



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**İDARE HUKUKUNDA
FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ**

(DOKTORA TEZİ)

AYŞE ASLI ALÇIN

BURSA - 2021



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**İDARE HUKUKUNDA
FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ**

(DOKTORA TEZİ)

Ayşe Aslı ALÇIN

Danışman:

Dr. Öğretim Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

BURSA – 2021

TEZ ONAY SAYFASI

ÖZET

| | |
|---------------------|--|
| Yazar Adı ve Soyadı | : AYŞE ASLI ALÇIN |
| Üniversite | : Bursa Uludağ Üniversitesi |
| Enstitü | : Sosyal Bilimler Enstitüsü |
| Anabilim Dalı | : Kamu Hukuku |
| Bilim Dalı | : İdare Hukuku |
| Tezin Niteliği | : Doktora Tezi |
| Sayfa Sayısı | : xx + 297 |
| Mezuniyet Tarihi | : / / 20..... |
| Tez Danışman(lar)ı | :Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY |

İDARE HUKUKUNDA

FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ

İdarenin kusursuz sorumluluğu sanayi devriminin ve bunun birlikte gelişen makineleşme, kentleşme ve sosyal devlet anlayışının bir ürünüdür. Kusura dayanmayan bu sorumluluk türü fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üzerine kuruludur. Ancak Türk idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, literatürde ve yargı kararlarında genellikle risk ilkesinin yanında tamamlayıcı bir ilke olarak ele alınmakta ve ayrıntılı bir şekilde açıklanan risk ilkesinin ardından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kısaca bahsedilmektedir. Bu çalışma, idari sorumluluk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı, uygulama alanı ve işlevine yönelik ayrıntılı bir çalışmaya duyulan ihtiyaçtan doğmuştur. Çalışmanın asıl amacı, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu içindeki konumunun, anlamının ve işlevinin belirlenmesidir. Bununla bağlantılı bir diğer hedef ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin teorik ve pratik temellerini, kapsamını ve yargı mercilerinin bu ilkeye bakışını ortaya koymaktır. Söz konusu amaçlar

doğrultusunda öncelikle, çeşitli hukuk sistemlerinde ve idari sorumluluk hukukundan çok daha eski bir geçmişe sahip olan medeni sorumluluk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin varlığı araştırılmıştır. Ardından, idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı, unsurları belirlenmiş, kendine özgü nitelikleri ortaya konulmuştur. Risk ilkesi ile arasındaki ilişki üzerinde özellikle durulmuştur. Risk ilkesi karşısında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin konumu, risk ilkesine atfedilen belirleyicilik ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine atfedilen tamamlayıcılık nitelikleri değerlendirilmiştir. Literatürde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden daha fazla ilgi gösterilen risk ilkesinin, ayrı bir ilke olarak gerekliliği sorgulanmıştır. Son olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı, idarenin faaliyetleri ve idarenin müdahalesinin birey üzerindeki etkisi üzerinden kategorilere ayrılmıştır. Çalışma konusu ilkenin ihlali sebebiyle idarece ödenen tazminatın anlamı ve kapsamından söz edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, risk ilkesi, kusursuz sorumluluk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi.

ABSTRACT

Name and Surname : AYŞE ASLI ALÇIN
University : Uludag University
Institution : Social Science Institution
Field : Public Law
Branch : Administrative Law
Degree Awarded : PhD
Page Number : VIII + 152
Degree Date : / / 20.....
Supervisor (s) : Assistant Professor Dr. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

THE PRINCIPLE OF SACRIFICE IN ADMINISTRATIVE LAW

Strict liability of administration is an outcome of the industrial revolution as well as the mechanization, urbanization and the concept of social state resulting therefrom. This type of liability, which is not “fault-based”, relies on “the principle of sacrifice”. However, in Turkish administrative law, the principle of sacrifice is generally considered a supplementary principle in support of the risk principle in the literature and judicial decisions, and the principle of sacrifice is mentioned briefly following the detailed explanation of the risk principle. This study is intended to conduct a research on the significance, scope, area of application and function of the principle of sacrifice, as it is required by the law of administrative liability. Primary goal of the study is to determine the position, significance and function of the principle of sacrifice within the “no-fault liability” of the administration. Yet another associated objective is to reveal the theoretical and practical foundations, scope of the principle of sacrifice as well as the outlook of the judicial authorities on this principle. In line with the aforementioned purposes, the existence of the principle of sacrifice is investigated in various legal

systems and the law of civil liability with a much older history than the law of administrative liability. Subsequently, the significance, scope and elements of the principle of sacrifice in administrative law are determined in an effort to unearth its specific attributes. A particular emphasis is placed on its relationship with the risk principle. The position of the principle sacrifice against the risk principle, the quality of decisiveness attributed to the risk principle and the quality of complementarity attributed to the principle sacrifice are examined. The need for the risk principle as a separate principle, which is addressed more often than the principle sacrifice, is questioned. Finally, the area of application of the principle sacrifice is categorized based on the activities of the administration and the effect of the administration's intervention on the individual. The significance and scope of the compensation paid by the administration by the reason of the violation of the principle addressed here in this study are addressed.

Keywords: the principle of sacrifice, the risk principle, strict liability of administration, social state

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|-------|
| TEZ ONAY SAYFASI..... | iii |
| İNTİHAL YAZILIM RAPORU | v |
| YEMİN METNİ | vi |
| ÖZET..... | vii |
| ABSTRACT | ix |
| KISALTMALAR | xviii |
| GİRİŞ | 1 |
| A. KONUNUN ÖNEMİ VE ÇALIŞMANIN AMACI..... | 1 |
| B. KAVRAM SORUNU | 5 |
| C. ÇALIŞMANIN PLANI | 6 |

BİRİNCİ BÖLÜM

FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN TARİHSEL VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

| | |
|--|----|
| I. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ DÜŞÜNCESİ..... | 8 |
| A. ROMA HUKUKUNDA | 8 |
| B. FRANSIZ HUKUKUNDA | 12 |
| 1. Genel Olarak Fransa'da İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı..... | 12 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Conseil d'État'nın Tarihsel Evriminin İdarenin Sorumluluğuna Etkisi | 14 |
| 3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve İçtihadi Bir İlke Olarak Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi) | 17 |
| C. ALMAN HUKUKUNDA | 18 |
| 1. Genel Olarak Almanya'da İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı..... | 19 |
| 2. Günümüz Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğu | 23 |
| 3. Bir Gelenek Hukuku Kuralı Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğu | 27 |
| a. Tarihsel Geçmişi..... | 27 |
| b. Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğunun Anlamı ve Kapsamı | 29 |
| c. Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğunun Unsurları | 36 |
| d. Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğunun Sonuçları..... | 43 |
| D. İNGİLİZ HUKUKUNDA | 46 |
| 1. Özel Hukukla Kamu Hukuku Arasında Resmi Bir Ayrımın Yokluğu | 46 |
| 2. Devlet Sorumluluğunun Özellikleri | 48 |
| 3. Kusursuz Sorumluluk Prensinin (Strict Liability) İdarenin Sorumluluğuna Uygulanabilirliği | 49 |
| a. 1973 tarihli Arazi Telafi Kanunu (Land Compensation Act 1973)..... | 51 |
| b. Gönüllü Zarar Denkleştirmesi: “Lütuf (Ex Gratia) Olarak Tazminat” Sistemi | 52 |
| 4. Değerlendirme: İngiliz Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinden Söz Etmek Mümkün Mü? | 53 |
| E. DEĞERLENDİRME | 54 |
| II. TÜRK HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ ... | 59 |
| A. ÖZEL HUKUKTA KUSURSUZ SORUMLULUK VE FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ | 59 |

| | |
|---|-----------|
| 1. Özel Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Anlamı Ve Uygulama Alanı..... | 63 |
| a. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Anlamı ve Mecelle’de Fedakârlığın Denkleştirilmesi Düşüncesi..... | 64 |
| b. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulama Alanı..... | 66 |
| c. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ile Tehlike Sorumluluğu Arasındaki İlişki ve Türk Borçlar Kanunu m.71/4’ün Anlamı | 67 |
| B. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ..... | 72 |
| 1. Genel Olarak Türk Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı | 72 |
| 2. Şuray-ı Devlet’in Tarihsel Evriminin İdarenin Sorumluluğuna Etkisi | 73 |
| 3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Ve İçtihadî Bir İlke Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Ortaya Çıkışı..... | 75 |
| a. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Anlamı ve Kapsamı..... | 75 |
| b. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ile Kusur Sorumluluğu Arasındaki İlişki.... | 79 |
| c. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Dayanağı ve Bir Sorumluluk Sebebi Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi | 81 |

İKİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANLAMI, KAPSAMI VE UNSURLARI

| | |
|--|-----------|
| I. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANLAMI VE KAPSAMI..... | 90 |
|--|-----------|

| | |
|--|------------|
| A. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANAYASAL DAYANAĞI | 90 |
| B. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANLAMI..... | 94 |
| C. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ İLE RİSK İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ | 100 |
| 1. Risk İlkesi Karşısında Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Konumu..... | 100 |
| 2. Belirleyicilik – Tamamlayıcılık Tartışması | 103 |
| 3. Kusursuz Sorumluluğunun Klasik Kurgusuna Bir Eleştiri: Ayrı Bir İlke Olarak Risk İlkesi Gerekli Mi? | 110 |
| D. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN OLMA MESELESİ | 114 |
| II. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN UNSURLARI..... | 118 |
| A. İDARENİN HUKUKA UYGUN EYLEM YA DA İŞLEMİ..... | 119 |
| B. ZARAR | 121 |
| 1. Genel Olarak | 122 |
| 2. İdare Hukukuna Özgü Şart: Zararın Eşitliği Bozan Kamu Külfeti Haline Gelmiş Olması | 128 |
| 3. İdare Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Özgü Şart: Özel ve Olağanüstü Zarar | 130 |
| C. İLLİYET BAĞI..... | 139 |
| D. UYGUN İLLİYET BAĞINI KESEN BİR DURUMUN BULUNMAMASI..... | 146 |
| 1. Mücbir Sebep | 147 |
| 2. Zarar Görenin Davranışı | 151 |
| 3. Üçüncü Kişinin Davranışı..... | 153 |
| 4. Beklenmeyen Hal: İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda İlliyet Bağına Etkisi.. | 154 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN UYGULAMA ALANI VE İDARENİN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

| | |
|--|------------|
| I. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN UYGULAMA ALANI | 160 |
| | |
| A. GENEL OLARAK | 160 |
| B. İDARENİN MÜLKİYET HAKKINA HUKUKA UYGUN MÜDAHALESİ | 161 |
| 1. Anayasal ve Yasal Düzenlemeler Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale | 161 |
| a. Genel Olarak..... | 161 |
| b. Kamulaştırma | 163 |
| c. Kamulaştırma Benzeri Müdahale | 166 |
| 2. İdari Eylemler Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale | 178 |
| a. Bayındırlık Hizmetleri Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale..... | 178 |
| b. Diğer Kamu Hizmetlerinin İfası Sırasında Mülkiyet Haklarına Müdahale .. | 187 |
| 3. İdari İşlemler Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale | 189 |
| a. İdarenin Birel İşlemleri Yoluyla Müdahalesi | 189 |
| b. İdarenin Düzenleyici Kolluk İşlemleri Yoluyla Müdahalesi | 191 |
| c. Yargı Kararlarının Kamu Düzeni Sebebiyle Uygulanmaması Hali | 196 |
| d. İdari İşlemin Geri Alınması | 201 |
| 4. Kanunların Ve Milletlerarası Antlaşmaların Uygulanması Yoluyla Müdahale | 204 |
| a. Kanunların Uygulanması Sebebiyle Müdahale | 204 |
| b. Milletlerarası Antlaşmaların Uygulanması Sebebiyle Müdahale | 214 |

| | |
|---|------------|
| C. İDARENİN YAŞAM VE SAĞLIK HAKKINA HUKUKA UYGUN MÜDAHALESİ | 218 |
| 1. İdarenin Sağlık Hizmetleri Sebebiyle Bireyin Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahalesi | 218 |
| a. Danıştay'ın Sağlık Hizmetleri Alanında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Dışlayan İçtihadı | 218 |
| b. Alman Hukukunda Bireyin Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahalede Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi | 225 |
| c. Fransız Hukukunda Sağlık Hizmetleri Alanında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu | 228 |
| d. Alman ve Fransız Hukukundan Hareketle, Türk Hukukunda Sağlık Hizmetlerinde Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahalede Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi | 230 |
| 2. Eğitim Hizmetleri Sırasında Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahale | 236 |
| 3. Kamu Görevlilerinin ve Kamu Hizmetine Gönüllü Katılanların Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahale | 239 |
| a. Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında Yaşam ve Sağlık Haklarının İhlali | 239 |
| b. Kamu Hizmetine Gönüllü Katılanların Uğradığı Zararların Tazmini Meselesi | 242 |
| II. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SONUCU: İDARENİN ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ | 244 |
| A. GENEL OLARAK | 244 |
| B. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN İHLALİ SEBEBİYLE İDARECE ÖDENEN TAZMİNATIN ANLAMI | 246 |
| C. TAM TAZMİN İLKESİ KARŞISINDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNDEN DOĞAN ZARARLARIN TAZMİNİ MESELESİ | 250 |

| | |
|---|------------|
| D. TAZMİNATIN KAPSAMI..... | 253 |
| 1. Maddi Tazminat | 254 |
| a. Genel Olarak..... | 254 |
| b. Malvarlığına Yönelik İhlallerden Doğan Maddi Tazminat..... | 256 |
| c. Yaşam ve Sağlık Hakkı İhlallerinden Doğan Maddi Tazminat | 257 |
| d. Faiz Uygulaması..... | 258 |
| 2. Manevi Tazminat | 260 |
| SONUÇ..... | 265 |
| KAYNAKÇA | 275 |

KISALTMALAR

| | |
|---------|--|
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| AÜHFD | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| BATİDER | Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BDDK | Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| Bkz. | Bakınız |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| C. | Cilt |
| CE | Conseil d'État |
| Çev. | Çeviren |
| D. | Daire |
| DİDDGK | Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu |
| DEÜHFD | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| DDDK | Danıştay Dava Daireleri Kurulu |
| DİDDK | Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu |
| Dn. | Dipnot |
| E. | Esas |
| E.T. | Erişim Tarihi |
| Ed. | Editör |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| GÜHFD | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |

| | |
|----------|---|
| HD | Hukuk Dairesi |
| HGK | Hukuk Genel Kurulu |
| Hrsg. | Herausgegeben |
| İBK | İçtihadı Birleştirme Kararı |
| Ibid. | Aynı eserde |
| İİİD | İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi |
| infra | Eser içinde aşağıya atf |
| İÜHF | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| İÜHFM | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JURA | Juristische Ausbildung |
| JuS | Juristische Schulung |
| K. | Karar |
| Karş. | Karşılaştırınız |
| KT. | Karar Tarihi |
| m. | madde |
| MÜHF-HAD | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| op.cit. | Adı geçen eser |
| p. | page |
| pp. | pages |
| Rev. | Review |
| PrALR | Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten |
| RG | Reichsgericht |
| RG | Resmi Gazete |
| RGZ | Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn. | Rand |
| s. | Sayfa |
| S. | Sayı |
| ss. | sayfadan sayfaya |

| | |
|-------|-----------------------------|
| supra | Eser içinde yukarıya atf |
| TBB | Türkiye Barolar Birliği |
| vd. | ve devamı |
| Vol. | Volume |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| Y. | Yıl |
| YHGK | Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |

GİRİŞ

A. KONUNUN ÖNEMİ VE ÇALIŞMANIN AMACI

İdarenin işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğunun kamu hukuku kurallarına göre düzenlenmesinin başlangıcı, 19'uncu yüzyılın ikinci yarısına tekabül eder. Süreç içinde gelişen bu sorumluluk düzeni, idarenin özel hukuk sahasındaki faaliyetlerinden dolayı özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulmasıyla kıyaslandığında oldukça yenidir.

