıştay'ın eski kararlarında "...külfetlerde mümkün olan eşitliği sağlamak idare hukukunun esaslarından olduğu kadar, adalet ve nasafet icabıdır da..."¹³³; "...amme hizmetlerinin ifası sırasında husule gelen zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesine ne eşitlik esası ne de hakkaniyet ve nasafet kuralları mesağ vermemesine binaen..."¹³⁴ya da genellikle terör olayları nedeniyle ortaya çıkan zararlar ile ilgili daha yakın tarihli kararlarda "...esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini, böylece topluma pay edilmesi..."¹³⁵ ifadeleri külfetlerde eşitlik ilkesinin esas alındığını ortaya koymaktadır.

venlik güçlerince yıkılması nedeniyle ortaya çıkan zararın sosyal risk ilkesine göre tazmin edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. D.10.D.09.03.1999, 5190/732, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 496 .

¹³² Teröristlerin döşediği mayın meşru değildir, güvenlik güçlerinin teröristlere karşı döşediği mayın ise kamu yararı, yani güvenliğin sağlanması amacını gütmekte olduğu için meşrudur denilebilir.

¹³³ D.12.D. 26.10.1966 E.1965/3609 K.1966/2982; D.12.D. 26.04.1967 E.1965/4330 K.1967/676; D.12.D. 22.09.1969 E.1968/2045 K.1969/1503; D.12.D. 17.05.1971 E.1970/5193 K.1971/1259; ESİN *a.g.e.*, s. 156, 157, 161.

¹³⁴ D.12.D. 23.11.1967 E.1966/633 K.1967/1905; D.12.D. 30.06.1970 E.1966/1202 K.1970/1450; D.12.D. 31.12.1970 E.1970/1806 K.1971/728, ESİN *a.g.e.*, s. 158, 159, 160.

¹³⁵ D. 10. D. 04.10.1995 E.1994/1514 K.1995/4115; D.10. D. 25.12.1997 E.1996/9012 K.1997/6164; D.10.D. 16.11.1995 E.1995/566 K.1995/5746; D.10.D. 04.10.1996 E.1995/1102 K.1996/5774; D.10. D. 08.10.1996 E.1995/2388 K.1996/5893; D. 10. D. 11.10.2000 E.1999/2162 K.2000/5120; D.10.D. 09.10.1995 E.1994/1682 K.1995/4256, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006. Kararlarda genellikle birbirine oldukça benzeyen kelimeler ve cümleler yer almakla birlikte bazı kararlarda farklı ifadeler bulunmaktadır. Ancak bu ifadelerden de külfetlerde eşitlik ilkesi üzerinde durulduğu anlaşılmaktadır. Örneğin

Terör olayları ile ilgili uyuşmazlıklarda sosyal risk ilkesinin "kollektif sorumluluk"¹³⁶ anlayışına dayalı olduğunun belirtilmesi de zardan aslında tüm toplumun sorumlu olduğu, başka bir anlatımla toplumun belirli bir kesiminin ya da bireyin diğerlerine nazaran özel ve olağandışı bir fedakârlıkta bulunması ile belirginleşen zararın tüm toplum tarafından karşılanacağı anlamına gelmektedir. Bu husus, idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların tespit edildiği bir Danıştay kararında şöyle vurgulanmıştır: "...zararın sosyal dayanışma ilkesi gereği herkes tarafından paylaşılması olarak açıklanabilecek sosyal risk ilkeleri olup..."¹³⁷.

Kararlardan çıkarılabilecek bir diğer husus da zararın sosyal risk ilkesine göre tazmini için vücut bütünlüğüne ilişkin bulunmasının şart olmadığı, malvarlığında oluşan özel ve olağandışı¹³⁸ zararların da bu ilkeye göre tazmin edilebildiğidir.¹³⁹

İdarenin toplumsal olaylardan doğan zararlardan kusursuz sorumluluğunu, terör olaylarından ve diğer toplumsal olaylardan sorumluluk olarak ikiye ayırıp incelemek, her iki halde de sorumluluk külfetlerinde eşitlik ilkesine dayandırılmakla birlikte, birincisinin bazı özellikler arzemesi nedeniyle yerinde olmak gerekir.

Danıştay onuncu dairesi bir kararında "...zararların idarece tazmini suretiyle; toplumun tüm bireylere eşit olarak sağladığı faydanın maliyetinin tüm topluma pay edilmesi ve böylece toplum huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı ile sosyal hukuk devleti ilkelerinin yaşama geçirilmesini..." belirtmekle kanımca yine külfetlerde eşitlik ilkesini vurgulamıştır.(D.10.D. 22.11.2001 E.1999/5543 K.2001/4030, www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006 .

¹³⁶ İDDK 14.04.2005 E.2003/57 K.2005/237; D.10.D. 11.10.2000 E.1999/2162 K.2000/5120; D.10.D. 28.11.1996 E.1995/6915 K. 1996/7955, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹³⁷ D.10.D. 06.02.2001, 1126/343, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 547.

¹³⁸ Kararlardan zararın özel ve olağandışı olmasının yeterli olduğu mutlaka ağır olmasının gerekmediği anlaşılıyor. Nitekim Danıştay bir kararda, idare mahkemesinin zararın "hayatını tümünden değiştirecek olması" gibi ağırlığına ilişkin hususları dikkate almasını hukuki dayanaktan yoksun bulmuştur. D.10.D. 25.12.1997, E.1996/9012 K.1997/6164, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006 .

¹³⁹ D.10.D. 25.12.1997 E.1996/9012 K.1997/6164, "kamyonun yakılması"; D.10.D. 08.10.1996 E.1995/2388 K.1996/5893 "ev ve ahırların yakılması ve hayvanların telef olması"; D.10.D. 13.11.1996 E.1995/7115 K.1996/7523 "işyerinde meydana gelen zarar"; D.10.D. 09.10.1995 E.1994/1682 K.1995/4256 "emniyet müdürlüğü binası inşaatının zarar görmesi", www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006.

c) Terör Olaylarından Kusursuz Sorumluluk

İdarenin terör örgütlerinin eylemlerinden ya da terörist faaliyet neticesinde oluşan zararlardan kusursuz sorumluluğu Danıştay'ın sosyal risk ilkesi ile ilgili kararlarının önemli bir bölümünün konusunu oluşturmaktadır. Bu kararlarda vurgulanan, sıkça tekrarlanan bazı hususlar üzerinde durmak külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulama alanını belirlemek, bu ilkeyi açıklamak ve belirli sorular üzerinde akıl yürütemek bakımından faydalı olabilir.

Kararlarda sıkça tekrar edilen bir cümle şöyledir:

"...Genel bir ifade ile "terör olayları" denilen eylemlerin, Devlete yönelik olduğu, Anayasal Devlet Düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olaylarda zarar gören kişi ya da kurumlara karşı kişisel husumetten kaynaklanmadığı bilinmekte ve gözlenmektedir..."¹⁴⁰

Cümleden, öncelikle idarenin terör faaliyetinden kusursuz sorumlu olabilmesi için bu eylemlerin amacına, altlarında yatan iradeye bakıldığı anlaşılmaktadır. Bu iradenin devlete yönelik olması ve/veya anayasal düzeni yıkmayı amaçlaması gerekir. Kararlarda altı çizilen bir diğer husus da bireyin ya da bireylerin zarar görmesinin nedeninin sadece "o toplumun bireyi" olmaktan kaynaklanmasıdır. İradeye dayalı olarak yapılan ayırımın sonucu bu iradenin bulunmadığı durumlarda idarenin sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi, bu nitelikteki olayların "münferit olay" kabul edilmesidir. Danıştay, münferit olay niteliğinde gördüğü durumlara ilişkin uyuşmazlıklarda idarenin hizmet kusurunun bulunması halinde sorumlu olacağını hüküm altına almaktadır.¹⁴¹

Burada şu soru akla gelebilir: Eylemlerin mutlaka "o devlete" ya da "o anayasal düzene" karşı olması mı aranmalıdır?

Soruya olumlu cevap verilmesi durumunda başka bir devlete yönelik ama "o ülkede" meydana gelen saldırılardan, başka bir devle-

¹⁴⁰ Örneğin, D.10.D. 28.11.1996 E.1995/6915 K.1996/7955, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁴¹ D.10.D. 14. 10. 1999, 5358/4879, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 524; D.10.D. 27.12.2001 2150/5017, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 518.

tin elçiliğine yapılan bombalı saldırı gibi, doğan zararlara sosyal risk ilkesinin uygulanamaması sonucu doğabilir.

Danıştay'ın terör eylemlerini ikiye ayırdığı, sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için terör eyleminin Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve onun anayasal düzenine karşı olması gerektiği; hatta bunun sistematik bir hâl alması gerektiği kanaatine vardığı anlaşılmaktadır. Kararlarda, "ülkenin belirli yörelerinde yoğunlaşan", "yaygın terörist faaliyet" ve benzeri nitelermelere yer verilmesi sistematik terörist faaliyetin arandığının ipuçlarını vermektedir.¹⁴²

Danıştay, tespit edebildiğimiz iki kararda "münferit terör eylemi" olarak adlandırılan ayrı bir eylem biçimine yer vermiştir. Örneğin, Yüksek Mahkemenin bu konuda örnek olabilecek bir kararı Hindistan Büyükelçiliğine yerleştirilen bir bombanın patlaması üzerine patlamadan zarar gören park edilmiş başka bir araçta meydana gelen hasarla ilgilidir. Yüksek Mahkeme, "münferit terör" eylemlerinde idarece özel güvenlik önlemlerinin alınmasının gerekmediği, bu eylemlerde toplumsal riskin gerçekleşmesi niteliğinin bulunmadığını, bu eylemlerin "beklenmeyen hâl" niteliğinde olmaları nedeniyle de idarenin sorumluluğunun kalktığını hüküm altına almıştır.¹⁴³

Bahsedilen iki karardan da Danıştay'ın terör faaliyetinden idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, anılan terör faaliyetinin sistematik olması gerektiği görüşünde olduğu sonucuna varılabilir. Sonuç olarak münferit terör eylemlerinde sosyal risk ilkesi uygulanmamıştır. Kararlara eleştiri getirilebilir:

Öncelikle "münferit terör" olaylarında toplumsal riskin gerçekleşmediği sonucuna varılmasının yanlış olduğu düşünülebilir. Zira toplumsal risk başka bir devlet tüzel kişiliğine yönelik faaliyetlerde de

¹⁴² D.10.D. 14.01.2004 E.2002/366 K.2004/162, www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006; ayrıca Danıştay bir kararda sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için zararı doğuran olayın "...münferit olay olmaktan çıkıp terör eylemlerinin yaygın olduğu bir yörede veya toplumsal risk oluşturacak büyüklükte gerçekleşmesi..." gerektiğini belirtmiştir. D.10.D. 21.05.2001 1706/1897, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 506.

¹⁴³ D.10.D. 11.11.1996 3951/7291, nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 540; D.10.D. 21.05.1998 7572/2193, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 533.

sözkonusu olmak gerekir. Gerçekleşen risk yine o toplumun bireylerine ya da onların malvarlığına zarar vermekte ve zarar gören bireylerin herhangi bir kusurları da bulunmamaktadır. Sistemik terör ile "münferit terör" arasında, ilkinin genel olarak bilinen bir olgu niteliği taşıması dışında kanımca bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da zararın ne zaman ve nasıl ortaya çıkacağı, koşulları belirgin değildir. Aksi halde zaten hizmet kusuru akla gelirdi. Aradaki tek fark kanımca sistemik terör olgusunda zararın meydana gelebileceğine dair genel bir öngörünün varlığıdır. Bunun münferit terör olaylarından kaynaklanan zararların zarar görenler üzerinde bırakılması için yeterli bir neden olmadığını düşünüyorum.

Eleştirilebilecek ikinci husus ise Yüksek Mahkemenin "beklenmeyen hâl" tesbitidir. Öncelikle beklenmeyen durumların öğreti ve yargı içtihadlarında hizmetin içinden çıkma özelliğinin bu tip olaylarda bulunmadığı düşünülmelidir. Ayrıca kararlarda beklenmeyen durumun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracığı belirtilmektedir ki bu doğru olmamak gerekir. Çünkü beklenmeyen durumların sadece kusuru ortadan kaldırdığı, kusursuz sorumluluğa bir etkilerinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

Konuyla ilgili bir diğer soru da şu olabilir: Acaba devlete ya da anayasal düzene karşı olmamakla birlikte münferit olay ya da kişisel husumetten doğan bir olay olarak da görülmesi mümkün olmayan toplumsal olaylarda nasıl bir sonuca varılabilir?

Danıştay'ın bazı kararlarında "...toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan..."; "...toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan..." ve daha yakın tarihli bazı kararlarda da "...olayın tüm toplumla ilgilendirilebilmesi..." ifadeleri yer almaktadır. Kanımca bu ifadeler sosyal risk ilkesinin uygulanma alanı ile ilgili birbirinden oldukça farklı ifadelerdir. Bahsedilen kararlarda ortak olarak terör eyleminden zararın doğmuş bulunması hususu dikkate alınarak bir değerlendirme yapmak gerekirse: Zararın toplum içinde meydana gelen olaylardan doğması diğer iki ifadeye göre kanımca sosyal riskin uygulanma alanını geniş bir biçimde belirlemektedir. Başka bir anlatımla, zararın terör olayından doğ-

ması gerekli olmakla birlikte sadece belirli bir toplum kesimini ilgilendirmesi ya da "tüm toplumu" etkileyecek boyuta ulaşmamış olması ilkenin uygulanması için yeterli olabilecektir. Örneğin, sadece dinsel azınlıkların hedef alınmış olması ya da ülke çapında faaliyet gösteren bir örgüte nazaran daha küçük çaplı bir örgüt ya da fraksiyonun eylemlerinden doğabilecek zararların tazmininde de sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi mümkün olacaktır. Tüm toplumla ilgilendirilebilen olay ifadesinin yakın tarihli bazı kararlarda kullanılması Danıştay'ın sosyal risk ilkesinin uygulanma alanını daraltma eğiliminde olduğunu düşündürmektedir.¹⁴⁴

İki köy halkı arasında çıkan kavga, bir takımın taraftarları arasında çıkan olaylar, gösteri yürüyüşleri ve benzeri toplumsal etkinliklerde idareye kusur atfedilemeyen zararlı eylemler devlete ve anayasal düzene yönelik olmayabilir. Kanımca bunlar terör faaliyeti olarak nitelendirilemeseler de diğer toplumsal olaylar ya da benzeri bir sınıflandırma içerisinde mütâlaa edilerek sosyal risk ilkesinin bu olaylara da uygulanması gerekir.

Toplumsal olaylardan da idarenin asli sorumluluğunun hizmet kusuru nedeniyle sorumluluk olduğu unutulmamalıdır. Toplumsal olaylarda yargı yerlerince hizmet kusuruna dayanılması, kusursuz sorumluluğun adeta hizmet kusuruna dönüştüğü haller, genellikle zararı doğuran olayın meydana geleceğine ilişkin belirtilerin bulunması¹⁴⁵ ya da idarenin önceden haberli olması durumlarında sözkonusu olmaktadır.¹⁴⁶ Birincisine örnek olarak "açık hedef" haline gelme verilebilir. Örneğin, Uğur Mumcu'nun öldürülmesi olayı ile ilgili uyuşmazlıkta, ilgili idare mahkemesi, sosyal risk ilkesini uygulayarak idarenin kusursuz

¹⁴⁴ D.10.D. 25.02.2003, E.2001/4795 K.2003/696; D.10.D. 25.02.2003, E.2001/257 K.2003/702; D.10.D. 22.11.2001, E.1999/5543 K.2001/4030, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁴⁵ D.10.D. 24.05.1982 E.1982/1687 K.1982/1388, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁴⁶ D.10.D. E.1995/566 K. 1995/5746, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006; kimliği belirsiz kişilerce yerleştirilen bombalı paketin patlaması sonucunda oluşan zararın tazmini için açılan dava, ilgili idare mahkemesi tarafından münferit bir olay kabul edilerek reddedilmiştir. Danıştay temyiz incelemesinde, sosyal risk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağına araştırılması gerektiğini ve olayın meydana gelmesinden önceki günlerde terör örgütlerinin saldırılar düzenleyeceklerine ilişkin duyumların olduğunu belirterek kararı bozmuştur. Danıştay'ın çeşitli duyumların bulunduğu ilişkin ifadesinin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının idarence incelenmesi amacıyla kararda yer aldığı düşünülebilir.

da olsa sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Kararın temyiz incelemesi sonucunda Danıştay, Uğur Mumcu'nun açık hedef haline gelmiş olduğu bilindiği halde gerekli önlemlerin alınmamış olmasının hizmet kusuru teşkil ettiğini belirterek idare mahkemesinin kararını bozmuştur.¹⁴⁷ İkincisine örnek olarak da Danıştay onuncu dairesinin 1996 senesinde vermiş olduğu bir karar gösterilebilir. Kararda Yüksek Mahkeme, bir işyerine teröristlerce saldırıda bulunulacağına dair ilgililerce önceden idareye başvurularak gerekli önlemlerin alınması talep edildiği halde idarenin hareketsiz kalmış olması nedeniyle hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varmıştır.¹⁴⁸

Danıştay kararlarında dikkati çeken bir diğer nokta da zarar görenlerin terör eylemlerine katılıp katılmadıklarının araştırılmasıdır.¹⁴⁹ İdarenin sorumluluğunun kabul edilmesi için zarar görenlerin terör örgütü ile ilişkilerinin bulunmaması gerekmektedir. Terör örgütüne üye olup da sonradan ihanet etmesi nedeniyle teröristlerce öldürüldüğü iddia edilen bir kişinin mirasçılarının tazminat talebi ile ilgili uyuşmazlıkta Danıştay, idarenin tazmin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için ölen şahsın örgütle ilişkisinin bulunup bulunmadığının kesin olarak tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁵⁰ Terör örgütü ile ilişkili olmak, kararlardan anlaşıldığı kadarıyla zarar görenin müterafık kusuru olarak kabul edilmektedir. Bu durumda idarenin sorumluluğu azalacak ya da tamamıyla ortadan kalkabilecektir.¹⁵¹ Kanımca terör örgütünün "ihanet edenlere" zarar vermesi de devleti ve anayasal düzeni hedef alan bir eylem olarak görülebilir ve bu gibi hallerde de sosyal risk ilkesi uygulanmak gerekir.

¹⁴⁷ D.10.D. 18.03.1998, E.1996/10292 K.1998/1190, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁴⁸ D.10.D. 1996/1913 1995/53, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁴⁹ D.10.D. 16.11.1995 E.1995/566 K.1995/5746 ve D.10.D. 04.10.1996 E.1995/1102 K.1996/5774 ; D.10.D. 08.04.2002 4655/897, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 505; D.10.D. 11.10.2002 2159/5118, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 511.

¹⁵⁰ D.10.D. 03.12.1997, E.1996/1322 K.1997/5228, www.danistay.gov.tr, 20.05.2006.

¹⁵¹ Kararlarda tekrarlanan "terör örgütüne herhangi bir şekilde katılmamış" olmak ifadesi kanımca dar yorumlanmalıdır. Aksi halde terör örgütünün baskısıyla gerçekleşen katılım, sempatanlık v.b. durumlarda da idarenin sorumluluğunun kalkması gibi adil olmayabilecek sonuçlar ortaya çıkabilir.

A.Y.İ.M., terör nedeniyle asker kişilerin uğradığı zararlardan doğan uyuşmazlıklarda sosyal risk ilkesi yerine açıkça ya da üstü kapalı bir şekilde külfetlerde eşitlik ilkesini uygulamaktadır.¹⁵² Bunun önemli olabilecek bir sonucu ise, Türk İdari Yargı İçtihadlarında sosyal risk ilkesinin genellikle güvenlik güçleri ile terör örgütü üyeleri dışında kalan üçüncü kişilerin zararlarına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanabilmesidir.

Askeri ve sivil idari yargı kararlarının terör kaynaklı zararlardan doğan uyuşmazlıklarda konu itibariyle birbirine yaklaştığı nokta askeri faaliyet ile önleyici kolluk faaliyetini yürüten ajanların zarara uğrama ihtimalinin gerçekleşmesidir. Bir soru haline getirmek gerekirse: Acaba asker kişilerin askeri faaliyet sırasında terörden zarar görmeleri ile polis ve kolluk görevi gören asker kişilerin zarara uğraması arasında bir fark var mıdır?

Uyuşmazlık mahkemesi bir kararda, "değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçların bir sonucu olarak" Anayasanın 125. maddesinin ilgili hükmünün geniş yorumlandığını ve sosyal risk ilkesinin yerleşik içtihadlarla kabul edilmiş olduğunu belirterek şu cümleye yer vermiştir: "...Bu kabul, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu düzenini sağlamaya yönelik önleyici kolluk görevinin niteliği itibariyle, terör eylemlerinin yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan gerek hizmeti yürüten kamu görevlisinin gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı..."¹⁵³ İfadeden, sosyal risk ilkesinin önleyici kolluk görevini yürüten kamu ajanlarının zarara uğraması halinde de

¹⁵² A.Y.İ.M.'nin bazı kararlarında şu ifadeler yer verilmektedir: "...Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı gibi mücbir sebep olarak da nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden doğan zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede olmayıp, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda kaldığı bir kamu külfeti olarak nitelendirilemeyip özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idare tarafından tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir. A.Y.İ.M. 2.D 23.06.2001 45/568, A.Y.İ.M. 2.D 02.05.2001 259/389, nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 794,791; benzer ifadeler: A.Y.İ.M. 2.D 18.10.2000 585/673, A.Y.İ.M. 2.D 09.12.1998 140/948, A.Y.İ.M. 2.D 27.02.1999 966/90, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, s. 796, 829, 847.

¹⁵³ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2000/17 K.2000/23, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s .993.

uygulanacağı anlaşılmaktadır.¹⁵⁴Şu halde önleyici kolluk görevini yürüten bir jandarmanın terör faaliyeti nedeniyle zarara uğraması halinde sosyal risk ilkesi uygulanacak, ancak askeri görevin ifası sırasında aynı zararın ortaya çıkması halinde külfetlerde eşitlik ilkesi uygulanacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, jandarmanın askeri ya da kolluk görevi görürken hayatını kaybedip kaybetmediği hususunu dikkate almış ve askeri görev ile kolluk görevinin olağanüstü hal bölgesinde iç içe geçmiş olduğunu belirterek idare mahkemesinin görevlilik kararını kaldırmıştır.¹⁵⁵

Nedensellik bağı ile ilgili bölümde üzerinde durulacak olmakla birlikte burada özetle A.Y.İ.M.'in terörden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda nedensellik bağının bulunduğunu kabul ettiği belirtilmelidir. Danıştay'ın sosyal risk ilkesinde nedensellik bağını gerekli görmediği kabul edilirse, benzer durumlarda görevli mahkemenin hangisi olduğuna bağlı olarak nedensellik bağının bulunduğuna ya da bulunmadığına ilişkin farklı kararların ortaya çıkması sözkonusu olabilir. Başka bir anlatımla polisin teröristlerle çatışmaya girmesi sonucunda zarar görmesi halinde nedensellik bağı kabul edilmeyecek, asker kişinin çatışmada zarar görmesi halinde nedensellik bağının bulunduğu sonucuna varılacaktır.

d) Diğer Toplumsal Olaylardan Kusursuz Sorumluluk

Terör faaliyeti dışında kalan futbol maçı, gösteri yürüyüşü ve benzeri "topluluk"ların zararlı eylemlerinden doğan uyuşmazlıklarda Danıştay titizlikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmaktadır. İncelediğim kararlardan çıkan ana fikir bu gibi olaylarda kusursuz sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için idarenin önceden haberli olmaması ve zararın önüne geçebilmesi için yeterli sürenin bu-

¹⁵⁴ Danıştay'ın inceleyebildiğim kararlarında sosyal risk ilkesinin uygulandığına ilişkin açık bir ifadeye, bu konudaki bir uyuşmazlıkta sosyal risk ilkesine dayanan idare mahkemesi kararının ilkeyle ilgili bir açıklama yapılmadan onanması dışında (D.10.D. 12.06.2000, E.1999/3832 K. 2000/3151, BAL, Yakup, *a.g.e.* s. 630), rastlayamadım. Sosyal risk ilkesinin sıklıkla uygulandığı bir dönemde terör faaliyetinden bir kolluk görevlisinin zarar görmesi ile ilgili uyuşmazlık üzerine verilen bir kararda ise sosyal risk ilkesinden bahsedilmemiştir. D.10.D. 29. 03. 2001, E. 1998/6920 K. 2001/1207, BAL, Yakup, *a.g.e.*, s. 655-656.

¹⁵⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.12.1993, E.1993/44 K.1993/48, BAL, Yakup, *a.g.e.* s. 994-996.

lunmaması gerektiğidir. Aksi halde genellikle hizmet kusuruna hükmedilmektedir.

İdari Yargı Yerlerinin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varmaları genellikle, olayın meydana geleceğinin ya da gelmesi ihtimalinin idareye ilgililerce bildirilmiş olması durumlarında ya da idarenin önceden olayın meydana gelmesi ihtimalinin kuvvetli olduğuna ilişkin bir tahminde bulunabilmesinin kendisinden beklenebileceği hallerde sözkonusu olmaktadır. Örneğin, Kayserispor-Sivasspor maçında çıkan olayların etkisi ile kayserililere ait işyerlerinin tahrib edilmesi ile ilgili uyuşmazlıklarda (aynı olayla ilgili birden fazla karar bulunmaktadır) Danıştay, hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varmıştır.¹⁵⁶ Kararlar toplu bir şekilde değerlendirildiğinde futbol maçından bir süre sonra bu tip olayların çıkabileceğinin tahmin edilerek gerekli önlemlerin alınmamış olması sebebiyle hizmet kusuruna gidildiği ortaya çıkmaktadır. Hatta Esin'in naklettiği bir karara göre idare, savunmasında tedbirlerin yetersiz kaldığını kabul etmiştir.¹⁵⁷ Bir diğer kararda, davacı olay meydana gelmeden önce valilik ve emniyet müdürlüğüne başvurduğu halde idare hareketsiz kalmış bu nedenle de hizmetin kusurlu işlediği sonucuna varılmıştır.¹⁵⁸

Elbistan ilçesinde mezhep ayrılığı nedeniyle meydana gelen olaylarla ilgili olarak da Danıştay'ın birden fazla kararı bulunmaktadır. Armağan'ın naklettiği bir kararda hizmet kusuru nedeniyle tazminata neden hükmedildiği anlaşılacakla birlikte aynı olayla ilgili Esin'in nakletmiş olduğu bir başka karardan bunun, bir önceki gece başlayan olayların ertesi gün de devam etmesi ihtimali düşünülerek gerekli önlemlerin alınmamış olmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

¹⁵⁶ ARMAĞAN, *a.g.e.*, s. 168; ESİN, *a.g.e.*, s. 62, 63: aynı olayla ilgili birden fazla karar bulunmaktadır.

¹⁵⁷ D.12.D. 10.11.1969 E.1968/233 K. 1969/1770, ESİN, *a.g.e.* s. 63.

¹⁵⁸ D.12.D. 13.12.1971 E. 1971/288 K. 1971/2900, D.12.D. 15.06.1972 E. 1971/3141 K. 1972/1661, nakleden ESİN *a.g.e.* s. 68, 69, Ayrıca, Kayserispor-Sivasspor maçında meydana gelen olaylarla ilgili karardan maçın olaylı geçme ihtimalinin bulunduğu idareye önceden bildirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. D.12.D. 20.01.1970 E.1968/1045 K. 1970/91, ESİN *a.g.e.*, s. 63.