Bu çalışmada idarenin sorumluluğu kavramı ile kastedilen, idarenin kamu hukuku kurallarıyla düzenlenen sorumluluğudur. Bir başka ifadeyle “idarenin sorumluluğu” ya da “devletin/idarenin sorumsuzluğu” kavramları, idarenin icrai ya da ihmali davranışlarıyla bireylerin haklarını ihlal etmesiyle meydana gelen zararın nasıl tazmin edileceğinin, kamu hukuku kurallarına göre çözüme kavuşturulması sürecini ifade etmek için kullanılmaktadır.

İdarenin sorumluluğu fikri ve gelişim çizgisi, devletin sorumsuzluğu anlayışının tarihsel seyrinden bağımsız olarak açıklanamaz. Devlet ve devletle özdeşleşen hükümdarın hukuka eş olduğu anlayışı ve mutlak egemen hükümdarın, insan ürünü herhangi bir sınırlamaya tabi olamayacağı fikri, uzun yıllar devletin sorumsuzluğu anlayışını beslemiştir. Devletin sorumsuzluğu anlayışı, mutlak egemenliğin doğal bir sonucu olmuştur.

Esasında ayrı düşünceler olmasına rağmen, sıklıkla birbiri yerine ve birbirini açıklamak için kullanılan,¹ devletin/hükümdarın mutlak egemenliği ve devlet/hükümdarın hukukun yaratıcısı olması şeklindeki bu iki anlayış, o dönemde devlete atfedilen nitelikleri ortaya koyduğu gibi, devletin sorumluluğuna giden sürecin, devlete atfedilen niteliklerden bağımsız olmadığını da göstermektedir.

Özel hukukta sorumluluğun kökeni Roma hukukuna dek uzanırken, idare hukukunda idarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için, devlet ve egemenlik kavramlarındaki dönüşümü ve özellikle hukuk devleti anlayışının gelişmesini beklemek gerekmiştir. Sorumlu idare anlayışının dayanağı hukuk devletidir. Daha doğru bir

¹ Tahir Muratoğlu, *Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s.25.

ifadeyle, idarenin, işlem ve eylemlerine ve bunlardan kaynaklanan zarara karşı yargı önünde hesap verebilir bir konumda olması hukuk devletinin bir gereğidir.

İdarenin geniş anlamda kamu hizmeti yürütürken, kendi kusuruyla bireylere verdiği zararlarda, hukuk devleti ilkesinden başka bir ilkeye referans vermeye gerek yoktur. Ancak idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu fikrinin gelişimi, hukuk devleti ilkesinin yanında, 18'inci yüzyılda gerçekleşen sanayi devrimi ve bunun doğurduğu sosyal devlet ilkesi olmadan açıklanamaz. Zira sanayileşme, kentleşme ve sosyal devlet anlayışı, idari sorumluluk hukukunu dönüşüme uğratmıştır.

Sanayi devrimiyle birlikte ağırlaşan çalışma koşulları ve üretim süreçlerinde kullanılan karmaşık motorlu, mekanik ve teknik araçlar, birey için zararlı sonuçlar doğurma ihtimali yüksek bir ortam, büyük bir tehlike potansiyelini beraberinde getirmiştir. Üstelik gelişmiş teknoloji ve seri üretim zincirinin sebep olduğu, eskiye kıyasla daha vahim sonuçlara yol açan endüstriyel kazalarda, kusurun olup olmadığını saptamak ve kanıtlamak çok daha güç hale gelmiştir. Bu dönemde aynı zamanda, devrimle birlikte ortaya çıkan işçi sınıfının, burjuvazi karşısında eşitlik ve sosyal adalet mücadelesi sonucunda, sosyal devlet anlayışı doğmuştur. Sanayileşmenin sebep olduğu eşitsizliklere karşı çıkışın bir ürünü olan sosyal devlet anlayışında devletin, eşitliği, daha doğrusu sosyal adaleti sağlamak adına, sosyal ve ekonomik yaşama müdahalelerde bulunması gerekmektedir.

Sosyal devlet anlayışının idare hukukuna en önemli etkisi, kamu hizmetlerinin çeşidi ve kapsamının artması olmuştur. Sanayileşme ve makineleşmenin ürünü olan gelişmiş teknolojilerin, kapsamı ve sayısı artan kamu hizmetlerinde kullanılması, hizmetin örgütlenmesini ve işleyişini karmaşık ve tehlikeli hale getirmiştir. Bu durum, kamu hizmetleri yerine getirilirken, bireyin zararlı bir sonuçla karşı karşıya kalma ihtimalini arttırırken, söz konusu zararlı sonuçla idare arasındaki kusur ilişkisini kurmayı ve kanıtlamayı zorlaştırmıştır. İdarenin kusuruna dayanmayan ya da dayandığı saptanamayan böylesi bir zararlı sonucun, bireyin üzerinde kalması, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığından, sorumluluk hukukundaki vurgu kusurdan, zararın tazminine kaymıştır. Dolayısıyla idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu, sanayi devriminin ve özellikle sosyal devlet anlayışının bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

Fakat idarenin sorumluluğu bağlamında, sosyal devlet ancak hukuk devleti niteliğini taşıyorsa bir anlam ifade eder. Daha doğru bir ifadeyle sorumlu idare fikri, hukuk devleti ilkesine aittir. Hukuk devleti anlayışının ortaya çıktığı dönemde, idarenin sorumluluğunun esasının kusur olarak kabul ediliyor olması, idarenin işlem ve eylemleriyle sebep olduğu zarardan sorumlu olması fikrinin, yalnızca o dönemdeki sınırlı yansımasıdır. Hukuk devleti anlayışını benimsemeyen bir sosyal devlette ise, idarenin sorumluluğu bir gereklilik olarak görülmeyebilir. Oysa sosyal hukuk devletinde, idarenin salt kusuruyla sebep olduğu zarardan değil, kusuruna dayanmayan bazı zararlı sonuçlardan da sorumlu olduğu anlayışı yerleşiktir.

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğu kategorisi içinde yer alan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, idarenin geniş anlamda kamu hizmetlerinin yürütülmesi ya da organizasyonu sırasında, sahip olduğu üstün kamu gücüne dayanarak yaptığı hukuka uygun bir müdahale ile bireyi ya da bazı bireyleri katlanmak zorunda bıraktığı ağır fedakârlığın ya da başka bir ifadeyle eşitliği bozan kamu külfetinin, yine idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği anlamına gelir. İdare sosyal devlet ilkesi gereği, sosyal adaleti ve dolayısıyla kamu yararını ve düzenini sağlayabilmek için bireylerin mülkiyet hakkına ve kimi zaman yaşam ve sağlık hakkına müdahalede bulunabilir. Fakat sosyal hukuk devleti ilkesi gereği, söz konusu müdahale hukuka uygun olsa dahi, eğer bireyi ya da bireyleri eşitliği bozan ağır bir fedakârlığa katlanmak zorunda bırakıyorsa, kamu külfetleri karşısında bozulan dengeyi yeniden tesis etmek adına, sebep olduğu zararı tazmin etmesi gerekecektir. Dolayısıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi de, sosyal hukuk devleti ilkesinin bir yansımasıdır.

Türk idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, idarenin sorumluluğuna ve sorumluluğunun dayandığı ilkelere yer verilen genel idare hukuku ve idari yargılama hukuku eserlerinde, genellikle risk ilkesinin yanında tamamlayıcı bir ilke olarak ele alınmakta ve ayrıntılı bir şekilde açıklanan risk ilkesinin ardından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kısaca bahsedilmektedir.² İlkenin doğrudan

² Örnek için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, 2. Baskı Bursa, Ekin Kitabevi, 2009, C.II, s.1169-1274; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019, s.293-301; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s.1240-1276; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.758-777.

konu edildiği bilimsel eserler ise çok az sayıdadır.³ Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanına giren konularda verilen yargı kararlarında da, söz konusu ilkenin detaylı bir şekilde irdelendiğine rastlanılmamaktadır.⁴ Bu durum, kamu yararı karşısında yüklenilen külfetin, hangi aşamadan sonra toplum üyeleri arasında eşitliği bozan, ağır bir fedakârlık haline dönüşeceğine dair kesin bir belirlemenin yapılamayacak olmasından, ilkenin değişik görünümlere sahip olmasından kaynaklanıyor olabilir. Fakat sınırlarını belirlenmek, her somut olaya uyacak bir formül vermek güç olsa da, ilkeyi incelemekten kaçınmak, ilkenin varlığını tespit için sezgilere güvenmek, hukukun sistemleştirme bilimi olma niteliğine uygun düşmeyecektir. Aksine, ilkeye tutarlı ve sorumluluk hukukunun mantığına uygun bir yorum getirebilmek için çaba göstermeye devam edilmelidir. Bu çalışma, idari sorumluluk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı, uygulama alanı ve işlevine yönelik ayrıntılı bir çalışmaya duyulan ihtiyaçtan doğmuştur.

Çalışmanın asıl amacı, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, dayanağı sosyal hukuk devleti olan idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu içindeki konumunun, anlamının ve işlevinin belirlenmesidir. Bununla bağlantılı bir diğer hedef ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin teorik ve pratik temellerini, kapsamını ve yargı mercilerinin bu ilkeye bakışını ortaya koymaktır. Söz konusu amaçlar doğrultusunda öncelikle çeşitli hukuk sistemlerinde ve idari sorumluluk hukukundan çok daha eski bir geçmişe sahip olan medeni sorumluluk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin varlığı ve eğer mevcutsa, içeriği ve unsurları araştırılacaktır. Ardından idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı, unsurları ve kendine özgü nitelikleri ele alınacak, özellikle risk ilkesi ile arasındaki ilişki farklı yönlerden değerlendirilecektir. Son olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanının ne olması gerektiği sorusuna cevap aranacaktır. Yargı mercilerinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı ve idarenin bu alandaki tazmin yükümlülüğü hakkındaki görüşü üzerinde durulacaktır.

³ Bkz. İlhan Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012; Fatma Ebru Gündüz, *Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.4, 2015, ss.110-138; Ahmet Talha Tetik, *Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

⁴ Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanına giren konularda verilen yargı kararları, çalışmanın ilerleyen sayfalarında değerlendirilecektir.

B. KAVRAM SORUNU

Gerek literatürde gerekse yargı kararlarında çalışma konumuz, hem fedakârlığın denkleştirilmesi hem de kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile ifade edilmektedir. Çalışma boyunca her iki ilkenin de kullanılmasının nedeni, bu iki kavramın de aynı anlamı ifade ettiğini yönündeki savunudur.

Alman kamu hukuku menşei bu ilke fedakârlığın denkleştirilmesi olarak çevrilip Türk hukuk literatürüne girmiştir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ise Fransız kamu hukukundaki “égalité devant les charges publiques” ilkesinin Türkçeye çevrilmiş hali olarak, kamu hukuku anlamında fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunu ifade edecek şekilde öğretilmiş ve yargı kararlarında kullanılmıştır.

Fedakârlığın denkleştirilmesi daha çok özel hukukta, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ise ekseriyetle idare hukukunda kullanılsa da iki kavram arasında anlam olarak bir fark bulunmamaktadır. Fedakârlığa yol açan özel hukukta bir özel hukuk kişisi iken, kamu hukukunda kamu tüzel kişisidir. Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu, özel hukukta eşit bireyler arasındaki hukuki ilişkilere uygulanırken; idare hukukunda kamu yararı için hareket ettiği varsayımı üzerinden kamu gücü ayrıcalığıyla donatılmış, birey karşısında iradesi üstün tutulan idare ile birey arasındaki ilişkilere uygulanmakta olması önemli bir farklılıktır. Fakat bu farklılık kavramın özüne tesir etmez.

Ortaya çıkan zarara bireyin katlanma sebebi; özel hukukta bireysel bir menfaatin kanunla –farklı sebeplerle- zarara uğrayanın menfaatinden; kamu hukukunda ise, kamu yararının bireysel yarardan üstün tutulmasıdır. Bireyin katlanmak zorunda kaldığı bu yükümlülük, sorumluluk hukuku anlamında bir fedakârlık, idari sorumluluk hukukuna özgü olarak ise, eşitliği bozan bir kamu külfetidir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kamu hukukunda, kamu hukuku perspektifini daha iyi yansıttığı düşünülen eşitlik ilkesi (denkleştirme yerine) ve kamu külfeti kavramı (fedakârlık yerine) tercih edilerek, kamu külfetleri karşısında eşitlik tamlaması ile ifade edilmek istenmiştir.