İdare haberli olmasa ve önceden tahmin etmesi kendisinden beklenemese bile bazı hallerde, olayın başlangıcı ile zararın doğumuna kadar geçen sürenin gerekli önlemlerin alınarak zararın önüne geçilebilmesini mümkün kılacak uzunlukta olması halinde yine hizmet kusuruna gidilebilmektedir.¹⁵⁹

Demek ki, kusursuz sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için ya zararın birdenbire ortaya çıkması, idarenin olaydan habersiz olması ya da idareden beklenebilecek tüm önlemler alındığı halde, zararın yine de ortaya çıkmış olması gerekir. İkinci olasılıkla kastettiğim, idarenin, örneğin yasaya uygun olarak alınmış izinle düzenlenen bir miting gibi, haberli olduğu toplumsal bir olayda kendisinden beklenebilecek tüm önlemleri almış olduğu halde yine de zararın doğabilmesi ihtimalidir. Danıştayın bu konuda farklı bir sonuca vardığı bir karardan bahsedilmelidir. Eskişehir’de ilgili yasaya uygun olarak ve önceden alınmış izinle düzenlenen bir mitingde kolluk güçleri dışında kalan kimselerce mitingde katılanlar üzerine ateş açılması sonucunda oluşan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, idarenin olumlu ya da olumsuz bir eyleminin bulunup bulunmadığını irdelenmiştir. Eylemin doğrudan doğruya idare tarafından ya da idare adına yapılmış olması nedeniyle olumlu bir eylem bulunmadığı sonucuna varmıştır. Kolluk faaliyetinin gereği gibi yerine getirilmemesi, zamanında gerekli önlemlerin alınmaması gibi olumsuz bir eylemin de sözkonusu olmaması nedeniyle illiyet bağının bulunmadığı belirtilerek dava reddedilmiştir. Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımının doğru olduğu kabul edilirse kusuru bulunmayan bireylerin özel ve olağandışı zararlarının bu kişiler üzerinde bırakılması gibi kanımca adil olmayan bir sonuç doğar. Gözler, bu nitelikteki olaylarda illiyet bağının bulunmaması nedeniyle idarenin sorumlu olmaması gerektiği görüşündedir. Yazar, zarara uğrayan bireylerin eylemleri yapanlar aleyhine takipte bulunmaları gerektiğini belirtmektedir.¹⁶⁰ Toplumsal olaylarda faillerin teşhisi, takibi ve tatmin

¹⁵⁹ D.12.D. 05.10.1971 E. 1968/2975 K. 1971/2134, ESİN *a.g.e.*, s. 67.

¹⁶⁰ GÖZLER, *a.g.e.*, Cilt II, s. 1122.

edici bir tazminat elde edilmesi kolay olmayabileceği için bu görüşe katılmıyorum.

Toplumsal olaylarla ilgili bazı kararlarda Danıştay, zararın meydana gelmiş olmasının tek başına hizmetin kusurlu işlediğini gösterdiği sonucuna varmıştır.¹⁶¹ Kanımca sadece zarardan yola çıkarak hizmet kusuruna varılması eleştirilebilir. Çünkü hizmet kusuruna dayanılmış olmakla birlikte zararlar eylem arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı, ki bahsedilen kararlarda bu konu tartışmalı olabilir, araştırılmamıştır. Ayrıca hizmet kusurunu kanıtlayacak, gerekçelendirecek hiçbir açıklama yapılmamıştır. Sadece zarardan hareketle hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılması bu olaylarda neden kusursuz sorumluluğun sözkonusu olmadığı sorusunu yanıtız bırakmaktadır.

Sonuç olarak Danıştay kararlarında ortaya çıkan, idarenin sorumsuzluğu yaklaşımı bireyler açısından, zarardan yola çıkarak hizmetin kusurlu işlediğinin varsayılması eğilimi de idare açısından adil olmamak gerekir. Kanımca kusursuz sorumluluk kurumu bu sorunu giderebilir.

Terör dışındaki toplumsal olaylar nedeniyle (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde) asker kişilerin uğradığı zararlarla ilgili; idarenin kusursuz sorumluluğu sonucuna varılmış olan Danıştay kararları bulunmaktadır. Örneğin, toprak uyuşmazlığı nedeniyle iki köy arasında çıkan kavgada vurularak ölen bir jandarma erinin yakınlarına tazminat ödenmesine ilişkin kararda Yüksek Mahkeme, külfetlerde eşitlik ilkesini uygulamıştır. Aynı ilke soygun yapan eşkiyalar ve kaçakçılar tarafından öldürülen jandarma erleri ile ilgili uyuşmazlıklarda da uygulanmıştır.¹⁶²

Kararlar terör dışındaki toplumsal olaylarda kusursuz sorumluluğun sözkonusu olabileceğini ortaya koymaktadır. Ancak bu kararlar,

¹⁶¹ Örneğin Kadirli olayları sırasında can ve mal kaybının olmasının hizmet kusurunun bulunduğunu gösterdiği kabul edilmiştir; ESİN, *a.g.e.*, s. 65; 12.D. 22.02.1971 E.1970/3509 K.1971/393; D.10.D.17.05.1982 E.1982/2823 K.1982/1321 ARMAĞAN *a.g.e.*, s. 171; D.10.D.17.11.1982 E.1982/785 K.1982/2310 ARMAĞAN, *a.g.e.*, s. 171-172.

¹⁶² D.12.D. 26.10.1966 E.1965/3609 K.1966/2982; D.12.D. 26.04.1967 E.1965/4330 K.1967/676; D.12.D. 30.06.1970 E.1966/1202 K.1970/1450; D.12.D. 23.11.1967 E.1966/633 K.1967/1905, ESİN, *a.g.e.* s. 156-159.

silahlı kuvvetler mensuplarının uğradığı zararların tazminine ilişkindir. Sosyal risk ilkesi ile ilgili bölümde bahsettiğim gibi Danıştay sosyal risk ilkesini terör olaylarında uygulama eğilimindedir. A.Y.İ.M. ise asker kişilerin terör olayları nedeniyle uğradığı zararlarda sosyal risk ilkesi yerine külfetlerde eşitlik ilkesine gitmektedir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunundan önceki dönemde verilmiş olan yukarıdaki kararlar A.Y.İ.M.'in yaklaşımı ile paralellik arz etmektedir. Şu halde terör olayları dışında ve asker kişilerin uğramış olmadığı zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda sosyal risk ilkesinin uygulanması güç gözükmektedir. Bu nitelikteki bir olayda Danıştay sosyal risk ilkesini uygulamak yerine külfetlerde eşitlik ilkesini uygulamıştır.¹⁶³

Konuyla İlgili bir diğer sorun da kanımca Danıştay'ın sosyal risk ile ilgili kararlarında ortaya çıkan "münferit olay" kavramının kapsamıdır. "Münferit olay" sadece bireyler arasındaki uyuşmazlıklardan doğan, kişisel husumetten kaynaklanan zararlara ilişkin olaylar mıdır? Danıştay kararlarında kişisel husumetten kaynaklanmadığı anlaşılan olaylarda sosyal risk ilkesinin uygulanmasının karşıt anlamından kişisel husumetin sözkonusu olduğu durumların "münferit olay" teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak yüksek Mahkemenin ilgili bölümde bahsedilmiş olan "münferit terör eylemi" yaklaşımı ile birlikte toplumsal bazı olaylarda da "münferit olay" tabirini kullanması, kapsama ilişkin bir sorun olduğunu akla getiriyor. Örneğin Ümraniye olaylarından doğan zararlar ilgili kararda Yüksek Mahkeme, zararın münferit bir olaydan kaynaklandığı sonucuna varmıştır.¹⁶⁴ Kanımca bu durum da sosyal risk ilkesinin sistematik terör olaylarından doğan uyuşmazlıklara hasredilmesi eğiliminin bir sonucudur.

¹⁶³ Bir olayı protesto eden bir topluluğun taş atması sonucunda bir şahsın otomobili zarar görmüştür. Yüksek mahkeme, bu olaya ilişkin uyuşmazlıkta hizmet kusuru bulunup bulunmamasının önemi olmadığını belirtmiş ve zararın davacı üzerinde bırakılmayarak kamuya mal edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. D.12.D. 06.11.1971 E.1969/1746 K.1971/2478, ESİN, *a.g.e.*, s. 163.

¹⁶⁴ Karardan İdare Mahkemesinin sosyal risk ilkesini uygulayarak tazminata hükmettiği anlaşılmaktadır. Danıştay, "...dosyanın incelenmesinden uğranılan zararın münferit olaydan kaynaklandığı..."nı ifade etmiştir. Dosyayı inceleme imkânımızın bulunmaması ve münferit bir olayın toplumsal bir olay içerisinde de gerçekleşme ihtimalinin düşük de olsa bulunması bu hususun belirsiz kalmasına neden olmaktadır. Ancak, idare mahkemesinin sosyal risk ilkesini uygulamış olması ve bahsettiğim ihtimalin düşüklüğü nedeniyle toplumsal bir olayın Yüksek Mahkemece münferit olay olarak değerlendirilebildiği sonucuna vardım.

Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı terör dışındaki toplumsal olaylarda yukarıda belirtilen kusursuz sorumluluğun bulunabileceği yönündeki eski içtihadın değiştiği ve yeni kararlarda kusursuz sorumluluğun da tamamıyla dışlandığı anlamına gelebilir mi acaba?

Ümraniye olayları ile ilgili kararda şu cümle dikkati çekmektedir:

“...üçüncü zararı münferit olaydan kaynaklandığı ve niteliği itibarıyla sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde, idarenin güvenlik hizmetlerinin kusurlu işletilip işletilmediğinin incelenmesi gerekmektedir...”

Cümleden kusursuz sorumluluğun tamamıyla dışlanmış olduğu anlaşılabilir. Ancak konu ile ilgili bazı kararlarda bunun doğru olmayabileceğini gösteren, en azından, bu hususu tartışmalı bir hale getirebilecek ifadeler bulunmaktadır. Şöyle ki; Yüksek Mahkeme sosyal risk ilkesi ile ilgili bazı kararlarında idarenin sorumluluğunu adeta nedensellik bağının bulunup bulunmamasına göre bir ayrıma tabi tutarak, nedensellik bağının bulunduğu halleri hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri, nedensellik bağının bulunmadığı tek bir sorumluluk hali olarak da, apayrı ve üçüncü bir ilke imişçesine, sosyal risk ilkesini ele almaktadır. İşte kararda yer alan hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılmasının gerektiğine ilişkin ifade ile sosyal risk dışında kalan kusur veya kusursuz sorumluluk ilkelerinin birlikte kastedildiği düşünülebilir.¹⁶⁵

¹⁶⁵ D.10.D. 25.12.1997 E.1996/9628 K.1997/6183, kararda idari eylem veya işlemde doğan zararların hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmin edilmediği ifade edilmiş. Sonra da nedensellik bağının sorumluluğun mutlak koşulu olmadığı belirtilerek sosyal risk ilkesi irdelenmiştir. D.10.D. 02.02.1994 E.1994/4934 K.1995/5487; bu kararda da nedensellik bağına dayalı bir ayırım yapılarak üçüncü kişinin eyleminin nedensellik bağını kaldırması nedeniyle kusurlu ve kusursuz sorumluluğa gidilemeyeceği, münferit olay olması nedeniyle de sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır. D.10.D. 25.02.2003, E.2001/4795 K.2003/696, kararda yine nedensellik bağına dayalı ayırım tekrarlanmış ve nedensellik bağının (idari eylemle) kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağı, önce hizmet kusurunun yoksa kusursuz sorumluluğun irdelenmesi gerektiği belirtilmiştir. D.10.D. 03.10.2001 4533/3346 (ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 196-197): Karar, idareye ait altı otobüsün yasa dışı örgüt mensuplarınca yakılmasından doğan zararın tazmini ile ilgilidir. “Terör eyleminde” toplumsal nitelik taşıyan riskin gerçekleşmiş olduğu sonucuna ulaşılması gerektiği ifade edilmiş, uyuşmazlığı doğuran olayın ise münferit olduğu ve hizmet kusuru ilkesi esas alınarak incelenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Nedensellik bağına ilişkin ayırım da kararda belirgindir; yürütülen kamu hizmetinin sonucu olan zarar-

Sosyal risk ilkesinin de külfetlerde eşitlik ana ilkesine dayandığı sonucuna varmış olduğum bu çalışmada sonuç itibariyle arada bir fark olmamakla birlikte risk ilkesi ve külfetlerde eşitlik ilkesinden farklı ve ayrı bir ilke olduğu kabul edilirse, bu ilkenin terör dışında kalan toplumsal olaylardan doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanacak şekilde genişletilmesi gerektiği düşünülebilir.

Fransa'da bahsettiğimiz nitelikteki toplumsal olaylardan doğan vücut bütünlüğü ve malvarlığına yönelik zararlardan devletin sorumluluğu bir kanunla öngörülmüştür. Bu kanundaki sorumluluk rejiminin sosyal risk esasına dayandığı belirtilmektedir.¹⁶⁶

Toplumsal olaylardan doğan zararların tazmini ile ilgili uyuşmazlıklarda Danıştay, zararı doğuran eylemi gerçekleştirenlerin tesbit edilememesi durumunda sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Yüksek Mahkeme, "failin meçhul" olması halinde zararı doğuran olayı, münferit bir olay kabul edebilmektedir.¹⁶⁷ Kararlar eleştirilebilir. Çünkü bir olayın failerini tesbit etmek adli kolluğun ve yargılama sırasında da re'sen araştırma ilkesi gereği yargı yerinin görevidir. Bu görevin yerine getirilememesi nedeniyle zararın zarar görenler üzerinde bırakılmaması gerekir. Kanımca bir olayın münferit olduğu ispatlanmadığı müddetçesosyal risk ilkesine göre tazminat ödenmelidir. Çünkü failerin tespit edilememesi olgusu ve bunun yargı kararında dile getirilmesi, zararın münferit bir olaydan kaynaklanmış olabileceği gibi terör olayından da doğmuş olabileceğinin kabul edilmesi demektir. Yüksek Mahkemenin iki olasılıktan tazminatın ödenmemesine yol açacak olasılığı seçmesi kanımca isabetli değildir. Rast-

ların hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği ve yürütülen kamu hizmetinin sonucu olmayan zararların ise sosyal risk ilkesine göre tazmin edilebileceği açıkça ifade edilmiştir. www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006.

¹⁶⁶ DUPUIS, George; GUEDON, Marie-Jose; CHRÉTIEN, Patrice, *Droit Administratif*, 2002, Armand Colin, s. 556.

¹⁶⁷ "...Bu haliyle faili meçhul kişi veya kişilerce konulan bombanın patlaması sonucu münferit bir olaydan kaynaklanan zararın, niteliği itibariyle sosyal risk ilkesine göre tazmini sözkonusu değildir..." D.10.D. 14.01.2002, 3171/12; "...olayın failerinin ve sebebinin bilinmemesi nedeniyle bu aşamada ortaya çıkan zararlar nedensellik bağı kurulabilen bir idari eylemin varlığından söz edilemez..." D.10.D. 05.02.2001 5349/311, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.*, s. 193.

layabildiğim bir karar faili meçhul bir eylem neticesinde kusursuz sorumluluğa hükmedilmiş olması nedeniyle kanımca yerindedir.¹⁶⁸

¹⁶⁸ D.12.D. 31.12.1970 E.1969/190 K.1970/2821, ESİN, *a.g.e.*, s. 160; karar, bir jandarma erinin devriye görevinde meçhul kimselerce öldürülmesi ile ilgilidir. Olayın failleri ve sebebi yapılan tahkikata rağmen ortaya çıkarılmamıştır. Yüksek Mahkeme, idarenin kusursuz da olsa sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.

II. BÖLÜM: KLASİK KURGUNUN BOZULMASI: NEDENSELLİK BAĞI SORUNU

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125. maddesinin son fıkrasında idarenin "kendi" eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirtilmektedir. Bu ifade idarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olması kuralını getirmekle birlikte bu sorumluluğun kapsamını eylem ve işleme nedensellik bağı ile bağlı zararlar olarak sınırlamaktadır.¹⁶⁹

Nedensellik bağı, zararı doğuran eylem ya da işlemin her zaman idarenin olumlu bir eylem ya da işlemi olmaması, bazen, idarenin eylemsizliği ya da idarenin dışında kalan unsurların eyleminden kaynaklanan zararların ortaya çıkması nedeniyle irdelenmesi hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluğun ve buna bağlı olarak da külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulanma alanını belirlemek bakımından zorunlu bir husustur. Bu bölümde nedensellik bağına ilişkin esaslar yargı kararlarından hareketle ve yine tümevarım metoduyla belirlenmeye çalışılacaktır.

Danıştay'ın kararlarından Anayasadaki hükme paralel olarak nedensellik bağına ilişkin idarenin sorumluluğu için kural olarak arandığı anlaşılmaktadır. Kararlarda nedensellik bağına ilişkin farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir. Bazı kararlarda bu bağı "eylem ile zarar"

¹⁶⁹ Bu nedenle öğretilerde Danıştay'ın sosyal risk uygulamasında nedensellik bağına ilişkin araması eleştirilmektedir. Akyılmaz'a göre idarenin sorumluluğunun tek dayanağı olan A.Y.'nin 125. maddesi hükmü nedensellik bağına zorunlu gördüğü için, nedensellik bağı olmadan idarenin sorumlu tutulması yasal dayanaktan yoksundur. Bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar, *Sosyal Risk İlkesi ve Uygulaması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2005, Cilt. 9, sayı. 1-2, Ankara, Baskı: Nisan 2005, s.188

arasında¹⁷⁰, bazılarında "zararla hizmet" arasında¹⁷¹ bulunması gerektiği belirtilmektedir.¹⁷²

Kararlarda esas itibariyle nedensellik bağına ilişkin iki ana yaklaşım ortaya çıkmaktadır: Birincisi, idarenin olumlu bir eylemi ya da işlemi sonucunda bir zararın meydana gelmesi, ikincisi ise ancak hizmetle, idarenin faaliyet alanı ile irtibatlandırma şeklinde ve daha nesnel olduğu düşünülebilecek bir illiyet bağı yaklaşımıdır. Bahsettiğim ikinci yaklaşımın nedeni idarenin eylemsizliğinin ve hizmetin içinden ya da hizmetle ilgili ancak idarenin eylemi sonucu ortaya çıkmamış olan zararların idareye bağlanabilmesi olabilir.¹⁷³ Bu husus bir kararda şöyle ifade edilmektedir:

"...idari eylem yalnızca idarenin isteyerek yaptığı fiiller değil idarenin hareketsiz kalması sonucu oluşan maddi olayları ve hatta idari faaliyetin yürütümü sırasında idarenin iradesi dışında gerçekleşen ve ancak bu faaliyete bağlanabilen olayları da kapsamaktadır..."¹⁷⁴

İşte idarenin kusursuz sorumluluğu ve tabii külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulanması ile ilgili önemli bir sorun, nedensellik bağının olup olmaması ile ilgili olarak, genellikle kararda bahsedilen idarenin ey-

¹⁷⁰ D.10.D. 26.10.1994 2705/5168, D.10.D. 18.01.2002 7028/78, D.10.D. 27.06.2000 2698/2594, D.10.D. 10.03.1999 6956/738, D.10.D. 22.05.1985 1065/3322, D.10.D. 20.05.1997 748/1906, D.10.D. 28.03.1994 4187/1244, D.10.D.14.02.2002 373/452, D.10.D. 05.03.2002 1095/537, Nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, a.g.e s. 256, 420, 449, 471, 478, 567, 572, 394.

¹⁷¹ D.10.D. 17.01.2001 1533/77, D.10.D. 05.02.2001 5349/311, D.10.D. 22.12.1998 5736/6932, D.10.D. 13.06.1994 905/2724, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, a.g.e s. 195, 262, 475, 476.

¹⁷² "zararla idari faaliyet arasında" ya da "idareye illiyet bağı" gibi ifadelerle de rastlanmaktadır D.10.D. 08.12.1998 3548/6481, D.10.D. 18.11.1999 1138/6177, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, a.g.e s. 305, 273.

¹⁷³ İdarenin "eylemsizliği" söz konusu olduğunda, eylemsizlik de bir eylem sayılabilmekle birlikte, aslında ortada "gerçek", gözle görülür ya da somut, başka bir anlatımla müsbet bir hareket, tutum ya da davranış olmadığı için zararla eylem arasında bir ilişki kurulamıyor ancak hizmetle ya da idareyle zarar arasında bir ilişki kurulabiliyor.

¹⁷⁴ D.10.D. 13.11.1996 6451/7499, Nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, a.g.e s. 570; D.6.D E.2004/1477 K. 2004/2115, www.danistay.gov.tr/kerisim, Kararda şu cümle dikkati çekmektedir: "...Bir idari işlem veya bir idari sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetinden veya *hareketsiz kalmasından*, araçlarının kullanımından, taşınır ve taşınmaz malları veya tesislerinin yönetiminden dolayı oluşan zararların idari eylem sonucu oluşan zarar ve buna yol açan eylemi de sonuç olarak idari eylem kavramı içerisinde düşünmek gerekmektedir...olayda idarelerin hareketsizliği sözkonusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin *olumsuz eylem* olarak kabulü gerekir..."

lemsizliği ve ancak faaliyet ile irtibatlandırılabilen olaylardan doğan uyuşmazlıklarda ortaya çıkmaktadır. Bu sorunu ve nedensellik bağının bulunmaması halinde sorumluluğun sözkonusu olup olmayacağı meselesini Danıştay ve A.Y.İ.M.'in terör olaylarından doğan zararlarla ilgili kararlarda kullanılan ifadelerden yola çıkarak irdelemek mümkün olabilir.

A) TERÖR OLAYLARINDAN DOĞAN ZARARLARDA NEDENSELLİK BAĞI SORUNU

Danıştay'ın sosyal risk ilkesi ilke ilgili birçok kararında Şu paragraf tekrarlanmaktadır: "...kural olarak idarenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak idarenin faaliyet alanı ile ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerektiği..."¹⁷⁵

Paragraftaki "hizmetin doğrudan sonucu olan...zararları" ifadesi ile birlikte eylemsizliğin de Yüksek Mahkemece bir eylem olarak kabul edildiği düşünöldüğünde, burada idarenin, kural olarak idarenin eyleminin ya da eylemsizliğinin doğrudan sonucu olan, araya başka bir idare dışı eylem girmeden oluşan zararlardan sorumlu olmasının kastedildiği düşünölebilir. Başka bir anlatımla, ifadeden, idarenin olumlu bir eyleminin sonucu olmayan bir zarardan sorumlu olmayacağı sonucu çıkarılmamak gerekir. Şu halde kuralın istisnası araya bir başka idare dışı eylemin girmesi sonucu oluşan zararda nedensellik bağının aranmayabileceğidir.

Ancak, paragrafta yer alan bazı ifadeler belirli soruları akla getirmektedir. Bunlardan bir tanesi "önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği" ifadesidir.¹⁷⁶ Bir süjenin önlemekle yükümlü olduğu halde bir zararın doğumunu önleyememesi, önleyememe eyleminin

¹⁷⁵ D.10.D. 25.12.1997, E.1996/9012 K.1997/6164; D.10.D. 06.11.1997 E.1996/2383 K.1997/4163; D.10.D. 22.11.2001 E.1999/5543 K.2001/4030; D.10.D. 25.02.2003 E.2001/4795 K.2003/696; D.10.D. 08.10.1996 E.1995/2388 K.1996/5893; D.10.D. 13.11.1996 E.1995/7115 K.1996/7523; D.10.D. 14.04.2005 E.2003/57 K.2005/237; D.10.D. 06.06.2001 E.1999/2583 K.2001/2110; D.10.D. 04.10.1995 E.1994/1514 K.1995/4115; www.danistay.gov.tr/kerisim, 20.05.2006.

sonucunda bir zararın ortaya çıkmasını yani nedensellik bağına çağırıştırılmaktadır. Bir diğeri ise "idarenin faaliyet alanı ile ilgili" tabiridir. Bu tabir de zararın idarenin faaliyet alanında ortaya çıktığını, idare ile bir bağlantı olduğunu bu nedenle de yine nedensellik bağına anımsatmaktadır. Bu durum bir çelişki gibi görünmekle birlikte bu ifadelerin nedensellik bağına "eylem ile zarar" arasında olmaması anlamını taşıdığı düşünülebilir. Yüksek Mahkemenin eylem ya da eylemsizlikle zarar arasında illiyet bağı bulunmamakla birlikte "hizmet" ile zarar arasında bir nedensellik bağına bulunduğu kanısında olduğu sonucuna varılabilmektedir.

Risk ilkesi ile ilgili bölümde bahsettiğim gibi idarenin tehlikeli faaliyeti ya da beklenmeyen bir durumun zarar doğurması halinde de benzeri bir sorun ortaya çıkmaktadır. İdarenin eylemi ya da eylemsizliği ile zararlı sonuç arasında bir kurşunun sekerek yön değiştirmesi ya da teknik bir arıza gibi bir başka olay ya da eylem girmekte ve zarar bu nedenle ortaya çıkabilmektedir. Hatta bazı hallerde zararın nedeni tam olarak anlaşılammamaktadır. Sonuç olarak, yargı yerleri risk ilkesini uygularken de nedensellik bağına hizmet ile zarar arasında kurabilmektedirler. İşte sosyal riskle ilgili kararlarda da A.Y.İ.M.'in mücbir sebeplerle ilgili yukarıda ilgili bölümde anılan kararlarda olduğu gibi bir "içselleştirme"nin sözkonusu olduğu düşünülebilir.

Sonuç olarak, Danıştay'ın kararlarındaki ifadelerden, eylemle olmasa bile hizmetle zarar arasında yine de nedensellik bağına aranmakta olduğu kanısındaayım.

Bu sonucu destekleyebilecek bir diğeri husus da kararlarda terör örgütü ile zarar gören şahıs arasında herhangi bir ilişkinin olup olmasının araştırılması gibi Yüksek Mahkemenin müterafık kusurun sorumluluğu ortadan kaldıran, nedensellik bağına kesebilen bir etkisinin olması ihtimaline dair yaklaşımdır. Gerçekten de nedensellik bağı bulunmasa idi kanımca müterafık kusurun da dikkate alınmaması gerekirdi.

A.Y.İ.M.'in kararlarında, terör kaynaklı zararlarda nedensellik bağı ile ilgili şu ifadeler bulunmaktadır: "...zararlı sonuç doğuran olay

ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğundan...¹⁷⁷, "...idare ajanının zarara uğraması ile hizmet arasında nedensellik bağı bulunduğu açıktır..."¹⁷⁸, "...zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişki bulunmadığı bazı hallerde dahi idarenin sorumlu tutulması kabul edilmektedir..."¹⁷⁹ İfadelerden A.Y.İ.M.'in de nedensellik bağını hizmet ile zarar arasında aradığı anlaşılmaktadır.

Burada belki şöyle bir tespitte bulunulabilir: İdareye bir kusur atfetmenin mümkün olmadığı olaylarda zarar bazen idarenin eylem ya da eylemsizliğinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu hallerde nedensellik bağını kurmak genellikle güçlük arz etmemektedir. Örneğin bir bayındırlık eserin inşası sonucunda çevresindeki bazı evlerde değer düşüklüğü meydana gelmesinde zararı idarenin eylemine bağlamak, nedensellik bağının bulunduğunu ispat güçlük arz etmemektedir. Ancak bazen, beklenmeyen durumlarda ve sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerde olabildiği gibi, idarenin eylem ya da eylemsizliği doğrudan doğruya zarara neden olmamakta araya başka bir eylem teknik arıza ve idarenin kontrolü dışında kalan benzeri unsurlar girebilmektedir. Bu gibi hallerde idari yargı yerleri eylem ile zarar arasında nedensellik bağı kurmak yerine hizmet ile zarar arasında bu bağı bulunduğunu kabul etmektedirler. Sosyal risk ilkesinde de nedensellik bağı Danıştay'ın kararlarında sıklıkla tekrar edilen "idarenin faaliyet alanı ile ilgili olma", "ilişkilendirilebilme" biçiminde ortaya çıkmaktadır. Kanımca bu son halde nedensellik bağının yine de bulunmakla birlikte zayıfladığı düşünülebilir.

İncelemiş olduğum yargı kararları ışığında külfetlerde eşitlik ilkesinin kusursuz sorumluluğu açıklayan ana ilke olduğu ortaya çıkmıştı. İşte bu husus dikkate alındığında nedensellik bağının güçlü ya da

¹⁷⁷ A.Y.İ.M. 2.D 21.03.2001 52/360, A.Y.İ.M. 2.D 29.11.2000 374/770, A.Y.İ.M. 2.D 03.03.1999 734/142, Nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 789,796,799.