Sonuç olarak iki kavramı birbirinden farklı kılan, sorumluluğun özüne etki eden bir özellik yoktur. Söz konusu sorumluluk, özel hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi kavramıyla, idare hukukunda ise genellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik kavramı ile

ifade edilmektedir demek daha doğru olacaktır. Ancak kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi şeklindeki yaygın kullanım, idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi şeklindeki kullanımın yanlış olduğu anlamına gelmemektedir.

Şüphesiz idare hukukunda bu sorumluluktan bahsederken kamu külfeti kavramının yer aldığı bir tamlamanın kullanması, kamu hukuku anlamında bir fedakârlık olduğunu vurgulamaya hizmet etmektedir. Fakat ilkenin, tıpkı özel hukukta olduğu gibi, idare hukukunda da fedakârlığın denkleştirilmesi şeklinde ifade edilmesi; söz konusu ilkenin, kamu-özel ayrımı olmaksızın bir bütün olarak sorumluluk hukukunda mevcut olduğunu, idare hukukundaki bu ilkenin, özel hukuktan bağımsız bir gelişimin ürünü olmadığını ve büsbütün ayrı bir anlam ifade etmediğini göstermesi açısından, daha uygun olacaktır.

C. ÇALIŞMANIN PLANI

“İdare Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi” başlıklı bu çalışma, giriş ve sonuç bölümleri hariç, üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümü, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tarihsel ve kavramsal çerçevesine ayrılacaktır. Bu bölümde ilk olarak “çeşitli hukuk sistemlerinde fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesi” başlığı altında Roma hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin varlığı sorgulanacaktır. Ardından Fransız ve Alman hukukunda var olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı, unsurları ve uygulama alanından bahsedilecektir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi Alman hukuku menşeli olduğundan, ilkenin bu hukuk sistemindeki yeri ve işlevi üzerinde özellikle durulacaktır. Devamında, İngiliz hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin varlığından bahsedebilmenin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Ardından “özel hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” başlığı altında, ilkenin medeni sorumluluk hukukundaki tarihsel geçmişi, anlamı ve uygulama alanı incelenecektir. Bu bölümde son olarak, Türk idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tarihsel gelişimine değinilecektir. Genel olarak Türk hukukunda idarenin sorumluluğunun doğuşuna ve kusura dayanmayan sorumluluğa değinildikten sonra, içtihadi bir ilke olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ortaya çıkışı açıklanacaktır.

İkinci bölümde ise, idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, anayasal dayanağı, kapsamı ve unsurları ele alınacaktır. Çalışma konusu ilkenin, risk ilkesiyle arasındaki ilişki üzerinde ayrıca durulacaktır. Bu bağlamda, risk ilkesi karşısında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin konumundan söz edilecek, risk ilkesine atfedilen belirleyicilik ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine atfedilen tamamlayıcılık nitelikleri değerlendirilecek ve ayrı bir ilke olarak risk ilkesinin gerekliliği sorgulanacaktır. Bu bölümde ayrı bir başlık altında idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kamu düzenine ilişkin olma meselesine değinildikten sonra, bu ilkenin unsurları incelenecektir. Zarar unsurunun ele alındığı başlık altında, zararın özel ve olağanüstü olma niteliği ve idare hukukuna özgü olarak zararın eşitliği bozan kamu külfeti haline gelmiş olması üzerinde ayrıca durulacaktır. Bu bölümde son olarak, idare hukukunda idarenin sorumluluğunu azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran sebepler arasında yer verilen beklenmeyen hallerin, idarenin kusursuz sorumluluğundaki işlevi değerlendirilecektir.

Nihayet üçüncü bölüm ise, “idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı ve idarenin tazmin yükümlülüğü”ne ayrılacaktır. Öncelikle idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı, idarenin faaliyetleri ve idarenin müdahalesinin birey üzerindeki etkisi üzerinden, yargı kararlarına da yer verilerek kategorize edilmeye çalışılacaktır. Bu amaçla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı, idarenin mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahalesi ve idarenin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesi olarak iki ana başlık altında incelenecektir. İdarenin mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahalesi; anayasal ve yasal düzenlemeler yoluyla, idari eylemler yoluyla, idari işlemler yoluyla ve kanunların ve milletlerarası antlaşmaların uygulanması yoluyla hukuka uygun müdahale başlıkları altında ele alınacaktır. İdarenin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesi ise, idarenin sağlık ve eğitim hizmetleri sırasında bireylerin yaşam ve sağlık hakkına müdahale başlıkları ve kamu görevlilerinin ve kamu hizmetine gönüllü katılanların yaşam ve sağlık hakkına müdahale başlığı altında değerlendirilecektir. Üçüncü bölümün son kısmında ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun sonucu olan idarenin tazmin yükümlülüğü anlatılacaktır. Çalışma konusu ilkenin ihlali sebebiyle idarece ödenen tazminatın anlamı ile tam tazmin ilkesi

karşısında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan zararların tazmini meselesi değerlendirilecek ve ödenmesi gereken tazminatın kapsamı irdelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN TARİHSEL VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tarihsel ve kavramsal çerçevesi başlığı altında, öncelikle çeşitli hukuk sistemlerinde devlete atfedilen niteliklerin tarihsel evrimine ve buna bağlı olarak devletin sorumluluğu/sorumsuzluğu üzerine düşüncelere yer verilecektir. Ardından incelenen hukuk sistemlerinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin varlığı araştırılacaktır. Sonrasında özel hukukta kusursuz sorumluluk fikrinin doğuşu ve bu kapsamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı ve uygulama alanından söz edilecektir. Bu başlık altında son olarak, idare hukukunda içtihadi bir ilke olarak kusura dayanmayan sorumluluğun ve fedakârlığın denkleştirilmesinin ilkesinin ortaya çıkışı ele alınacaktır.

I. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ DÜŞÜNCESİ

A. ROMA HUKUKUNDA

Hem devletin mutlak egemenliğinin hem de hükümdarı hukuka ve devlete eş gören anlayışın aynı anda hüküm sürdüğü Roma'da, devlet bütün yurttaşların ve yaratıcısı olduğu hukukun üzerinde kabul edilmiştir. Fakat devlete, onu oluşturan yurttaşların kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilik atfedilmemiştir.⁵ Doğrusu Roma hukukunda, bugünkü anlamda bir tüzel kişilik kavramı gelişmemiştir. Halkından ayrı bir hukuki varlığı olmayan, fakat bütün yurttaşların ve toplulukların üzerinde yer alan

⁵ Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2020, s.188.

Roma Devletinin, özel hukuk kişi ve topluluklarıyla eşit şartlar altında hukuki ilişkiler kurabileceği kabul edilmemiştir.⁶

Aynı şekilde, özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, devlet adına hareket eden memurun, görevi sırasında yurttaşlara verdiği zararlardan da devlet sorumlu tutulmamıştır. Aslında devletin sorumsuzluğu anlayışı, mutlak egemenlik ilkesinin doğal bir sonucudur, zira mutlak egemenlik ile sorumluluk birbiriyle bağdaşmayan zıt iki kavramdır.⁷ Mutlak egemenlik anlayışında, devlet ve onunla özdeş hükümdar kendisine eş veya üstün hiçbir iradeyi veya kontrolü kabul etmez.⁸ Bu sebeple Roma Hukukunda, memur görevini yerine getirirken hukuka aykırı bir eylem ya da işlemiyle zarara sebebiyet verdiğinde, bu konuda devleti sorumlu tutan özel bir düzenlemenin bulunduğu haller haricinde, yalnızca memurun kişisel sorumluluğu söz konusu olmuştur.⁹

Roma kamu hukukunda devlet ile asker, memur ve consuller¹⁰ arasındaki ilişkinin içeriğini ifade etmek için mandatum kavramı kullanılmıştır.¹¹ Modern hukuk sistemlerinde vekalet sözleşmesi olarak bilinen ve özel hukuk sözleşme tipi olarak var olan mandatum, Roma Hukukunda farklı bir uygulama alanı bulmuştur. Roma hukukunda memurlar devletin vekili olarak görülmüş¹² ve memurların kullandığı yetkiler mandatum yani vekalet olarak nitelendirilmiştir.¹³ Devletle memur arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olarak tanımlanmasının doğal bir sonucu olarak, memurun görevini yerine getirirken hukuka aykırı bir eylem ya da işlemiyle zarara sebebiyet

⁶ Muratoğlu, op.cit, s.29.

⁷ Necdet Özdemir, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s.8; Muratoğlu, op.cit. s.25.

⁸ Özdemir, op.cit. s.8 vd.

⁹ Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s.40 vd.; Muratoğlu, op.cit., s.29.

¹⁰ Consüller, cumhuriyet döneminde halk meclisi tarafından patricius sınıfından bir seneliğine seçilen dolayısıyla halkın temsilcisi konumunda olan ve devletin tüm (askeri yargısal idari) yetkilerine (imperium) sahip iki magistrallık makamına verilen isimdir. Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.58; Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Vol. 43 Philadelphia, American Philosophical Society, 1968, s. 411, Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul, 1983, s.48; Recai G. Okandan, *Roma Amme Hukuku*, İstanbul, 1944, s.36-37.

¹¹ Bengi Sayın Korkmaz, *Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s.20

¹² Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, s.45 vd.

¹³ Muratoğlu, op.cit., s.29.

vermesi, vekalet ilişkisinin ihlali (contra mandatam) olarak görülmüştür.¹⁴ Memura verilen yetkinin hukuka aykırı davranma yetkisini içermediğinden bahisle, ortaya çıkan zarara öncelikle memurun kendisinin; Roma hukukunun son dönemlerinde ise üst düzey kamu görevlilerinin katlanması gerektiği anlayışı hakim olmuştur.¹⁵

Zamanla özel hukuk tüzel kişiliği kavramının Roma hukuk düzenine dâhil edilmesiyle, devletin malvarlığı da hazine (fiscus) adı altında, devletin egemenliğini temsil etmeyen¹⁶ ayrı bir hukuki statüye kavuşturulmuştur. Fakat hazinenin hükümdar ve ona özdeş Roma devletinden ayrı bir hukuki statüye sahip olması, devletin memurlar eliyle yürüttüğü faaliyetler esnasında yurttaşlara verdiği zarardan sorumlu tutulmasına yetmemiştir. Zira Roma hukukunda sorumluluk için aslolan, kasıt (dolus) veya ihmal (culpa) suretiyle kusurlu bir davranışta bulunulması olmuştur. Kasıt veya ihmal suretiyle kusurlu bir davranışta bulunmak ise yalnızca gerçek kişilere atfedilebilecek bir davranış olduğundan, hazinenin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu dönemde dahi, kasti ya da ihmali olarak yetkisiz ya da yetkisini aşarak işlem yapan memur zarardan şahsen sorumlu tutulmuştur.¹⁷

Öte yandan, Devletin sorumsuzluğu anlayışının hâkim olduğu Roma'da kusursuz sorumluluğun ve özel olarak fedakârlığın denkleştirilmesi kavramının temelleri araştırılırken, özel hukuk ilişkilerindeki hukuki düzene bakmakta yarar vardır. Sorumluluk hukukunun özel hukuk temelli olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, Roma borçlar hukukundaki sorumluluk fikrinin gelişim seyrinden bahsetmek yerinde olacaktır.

Roma borçlar hukuku tarihine bakıldığında, sorumluluğa iki temel ilkenin hakim olduğu görülmektedir: objektif sorumluluk ve sübjektif sorumluluk. Romanın en eski devirlerine hakim olan¹⁸ neticenin belirleyici olduğu objektif sorumlulukta kısaca,

¹⁴ Martin Heidenhain, *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff*, Berlin, Duncker&Humblot, 1965, s.19, 20.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Cüneyt Ozansoy, Devletin Bekasından Hukukun Bakiyesine, *Birikim Dergisi*, Sayı 119, 1999, ss.48,56.

¹⁷ Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, s.41 vd.; Muratoğlu, op.cit., s.30

¹⁸ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 30; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s.42; Övünç Güvel, "Roma Hukukunda Sorumluluk", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, s.375-404, s.380; Elvan Sütken, *Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

zarara sebep olan kimse bundan sorumlu tutulmaktadır.¹⁹ Hem akdi sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda geçerli olan bu sorumluluğun temelinde zarara sebep olma düşüncesi yatmaktadır.²⁰ Objektif sorumluluk ilkesinde önemli olan fiille zarar arasındaki illiyet bağıdır.²¹ Bu anlayışta, kusur araştırması yapılmaksızın faille fiil arasında nedensellik bağının kurulabildiği her durumda sorumluluk söz konusu olmaktadır.²² İlkel toplumlarda bireyin iradesine önem atfedilmediğinden, daha doğrusu iradenin araştırılıp saptanabileceği bilgi ve fikir seviyesine erişilememiş olduğundan objektif sorumluluk ilkesi uygulanmıştır.²³ Roma hukukunun eski dönemlerinde de iradeye önem atfedilebilecek bilgi ve fikir düzeyine erişilememiş olduğundan, sorumluluk meselesi öncelikle kusursuz sorumluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Klasik hukuk döneminde kusur kavramının varlığından tam manasıyla bahsedilemese de, klasik sonrası hukuk döneminde, günümüz hukuk sistemlerini de etkileyen kusur kavramı gelişmiş, kusur sorumluluğuna doğru hızlı bir gidiş gerçekleşmiştir.²⁴ Iustinianus döneminde iyice yerleşen sübjektif sorumluluk anlayışında, sonucun ortaya çıkmasında failin kusuru olup olmadığına bakılmış ve buna göre yaptırım uygulanmıştır. Iustinianus dönemiyle birlikte birkaç istisna dışında kusursuz sorumluluk esası bütünüyle terk edilmiştir.²⁵ Sorumluluğun şartı kusur olmuştur.²⁶ Bir başka ifadeyle Iustinianus döneminde kusur sorumluluğu ilkesi kural, objektif sorumluluk ilkesi istisna haline gelmiştir.²⁷

Dolayısıyla tüm bu bilgilerin ışığında, Roma hukukunda sorumluluğun ilk olarak objektif yani kusursuz sorumluluk olarak ortaya çıktığı tespit edilmektedir.²⁸ Günümüzde ise kusur, yalnızca borçlar hukuku alanında değil tüm sorumluluk hukuku

2003, s.36; Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, İstanbul, Derin Yayınları, 2008, s.46.

¹⁹ Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s.24; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012, s.258; Rado, op.cit., s. 29; Güvel, op.cit., s.381; Sütken, op.cit., s.35; Somer, op.cit., s. 46.

²⁰ Tahiroğlu, op.cit., s.41.-; Rado, op.cit., s.29.

²¹ Sütken, op.cit., s. 35.

²² Özlem Söğütlü Erişgin, *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri*, Ankara, İmaj yayıncılık, 2002, s.21.

²³ Güvel, op.cit., s.381, Karadeniz Çelebican, op.cit., 258.

²⁴ Tahiroğlu, op.cit., s.43.

²⁵ Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *AÜHFD*, Yıl: 1987, Cilt: 39, Sayı: 1-4, ss.241-264, s. 241.

²⁶ Rado, op.cit., s.29.

²⁷ Söğütlü Erişgin, *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri*, s.12; Rado, op.cit., s.30; Tahiroğlu, op.cit., s.43; Karadeniz Çelebican, op.cit., s.258.

²⁸ Söğütlü Erişgin, *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri*, s.12.

dallarında sorumluluğun temeli olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar sebep sorumluluğunu arttırmaya yönelik bir eğilim olsa da, Roma hukukundan etkilenen modern hukuk sistemlerinde kusur sorumluluğu esas alınmış ve Roma'daki temel ilkeler benimsenmiştir.²⁹

B. FRANSIZ HUKUKUNDA

1. Genel Olarak Fransa'da İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı

Ancien régime döneminde birkaç istisna³⁰ dışında, bireylerin egemen güç karşısında haklarının olamayacağı anlayışı hüküm sürmüştür.³¹ Egemen güç olan devlet, bütün yetkileri elinde bulunduran hükümdarın şahsıyla özdeş kabul edildiğinden, devletin ve dolayısıyla hükümdarın sorumsuzluğu esas olmuştur.³² Hükümdarın emirlerini yerine getiren kamu görevlileri de, emre bağlı kaldıkları sürece meydana gelen zarardan sorumlu tutulmamış, şayet hükümdarın emirlerinin dışına çıkıp hareket etmiş ve bir zarara sebebiyet vermişlerse, bundan kişisel olarak sorumlu kabul edilmişlerdir.³³

19'uncu yüzyıldan itibaren devletin sorumsuzluğu anlayışı yerini devletin sorumluluğu esasına bırakmıştır. Bunun iki temel sebebi vardır. İlki, devletin sosyal ve iktisadi alana müdahale etmesi gerektiği düşüncesinin liberal ekonomik düşüncenin

²⁹ Söğütü Erişgin, *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri*, s.23; Rado, op.cit., s.30; Tahiroğlu, op.cit., s.46.

³⁰ Çıtak, bu dönemde dahi devletin bayındırlık işlerinden kaynaklanan malvarlığı zararlarını ve iş kazaları sonucu meydana gelen zararları karşıladığını ifade etmektedir. Aynı şekilde şehirlerde herkesin ortak menfaati için yapılan bazı faaliyetlerden doğan zararları gidermeye yönelik birtakım mekanizmalar olduğunu belirtmektedir. Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.128. Aynı zamanda temsil tasarrufları kavramıyla ifade edilen, idarenin kamu gücü kullanmaksızın tesis ettiği özel hukuk işlemleri de adli yargı denetimine tabi idi. Bkz. Atay, *İdare Hukuku*, s.706.

³¹ Ender Ethem Atay, "İdarenin Sorumluluğu", *Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara, 2006, ss.1061-1098, s.1061; Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s.42, 43.

³² Fransa'da devletin sorumsuzluğu ilkesinin içine mahalli idareler dâhil değildir. Mahalli idarelerin sorumluluğu öteden beri Code Civil hükümlerine dayandırılmıştır. Gözler, op.cit., s. 1020; Atay, *İdare Hukuku*, s.706.

³³ Zarar gören kişi, hükümdarının emrinin dışında hareket eden memura karşı genel mahkemelerde dava açabilmekteydi. Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973, s. 16.

önüne geçmesi; ikincisi ise, Fransız İhtilalinin ardından hızla gelişen demokrasi ve özgürlük hareketleriyle şekillenen hukuk devleti anlayışıdır.³⁴

1789 Fransız İhtilalinin ardından çıkarılan İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin, daha sonra 1791’de kabul edilen Fransız Anayasasına önsöz olarak eklenecek olan 13’üncü maddesi, Fransa’da idarenin sorumluluğu fikrinin ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin özünü oluşturur.³⁵ Maddede, (bir üst madde olan 12’nci maddede yer alan *“İnsan ve yurttaş haklarının garanti altına alınması resmi bir gücü gerektirmektedir. Bu güç herkesin yararı için oluşturulmuştur. Bu gücü kendilerine emanet edilenlerin özel çıkarları için oluşturulmamıştır”* maddesine atıfla)

“Bu kamusal gücün ve yönetim görevlerinin devamlılığını sağlamak için genel bir vergi zorunludur. Bu vergilendirme bütün yurttaşların olanaklarına göre eşit ölçüde bölünmelidir.”

ifadesiyle kamunun yararını sağlamak için oluşturulan kamusal gücün, bu işlevini gerçekleştirilebilmesi amacıyla yurttaşların katlanması gereken yükümlülüklerin eşit ve ölçülü olması gerektiği vurgulanmıştır. Fransız hukukunda 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin bu maddesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin tarihsel çıkış noktası olarak kabul edilmektedir.

Geçmişten günümüze herhangi bir yasal düzenlemenin konusu olmayan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, Fransız Anayasa Konseyi tarafından, beyannamenin anılan maddesine dayandırılarak, anayasal değerde bir ilke olarak kabul edilmektedir.³⁶ Ancak, beyannamenin ardından devletin sorumsuzluğu düşüncesinin hemen ortadan kalktığını söylemek zordur. İdarenin sorumluluğu anlayışının gelişim çizgisi, Conseil d’État’nın tarihsel evriminden bağımsız açıklanamayacaktır.

³⁴ Necdet Özdemir, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 9- 11; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.107; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, op.cit., s.1137; Esin, op.cit., s.16,17.

³⁵ John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker, *Principles of French Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2008, s.188; Sovereign Responsibility and the Doctrine of Sacrifice (Aufopferungsanspruch), *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 3, 1957, ss. 513-533, s.519, <https://www.jstor.org/stable/1598443>.

³⁶ Ramazan Çağlayan, *Tarihsel ve Teorik Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayıncılık, 2007, s.341; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1242,1243.

2. Conseil d'État'nın Tarihsel Evriminin İdarenin Sorumluluğuna Etkisi

Her ne kadar yargı kolu ayrılığı idarenin yargısal denetiminin ve dahi hukuk devleti kavramının zorunlu bir unsuru olmasa da, Fransa'da bağımsız bir yargı kolu olarak idari yargının ortaya çıkışı, idarenin sorumluluğu düşüncesinin tarihsel evrimiyle doğrudan ilgilidir. Zira idarenin sorumluluğuna ilişkin ilke ve teorilerin hemen hemen hepsi içtihadi niteliktedir ve bu içtihadi kurallar adli yargı – idari yargı ayrılığıyla birlikte ortaya çıkmıştır.³⁷ Çalışmanın konusu olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi de tıpkı diğer sorumluluk ilkeleri gibi, içtihatla idare hukuku kuralına dönüşmüştür. Bu sebeple bağımsız bir idari yargı rejiminin ortaya çıkış sürecinden kısaca bahsetmekte yarar görülmektedir.

İhtilalcilerin eski rejim mahkemelerine duydukları güvensizliğin ve idarenin yargılanmasının yine idare etmek anlamına geleceği düşüncesinin³⁸ sonucu olarak, 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunun 13'üncü maddesi ile “idarî ve adlî işlevlerin ayrılığı ilkesi” kabul edilmiştir. Bu kanunla her ne şekilde olursa olsun hakimlerin idari mercilerin faaliyetlerine, işleyişine müdahale etmeleri, idarî işler hakkında karar vermeleri ağır cezai yaptırımlara bağlanarak yasaklanmıştır.³⁹ Esasında bu yasak, ikinci bir yargı düzeni yaratmaktan ziyade, idareye yargısal denetim bağımsızlığı sağlamayı amaçlamıştır.

Söz konusu 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla birlikte ortaya çıkan boşluk ve denetim ihtiyacı önce, idare tarafından, hiyerarşik üstlere yapılacak başvurular yoluyla (idareci yargıç sistemi) doldurulmaya çalışılmışsa da⁴⁰ sistemin yetersizliği yeni arayışlara itmiştir.⁴¹ Aynı yıl Conseil d'État kurularak adli yargı yerlerine yasaklanan

³⁷ Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, s.129 vd.

³⁸ Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2004, s.66; Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 17.

³⁹ Müzeyyen Eroğlu Durkal, İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019; 23(1), ss.159-189. s.165; Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, s.65, 66; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, c.II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.20; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.109; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009, s.53; Atay, Odabaşı, op.cit., s.45

⁴⁰ Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, s.66; Gözübüyük, Tan, op.cit., s.20; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.109; Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, s.53; Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 5. Baskı, Ankara, 1985, s.344.

⁴¹ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.109.

idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle ve hükümete danışmanlık yapmakla görevlendirilmiştir.⁴²

Bu dönemde uyuşmazlıkları nihai olarak çözüme kavuşturma yetkisi bulunmayan Conseil d'État'nın, devletin sorumsuzluğu ilkesini tam manasıyla sona erdirebildiğini söylemek güçtür.⁴³ Zira öğretilerde tutuk adalet sistemi⁴⁴ olarak ifade edilen usulde, Conseil d'État doğrudan ve bağımsız karar verme yetkisi olmayan, devlet başkanının onayına tabi karar taslağı hazırlayan bir makam olarak faaliyet göstermiştir. Bu yönteme 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun ile son verilmiş ve bağımsız bir idari yargı sistemine geçilmiştir.⁴⁵

Conseil d'État'nın tarihsel evrimi ışığında, devletin sorumsuzluğu anlayışı bayındırlık işlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları karara bağlayan il idare kurulları (conseils de préfecture) bir kenara bırakılırsa⁴⁶, 19'uncu yüzyılın ikinci yarısına kadar sürmüştü⁴⁷, devamında Conseil d'État bayındırlık hizmeti niteliğinde olmayan idari faaliyetlerden kaynaklanan zararlardan da idareyi (devleti) sorumlu tutmaya başlamıştır.⁴⁸ Bu dönemde Laferriere'nin literatüre kazandırdığı hakimiyet tasarrufları – temşiyet tasarrufları ayırımına dayanılarak, idarenin kamu gücü kullanarak yaptığı eylem ve işlemler (hakimiyet tasarrufları) ile ilgili uyuşmazlıklar idari yargıda, kamu gücü kullanılmaksızın özel hukuk kişisi gibi hareket ederek yaptığı eylem ve işlemlerden (temşiyet tasarrufları) doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözüme kavuşturulmuştur.⁴⁹

8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararı, Fransız hukukunda idarenin sorumluluğu meselesinin dönüm noktası olmuştur.⁵⁰ Bu karar sürecinde, adli yargı mercinin Fransız

⁴² Eroğlu Durkal, op.cit., s.165; Eroğlu, op.cit., s.345; Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, s.53,54.

⁴³ Eroğlu Durkal, op.cit., s.165, 166.

⁴⁴ Eroğlu, op.cit., s.345; Gözübüyük, Tan, op.cit., s.21; Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, s.54; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.109; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s.388.

⁴⁵ Eroğlu, op.cit., s.345; Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, s.54; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.109, 110 ; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s.390; Atay, Odabaşı, op.cit., s.47.

⁴⁶ Karahanoğulları, op.cit., s.19.

⁴⁷ Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hakkında İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (12- 13 Mayıs 1979)*, İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, Ankara, 1980, ss.71-94, s.73.

⁴⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.107; *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1138.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Nikolaus Marsch, “§ 7 Frankreich”, ed. Oliver Dörr, *Staatshaftung in Europa: Nationales und Unionsrecht*, Göttingen, Walter de Gruyter, 2014, ss.195-226, s.196. Karara konu olayda, bir tütün işletmesinde çalışmakta olan işçilerin kullandığı bir vagonet Agnès Blanco isimli bir kız çocuğuna

Medeni Kanununa⁵¹ dayanarak yargılama yetkisine sahip olduğu iddiasına rağmen Uyuşmazlık Mahkemesi, devletin sorumluluğuna dair davaların, kamu hukukuna özgü kurallar çerçevesinde, idari yargı mercilerince çözüme kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir.⁵² Böylece devletin sorumsuzluğu kural olmaktan çıkıp istisna haline dönüşmüştür.⁵³ Aynı zamanda bu sorumluluğun, kamu hukuku kurallarına tabi olacağı ifade edilmiştir.⁵⁴

Bu demektir ki, devletin sorumluluğu meselesine kamu hukuku kurallarının uygulanması bağımsız bir idari yargı rejimine geçişle birlikte mümkün olmuştur.⁵⁵ Kararı veren Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi devletin sorumluluğunun genel ve mutlak olmadığını, kendine özgü özel hukuktan bağımsız birtakım kurallara tabi olduğunu, bu kuralların da bireylerin hakları ile devletin menfaati arasında bir denge kurulmasını sağlayacak nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir. Tabii bu aynı zamanda bir süreçtir. Yukarıda başlangıcı anlatılan sürecin sonu Blanco kararı değildir. Blanco kararının ardından idarenin sorumluluğunun kapsamı ve sorumluluğa dair ilke ve kurallar yine yargı içtihatlarıyla gelişmiştir.

İdarenin kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan zararlardan sorumsuzluğunun sorumluluğa evrilmesi ve Fransız Medeni Kanun hükümlerine göre adli yargıda görülen mahalli idarelerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargıda görülmesi ilerleyen süreçte gerçekleşmiştir.⁵⁶ Aynı şekilde idarenin sorumluluğu hususunda uygulanacak olan kamu hukukuna özgü kurallar, ilke ve kavramlar o günden bugüne yargısal içtihatlar yoluyla gelişmiştir.⁵⁷

çarpmış ve çocuğun ağır şekilde yaralanmasına sebep olmuştur. Küçük kızın uğradığı zararın medeni kanun hükümlerine göre tazmini için baba Jean Blanco adli yargıda tazminat davası açmıştır. Gironde valisinin görevsizlik itirazı üzerine dava uyuşmazlık mahkemesi önüne gelmiş ve Uyuşmazlık Mahkemesi, zararın bir kamu hizmeti esnasında meydana gelmesinden dolayı idarî yargının görevli olacağına ve davanın esas bakımından *Code Civil*'in uygulanamayacağına karar vermiştir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1148, dn.608; Atay, Odabaşı, op.cit., s.49.