¹⁷⁸ A.Y.İ.M. 2.D 11.10.2000 634/603, A.Y.İ.M. 2.D 24.02.1999 368/123, A.Y.İ.M. 2.D 10.06.1998 677/463, A.Y.İ.M. 2.D 23.02.2000 763/102, Nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 795, 798, 803, 827.

¹⁷⁹ A.Y.İ.M. 2.D 12.06.1996 85/599, A.Y.İ.M. 2.D 18.02.1998 541/203, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* 803, 802.

zayıf olduğunun düşünölebileceği tüm durumlarda sorumluluğun bu ilke ile açıklandığı kabul edilebilir. Bir diğer anlatımla, buraya kadar nedensellik bağının bulunduğu (ya da kurulabildiği) alan külfetlerde eşitlik ilkesinin de uygulama alanı ile örtüşmekteydi. Acaba bu ilkenin uygulanma alanı bunun da ötesine geçebilir mi? Yani artık hizmetle de nedensellik bağı kurulamayan ya da bu bağın bulunduğu şüphede arzedeabilecek, yasama işlevinin veya uluslararası andlaşmaların doğrudan zarara neden olması gibi, hallerde de bu ilke mi uygulama alanı bulabilecektir? Kısacası bu ilke acaba idare ile birlikte devletin sorumluluğunu açıklayan bir ilke midir? Eğer böyle ise idarenin bu sorumluluk alanı içerisindeki rolü nedir? Bu ve benzeri soruları cevaplayabilmek için kanımca önce idare ile nedensellik bağının şüpheli olduğu sorumluluk hallerine değinilmeli sonra da idare ile nedensellik bağı kurulabilen hallerde idarenin sorumluluğunun bir "tek başına" (münhasıran idareye ait) sorumluluk olup olmadığı tartışılmalıdır.

B) SORUMLULUKTAN GÖREVE Mİ? İDARE İLE NEDENSELLİK BAĞININ BULUNMADIĞI DURUMLAR

Çalışmanın bu bölümüne kadar idarenin eylemi, eylemsizliği ya da hizmet ile nedensellik bağı kurulabilen zararlardan kusursuz sorumluluğu olup olmadığı yargı kararları ışığında irdelenmeye çalışıldı. Hizmet ile de zarar arasında nedensellik bağının kurulamadığı ya da bu bağın şüpheli olduğu hallerde idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ve sorumluluk sözkonusu olabilir ise bunun hangi ilkeye dayanabileceği üzerinde durulmalıdır.

Yasama işlevinin, araya herhangi bir idari işlem ya da eylem girmeden, doğrudan doğruya zarara yol açması halinde Devletin sorumlu olmayacağı düşüncesi yasama işlevinin egemenlikle ilgili olması ve egemenliğin sorumlulukla bağdaşmayacağıının kabul edilmesi nedeniyle uzunca bir süre geçerliliğini korumuştur.¹⁸⁰ Bu nedenle Fransa'da

¹⁸⁰ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s. 320'deki gözlem yazısı. Yasama organının bir tazminat öngörebileceği, öngörmediği durumlarda yargı yerinin yasama yerine geçerek tazminat ödemesinin mümkün olmadıkđı kabul edilmiştir.

Fransız Danıştayının La Fleurette kararına kadar yasama işlevinden devletin sorumluluğu kabul edilmemiştir.¹⁸¹

Onar, devletin yasama faaliyetinden sorumlu olmadığına ilişkin görüşleri kabul etmemekte, egemenliğin hukuk kuralları ile sınırlandırılmış bir yetki olduğunu ve her yetkide olduğu gibi sorumluluğun burada da sözkonusu olduğunu ifade etmektedir. Bilgen de, Anayasanın 19., 40., 125., 129. maddeleri ile hukuk devleti, sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri nedeniyle anayasada açık bir hüküm bulunmasa bile kanunla verilen zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁸²

Fransa'da 1934 tarihli bir kanun süt endüstrisini korumak amacıyla krema üretiminde süt dışındaki maddelerin kullanılmasını yasaklamıştır. Kanunun yürürlüğe girmesiyle süt ve başkaca maddelerin karışımından krema benzeri "gradine" maddesini üreten firma zarar görmüştür. Uyuşmazlığın çözümünde Fransız Danıştay, kanun metninden ve kanunun hazırlık çalışmalarından kanunkoyucunun zararın davacı üzerinde bırakılmasını amaçlamadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, kanunun yararı amacı ile oluşan sözkonusu külfetin toplum tarafından karşılanması gerektiğini hüküm altına almıştır.¹⁸³ Fransız Danıştay bu kararla zarardan toplumun sorumlu olacağını belirterek yasama işlevinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğun külfetlerde eşitlik ilkesine dayandığını ortaya koymuştur. Fransız Öğretisi de bu sorumluluk halini kusursuz sorumluluk başlığı altında ve külfetlerde eşitlik esası içerisinde ele almaktadır.¹⁸⁴

¹⁸¹ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s. 320'deki gözlem yazısı, Fleurette Kararından önceki dönemde Fransa'da tütün mamulleri ile ilgili, yasaklama getiren bir kanun nedeniyle ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta Fransız Danıştay, kanunun tazminat konusunda suskun kalması karşısında bir tazminata hükmetmeye kendisini yetkili görmemiştir.

¹⁸² ONAR, *a.g.e.*, s. 1727; BİLGİN, *a.g.e.* s. 320.

¹⁸³ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s.319; La Fleurette kararı. Karardan hareketle şu tesbitlerde bulunulmuştur: Kanun tazminat ödenmesini açıkça yasaklamamış, ya da tazminatı belirlememiş olmalıdır (bu hallerde mahkeme tazminata hükmedemeyecektir); yasaklanan faaliyetin kınanabilir, ahlâka aykırı ve kamu düzenini bozucu bir faaliyet olmaması ve zararın ağır, önemli ve özel olması gereklidir.

¹⁸⁴ PAİLLET, Michel, *La Responsabilité Administrative*, Dalloz, Paris, 1996, s. 157-158; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *a.g.e.* s. 773; DEMICHEL, André, *Le Droit Administratif, Essai De Reflexion Theorique*, 1978, Librairie Généralé De Droit et de Jurisprudence, s. 173; DUPUIS, Georges; GUEDON, Marie Jose; CHRÉTIEN, Patrice, *Droit Administratif*,

Kanundan doğan zarar nedeniyle devletin sorumluluğun genellikle kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmekle birlikte, bu sorumluluğun kusurlu sorumluluk da olabileceği belirtilmektedir.¹⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin "Devletleri" tazminata mahkum etmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı faaliyetler nedeniyle olabilmektedir. Bu sorumluluk halinin sözleşmeden doğan bir kusurlu sorumluluk olduğu düşünülebileceği gibi Anayasanın 90. maddesine göre uluslararası andlaşmalar kanun hümnünde olduğu için, devletin sözleşmeye aykırı faaliyetinin aynı zamanda bir "kanuna uygun davranmama" yani kusurlu sorumluluk olabileceği de ileri sürülebilir. İdarenin faaliyet alanı içerisinde olduğunda da bu hizmet kusuru halini alabilir.

Türk İdari Yargı Mercilerinin kanunun doğrudan doğruya zarara neden olması halinde idarenin sorumlu tutulamayacağı kanaatinde oldukları anlaşılmaktadır.¹⁸⁶ Gözler'in naklettiği bir kararda A.Y.İ.M. "yasama tasarruflarının Anayasaya aykırılığının sorumluluğunun idareye yüklenemeyeceğini" belirtmiş ancak mevzuatımızda yasama tasarruflarından doğan zararların tazminine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.¹⁸⁷ Bu karardan, A.Y.İ.M.'in yasama faaliyetinden idarenin sorumluluğunun sözkonusu olması halinde bunun kusursuz sorumluluk olabileceği kanaatine sahip olduğuna ilişkin bir çıkarımda bulunulabileceği düşüncesindeyim.

Bir kanunun doğrudan doğruya zarara yol açmasının örneklerine Türkiye'de de rastlanmaktadır. Örneğin, 4302 sayılı kanun, talih oyunları işletmelerinin önceden verilmiş izinlerinin, kanunun yürürlüğe girmesini izleyen günden başlamak üzere altı aylık sürenin sonunda kendiliğinden hükümsüz olacağına ilişkin bir hüküm getirmiştir. Sürenin bitiminde artık ilgili işletmeler faaliyetlerine devam edemeyecekleri için zarar da bu tarihte doğmuş olacaktır. Dikkat edilirse bu halde ara-

2002, Armand Colin, s. 558; CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, cilt I, 13. bası, Montchrestien, 1999, s. 1323.

¹⁸⁵ CHAPUS, René, *a.g.e.*, s. 1324-1325.

¹⁸⁶ Danıştayın ve A.Y.İ.M.'nin konu ile ilgili birkaç kararı bu yöndedir, Bkz. GÖZLER, *a.g.e.*, s. 1166.

¹⁸⁷ GÖZLER, *a.g.e.*, s. 1167.

ya herhangi bir idari işlem ya da eylemin girmesi sözkonusu olmadan, doğrudan doğruya yasama işlevinin sonucu olabilecek bir zarar sözkonusudur.¹⁸⁸ Bilgen de, bu konuda iki kanunu örnek göstermektedir.¹⁸⁹

Türk İdari Yargı Yerlerinin devletin yasama faaliyetinden sorumluluğunu kabul etmeleri durumunda, kusursuz sorumlulukta esas alınan ilke olan külfetlerde eşitliğin bu konuda da uygulanma ihtimalinin yüksek olduğunu düşünüyorum. Yasama işlevinden doğrudan zarar meydana gelmesi halinde idarenin herhangi bir eylemi ya da işlemi bulunmamakla birlikte zararı kamu kasasından ödemek, bu konuda gerekli teşkilat ve personele sahip olan idareye düşecektir.¹⁹⁰

Fransa'da uluslararası andlaşmaların doğrudan zarara yol açması halinde de devletin kusursuz sorumluluğunun bulunabileceği kabul edilmektedir.¹⁹¹ Fransız Danıştayı *Compagnie Générale D'énergie Radio-Électrique* kararında, Fransa ile diğer ülkeler arasında imzalanan andlaşmalardan doğan zararlardan devletin kamu külfetleri karşısında eşitlik esasına göre tazminat ödemesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁹²

Kanımca, 1982 Anayasasının 90. maddesine göre uluslararası andlaşmalar "kanun hükmünde" oldukları için Türkiye'de bu sorumluluğun yasama işlevinden devletin kusursuz sorumluluğu içerisinde ele alınması düşünülebilir.

¹⁸⁸ SARICA, Ragıp, *Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes'uliyeti Meselesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı Bası, Kenan Matbaası, İstanbul, 1945, s.126: Müellif, hukuka veya ahlaka aykırı ya da tehlikeli faaliyetleri yasaklayan bir kanunun doğurduğu zarardan Devletin sorumlu olmayacağını kabul etmektedir. Müellife göre, önceden izin verilmiş bir faaliyetin yasaklanması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların karşılanmamasının adil olmayabileceğine ilişkin eleştiri, hukukun mutlak ve değişmez kurallar toplamı olmaması nedeniyle haklı değildir.

¹⁸⁹ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesi; 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununun Ek Geçici 1. maddesi.

¹⁹⁰ İdari yargı yerleri hasım olarak da devleti temsilen merkezi dare içerisindeki ilgili bakanlığı kabul edebilmektedirler. D.10.D. 06.06.2001, E.1999/2583 K.2001/2110; "Ülkemizin belirli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemleri önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece meydana gelen zararın tazmini gerekmektedir. Bu durumda davacıların zararlarının bu zararın doğmasını engellemekle yükümlü olan işçleri bakanlığınca önlenememesi nedeniyle bu idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.

¹⁹¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *a.g.e.*, s.773.

¹⁹² PAILLET, Michel, *a.g.e.*, s. 158.

Yargı işlevinin doğrudan zarara neden olmasından Devletin sorumluluğunda da zarar ile idare arasında nedensellik bağının bulunduğunu kabul etmek güçtür. Burada Yargı işlevinden sorumluluk ile vurgulanmak istenen, sadece bir uyuşmazlığın yargı yeri tarafından çözümlenmesi faaliyeti nedeniyle bir zararın ortaya çıkabilmesidir. Bu faaliyetin öncesinde ya da sonrasında bir idari işlem ya da eylemin bulunması hali, zarar ile idari işlem ya da eylem (ya da eylemsizlik) arasında illiyet bağı kurulabileceği için bu konunun dışındadır.¹⁹³ Adil yargılama yapılmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine dayanarak Devletleri tazminata mahkum etmesi buna örnek verilebilir. Bu halde Devlet sorumlu olmakla birlikte, Devlet adına, idare tarafından tazminat ödenmektedir.

Devletin yasama ve yargı organlarının faaliyetinden sorumluluğunun genellikle, yasama fonksiyonuna ilişkin bir işleminin yapılmasında olduğu gibi, bir "etkinliğin" sonucunda zararın ortaya çıkması halinde mümkün olabileceği anlaşılıyor. Yani genellikle ortada bir etkinlik ve bu etkinliğin sonucu olan, ona nedensellik bağı ile bağlı bir zarar bulunuyor. Acaba devletin herhangi bir faaliyetinin sonucu olmayan özel ve olağandışı zararlardan sorumlu olması düşünülebilir mi?

Soruyu farklı bir şekilde sorarsak: Devletin faaliyeti dışında ortaya çıktığı düşünülebilecek savaş, doğal afetler ve benzeri dış kaynaklı (kuş gribi, deli dana, AIDS gibi bulaşıcı hastalıklar, başka ülkelerde meydana gelen nükleer kazalar v.b.) olaylar nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlar, zarar gören bireyler üzerinde mi bırakılacaktır?

¹⁹³ İdarenin yargı kararının uygulanmamasından kusursuz sorumluluğu ile ilgili bir Fransız Danıştay kararından bahsedilebilir: Sousse Mahkemesi, Tunus'un Tabia-el-Houbira bölgesinde yer alan oldukça geniş (38.000 hektar) bir arazi üzerinde Bay Couiteas'ın mülkiyet hakkı bulunduğunu ve işgalci durumunda bulunan önceden bölgeye yerleşmiş halkın tahliyesini talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Fransız Hükümeti, uzun zamandır bölgede ikamet etmekte olan halkın tahliye edilmesindeki güçlükleri dikkate alarak Sousse Mahkemesinin kararını uygulamaktan kaçınmıştır. Fransız Danıştay, idarenin bir mahkeme kararının uygulanması ile ilgili koşulları değerlendirmekle, kamu güvenliği ve kamu düzeni açısından tehlike arzeden durumlarda sözkonusu kararı yerine getirmekten kaçınmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, bu nedenle ortaya çıkan zararın ilgili üzerinde bırakılmayarak toplum tarafından karşılanması gerektiğini vurgulayarak Bay Couiteas'a tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLLÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *a.g.e.*, s.248.