⁵¹ Fransız Medeni Kanunu olarak çevirdiğimiz Code Civil, esasen medeni kanunun tam karşılığı olmayıp hem medeni hem de borçlar hukuku düzenlemelerini içeren temel kanundur.

⁵² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.108. Atay, op.cit., s.707; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 9. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s.470, 471.

⁵³ Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, s.128.

⁵⁴ Özdemir, op.cit. s.14; Xavier Delcros, Bertrand Delcros, *Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi, Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu*, Çev. Candan, Ankara, Danıştay Yayınları, No: 39, 1984., s.1 vd.; Atay, op.cit, s.707; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, S.1020;

⁵⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1138, 1139.

⁵⁶ Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, s.128, dn.380.

⁵⁷ Ibid.

3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve İçtihadi Bir İlke Olarak Kamu

Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi)

Fransa'da kusursuz sorumluluk ilkesi ilk kez, Conseil d'État'nın 21 Haziran 1895 tarihli Cames kararında ifade edilmiştir.⁵⁸ Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden bahsedilen ilk karar ise 1925 tarihli Couiteas kararıdır.⁵⁹ Fransız hukukunda kusursuz sorumluluk, risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi şeklinde ikili bir sınıflandırmayla sistematize edilmiştir. Her iki kusursuz sorumluluk ilkesinde de idarenin icrai bir fiilinin doğrudan bir sonucu olarak kişilere verdiği zararlarda kusur aranmaksızın ve kusuru ispata gerek olmaksızın sorumlu olması durumu söz konusudur.

İdare, bünyesinde tehlike taşıyan kamu hizmetlerini yerine getirmesi, bu kamu hizmetlerini yerine getirirken tehlikeli araç gereçler kullanması⁶⁰ ve tehlikeli yöntemlere⁶¹ başvurması sebebiyle ortaya çıkan zararlardan risk ilkesi nedeniyle sorumlu tutulur.⁶² Aynı şekilde yürütülen faaliyetin doğası gereği tehlikeli olması sebebiyle kamu personelinin görevleri sırasında uğradığı zararların (mesleki risk)⁶³,

⁵⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1166.

⁵⁹ Couiteas kararı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir. Bkz. infra, bölüm 3, I-B, 3-c. Ayrıca bkz. Roger Errera, "The Scope And Meaning Of No-Fault Liability In French Administrative Law" *Current Legal Problems*, 39.1, 1986, ss.157-180, s.159,160; Nikolaus Marsch, op.cit., s. 215; Michiel Tjepkema, "Between Equity and Efficiency: the European Union's No-Fault Liability." *Review of European Administrative Law*, 6.1, 2013, 7-37, s.12.

⁶⁰ Patlayıcı maddeler, kan ürünleri, ateşli silahlar, elektrik, su ve gaz hizmetlerine ait yapı tesisleri, bir uçurumun kenarından geçen veya heyelan tehlikesi olan bir karayolu, Fransız içtihadında idarenin tehlikeli araç gereç kullanması ve tehlikeli durum örneği olarak kabul edilmiştir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1242.

⁶¹ Conseil d'État, akıl hastalarının sosyal hayata uyum sağlamaları amacıyla denetimli deneme çıkışlarını, genç suçluların eğitimi ve topluma yeniden kazandırılabilmesi için daha az güvenli yerlerde tutulmasını ve sonuçları tam olarak öngörülemeyen tehlikeli tıbbi tedavi yöntemlerini tehlikeli yöntemlerden kaynaklanan risk olarak görmüştür. Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1190-1192.

⁶² Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.293; Nikolaus Marsch, op.cit., s. 215; Neville Brown, John S. Bell, *French Administrative Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2003, s.193 vd.

⁶³ Mesleki risk ilkesi, Conseil d'État'nın aynı zamanda kusursuz sorumluluk içtihadını başlattığı karar olan Cames kararının konusunu oluşturur. Devlete ait cephane fabrikasında işçi olarak çalışan Cames, demir kaynatma işlemi yaparken büyük çekiçten kopan demir parçasıyla sol elinden ağır şekilde yaralanmıştır. Zararın tazmini istemiyle açılan davada Conseil d'État, olayda idareye atfi kabil bir kusur olmadığını tespit etmesine rağmen, zararının tazminine hükmetmiştir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1244, Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1194.

toplantı ve gösteri yürüyüşleri sebebiyle ortaya çıkan zararların⁶⁴ ve kamu hizmetlerine gönüllü katılanların uğradıkları zararların⁶⁵ tazmininin dayanağı da risk ilkesidir.

İdarenin kamu yararına yürüttüğü faaliyetlerin külfetinin bir ya da birkaç kişinin üstünde kalması sebebiyle bu kişi ya da kişilerin uğradığı özel ve olağanüstü zararın yani kamu yararı lehine katlandığı fedakârlığın tazmini ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin gereğidir.⁶⁶

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılarak tazmin edilen zararlar risk ilkesinden farklı olarak kaza niteliğindeki (arızı) olayların değil, yerine getirilen kamu hizmetinin genellikle öngörülebilir olan sonuçlarıdır.⁶⁷ Yine risk ilkesinden farklı olarak bu zararın *bireyselleştirilebilir*,⁶⁸ yani belli kişi ya da kişi gruplarını etkilemiş (özel) ve ağır (anormal) nitelikte olması gerekir.

Fransız idare hukukunda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin ihlalden kaynaklanan idarenin sorumluluğu çoğunlukla hukuka uygun idari işlemlerden kaynaklanan zararlar ile bayındırlık ve imar ile ilgili işlem ve eylemlerden kaynaklanan arızı nitelikte olmayan, kullanım engeli, ticari kayıp, müşteri kaybı, değer düşüklüğü, mesafe uzaması gibi zararların tazmininde söz konusu olmaktadır.⁶⁹ Uluslararası antlaşmalardan ve kanunların uygulanmasından doğan zararların tazmini de yine kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır.⁷⁰

C. ALMAN HUKUKUNDA

⁶⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1244, Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1213.

⁶⁵ Sokaktaki bir evde çıkan yangını söndürme çalışmalarına o sokakta oturan diğer vatandaşların da yardım etmesi, yoldan geçenlerin bir soyguncunun yakalanmasına yardım etmesi, denizde boğulmak üzere olan çocuğu o sırada plajda güneşlenirken gören kişinin kurtarmaya çalışması sırasında uğranılan zararlar Conseil d'État kararlarına konu olmuş kamu hizmetine gönüllü katılanların uğradığı zararlara örnektir. Bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1244; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1204.

⁶⁶ Brown, Bell, op.cit. s.198; Tjepkema, op.cit., s.12; Errera, op.cit., s.170; Nikolaus Marsch, op.cit., s. 215.

⁶⁷ Tjepkema, op.cit., s.15 vd.; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1256.

⁶⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1317.

⁶⁹ Nikolaus Marsch, op.cit., s. 216.

⁷⁰ Errera, op.cit., s.157-164; Gözler, , *İdare Hukuku*, C. II, s.1261-1274.

1. Genel Olarak Almanya’da İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı

Alman hukukunda 18’inci yüzyıla değin devletin sorumsuzluğu ilkesi hâkim olmuştur. Orta çağ Alman toplumunda devletin sorumsuzluğunun ötesinde ve öncesinde bir devlet tüzel kişiliği fikri dahi oluşmamıştır. Bu dönemde sorumluluktan anlaşılan, toplumu oluşturan bireylerin davranışlarından dolayı toplumun bütününe sorumluluğu olmuştur.⁷¹

17’nci ve 18’inci yüzyıllarda ve hatta 19’uncu yüzyılın başında dahi hükümdardan bağımsız, hukuki anlamda bir devlet tüzel kişiliği anlayışı gelişmemiştir. Polis devleti (Polizeistaat)⁷² aşamasında Alman hukukçuları tarafından geliştirilen fakat kökeni Roma hukukuna dek uzanan⁷³ “hazine teorisi”, esasen idarenin kusursuz sorumluluğu fikrinin başlangıç noktası olarak görülebilir.⁷⁴ Hazine teorisiyle devletin imperium yetkisini kullanan hükümdarı ile hükümdarın malvarlığı birbirinden ayrı tutulmuş, malvarlığı kısmına hazine adıyla bağımsız bir hukuki kişilik atfedilmiştir.⁷⁵ Bu yapının pratik sonucu, hazinenin devletin verdiği zararı tazminle mükellef kılınması olmuştur.⁷⁶ Fakat söz konusu tazmin sorumluluğu, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip hazinenin özel hukuk kurallarına göre sorumluluğudur.⁷⁷ Egemen devlet/hükümdar yargılanma ve hesap verme sürecinden bağımsız tutulmuştur.⁷⁸

Daha açık bir ifadeyle hazine teorisi, hükümdarın ve kamu görevlilerinin kamu gücü kullanırken bireylerin haklarını ihlal etmesine engel olmamış, işlem ve eylemlerini herhangi bir denetime tabi kılmamıştır. Hazine teorisiyle bireylerin elde ettiği kazanım,

⁷¹ Muratoğlu, op.cit. s.35.

⁷² İlk olarak Almanya görülen, 17. ve 18. Yüzyıl Prusyasında hüküm süren Polis devleti anlayışı, kendini halkın koruyucusu olarak konumlandıran, yaşamın tüm alanlarını düzenleme ve kontrol altına alma amacı taşıyan ve bu amaç için herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunabilen dini, siyasi ve ekonomik gücün tek bir merkeze bağlı olduğu devleti ifade eder. Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 17. Baskı, München, C. H. Beck, 2017, s. 295; Dieter Kugelmann, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl., Springer, 2012, s.24.

⁷³ Detlef Merten, “Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen”, *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, ed. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzik, Berlin, Springer, 2019, ss.177-302, s.189.

⁷⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.509.

⁷⁵ Bernd Bender, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Abriß der neueren deutschen Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, 2. Aufl, Freiburg, Verlag Eberhard Albert, 1956, s.21; Florian Becker, “The Development Of German Administrative Law”, *Geo. Mason L. Rev.* [Vol. 24:453, ss.453-476, s.458.

⁷⁶ Kamile Türkoğlu Üstün, “Almanya’da İdari Yargının Tarihi Gelişimi” *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, C.2, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 65, 2020, ss.1443-1468, s.1449.

⁷⁷ Muratoğlu, op.cit., s.36.

⁷⁸ Bender, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, s.23; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, München, C.H.Beck, 2002, s.14; Becker, op.cit., s.458.

zararlarının tazmini olmuştur. Hükümdarın ve kamu görevlilerinin işlem ve eylemleri hiçbir denetime tabi olmamaya devam ederken, bu eylem ve işlemlerden zarar gören, hakları ihlal edilen bireyler uğradıkları zararı devletten ayrı, bağımsız bir özel hukuk kişisi olarak kurgulanan ve bir hukuk süjesi olarak hareket kabiliyeti kazandırılan hazineden talep edebilmişlerdir.⁷⁹

Dolayısıyla bireylerin “ihlal etme” deme hakları bulunmasa da “öde” deme hakları kabul edilmiştir.⁸⁰ “Katlan ve tazminat iste” (dulde und liquidiere)⁸¹ deyişi bu dönemden kalmıştır.

Hazine teorisinin ardından bu teoriyi bir adım daha ileri taşıyan, ilk bakışta Fransız Hukukundaki hâkimiyet-temşiyet tasarrufları ayrımını anımsatan⁸² “muhtelif hukuki ilişkiler”⁸³ (Gemischte Rechtsverhältnisse) teorisi olmuştur. Bu teoride de belirleyici olan idarenin faaliyetlerinde kamu gücü kullanıp kullanmadığıdır. İdarenin kamu gücü kullanmadığı faaliyetleri özel hukuk denetime tabi tutulurken kamu gücüne dayalı faaliyetleri denetim dışı bırakılmıştır.⁸⁴

⁷⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s.38; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, München 1973, S. 41 ff.; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Berlin, Springer, 1929, s.82; Maurer, op.cit., s.14; Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz: Kommentar*, 2020, C.H.Beck, rn.24, (www.beck-online.beck.de).

⁸⁰ Thomas Würtenberger, “Kontrolle von Verwaltungshandeln ab 1806: Justizstaat versus Administrativjustiz”, *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, ed. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarik, Berlin, Springer, 2019, ss.31-50, s.34.

⁸¹ Joachim Lege, “§ 7 Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung: Enteignung zweiter Klasse?” *Die Enteignung Historische, vergleichende, dogmatische und politische Perspektiven auf ein Rechtsinstitut*, hrsg. Otto Depenheuer, Foroud Shirvan, Berlin, Springer, 2018, ss.221-234, s.227; Jellinek, op.cit., s.82; André Niesler, “Aufopferung und Enteignung vom ALR bis zur WRV.”, *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte. Band 8 2006/2007*, ed. Thomas Vormbaum, BWV Verlag, Berlin, 2007, ss.128-153, s.128.

⁸² Hakimiyet tasarrufu - temşiyet tasarrufu ayrımı Fransız hukukunda idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargı - adli yargı arasındaki görev paylaşımının belirlenmesinde 1873 yılına dek kullanılan kamu gücü ölçütüne dayanır. Buna göre, idarenin işlemi bir hakimiyet tasarrufu ise yani bir kamu gücü kullanılıyor ise bu işlem idare hukukunun uygulama alanı içindedir. Bu işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklar da idari yargıda görülür. Bir işlem özel temşiyet tasarrufu ise yani idarenin özel kişi gibi hareket ettiği “işletme işlemi” ise bu işlem özel hukuk alanına dâhildir. Bu işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, s.76 vd.

⁸³ Ali Ülkü Azrak, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXVIII, Sayı 2, ss.367-381, s. 367; s.53; Çağlayan, op.cit., s.63.

⁸⁴ Ozansoy, op.cit., s.53; AZRAK, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, s.367; Çağlayan, op.cit., s.63.

Devletle memur arasındaki ilişkide ise, 19'uncu yüzyılın başlarına değin vekâlet (mandatum) teorisi etkili olmuştur.⁸⁵ Kökeni Roma hukukuna dayanan mandatum kuramının uygulanma sahası ve süresi, anlaşılacağı üzere salt Roma İmparatorluğuyla sınırlı kalmamış, söz konusu kuram Alman hukukunda devlet-memur-sorumluluk üçgeninde uzun süre belirleyici rol oynamıştır.⁸⁶ Memurların hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan şahsen sorumlu olacağı, vekili olduğu devletin bu zararlardan sorumlu tutulamayacağı anlayışı benimsenmiştir.⁸⁷ Devlet ile kamu görevlileri arasındaki ilişkinin bir vekâlet ilişkisi olarak görüldüğü bu teoride⁸⁸ kamu görevlileri hukuka uygun faaliyetlerde buldukları müddetçe bu faaliyetlerden doğan zararlardan devlet sorumlu olmuştur. Fakat kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken hukuk sınırları dışına çıkmaları halinde artık devletle aralarındaki temsil ilişkisinin bittiği ve dolayısıyla devlet ile aralarındaki vekâlet ilişkisinin sona erdiği, meydana gelen zarardan kamu görevlisinin şahsen sorumlu olduğu anlayışı benimsenmiştir.⁸⁹

Alman hukukunda devletin hukuki sorumluluğu konusundaki ilk yasal düzenlemeler, polis devleti anlayışının hakim olduğu dönemde çıkarılan, 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanununda (Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, kısaca: PrALR)⁹⁰ yer almaktadır.⁹¹ Bu Kanunun giriş (Einleitung, kısaca: Einl.) bölümündeki (Einl. PrALR), kamusal hak ve yükümlülükler ile bireysel hak ve menfaatler arasındaki ilişkiyi düzenleyen 74 ve 75'inci paragraflar (§ 74 ve § 75), devletin sorumluluğuna dair ilk yasal düzenlemeler olduğu gibi, aynı zamanda

⁸⁵ Çağlayan, op.cit., s.63.

⁸⁶ Ozansoy, op.cit., s.46.

⁸⁷ Ibid., s.45.

⁸⁸ Ibid., s.45.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Söz konusu kanun tüm Almanya'yı kapsayan genel bir kanun değil, Prusya eyaletine mahsus bir genel kanundur. 19000 paragraftan oluşan, kazuistik bir yapıya sahip bir doğal hukuk kodifikasyonu şeklindedir. Prusya Devletleri Genel Kanunu, Prusya medeni kanunu olarak da ifade edilmektedir, fakat içeriği yalnızca medeni hukuktan ibaret değildir. Ceza hukuku, ticaret hukuku, idare hukuku, anayasa hukuku gibi esasında o dönem akla gelebilecek tüm hukuki konuları ilgilendiren düzenlemeler yer almaktadır. Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6th ed, C.H. Beck, 2013, s.151, 152; Daron Acemoğlu, Davide Cantoni, Simon Johnson, James A. Robinson, "From Ancien Régime to Capitalism: The Spread of the French Revolution as a Natural Experiment", *Natural Experiments Of History*, ed. James A. Robinson, Jared M Diamond, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, s.240, 241.

⁹¹ Muratoğlu, op.cit., s.101.

fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin Alman Hukuku'ndaki ilk pozitif dayanakları olarak kabul edilmektedir.⁹²

İlerleyen sayfalarda daha detaylı olarak incelenecek olan 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanununa giriş kısmı § 74 ve § 75'teki (Einl. PrALR) düzenlemeler kısaca, devletin kamusal faaliyetleri yerine getirirken ya da getirmek için bireylerin hak ve menfaatlerini ihlal etmesi durumunda uygulama alanı bulan hükümlerdir. Bir başka deyişle bu düzenlemeler devleti, sonucunda bireyin menfaatinin zarar göreceğini göze alarak yerine getirdiği kamusal faaliyetin, sebep olduğu zararı tazmin borcu yüklemektedir.⁹³ Ancak devletin söz konusu tazmin yükümlülüğü, hazine teorisine dayanmaktadır.⁹⁴ Yukarıda hazine teorisi bahsinde sözünü ettiğimiz, “katlan ve tazminat iste” (dulde und liquidiere) deyişi esasında bu paragrafların, yani bireylerin üstün tutulan kamu yararı karşısında hak ve menfaatlerinin zarar görmesine katlanma zorunluluğunu ve buna karşılık tazminat talep edebilme hakkını içeren söz konusu yasal düzenlemelerin kısa ifadesidir.⁹⁵

⁹² İlhan Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi” *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Y.1977, C.43, Sayı 1-4, ss.101 – 130, s.105. Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.89; Gürsoy, op.cit., s.77; Azrak, op.cit., s.376; Nadja Ehlers, *Die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung in Deutschland* (Dissertation), Universität Potsdam, s.; 15; Klaus Ferschl, *Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch: seine Entwicklung und Entwicklungsmöglichkeiten*, (Dissertation), Universität Passau, 1991, s.10; Hartmut Maurer, op.cit., § 27, 106, 107 ff.; Bernd Grzeszick, “§ 45 Grundrechtshaftung”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, hrsg. Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers, De Gruyter, s.958; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 13. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2015, s.465; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage,, 2011, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, s.349; Manfred Aust, Rainer Jacobs, Dieter Pasternak, *Enteignungsentschädigung*, 7. Auflage, Berlin, De Gruyter, s.26; Iris Kemmler, “Allgemeiner Aufopferungsanspruch und öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch”, *JA* 2005, ss. 659-661, s. 660; Manfred Baldus, Bernd Grzeszick, Sigrid Wienhues, *Staatshaftungsrecht: Das Recht Der Öffentlichen Ersatzleistungen*, 4.Auflage, C.F. Müller, 2013, s.86; Ossenbühl / Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2013, s. 126; Oliver Dörr, § 5 Deutschland” ed. Oliver Dörr, *Staatshaftung in Europa: Nationales und Unionsrecht*, Göttingen, Walter de Gruyter, 2014, ss.121-155; s.124; Müller, op.cit., s. 170; Wolfgang Rüfner, “Sechster Teil: Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatzund Entschädigungsleistungen”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, ed. Hans-Uwe Erichsen, Wolfgang Martens, Berlin, De Gruyter, 2016, s.416; Jana Himstedt, *Verwaltungsrecht in der Klausur*, Nikolas Eisentraut (Hrsg.), Berlin, De Gruyter, 2020, s. 989.

⁹³ İdarenin söz konusu tazmin yükümlülüğü, aynı kanunun giriş kısmının 80'inci paragrafına göre adli yargı mercileri önünde görüşülüp karara bağlanacaktır. Bkz. Einl. PrALR §. 80: “*Auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staats, und seinen Unterthanen, sollen bey den ordentlichen Gerichten, nach den Vorschriften der Gesetze erörtert und entschieden werden.*”

⁹⁴ Schiwy, Peter, *Impfung und Aufopferungsentschädigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, s.16; Judith Karst, *Der Fiskus im liberalen Rechtsstaat*, Münster, Lit Verlag, 2016, s.109.

⁹⁵ Niesler, op.cit., s.131.

Fakat bu dönemde tam manasıyla bir idari sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir.⁹⁶ Zira idarenin bir kamusal faaliyetinin gereği veya sonucu olmayan, aksine idarenin veya o görevi yürüten kamu görevlisinin kusurlu ve hukuka aykırı davranışının neden olduğu zararlar bu maddenin uygulama alanında değildir. Bu türden zararlar, aynı kanunun 2'nci kısmının (Zweyter Theil), 10'uncu bölümü (Zehnter Titel: Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staats) m. 89 ve devamında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken, gerekli dikkat ve özeni göstererek ve sahip olduğu görevin gerektirdiği bilgiyi kullanarak kaçınabileceği ve kaçınmak zorunda olduğu her hatadan sorumlu tutulmuştur.⁹⁷ Aynı zamanda gerekli dikkat ve özeni gösterseydi kamu görevlisinin bu hatalı davranışını engelleyebilecek olan amir de sorumluluğu paylaşmaktadır.⁹⁸

Dolayısıyla bu düzenlemeler, yukarıda sözünü ettiğimiz Alman hukukunda devlet ile kamu görevlileri arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi olarak görüldüğü dönemin açık yasal dayanağıdır. Zira söz konusu düzenlemeler memurların (ve amirlerinin), kamusal faaliyetlerinden kişisel sorumluluğu ile ilgilidir. Bu da göstermektedir ki, Alman hukukunda devletin sorumluluğu anılan dönemde, kusursuz ve hukuka uygun faaliyetleriyle sınırlı tutulmuştur. Kusurlu ve hukuka aykırı faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkan zarar, devlet tarafından değil, o davranışta bulunan memur ve amiri tarafından kişisel olarak tazmin edilmiştir.

2. Günümüz Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğu

Alman hukukunda federal düzeyde idari faaliyetlerden dolayı ortaya çıkan zararlardan memurların şahsi sorumluluğunun yerini, idarenin sorumluluğunun alması, 1919 Weimar Anayasasının 131'inci maddesiyle gerçekleşmiştir. Bu maddede, bir kamu görevlisinin kamu gücü kullanırken üçüncü kişilere verdiği zarardan kural olarak devlet ya da ilgili kurumun sorumlu olacağı, kamu görevlisine rücu hakkının saklı

⁹⁶ Muratoğlu, op.cit., s.101.

⁹⁷ § 89: *“Jedes dabey begangene Versehen, welches bey gehöriger Aufmerksamkeit, und nach den Kenntnissen, die bey der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten.”*

⁹⁸ § 90: *“Vorgesetzte, welche durch vorschriftsmäßige Aufmerksamkeit die Amtsvergehungen ihrer Untergebenen hätten hindern können, sind für den aus Vernachlässigung dessen entstehenden Schaden, sowohl dem Staate, als einzelnen Privatpersonen, welche darunter leiden, verhaftet.”*

olduğu ve tüm bu süreç için adli yargı yolunun kapatılamayacağı düzenlenmiştir.⁹⁹ Bu hüküm, hem imparatorluk hem de federe devlet düzeyinde geçerli olmuştur.

İdareyi, kamu görevlisinin kamu gücü kullanırken üçüncü kişilere verdiği zararın asli sorumlusu olarak kabul eden bu düzenleme, birkaç küçük değişiklikle, halen yürürlükte olan 23 Mayıs 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (Grundgesetz) 34'üncü maddesinde de yerini muhafaza etmiştir. Bugün, idarenin sorumluluğu hususunda, Anayasa madde 34 temel normdur.

Günümüzde Alman idare hukukunda idarenin sorumluluğu, iki temel ilkeye dayandırılmaktadır. İlki, kısaca kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini yerine getirirken, kusurlu davranışlarıyla kişilere verdikleri zararlar, olarak tanımlanabilecek olan görev sorumluluğu (amtshaftung) ekseninde gelişen kusur sorumluluğudur. İkincisi ise, kusursuz sorumluluk kavramıyla eş anlamda kullanılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 34'üncü maddesi ve Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch, kısaca BGB)¹⁰⁰ madde 839/1, görev sorumluluğu için temel norm teşkil etmektedir.¹⁰¹ Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu için ise, eğer özel bir yasal düzenleme yoksa, yukarıda bahsi geçen Prusya Devletleri Genel Kanununa giriş kısmındaki (Einl. Pr.ALR) 74 ve 75'inci paragraflar uygulanmaktadır.

Alman idare hukukunda idari sorumluluğun temel kavramı görev sorumluluğu (amtshaftung)dur. 1 Ocak 1900 tarihinden beri yürürlükte olan Alman Medeni Kanununun *kamu hizmetinden doğan yükümlülüklerin ihlalinde idari sorumluluk* (Haftung bei Amtspflichtverletzung) başlıklı 839'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde yer alan;

⁹⁹ Orijinal metin: “Artikel 131 Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob”

¹⁰⁰ Orijinal adı Bürgerliches Gesetzbuch'tur. Hem medeni hukuk hem de borçlar hukuku alanını düzenlemektedir.

¹⁰¹ Bernd Müller, *Verwaltungsrecht Schnell Erfasst*, Springer-Verlag, Berlin, 1995, s. 154,156.

“bir memur, kasten veya ihmal¹⁰² suretiyle üçüncü kişiye karşı görevinin gerektirdiği bir yükümlülüğü ihlal ederse, üçüncü kişinin bu ihlal sebebiyle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür”¹⁰³

düzenlemesindeki bu sorumluluk Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m.34'ten bağımsız değildir. Birlikte okunması gerekir.¹⁰⁴ 23 Mayıs 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 34'üncü maddesindeki,

“Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, bu görevi yürütürken üçüncü kişiye karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, bundan kaynaklanan sorumluluk esas olarak, devlete veya ilgili kişiyi istihdam eden kuruma aittir. Kast veya ağır ihmal hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu talepleri için adli yargı yolu¹⁰⁵ kapatılamaz.”¹⁰⁶

¹⁰² Belirtmek gerekir ki, maddenin Türkçe çevirisinde ihmal kelimesi ile karşılanan Almanca “fahrlässig” kelimesidir. BGB'nin 839'uncu maddesinde “fahrlässig” kelimesi ve ileride “ağır ihmal” olarak çevireceğimiz Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 34'üncü maddesinde “grobe fahrlässigkeit” kavramı kullanılmıştır. Esasında “fahrlässig” kelimesinin Türkçe karşılığı “taksir”dir. Nitekim Türk ceza hukukunda da fahrlässig kelimesi taksir kavramıyla ifade edilmektedir. Ancak özel hukukta bu kelime, ihmal kavramı ile karşılanmaktadır. İhmal; “yapmama” anlama gelir. İhmal, Alman hukukunda “unterlassung” kelimesiyle karşılanır. Ceza hukukunda ihmali, taksirle eş tutmak mümkün değildir. Zira ihmali davranış, kasten gerçekleşebileceği gibi, taksirlere de gerçekleşebilir. İhmal, fiilin bir görünüş biçimidir. Özel hukukta ihmal kavramının, ceza hukukundaki taksire karşılık gelecek şekilde kullanılmasının; ceza hukukunda suçun manevi unsuru kast ve taksir olarak ayrılırken, özel hukukta haksız fiilin manevi unsurunun kast ve ihmal olarak kabul edilmiş olmasından kaynaklanıyor olma ihtimali yüksektir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, sorumluluk hukukunda kısaca, özen eksikliği olarak tanımlanan ihmal kavramı, ceza hukukundan farklı olarak, objektif bir değerlendirmeye tabi tutulur. İhmalin olup olmadığı saptanırken borçlunun şahsına, subjektif durumuna, kişisel kabiliyetlerine odaklanılmaz, bunun yerine, orta zekalı, makul bir kişinin somut olayda nasıl davranacağına göre bir değerlendirme yapılır. Dolayısıyla sorumluluk hukukunda ihmal, nesnel bir standarda göre belirlenir. Bkz. Eren, op.cit., s.649; Carl Creifelds, et al., “Rechtswörterbuch” C.H. Beck, 2014, S.1381; ayrıca bkz. BGB 839/1 bağlamında görev sorumluluğu bakımından ihmalin her bir derecesinin yeterli olduğu hk. BGH, 14.06.2018, III ZR 54/17, NJW 2018, 2723, <https://beck-online.beck.de/>.