Öğreti ve içtihadlarda mücbir sebeplerin idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunu kural olarak ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Örneğin bir depremin neden olduğu zararlar, bu doğa olayının öngörülmesinin ve önlenmesinin mümkün olmaması ve idarenin faaliyetinin dışında meydana gelmesi nedeniyle tazmin edilmeyecektir.¹⁹⁴ İdarenin bir kusurunun bulunmadığı, (zemin etüdü, inşaat denetimleri v.b.) alınması gerekli tüm önlemlerin alınmış olduğu bir zamanda ve yerde deprem nedeniyle yine de bazı özel ve olağandışı zararlar ortaya çıkar ise bu zararların zarar görenler üzerinde bırakılması adaletli bir çözüm olmayabilir.

Bahsedilen zararlardan Devletin "sorumluluğunun" bulunabileceğine ilişkin şöyle bir yaklaşımda bulunulabilir: Çalışmamın ilgili bölümünde belirttiğim gibi, beklenmeyen durumlardan doğan (ya da risk veya tehlikelilik esası) ve sosyal risk ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklarda idari yargı yerleri; "zarar" ile "hizmet" ya da "zarar" ile "idare" arasında (eylem ile zarar arasında değil) nedensellik bağı kurmaktadır. Yani nedensellik bağı bazı hallerde adeta nesnelleşmektedir. İdari yargı yerleri tarafından uygulanan bu nesnelleştirme metodunun "devlet" ile "zarar" arasında uygulanabileceği düşünülebilir. Basitleştirmek gerekirse; nasıl idarenin eylemi ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığı için bu bağ "hizmet" ya da "idare" ile zarar arasında kuruluyor ise, devletin faaliyeti ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamaması durumunda da "devlet" ya da "egemenliğin kullanılması" ile zarar arasında nedensellik bağı kurulması düşünülebilir.¹⁹⁵ Nedensellik bağı kurulduğunda da yukarıda verdiğim örnekteki gibi, her türlü önleme rağmen yine de ortaya çıkan zararlardan devletin "sorumlu" olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu sorumluluğun gerektirdiği

¹⁹⁴ Kanımca mücbir sebeplerde "öngörülemez ve önlenemez" "kusuru" ortadan kaldırmakta; "dışsallık" yani zarara neden olan olayın idarenin dışında meydana gelmesi de "nedensellik bağı"nı kesmektedir. Kusursuz sorumluluğun kalkması da bu son özelliğin sonucudur.

¹⁹⁵ İdarenin fonksiyonu kamu hizmeti (kolluk) ve nedensellik bu fonksiyon ile zarar arasında kuruluyor. Devletin fonksiyonu da millet ya da toplum adına siyasi iktidarca "egemenliğin kullanımı" ise bu fonksiyonla da zarar arasında nedensellik bağı kurulması düşünülebilir.

faaliyetin, tazminat ödenmesinin ve gerekli olabilecek diğer edimlerin sunulmasının, idare tarafından yerine getirileceği düşünülebilir.

Yukarıda, çalışmamın ilgili bölümünde, mücbir sebeplerden idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmeden A.Y.İ.M.'in, mücbir sebepleri adeta "içselleştirmesinden" ve sosyal risk ilkesi ile ilgili kararlarda Danıştayın benzeri bir yaklaşımda bulunmasından da Türk İdari Yargı Yerlerinin bu düşünceye paralel bir kanaate sahip oldukları sonucuna varılabileceği kanısındayım. Ancak tekrar etmekte fayda var ki bu çıkarım, devletin zararı gidermesinin mutlaka "sorumluluk" kavramı ya da temeli üzerine oturtulması çabası ile ortaya çıkmaktadır. Zorlama bir yaklaşım olduğu düşünülebilir. Belki zararın giderilmesinin "kamu görevi" ya da "kamu hizmeti" temeli üzerine oturtulması halinde bu zorlama çıkarıma gerek kalmayabilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıç kısmının yedinci paragrafında¹⁹⁶ "...Topluca Türk Vatandaşlarının..., nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu..." ifade edilmiştir. Paragrafta bahsedilen külfetlerin, başlangıç kısmı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, genel külfetler olduğu sonucuna varılabilir. Yine paragrafta yer alan "ortak olma" ifadesinin anlamı düşünülerek bir sonuca varılmaya çalışılırsa; genel külfetlerde "ortak" olmanın, yukarıda bahsettiğim gibi savaş, doğal afet ve benzeri hallerde ortaya çıkabilecek tüm zararların zarar görenler tarafından sineye çekilmesini değil, bu zararların giderilmesine yönelik bir "dayanışmada bulunma"¹⁹⁷ anlamına geldiği düşünülebilir.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Anayasanın 176. maddesine göre başlangıç kısmı anayasa metnine dahildir.

¹⁹⁷ Anayasanın 2. maddesinde vurgulanan "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı" da kanımca bu dayanışmayı ve adalet düşüncesi ile birleştiğinde de külfetlerde eşitliği ortaya koymaktadır.

¹⁹⁸ Paragrafta yer alan , "Topluca Türk Vatandaşlarının...huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu..." ifadesi de, özel ve olağandışı zararların zarar görenler üzerinde bırakılmasının huzurlu bir hayatın önünde bir engel olduğu düşünüldüğünde bu görüşü destekleyebilir. Anayasa koyucunun bu engelin ortadan kaldırılmasında da bireylerin bir "talep hakkının" bulunduğu kanaatinde olduğu ya da bu eğilimi tasvib edebileceği sonucuna varılabilir. Anayasanın, Cumhuriyetin nitelikleri başlığı altındaki 2. maddesinde de "toplumun huzuru" ifadesi yer almıştır. Ayrıca, devletin başlangıçta belirtilen ilkelere dayadığı da vurgulanmıştır. Demek ki sadece başlangıç kısmı değil anayasanın genel esasları ile ilgili maddeleri de bu yaklaşımla uyumlu görünmektedir.

Genel külfet kaynağı olarak düşünölebilecek olayların hem toplumun her bireyini eşit şekilde etkilemesi (savaş halinde ölkede çapında yakıt sıkıntısı, genel ekonomik zorluklar gibi) mümkün olabileceğı gibi, özel ve olağandışı sayılabilecek zararları da (belki savaş halinde sadece belirli bölgede yaşayan insanların evlerinin yıkılması v.b. toplumun diğer kesimine nazaran özel ve olağandışı sayılabilecek zararlar) doğurabileceğı akla gelebilir.¹⁹⁹ İşte "ortak olma" kanımca genel külfetlerin özel ve olağandışı olmayan zararlarına katlanmayı, özel ve olağandışı zararların giderilmesinde de dayanışmayı ifade etmektedir. Bu dayanışmayı da millet ya da toplum adına gerçekleştirebilecek örgütlenme, devlet ve idare olabilir.

C) NEDENSELLİK BAĞININ BULUNDUĞU DURUMLAR

1982 Anayasasının 6. maddesi, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu belirttikten sonra bu egemenliğin anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanılacağını hüküm altına almıştır. Demek ki egemen olan toplum ya da Anayasanın deyimi ile "Millet" ve yetkili organları yasama, yürütme ve yargı, kısacası devlet, bu egemenliğin kullanılmasını sağlayan araçlardır. Başka bir anlatımla Anayasadan devletin, egemenliğin kullanılması işlevini yerine getiren bir cihaz olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasasının 8. maddesine göre egemenliğı kullanan kuvvetlerden biri olan yürütme bir yetki ve aynı zamanda bir görevdir. Maddeye göre bu yetki ve görev, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak "kullanılacak" ve "yerine getirilecek"tir. Bir diğer deyimle yürütme, Anayasa ve kanunlarla sınırları çizilmiş olan alan içerisinde egemenliğı kullanmakla görevlidir.

İdare ile ilgili esaslar, Anayasasının yürütme ile ilgili ikinci bölümü içerisinde yer almaktadır. Demek ki kamu gücünü kullanma yetkisi ve görevi aynı zamanda idare için de sözkonusu olmak gerekir. Başka bir

¹⁹⁹ Bir diğer örnek de belki kuş gribi olabilir. Kuş gribi nedeniyle tüm bireylerin eşit şekilde katlandığı (yumurta ve tavuk tüketilememesi, daha pahalı etlerin tüketiminin zorunlu hale gelmesi gibi) zararlar olduğu gibi, ölümler, hastalığın tedavisi için zorunlu harcamalar ya da tavukçuluk sektöründe yaşanan ekonomik sıkıntı gibi özel ve olağandışı zararlar da ortaya çıkmıştır.

anlatımla idare kamu hizmetlerini yerine getirmekle yetkili ve görevlidir. Zaten Anayasanın 123. maddesi de idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini hüküm altına almıştır.²⁰⁰

Bahsedilen Anayasa hükümlerinden hareketle şu tespitte bulunabilir: İdare, demokratik bir toplumda halkın yani egemen gücün iradesi ile oluşan yasama, yürütme ve yargının, yani devlet cihazının içerisinde, kamu hizmetlerini ve kolluk faaliyetlerini yerine getirmekle yükümlü bir kuruluştur. İdarenin "iradesinin" kaynağı da egemen olandır yani toplumdur. Ancak bu ifade idarenin kendi iradesinin bulunmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. İdare kendi iradesinin dış dünyaya yansımaları olan işlemler yapabilmekte ve eylemlerde bulunabilmektedir. Hatta bu eylem ve işlemleri egemen irade ile çatışabilmekte, Anayasaya ve kanunlara, daha doğrusu "hukuka" aykırı olabilmektedir. İdare, bir "kuruluş", merkezi idare ve diğer kamu tüzel kişilerinden oluşan, hukuk düzeninin "varsaydığı" bir cihaz olmakla birlikte, gerçekçi bir yaklaşımla da bireylerden yani kamu görevlilerinden oluşmaktadır (tabii kendine ait malvarlığı da var). Kamu görevlilerinin iradesi idarenin işleyişinde etkilidir. Örneğin bir belediye başkanı ya da vali, siyasi amaç güderek bir işlem tesis edebilmektedir. Demek ki idarenin iradesinin kaynağı toplum olmakla birlikte bu irade, toplumun iradesinin "kendisi" olmayabilir. Çünkü idare "kusurlu" olabilen bir varlıktır.²⁰¹

Hizmetin kusurlu işlemesi nedeniyle bir zarar meydana geldiği zaman, zararın idare tarafından tazmin edilmesinin de esasında külfetlerde eşitlik düşüncesi olduğu düşünülebilir. Kusurlu sorumlulukta da kusursuz sorumlulukta da tazminatın kamunun kasasından öden-

²⁰⁰ Anayasanın 128. maddesinde de "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle *yükümlü oldukları* kamu hizmetleri..." ifadesi bulunmaktadır.

²⁰¹ Buna kamu ajanlarının kusurudur da denilebilir belki ancak bazen idare ile ajanın kusurunu birbirinden ayırmak güçlük arzedeabiliyor. Öğretide ve içtihadlarda buna "anonimleşme" deniliyor. Kanımca kusurlu ajanın idareden soyutlanabildiği hallerde de sadece ajan kusurludur demek yanlış olabilir. Çünkü kusur idare adı verilen kuruluş ve "ona" verilen yetkiler yani "kamu gücü kullanma ayrıcalığı" var olduğu için zarara; hukuka aykırılığa dönüşebiliyor.

mekte olduğu anlaşılmaktadır.²⁰² Ancak, İlk bakışta kusursuz sorumluluk ile hizmet kusuru arasında yukarıdaki yaklaşıma benzer bir yaklaşımda bulunulduğunda önemli bir fark göze çarpmaktadır: Kusursuz sorumlulukta egemen irade ile uyum içerisinde olan idarenin "iradesi" hizmet kusurunda bu irade ile çatışmaktadır. Bu nedenle de aslında kamu kasasından ödenmemesi gereken bir tutarın ödenmesi ve zararın karşılanması gerekmektedir. Ancak Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrası, memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davalarının "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" idare aleyhine açılması kuralını getirmiştir. "kaydıyla" ifadesinden, rücu davası açılmasının bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır. Anayasanın hükmünden, kamu kasasından çıkan tutarın geri alınmasının yani kamu kasasına geri dönmesinin sağlanmasının idarenin görevi olduğu sonucuna varılabilir. Bu görevin ya da zorunluluğun temelinde de külfetlerde eşitlik düşüncesinin (bu durumda şahsın değil toplumun idare nedeniyle bölüşmek zorunda kaldığı zararın karşılanması niteliğine büründüğü düşünülebilir) bulunduğu sonucuna varılabilir.

O zaman idare ile ajanı ayırmanın mümkün olmadığı durumlarda idarenin kusurlu sorumluluğu da yine külfetlerde eşitlik esası ile açıklanabilir mi? Bu kanımca önemli ve cevaplanması gereken bir sorudur.

Gerçekçi bir yaklaşımla çoğu zaman kusur idarenin ajanının ya da ajanlarının kusuru olmakla birlikte kimi durumlarda sorumluyu tesbit etmek ya da tesbit edilebilse bile "tek başına" "o ajanın" sorumluluğunu kabul etmek güçlük arzedebilir (Kaldı ki ajan kusurlu olsa bile bu kusurun zarara neden olabilmesinin temelinde "idareye" ya da ilgili "makama" tanınmış yetkiler ve ayrıcalıklar yatmaktadır). Bu durumda, ajanın değil de devlet adına merkezi idarenin ya da ilgili idare kamu tüzel kişinin hizmet kusurundan ve sorumluluğundan bahsedilebilir. Bahsedilen "anonimleşmenin" bulunduğu durumlarda da kamu

²⁰² D.12.D. 20.11.1968, E.1968/774 K.1968/2153; 12.D. 22.01.1969, E.1967/1311 K.1969/80; ESİN, *a.g.e.*, s. 83, 84.

kasasından aslında yapılmaması gereken bir ödeme yapılacak ve bu ödeme kamu kasasına geri dönmeyecektir.