¹⁰³ BGB, Haftung bei Amtspflichtverletzung 839 Abs. 1 Satz 1: “Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.”

¹⁰⁴ Detterbeck, op.cit., s.407; Reiner Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2014, BGB 839, N. 1,2; Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, Grasberg bei Bremen, C.H. Verlag, 2015, s.379, 380; Wilfried Erbguth, Annette Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrechts: mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 9. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2018, s. 545; Himstedt, op.cit., s.168.

¹⁰⁵ Alman hukukunda, hukuka aykırı idari işlemlere (Verwaltungsakt) karşı doğrudan koruma sağlayan ve bu yönüyle “birincil hukuki koruma (Primärrechtsschutz)” olarak adlandırılan iptal davaları (Die Anfechtungsklage), idari yargıda görülürken; hukuka aykırı eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların giderilmesine yarayan ve bu yönüyle “ikincil hukuki koruma (Sekundärrechtsschutz)” olarak adlandırılan davalar, edim davası olarak adli yargıda görülmektedir. Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, Winfried Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München,

şeklindeki düzenleme ile kamu hizmetleri yerine getirilirken bir yükümlülüğün ihlali halinde sorumluluğun devlete ya da kamu hizmeti ile görevli kişinin bağlı olduğu kamu tüzel kişisine ait olduğu düzenlenmiştir.¹⁰⁷ Memurun kastı veya ağır ihmali halinde ise idarenin karşıladığı zararı memura rücu etmesine imkân tanınmıştır.¹⁰⁸

Kısaca açıklamak gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125'inci maddesindeki “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” şeklinde idarenin asli sorumluluğunu ifade eden bir hüküm, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasında yer almamaktadır.¹⁰⁹ Kamusal sorumluluk düzeninin işleyişi şu şekildedir: Öncelikle bir kamu görevlisinin görev ihlali (Amtspflichtsverletzung) dolayısıyla Alman Medeni Kanunu m.839'a göre kişisel sorumluluğu doğmakta, ardından bu sorumluluk Anayasa m.34 uyarınca devlet veya

2010, , s. 34; Azrak, op.cit., s. 380; Schmidt, op.cit., s. 380; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.545; Ipsen, op.cit., s.323 vd.; Detterbeck, op.cit., s. 406 vd.; birincil hukuki koruma için bkz. infra, bölüm 1, I-C, 3-c.

¹⁰⁶ Metnin orijinali şu şekildedir: “*Artikel 34 [Haftung bei Amtspflichtverletzungen] Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.*”

¹⁰⁷ Detterbeck, op.cit., s.406 vd.; Ipsen, op.cit., s.324 vd.; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.545 vd.; Müller, op.cit., 136,137; Schmidt, op.cit., s. 380.

¹⁰⁸ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.120; Schulze, BGB 839, n.27; Wollf, Bachof, Stober, Kluth, op.cit., s.45; Schmidt, op.cit., s.403; Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1. Auflage, Berlin, Springer, 2000, s.180; Himstedt, op.cit., s.168.

¹⁰⁹ Cüneyt Ozansoy, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı*, 1-4, Mayıs 1990, Ankara, ss.73-87, s.82,83. Fransız hukukunda, içtihadi bir ilke olan “hizmet kusuru”nun, anonim nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Özel hukukta kişiyi haksız fiilden sorumlu tutabilmek için aranan, kasıt ve ihmali şeklindeki isnat sebeplerinin, idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunda yeri yoktur. Objektif nitelikteki hizmet kusuru sebebiyle idareyi tazminle yükümlü kılabilmek için, bir kamu görevlisinin kusuru ya da kusurunun kanıtlanması şart değildir. Söz konusu anlamı ve kapsamıyla hizmet kusuru ilkesi, aynı zamanda idarenin sorumluluğunun asli nitelikte olmasını sağlamaktadır. Fakat Alman hukukunda, yasal bir düzenlemeye sahip olan, BGB'nin 839'uncu maddesinde düzenlenen görev kusuru; bir kamu görevlisinin, görevini yerine getirirken kasten ya da ihmali suretiyle bireylere verdiği zarardan sorumluluğudur. Söz konusu sorumluluk GG'nin 34'üncü maddesiyle idareye yüklenmiştir. Dolayısıyla, Alman hukukunda, kamu görevlisine isnat edilemeyen objektif ve anonim nitelikte bir hizmet kusuru teorisi mevcut değildir. Bunun bir sonucu olarak, idarenin bu alandaki sorumluluğu asli değil üstlenilmiş, dolaylı bir sorumluluk halidir. Anlaşılacağı üzere görev kusuru, Fransız hukukundaki hizmet kusurunun birebir karşılığı değildir. bkz. Walter Much, *Die Amtshaftung: Im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Vittorio Klostermann, 1952, s.33; Helmut Krüger, *Die Abhängigkeit der Amtshaftungsklage von der erfolgreichen Durchführung der Nichtigkeits- bzw. Untätigkeitsklage im Recht der EWG (Art. 215 Abs. 2 EWGV)*, Berlin, Duncker Humblot, 1976, s.24.

ilgili kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmektedir.¹¹⁰ Diğer bir deyişle Medeni Kanun m.839’la doğan sorumluluğun kapsamı ve süjesi, Anayasa madde 34 ile genişletilerek memurun şahsından çıkarılıp idareye aktarılmaktadır.¹¹¹ Dolayısıyla aslında Türk Hukukundaki duruma benzer şekilde memur, kamu görevini yerine getirirken sebep olduğu zararlardan kişisel olarak sorumlu tutulmamaktadır.¹¹²

Sonuç olarak, günümüz Alman Hukukunda idarenin sorumluluğu meselesinde bir tarafta görev sorumluluğu (*amtshaftung*) bir tarafta fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi yer almaktadır.

3. Bir Gelenek Hukuku Kuralı Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğu

a. Tarihsel Geçmişi

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun geçerliliği, gelenek hukukuna dayandırılmaktadır.¹¹³ Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan bugünkü istemler, yüzyıllara yayılan hukuk gelişiminin sonucu olarak yorumlanmalıdır. Bu sorumluluğun altında yatan düşünce, yani kamu yararı ile kamu yararı karşısında daha az “değerli” olan, ikincil derecedeki bireysel hak arasındaki ihtilafların çözülmesi düşüncesi, hukuk tarihi açısından modern devletin oluşumuna koşuttur.¹¹⁴ Genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi fikrini ve talebini anlayabilmek için bu

¹¹⁰ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.14; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.545 vd.; Ozansoy, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, s.82; Müller, s. 155 vd. ; Ozansoy, op.cit., s.37.

¹¹¹ Schulze, BGB 839, n.1; Baldus,Grzeszick,Wienhues, s.23; Ossenbühl/Cornils, s.12; Ipsen, op.cit., s.324; Maximillian Fuchs, Deliktsrecht, 6. Auflage, Springer, Berlin, 2006, s.194.

¹¹² Ipsen, s.324; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.546; Schmidt, s.381.

¹¹³ Wolff, Bachof, Stober, Kluth, op.cit., s.102; Forsthoff, op.cit., s.354; Jan Dirk Harke, *Besonderes Schuldrecht*, Berlin, Springer, 2011, s.181; Dörr, op.cit., s.128; Himstedt, op.cit., s.989; Detterbeck, op.cit., s.466; Maunz. Dürig, op.cit., rn.776; Hans-Jürgen Papier, Foroud Shirvani, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV*, Mathias Habersack (Hrsg), 8. Aufl., 2020, C.H. Beck, rn.99; “§ 74 ve § 75 hükümlerinin önemli bir özelliği de, bunların daha ALR’nin yayımlanıp uygulamaya konulduğu 1794 yılında, sadece basit bir pozitif hukuk kuralı sayılmayıp, bunun ötesinde (über-positiv), bir genel hüküm ya da bir temel ilke niteliğinin görülmesidir. Bir anayasa hükmü mertebesine (der Verfassungsrang) ulaştığı kabul edilen bu hükümler ve onların özünü oluşturan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi böylelikle devlet çarkının işleminde, tüm idari faaliyetlerde uygulama alanı bulurken; bir taraftan yasa koyucuyu diğer yandan idarî makamları bağlayıcı bir etkiye sahip bulunmaktaydı”. Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.106.

¹¹⁴ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.124.

sorumluluğun tarihsel kaynağına ve gelişimine –en azından kısaca– değinmek gerekmektedir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğal hukuk öğretisine, tebaanın doğal hukuk esasına dayanarak meşru olarak kazandığı öznel haklara (iura quaesita) dayanmaktadır.¹¹⁵ Orta çağda hakim olan mülk-devlet anlayışında, “idare hukuku”ndan söz edilemese de, otorite doğal hukukla sınırlandırılmıştır. Doğal hukuk öğretisi içinde ortaya konan kazanılmış haklara saygı ilkesi (iura quaesita) kral için de geçerli olmuştur.¹¹⁶

Meşru şekilde kazanılmış olan haklar; toprak egemenliğinin genişleyerek yasama, yürütme ve yargı erklerinin hükümdarda toplandığı geniş kapsamlı bir devlet erkine dönüşmesi sırasında, hükümdarın mutlak kudretini sınırlama işlevi görmüştür.¹¹⁷ Fakat süreç içinde hükümdarın toplum yararına dönük, yürütülmesi zorunlu bir faaliyeti yerine getirirken bireyin kazanılmış hakkına müdahale edebilmesine imkan veren, *ius eminens* adı verilen üstün bir müdahale hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.¹¹⁸ Hükümdar, *ius eminens* sayesinde, gereklilik (necessitas) ve kamu hizmeti (utilitas publica) koşulunu yerine getirmek şartıyla, halkla arasındaki toplum sözleşmesinin icrası amacıyla, meşru olarak kazanılmış haklara, örneğin mülkiyet hakkına müdahale edebilmiştir.¹¹⁹ Devlet erkinin giderek güçlenmesi ile kazanılmış haklara müdahalesinin kapsamının da giderek artması,¹²⁰ polis devleti anlayışına yaklaşılacak dönemde, tebaanın savunma pozisyonunu daha güçlü bir şekilde ön plana çıkarmıştır. Nihayetinde hükümdarın *ius eminense* dayalı müdahaleleri sonucu verdiği zararı karşılaması, yani bireysel haklarına zarar verilenlere tazminat ödenmesi gerektiği düşüncesi oluşmuştur.¹²¹ Hazine teorisi de bu düşüncenin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

¹¹⁵ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.125; Ehlers, op. cit., s.14; Gürsoy, op.cit., s.77; Ulusan, “*Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi*”, s.108; Depenheuer, Shirvani, op.cit., s. 19, 28; Niesler, op.cit., s.128.

¹¹⁶ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.125.

¹¹⁷ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.125.

¹¹⁸ Schiwy, op.cit., s.14; Merten, op.cit., s.189.

¹¹⁹ Fersch, op.cit., s.7; Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.125; Erichsen, Ehlers, op.cit., s. 958; Merten, op.cit., s.189; Karl-Peter Sommermann, “Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit” *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, ed. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzick, Berlin, Springer, 2019, ss.1735-1770, s.1739; Becker, op.cit., s.456.

¹²⁰ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.125; Hans-Dieter Sproll, *Staatshaftungsrecht*, JuS, 1995, s.1080.

¹²¹ Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.125; Detterbeck Steffen, Kay Windthorst, Hans-Dieter Sproll, *Staatshaftungsrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2000, §16, Rn. 2; Schiwy, op.cit., s. 14.

Mülk devletinin yerini polis devletine bıraktığı dönemde, 1794 tarihinde, tüm vatandaşların kamu yükümlerinde eşit olduğu ilkesinin ifadesi olarak fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesi ve bu eşitliğin bozulması halinde fedakarlıkta bulunanlara tazminat verilmesi gerektiği fikri, Prusya Devletleri Genel Kanunu (Einl. Pr. ALR) § 74 ve § 75 ile hukuk düzeninde yerini almıştır:

§ 74: “Devletle bireylerin çıkarları arasında gerçek bir çatışma doğduğunda, devleti meydana getiren bireylerin kişisel hak ve çıkarları, ortak yararın geliştirilmesine yönelik devletin hak ve yükümlülükleri karşısında geriler.”¹²²

§ 75: “Buna karşılık devlet, kişisel hak ve çıkarlarından ortak varlığın yararına fedakârlıkta bulunanlara bir bedel vermekle yükümlüdür.”¹²³

18’inci yüzyıl polis devletinde, kazanılmış haklara (*iura quaesita*) müdahalenin meşruiyeti için, *ius eminens* esasına gerek duyulmamış, polis hukukuna (*ius politiae*) uygun olması yeterli kabul edilmiştir.¹²⁴ Polis hukuku, hükümdarın, kamunun refah ve selametini sağlama gerekçesini kullanarak kendi keyfine göre hareket etmesine izin vermiştir.¹²⁵ O dönemde yürürlüğe giren Einl. Pr. ALR § 75 ise, bireyin meşru olarak kazanılmış haklarına devletin müdahalesi halinde, bu müdahale ile kişinin uğradığı zararın, -hazine tarafından- tazmin edilmesini sağlamıştır.¹²⁶

b. Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğunun Anlamı ve Kapsamı

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna ilişkin yukarıda sözü edilen Einl. Pr. ALR § 75’in, Prusya Devletleri Genel Kanununda “*Genel Hukuk Esasları*” (*Allgemeine Grundsätze des Rechts*) başlığı ve “*Devletin Vatandaşları ile İlişkileri*” (*Verhältnis des Staats gegen seine Bürger*) alt başlığı altındaki konumu nedeniyle, bu

¹²² Metnin orijinali: “Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1. Juni 1794): Einleitung §. 74. Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn.”

¹²³ Metnin orijinali: “Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1. Juni 1794): Einleitung §. 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.”