Burada egemen iradenin, idareye belirli kamu hizmetlerini kendi iradesine uygun şekilde yapmayı emrederken bir zorunluluk olarak, hizmetin kusurlu işlemesi ve bahsedilen anonimleşme nedeniyle doğabilecek zararları ödemeyi göze aldığını düşünmek mümkün olabilir. Başka bir anlatımla toplumun zorunlu ihtiyaçlarını gidermek adına görevli kılınan idarenin topluma sağladığı fayda karşısında kusurlu faaliyette bulunabilmesi ihtimaline, zararın ödenmesi şartıyla, toplum tarafından katlanması gerekmektedir. Bu "göze alma" idarenin egemen iradeye aykırı faaliyette bulunma riskinin göze alınması olarak görülebilir. Şu halde bu risk gerçekleştiğinde zarar kamu kasasından ödenmektedir; kamu kasası bu riskin garantörü olmaktadır denilebilir. Belki de kusursuz sorumlulukta üzerinde durulan risk ilkesinin uygulanma alanı aslında burası olmalıdır.

Hizmet kusuru ile kusursuz sorumluluk arasında idari yargı yerlerinin bazı kararlarında ortaya çıkan önemli olabilecek bir fark tazminat miktarına ilişkindir. Danıştayın bir kararında şu cümle yer almaktadır:

"İdarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, idari işlem ya da eylemin hukuka uygunluğunun denetimi yanında tam yargı davalarının yaptırımı niteliğindeki maddi ve özellikle de manevi tazminatın ağırlığının belirlenmesi yönünden de önem kazanmaktadır."²⁰³

Karardan, hizmet kusuru nedeniyle sorumlulukta kusursuz sorumluluğa oranla tazminatın miktarının daha fazla olabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda hizmet kusurunun bulunduğu hallerde tazminatın külfetlerin eşitlenmesi amacını gütmeyeceği dolayısıyla da bu ilkenin idarenin kusurlu sorumluluğu alanında uygulanamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Fakat acaba bu kararın yanlış olduğu düşünülebilir mi? Ka-

²⁰³ D.10.D. 24.05.2001 48/1983; D.10.D. 10.04.1992 3954/1362, nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 261; D.10.D. 07.11.1996 4814/7156; zikredilen bu son kararda da idarenin eyleminin hukuka aykırılığını ortaya koyacak bir tazminattan bahsedilmektedir.

rarda tazminat miktarının hizmet kusurunda daha ağır olabilmesi ile kastedilen, idarenin adeta cezalandırılması ise acaba yargı yerinin buna yetkisi var mıdır?

Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrası yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğunu vurgulamaktadır.²⁰⁴ Şüphesiz ki tam yargı davalarında idarenin işlem ya da eyleminin hukuka aykırı olup olmadığı saptanmakla birlikte bu davaların mahiyeti gereği maddi ve manevi tazminat da "belirlenecektir". Maddi tazminat malvarlığındaki eksilmenin giderilmesi²⁰⁵, manevi tazminat da zarar nedeniyle duyulan ağır elem ve üzüntünün başka türlü giderilmesi olanağı bulunmaması nedeniyle takdir edilecek belirli bir miktar para ile karşılanmasıdır.²⁰⁶ Kısacası maddi ve manevi tazminat kişinin uğradığı zararın belirlenmesidir. Malvarlığındaki eksilmenin miktarına ve manevi zararın ağırlığına göre takdir edilecek bir miktardır. Kanımca mahkemenin yetkisi sadece bu zararın belirlenmesine yöneliktir. Yukarıda anılan karar ve Danıştayın benzer diğer kararları, eğer aslında mevcut olan zarardan daha fazla bir miktara hükmedilerek idarenin cezalandırılması amacını güdüyorsa yargı yetkisinin aşıldığı düşünülebilir. Eğer sadece zararın belirlenmesinde duyulan elem ve acının dikkate alınarak zararın takdir edilmesini ifade etmekte iseler; diğer bir deyimle amaç cezalandırma değil de sadece zararın belirlenmesi ise mesele yoktur. Bu halde zaten tazminat miktarı külfetlerde bozulan eşitliği sağlama anlamına gelebilir.²⁰⁷ Çünkü kusursuz sorum-

²⁰⁴ Aynı kural İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında da tekrarlanmıştır.

²⁰⁵ D.10.D. 21.01.1998 1343/19, ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 204; D.10.D. 23.10.1996 5056/6395, s. 205; D.10.D. 26.10.1994 2705/51688, s. 206.

²⁰⁶ D.10.D. 04.03.1998 3453/1003 ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 108.

²⁰⁷ Maddi zararın da manevi zararın da kişiden kişiye ya da olaya göre değişebilmesi doğaldır. Örneğin teröristler tarafından yerleştirilen bir bombanın patlaması nedeniyle zarar gören iki taşınmazdan biri diğerine göre daha değerli olabilir. Oysa her iki evin de zararının karşılanması gerekecektir. Gerçekleşme ihtimali yüksek olan böyle bir olasılıkta daha değerli olan eşya için daha fazla tazminat ödenmesinin külfetlerde eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı düşünülebilir. Toplum neden evi daha değerli olana daha fazla tazminat ödemek zorunda kalsın? Kanımca bu sorunun cevabı değerli olan evden alınan verginin daha fazla olması; kısacası topluma bulunulan katkının fazlalığı nispetinde zarar nedeniyle elde edilen tazminatın fazla olabileceği hatta olması gerektiğidir. Bu durumda da şu akla gelebilir: Toplum neden vergi vermeyen bir yabancıнын ülkede uğradığı zararı tazmin

luluk hallerinde de manevi tazminat sözkonusu olabilmekte ve miktarı da olaydan duyulan elem ve acının ağırlığına göre değişebilmektedir.²⁰⁸ Vardığım sonucu destekleyebilecek bir başka nokta da yargı yerlerinin manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak nitelikte olmasını kabul etmeleridir.

Sonuç olarak idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun da külfetlerde eşitlik ilkesi ile açıklanabileceği kanısındayım. Yargı kararlarında hizmet kusurunun asli sorumluluk olarak kabul edilmesinin nedeni ise idarenin hukuka aykırılığının ya da "kusurluluğunun" ifşa edilmesi; yargı kararı ile tesbit edilmesi olabilir. Bu ise külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulanmayacağını kabul etmek için kanımca yeterli bir neden değildir.

Burada üzerinde durulması gereken nokta, idarenin "iradesinin" egemen irade ile yani Anayasa ve kanunlarla çelişki içerisinde olmadığı, örtüştüğü, yani idarenin kusurlu olmadığı halde bir zararın ortaya çıkması durumunda, bu zararı doğuran işlem ya da eylemin tek başına idarenin iradesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Kısacası acaba sorumlu her zaman "tek başına" idare midir?

İdare, Anayasa ve kanunların çizdiği sınır içerisinde bir serbesti alanına, iradesini kullanma alanına sahiptir. Ancak bağlı yetkide bu irade tamamıyla yasamanın iradesi olarak görülebilir.²⁰⁹ Takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda dahi bu yetkinin kullanılması hukuk kuraları ile sınırlıdır. Bunlara uyulmamasının bir zarara yol açması halinde de büyük bir olasılıkla hizmet kusuru sözkonusu olacaktır. İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesine göre de idare yargı kararlarını gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. İdarenin, uygulamak zorunda olduğu yargı kararını uygulaması sonucunda bir zararın ortaya çıkması ya da uygulamasının imkânsız olması nedeniyle bir zararın or-

etsin? Kanımca bu olasılığın da cevabı yabancı ülkelerde zarara uğrayan Türklere o ülkelerin tazminat ödemesi olabilir. Aynı sonuca manevi tazminat için de varılabilir; örneğin, aynı olayda toplum uğruna canını feda eden kimsenin yakınları topluma sunulan değer karşılığında daha fazla tazminat alacaklardır.

²⁰⁸ D.10.D. 10.04.1992 3954/1362, nakleden ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, *a.g.e.* s. 261.

²⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetim Hukuku*, 4. bası, Ankara, 1991, "S" Yayınları, s. 203.

taya çıkması halinde kusursuz da olsa sorumluluğu gündeme gelebilir. Kısacası idarenin iradesini çevreleyen, yönlendiren başka irade ya da iradeler bulunmaktadır. Burada şu akla geliyor: İdarenin iradesi bahsedilen kuralların ve iradelerin ürünü ise veya bunlara uygun olarak ortaya çıkmış ise sorumlu iradenin "tek başına idare" olmaması gerekir. Kanımca sorumluluk tek başına idarenin değil devletindir. Devlet de egemenliğin kullanılmasını sağlayan bir araç olduğuna göre sorumluluğun aslında iradenin kaynağına yani topluma döndüğü sonucuna ulaşılabilir. Basitleştirmek ve özetlemek gerekirse; halk idarenin belirli kamu hizmetlerini yerine getirmesini emretmekte ve bundan fayda sağlamaktadır. Ancak, idarenin faaliyeti sırasında kusuru olmadan bir zarara neden olması durumunda bu zarar yine halk tarafından karşılanmaktadır. Külfetlerde eşitlik ilkesine göre bu zarar bölüşülmektedir.

Örneğin, Anayasanın 72. maddesine göre "vatan hizmeti", her Türkün hakkı ve görevidir. Bu hüküm hem bireylere hem de idareye birtakım yükümlülükler getirmektedir. İdarenin yükümlülüğü bu ödevin yerine getirilebilmesi için gerekli kuruluş ve işleyişe sahip olmaktır. İşte vatan hizmetinin silahlı kuvvetlerde yerine getirilmesi sırasında idarenin kusuru olmadan bir zarar ortaya çıktığında bu zarardan eylem ya da hizmetle nedensellik bağı kurulabilen idarenin sorumlu olacağı akla ilk gelen olmakla birlikte, bu sorumlulukta yasamanın da iradesinin rolü olduğu düşünülebilir. Zarar da külfetlerde eşitlik ilkesine dayanılarak tazmin edileceğine göre; kanunkoyucunun ve idarenin, temelinde de halkın, iradesi sonucunda ortaya çıkan zarardan yine kanunkoyucunun ve idarenin, temelinde yine halkın, birlikte sorumlu olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Devlet ile idare arasında sorumluluk konusunda mutlak bir sınır çizmek ve tek başına idarenin sorumlu olduğunu kabul etmek güçtür. Aksi düşünüldüğünde bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yukarıda, yasa işlevinden Devletin sorumluluğu konusunda talih oyunları işletmelerinin ruhsatlarının belirli bir tarihte hükümsüz hale geleceğini öngören kanun örneği üzerinden gidilirse, bir işletme, kanunun öngördüğü süre sonunda faaliyetine kendiliğinden son vermek yerine faaliyeti-

ne devam ederse ve bir idari yaptırımla karşılaşır, doğabilecek zarardan yasama işlevi nedeniyle "tek başına devletin" ya da "tek başında idarenin" sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varmak kolay olmayabilir.

T.B.M.M.'nin kararı üzerine Birleşmiş Milletler Barış Gücünde görev yapmak üzere Kosova'ya giden bir astsubayın, bomba imhası sırasında meydana gelen patlama nedeniyle ölümü ile ilgili uyuşmazlıkta A.Y.İ.M., risk ilkesini uygulayarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir.²¹⁰ Bu olayda, zararı doğuran faaliyetin sadece idarenin iradesinin değil, T.B.M.M.'nin ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının da iradelerinin bir sonucu olduğu düşünülebilir. Başka bir anlatımla, idare tek başına sorumlu olmamak gerekir çünkü T.B.M.M.'nin ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının kararları olmasaydı zarar da doğmayacaktı, denilebilir.

Bu ifadelerden mutlaka hukuka aykırılığın kusur anlamına geldiği ve kusursuz sorumluluğun da hukuka uygun eylem ya da işlemlerin bulunması durumunda mümkün olabileceği anlamı çıkarılabilir. Ancak bunun "genellikle" böyle olduğu, her zaman böyle olmayabileceği ifade edilmelidir. Bazı hallerde idarenin "hoşgörülebilir bir kusuru"²¹¹'nin bulunabileceği ve hukuka aykırılığın hizmet kusuru teşkil etmeyebileceği dikkate alınmalıdır. Kusursuz sorumlulukta da idarenin mutlak surette hukuka uygun faaliyette bulunduğunu kabul etmek bazı hallerde güçtür. Örneğin, beklenmeyen durumlarda ya da risk ilkesinin uygulandığı olaylarda, zarara yol açan birden fazla nedenden biri ya da birkaçı, tek başına zararı doğurmaya elverişli olmamakla birlikte hukuka aykırı ve "etkili" idari eylem olabilmektedir. Tüm olasılıkları içerebilecek bir yaklaşım belki, hukuka aykırı ya da hukuka uygun faaliyetin sonucunda dış dünyada meydana gelen değişikliğin yani zararın zarar

²¹⁰ A.Y.İ.M. 2.D. 05.07.1995, E.1994/1098 K.1995/601, www.msb.gov.tr; yine Kosova'da görev yapan bir Türk Askerinin bir bombanın imha edilmesi sırasında meydana gelen patlama sonucunda ölümü ile ilgili bir diğer kararda ise "zararın zarar görenler üzerinde bırakılmayarak topluma yayılması" gerektiğine ilişkin ifadede eşitlik ilkesinin uygulandığı anlaşılmaktadır A.Y.İ.M. 2.D. 09.11.2001, E.2000/596 K.2001/773, www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

²¹¹ Yayla, *a.g.e.* s. 154, müellif içtihad hatası ve bazı usul eksikliklerini örnek vermektedir.

görenler üzerinde bırakılmasının hukuk düzenince kabul edilmemesi olabilir.

Yukarıda ilgili bölümde bahsettiğim gibi, kanun ve uluslararası andlaşmaların araya herhangi bir idari işlem ya da eylem girmeden özel ve olağandışı bir zarara neden olmaları halinde de idarenin sorumlu olabileceği kabul edilmektedir. Burada artık zararlar idare arasında nedensellik bağının kurulması oldukça güçtür. Buraya kadar anlattıklarımı üç başlık halinde özetlemek mümkündür:

1- İdari eylem, işlem ya da kamu hizmeti ile nedensellik bağı bulunan, ancak idarenin kusuru olmadan ortaya çıkan zararlardan, idarenin tek başına sorumlu olup olmadığı bence şüphelidir;

2- İdare ile nedensellik bağı bulunmayan ya da en azından bu bağın bulunduğu şüpheli olduğu, devletin, idare dışında kalan işlevlerinden sorumlu olduğu hallerde zararın tazmini idare tarafından yerine getirilebilmekte;

3- Son olarak, artık devletin faaliyeti ile de nedensellik bağı kurulması mümkün olmayabilecek, başka ülkelerden kaynaklanan zararlar, doğa olayları, savaş v.b. hallerde ortaya çıkabilecek özel ve olağandışı zararların da idare tarafından, devlet adına, karşılanması mümkün olabilmektedir.²¹²

Demek ki kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi idarenin ve devletin faaliyeti ile nedensellik bağı bulunan zararlardan sorumluluğunu kapsayan, hatta bazı hallerde bu sınırı da aşabilen bir uygulama alanına sahip olabilir. Çalışmamda idarenin özel ve olağandışı zararları ödemesi ile ilgili olarak buraya kadar "sorumluluk" terimini kullandım. Sorumluluk bir tanıma göre herkesin neden olduğu zararı gidermek

²¹² A.Y.İ.M.'in, Ege'de müşterek deniz tatbikatı sırasında bir Amerikan savaş gemisinden hatalı olarak fırlatılan füzenin Türk savaş gemisine isabet etmesi nedeniyle meydana gelen zarara ilişkin uyuşmazlığı, idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmederek karara bağlamış olması buna örnek olabilir. A.Y.İ.M. 2.D., 22.02.1995, E.1993/1009 K.1993/1095, www.msb.gov.tr, 24.05.2006.

zorunda olmasıdır.²¹³ Nedensellik bağı ile ilgili veriler ışığında külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulama alanının idarenin “neden olduğu” zararları aştığını, devletin neden olduğu zararları da kapsadığı ve hatta bunu da aşabileceği anlaşılmaktadır. Belki de bu noktada artık “sorumluluk” kavramı külfetlerde eşitliğin sağlanmasının nedenini açıklamakta yeterli değil. Külfetlerde eşitlik ilkesinin uygulanabileceği alan içerisinde idarenin rolünün ne olabileceğini belirleme çabası, “sorumluluk” kavramına tercih edilebilecek bir kavram ya da esasa ışık tutabilir.

²¹³ AZRAK, Ülkü, *İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İHF. yay., İstanbul, 1980, s.135; Bir diğer tanıma göre ise sorumluluk: Genel davranış kurallarına veya yüklendiği bir borca aykırı davranan şahsın, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüdür. Bkz. OĞUZMAN, *a.g.e.*, s.14.

SONUÇ: ANAYASAL BİR KAMU HİZMETİ Mİ?

1982 Anayasasının 125. maddesi idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. "Yükümlülük" tabirinden Anayasanın idarenin zararı ödemekle "görevli" olmasını öngördüğü sonucuna ulaşılabilir. Dikkat edilirse Anayasa "idarenin" zararı ödemekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Araya bir yargı kararının girmesi; bu yükümlülüğün ancak bir yargılama sonucunda tazminata hükmedilmesi halinde gündeme gelmesi sözkonusu değildir. Başka bir anlatımla zararın ödenmesinin ilk ve tek yükümlüsü zarar meydana geldiği andan itibaren idaredir. Demek ki Anayasakoyucunun iradesi herhangi bir uyuşmazlık doğmadan da idarenin zararı ödemekle yükümlü olacağı yönündedir. Kaldı ki araya bir yargı kararı girse bile sonuçta, bir tazminata hükmedilmesi durumunda tabii, tazminatı ödemekle yükümlü olan yine idare olacaktır. Kanunkoyucunun iradesinin bahsedilen yönde olduğu fikrini destekleyebilecek bir başka düzenleme de İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesidir. Maddeye göre, bir idari işleme dayanmayan idari eylemlerden zarara uğrayanların tam yargı davası açmaları halinde idari yargı yerinin davayı esasın inceleyebilmesi için, kural olarak, önce ilgili idareye başvurulması gerekir. İptal davalarında idareye başvuru şartının aranmamasının nedeninin ise iptali istenen işlemin idarenin

iradesini ortaya koyması, uyuşmazlığın doğması, önkarar yerine geçmesi olduğu düşünülebilir. Demek ki bir işlem ya da eylemden bir zarar doğması halinde idarenin tazminata mahkum edilmesi, yargı kuvvetinin müdahalesi, ancak bir uyuşmazlık çıkması halinde mümkündür. İdarenin külfetlerde eşitliği sağlama görevi yargı müdahalesinin öncesinde ve tazminata hükmedilmesi halinde de sonrasında kural olarak vardır.²¹⁴

Külfetlerde eşitlik ilkesinin idarenin faaliyet alanını aştığını, devletin faaliyet alanını ve hatta bazı hallerde bunu da aşabilecek bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmişti. Anayasanın 125. maddesi idarenin sadece "kendi" eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğunu hüküm altına aldığına göre, idarenin faaliyet alanı dışında kalan alanda külfetleri eşitlemek de bir anayasal görev olarak görülebilir mi?

Anayasanın 5. maddesinin konumuzla ilgili olabilecek bölümü şöyledir: "Devletin temel amaç ve görevleri,...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

Bu hüküm sadece idarenin değil, devletin temel amaç ve görevi olarak maddede yer alan engelleri kaldırmayı belirlemiştir. Külfetlerde eşitliği bozan bir olay meydana geldiğinde devletin görevinin bu eşitsizliği ortadan kaldırmak olduğu, yasakoyucunun iradesinin bu yönde olduğu düşünülebilir. Kanımca devletin tüm organları bu eşitsizliği ortadan kaldırmakla görevlidir. Uygulamada da, yasama, yürütme ve yargının zaman zaman külfetlerde bozulan eşitliği eski haline getirmek amacıyla faaliyette bulunmaları, örneğin, bir doğal afet nedeniyle özel ve olağandışı zarara uğrayan bireylere tazminat ödenmesine ilişkin bir kanun çıkarılması ya da yargının uyuşmazlık halinde külfetlerde eşitliği

²¹⁴ Tazminata hükmedilmemesi, kusursuz sorumlulukta ayrıca kusur aranmadığına göre ortada bir zararın bulunmaması ya da nedensellik bağının kesilmesi hallerinde mümkün olacaktır.

sağlayıcı bir tazminat belirlemesi, bozulan külfetlerde eşitliğin sağlanmasının bir görev olarak algılanabildiğinin göstergesi olarak düşünülebilir. yerine getirilmesi olarak düşünülebilir. Kanımca idarenin buradaki rolü, sözkonusu görevin yerine getirilmesi için zorunlu olan teşkilata, personele ve işleyişe yani (yetkilere ve güce) sahip olmasıdır. Anayasanın 125. maddesinde öngörülen düzenleme devletin külfetleri eşitleme görevinin idareye nedensellik bağı ile bağlanabilen zararlarla ilgili bölümünü oluşturmaktadır. Ancak idare aynı zamanda kendi alanı dışında kalan (hizmetle nedensellik ilişkisi içermeyen) özel ve olağandışı zararlar nedeniyle ortaya çıkan Devletin külfetleri eşitleme görevinin de uygulayıcısı durumundadır.

Bir Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasada bir faaliyetin devletin görevi sayılmasının Anayasa Koyucunun bu görevi bir "kamu hizmeti" olarak gördüğünün açık kanıtı olduğu hüküm altına alınmıştır.²¹⁵ Karardan hareketle Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal kamu hizmeti kategorisini kabul ettiği ve Anayasanın 5. ve 125. maddelerine dayandırılabilir olan külfetlerde eşitliği sağlamanın bir anayasal kamu hizmeti olduğu sonucuna varılabilir. Anayasal kamu hizmeti ile ilgili bir Danıştay kararı da burada anılmalıdır:

"...Anayasanın 56. madesinde, herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu açıkça belirtildikten sonra...Anayasanın bu hükmüyle sağlıklı yaşamak ve sağlık hizmetinden yararlanmak temel bir sosyal hak olarak kabul edilirken, devlet de bu hakkı sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Devlet görevi olarak belirlenmesindeki temel amaç ise hiç şüphesiz kamu hizmeti niteliğini bütün gerçeğiyle ve boyutlarıyla vurgulamaktır..."²¹⁶

Demek ki her iki Yüksek Mahkeme de Anayasada belirli bir konuda devletin ödevli, yükümlü ya da görevli olduğuna ilişkin ifadelerin bulunması halinde sözkonusu faaliyetin bir kamu hizmeti olduğu kana-

²¹⁵ AYM. E.1979/1 K.1979/30, 21.06.1979, KARAHANOĞULLARI, Onur, *Kamu Hizmeti*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 264.

²¹⁶ D.1.D. 28.06.1990, E.1990/94 K.1990/109; kararda şu ifade de yer almıştır: "... Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca da kurulabilir...". Anayasa da bir kanun olduğuna göre anayasanın kamu hizmeti kurmasına bir engel olmamak gerekir.

atindedirler. Şu halde külfetlerde eşitliğin sağlanmasının bir anayasal kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi anayasa ve iÇtihadlarla ŐeliŐkili olmamak gerekir.

Anayasa'nın 65. maddesinde Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerinin mali kaynaklarının yeterliliği lŐsnde yerine getirileceği ifade edilmiştir. Külfetlerde eşitliğin sağlanması hizmetinin bu hükmün kapsamı iÇerisinde değerlendirilemeyeceği kanısındayım. Öncelikle ileri sürdüğüm "kamu hizmeti" fikrinin temelini oluŐturan Anayasanın 5. ve 125. maddeleri (ayrıca baŐlangıŐ hükümleri ve 2. madde) sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer almamaktadır. Bu saptamaya karşı ilgili hükmün sadece bu bölümle sınırlı olmayıp, devletin tüm sosyal ve ekonomik ödevlerini sınırlayan bir hüküm olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu olasılıkta da külfetleri eşitleme hizmetinin sınırlama kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünüyorum. Őnk sosyal ve ekonomik alandaki ödevler ile külfetlerin eşitlenmesi arasında esasa ilişkin bir fark olduğu kanaatindeyim. Sosyal ve ekonomik alandaki ödevler, ilgili oldukları alanda bir iyileŐtirmeyi, toplumun tümüne ya da belirli ama önemli bir kesimine bir hizmeti eşit olarak götürmeyi hedefliyor. Oysa külfetlerin eşitlenmesi hizmeti vücut bütünlüğünde ya da malvarlığında meydana gelen özel ve olağandışı bir zararı telafi, eksilmeyi karŐılama amacını güdüyor. Özetle, arada kanımca ilkinde, "nceden olmayanı" bir edim Şeklinde sunma ya da "olanı" iyileŐtirme; ikincisinde ise "eksileni yerine koyma" biÇiminde ifade edilebilecek bir nitelik farkı bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

ARMAĞAN, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları,Seçkin, Ankara, 1997.

ATAY, E. Ethem; ODABAŞI, Hasan; GÖKCAN, Hasan Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara, 2003.

AZRAK, Ülkü, İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İHF, İstanbul, 1980.

BAL, Yakup; ŞAHİN, Yahya; KARABULUT, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Seçkin, Ankara, 2003.

BEREKET BAŞ, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin, Ankara, 1996.

BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, Filiz, İstanbul,1996.

- CHAPUS, René, Droit Administratif Général, cilt I, 13. bası, Montchrestien, 1999.
- DARCY, Gilles, La Responsabilité de l'administration, Dalloz, Paris, 1996.
- DE FORGES, Jean-Michel, Droit Administratif, Presses Universitaires De France, Paris, 1991.
- DEMICHEL, André, Le Droit Administratif, Essai De Reflexion Theorique, Libraire Général De Droit et De Jurisprudence, Paris 1978.
- DUPUIS, George; GUEDON, Marie-Jose; CHRÉTIEN, Patrice, Droit Administratif, Armand Colin, Paris, 2002.
- DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE, Ankara, 1975.
- ESİN, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci kitap: Esas, Ankara, 1973.
- FERİDUN, Server, Anayasal ve Siyasal Belgeler, Aydın Güler Kitabevi, İstanbul, 1962.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, c. I-II, Ekin, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, 9. basım, Turhan, Ankara, 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref; TAN, Turgut, İdare Hukuku cilt II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan, Ankara, 2003.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9.bası, İmaj, Ankara, 2004.
- HATEMİ, Hüseyin, Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişinin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları II. Sempozyumu, Sevinç, Ankara, 1975.

- İNCEOĞLU, Sibel, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta, İstanbul, 2002.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude, Traité de droit administratif, c.3, 4. édition, Libraire Généralé De Droit et De Jurisprudence, Paris, 1990.
- DE LAUBADÈRE, André; GAUDEMET, Yves, Traité de droit administratif, c. I, 16. édition, Montchrestien, 2001.
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLLÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 15. édition, Dalloz, 2005
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline, Cours De Droit Administratif, 6. édition, s. 772 Montchrestien, Paris, 1999.
- MOREAU Jacques, Droit Administratif, Presses Universitaires De France, Paris, 1989.
- ÖĞUZMAN, Kemal; Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz, İstanbul, 1995.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. I-II-III, 3. bası, İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz, İstanbul, 2004.
- ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin, Ankara, 1996.
- PAILLET, Michel, La Responsabilité Administrative, Dalloz, 1996.

- PISIER-KOUCHNER, Evelyne, La responsabilité de la police, Vendôme: Presses Universitaires De France, 1972.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean, Droit Administratif, 15. édition, Dalloz, Paris, 1994
- SEILLER, Bertrand, Droit Administratif 2. L'action administrative, Champs Université Flammarion, Paris, 2001.
- TANDOĞAN, Halûk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı, Sorumluluk Hukunun Güncel Sorunları II. Sempozyumu, Sevinç, Ankara, 1975.
- VEDEL, Georges; DELVOLLÉ Pierre, Droit Administratif, cilt I, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- YILDIRIM, Turan, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, 4. baskı, Alkım, İstanbul, 2005.