¹²⁴ Jellinek, op.cit., s.78; Lars Römermann, *Aufopferungshaftung in Europa*, Tectum-Verlag, 2007, s. 11; Schiwy, op. cit., s.16.

¹²⁵ Bender, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, s.22.

¹²⁶ Schiwy, op. cit., s.16.

düzenlemenin o dönemde dahi hukuk devleti anlayışına ait bir düzenleme olduğunu söylemek aşırıya kaçan bir yorum olmayacaktır.¹²⁷

Einl. Pr. ALR § 74 ve § 75 ile devlet erkinin meşru olarak kullanıldığı durumlardan kaynaklanan zararlar için fedakârlığın denkleştirilmesi istemleri, yasal olarak standartlaştırılmıştır. Dolayısıyla devletle bireyler arasındaki ilişkide kusur şartı aranmaksızın var olan bir fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun, özel hukuktaki objektif sorumluluk anlayışından daha önce ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹²⁸

Fakat bireyin devlete karşı Einl. Pr. ALR § 75'ten kaynaklanan tazminat hakkı o dönemde kamu hukukuna dayandırılmadığından, hazine teorisi (Fiskustheorie) ile hazine, egemenlik erkinin icrasından kaynaklanan sonuçların medeni hukuk tarafı muhatabı olarak gösterilmiştir. Bir başka deyişle hazine teorisi neticesinde, devlet bireyin meşru kazanılmış haklarına zarar verdiğiğinde, bu zarar, kamu hukuku kurallarına göre değil, özel hukuk hükümlerine göre, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan hazine tarafından tazmin edilmiştir.¹²⁹

19'uncu yüzyılda polis devletinden hukuk devletine geçişle birlikte, devlet ve birey arasındaki ilişki de önemli ölçüde değişmiştir. Bu değişiklikte birlikte fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinin karakteristiğinde, anlamında ve uygulama alanında değişiklikler meydana gelmiştir.¹³⁰

Mutlak egemenliğin yerine hukuka bağlı idare yani hukuk devleti anlayışının geçmesiyle, o tarihe kadar devlet ile birey arasındaki ilişkinin doğal hukuk referansı yerini, vatandaşın öznel haklarının hem temelini hem de sınırını oluşturan pozitif hukuka bırakmıştır.¹³¹ İdarenin bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edebilmesi için kanuna dayanması ve kanunun çizdiği sınırların dışına çıkmaması zorunlu olmuştur. Bu yeni ilişki biçimi çerçevesinde 4 Aralık 1831 tarihli *Eyalet ve Hazine Hukuku Arasındaki Sınırlara Uyulmasına Dair Kararname* ("Kabinettssordre betreffend die genauere Beobachtung der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Bu husus ilerleyen sayfalarda açıklanacaktır. Bkz. infra, bölüm 1, II-B, 3-a.

¹²⁹ Römermann, op.cit., s. 11; Ferschl, op.cit., s. 13; Jellinek, op.cit., s.82; Hartmut, op.cit., s.14; Bernd Bender, *Staatshaftungsrecht*, s. 12.

¹³⁰ Ferschl, op.cit., s. 13; Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.126.

¹³¹ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.126; Ferschl, op.cit., s.13; Forsthoff, op.cit., s. 329.

fiskalischen Rechtsverhältnissen”) çıkartılmıştır.¹³² Söz konusu kararnameyle mahkemelerin, hazineyi Einl. Pr. ALR § 75 uyarınca savaş zararları için tazminat ödemekle yükümlü kılmaya çalışmaları engellenmiştir. Dolayısıyla devletin savaş sonrasında ve savaş sebebiyle karşı karşıya kaldığı yüklü miktardaki tazminat taleplerine karşı aldığı tavır, kararnamenin konusunu oluşturmuştur.¹³³

1831 Kararnamesine göre, aksi kanunda belirtilmedikçe, kanundan kaynaklanan, kanuni düzenleme nedeniyle devlet tarafından yapılan bir müdahale için, hazineden tazminat talep edilemeyecektir.¹³⁴ Eğer müdahale, kişisel hakka ilişkin münferit bir işlemse ve başka bir kimsenin zorunlu tutulmadığı bir fedakârlıkta bulunulması istenmişse Einl. Pr. ALR § 75’e göre tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır.¹³⁵

Ayrıca Kararname, Einl. Pr. ALR § 75 uyarınca devletin tazminat yükümlülüğünün, bireyin yalnızca maddi haklarına meşru müdahalelerine ilişkin olduğuna yönelik sınırlandırıcı bir düzenleme içermektedir.¹³⁶ Bu sebeple devletin hukuka aykırı tüm müdahaleleri fedakârlığın denkleştirilmesi kapsamında çıkartılmış ve geçmişte (memura şahsi sorumluluk yükleyen) haksız fiil hukukuna (deliktsrecht); günümüzde ise kamusal görevin ihlali halindeki sorumluluk (Amtspflichtverletzung) kavramının uğradığı dönüşümle idareye asli sorumluluk yükleyen görev sorumluluğu hukukuna aktarılmıştır.¹³⁷

Sonraki süreçte Alman İmparatorluk Mahkemesi (das Reichsgericht, kısaca RG) 1919 Weimar Anayasasının mülkiyet hakkının korunması ve kamulaştırma süreci ile ilgili 153’üncü maddesini¹³⁸ dar yorumlayarak, fedakârlığın denkleştirilmesi

¹³² Ferschl, op.cit., s.12; Römermann, op.cit., s.13, Ehlers, op.cit., s.17; Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.126.

¹³³ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.126.

¹³⁴ Erichsen, Ehlers, op.cit., s.981; Ferschl,op.cit., s.12; Römermann, op.cit., s.13; Ossenbühl / Cornils, op.cit., s.127; Mahendra P. Singh, *German Administrative Law*, Berlin, Springer-Verlag GmbH, 1985, s.141; Ferschl, op.cit., s.12,13; Rűfner op.cit., s.416; Niesler, op.cit., s.136; Schiwy, op. cit., s.17.

¹³⁵ Bender, *Staathaftungsrecht*, s.13.

¹³⁶ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s;127; Erichsen – Ehlers, op.cit., s.960; Karst, op.cit., s.146, 162.

¹³⁷ Römermann,op.cit., s.13; Ossenbühl / Cornils, op.cit., 125; Niesler, op.cit., s.138.

¹³⁸ Maddeye göre; mülkiyet hakkı, anayasa tarafından korunur. İçeriği ve sınırları kanunlar tarafından belirlenir. Kamulaştırma sadece kamu yararına ve kanun esaslarına dayanarak yapılabilir. Kanunlarda aksi belirtilmedikçe kamulaştırma bedel karşılığında yapılır. Kanunlarda aksi belirtilmedikçe kamulaştırma bedelinin tutarı açısından ihtilaf durumunda adli mahkemelerde dava açma hakkı saklı tutulur. Eyaletlerde, belediyelerde ve kâr amacı gütmeyen derneklerde devlet tarafından kamulaştırma sadece bedel karşılığında yapılabilir. Mülkiyet hakkı, sorumluluğu da beraberinde getirir. Kullanımı aynı zamanda kamu yararına hizmet etmelidir.

sorumluluğundan kaynaklanan istemlerin sadece maddi mallar üzerindeki mülkiyet hakkı sınırlamalarına ilişkin olması gerektiğine karar vermiştir.¹³⁹ Kişilik hakları, özellikle yaşam ve sağlık hakları Weimar Anayasası madde 153'te belirlenmediğinden ve Einl. Pr. ALR § 74 ve § 75 uyarınca özel olarak koruma altında olmadığından, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kişi varlığına yapılan müdahalelerde uygulanamamıştır.¹⁴⁰

Öte yandan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak açılan tazminat davaları uzunca bir süre, idarenin yalnızca hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararlar için kabul edilmiştir.¹⁴¹ Alman İmparatorluk Mahkemesi bu ilkeyi hukuka aykırı olan, ancak kusur unsuru olmadan maddi varlıklara verilen zararlar için, özellikle idarenin kanunun yorumunda hataya düşmesi ve yanlış uygulaması durumlarında¹⁴², uygulamaya başladığında¹⁴³ fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun uygulamadaki anlamı canlanmıştır.¹⁴⁴

Weimar Anayasası madde 153'teki mülkiyet hakkı güvencesi ve kamulaştırma, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (*Grundgesetz*) madde 14'te yeniden ele alınmış¹⁴⁵ ve koruma kapsamı önemli ölçüde genişletilmiştir.¹⁴⁶ Alman Federal

Metnin orijinali: Artikel 153: “*Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.*”

¹³⁹ Ferschl, op.cit., s.17,18; Römmermann, op.cit., s.15; Ossenhühl / Cornils, op.cit. s.127; Bender, *Staatshaftungsrecht*, s.15; Rübner, op.cit., s.418.

¹⁴⁰ Ferschl, op.cit., s.17,18; Römmermann, op.cit., s.15.

¹⁴¹ Gürsoy, op.cit., s.83; Ulsan, , “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.104; Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.90.

¹⁴² Ulsan, , “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.104, dn.15.

¹⁴³ RGZ 140, 276, 283.

¹⁴⁴ Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, dn.68, s.118, 119; Gürsoy, op.cit., s.83; Römmermann, op.cit., s.16; Manfred Aust, Rainer Jacobs, Dieter Pasternak, *Enteignungsentschädigung*, Berlin, De Gruyter, 2014, s.107;

¹⁴⁵ Madde 14 “[Mülkiyet, miras hakkı ve kamulaştırma] Mülkiyet ve miras hakları güvence altındadır. Bu hakların kapsam ve sınırları yasalarla belirlenir. Mülkiyet yükümlülük doğurur. Mülkiyet hakkının kullanımı aynı zamanda toplumun yararına hizmet etmelidir. Kamulaştırma, ancak toplumun yararı için olanaklıdır. Kamulaştırma yalnız tazminatın biçim ve ölçüsünü düzenleyen bir yasayla veya bir yasaya dayanarak yapılabilir. Tazminat, toplumun ve ilgililerin yararları adaletli bir biçimde denkleştirilerek belirlenir. Tazminatın miktarı üzerinde anlaşmazlık halinde, adli yargıya kanun yolları açıktır.”

Metnin orijinali: Artikel 14 [Eigentum, Erbrecht, Enteignung] “*Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. Eigentum*

Mahkemesi (der Bundesgerichtshof, kısaca BGH) buna dayanarak mülkiyet hakkı için geniş kapsamlı bir koruma türetmiştir. Mahkeme, mülkiyet hakkının içeriğini yalnızca haktan mahrumiyet şeklinde değil idare tarafından yapılan her türlü müdahale olarak yorumlamış¹⁴⁷, bu bağlamda *ağır fedakârlık* öğretisini geliştirmiştir. Bireyin kamulaştırma kararı sebebiyle yüklendiği fedakârlığı, başka mülkiyet hakkı sahiplerinin katlanmak zorunda kalmadıkları ve bu yüzden açıkça eşit olmayan bir muameleye yol açan *ağır* bir fedakârlık olarak görmüştür.¹⁴⁸ Ayrıca malvarlığına yönelik doğrudan müdahalelerin yanında üçüncü kişilerin dolaylı zararları¹⁴⁹ da bu kapsamda karşılanmıştır.

Ancak kamulaştırmadan kaynaklanan zarar kavramı cömert bir kapsamda anlaşılmasına rağmen, görev sorumluluğundan kaynaklanan istemler (amtshaftung) ile kamulaştırmadan kaynaklanan istemler arasında, özellikle malvarlığı haklarına hukuka aykırı müdahaleler açısından bir sorumluluk boşluğu mevcuttu.¹⁵⁰

Alman Federal Mahkemesi, Alman İmparatorluk Mahkemesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini idarenin hukuka aykırı fakat kusura dayanmayan davranışlarıyla verdiği zararlara da uyguladığı karara¹⁵¹ atıf yaparak, anılan ilkeyi idarenin hukuka aykırı fakat kusura dayanmayan müdahalelerinin yanında kusurlu ve hukuka aykırı müdahalelerini de kapsayacak şekilde genişletmiştir.¹⁵² Alman Federal Mahkemesi “kamulaştırmaya denk müdahale” kavramını yaratarak, mülkiyet hakkına

verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.”

¹⁴⁶ Erichsen, Ehlers, op.cit., s.961.

¹⁴⁷ Christoph Brüning, “Die Aufopferung im Spannungsfeld von verfassungsrechtlicher Eigentumsgarantie und richterrechtlicher Ausgestaltung” Christoph Brüning, *JuS* 2003, 2, s.4, <https://beck-online.beck.de/>.

¹⁴⁸ Römermann, op. cit., s.17.

¹⁴⁹ Örneğin askeri manevra sonucu çıkan orman yangını sebebiyle odunları yanan kimsenin zararı ya da yol seviyesinin yükseltilmesi nedeniyle yolun iki yanındaki arazilerine ulaşım ve bakım masrafları artan arazi malikinin zararı bu kapsamdadır. Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.116-117.

¹⁵⁰ Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.107.

¹⁵¹ RGZ 140, 276, 283.

¹⁵² BGH, 9./10.6.1952, NJW 1952, 1176; BGH 12. 4. 1954, NJW 1954, 993 (298), beck-online.beck.de/; Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.112; Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.107; Franz-Joseph Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., C.F. Müller, 2014, s.299; Maunz, Durig, op.cit., rn.788; Heribert Johlen, Michael Oerder, *Münchener Anwalts Handbuch Verwaltungsrecht*, § 18 Das Mandat im Staatshaftungsrecht (Jeromin/Kirchberg), rn.197-198, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2017.

hukuka aykırı ve kusurlu olarak yapılan müdahalelerden kaynaklanan zararların *evleviyette (erst recht)*¹⁵³ tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁵⁴ Türk hukukundaki kamulaştırmasız el atmayı andıran bu müdahaleyi, Alman Federal Mahkemesi önceleri sırf “kamulaştırma etkisi gösterdiği için” ağır bir fedakârlık sayarken, daha sonraki zamanlarda salt “müdahalenin hukuka aykırı olmasını” tazminatı haklı kılan ağır fedakârlık olarak görmüştür.¹⁵⁵ Dolayısıyla, Alman Federal Mahkemesi, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası madde 14 fıkra 3 gereğince kamulaştırma içtihadını, kamulaştırmaya denk müdahalesi kavramını geliştirerek tamamlamıştır.¹⁵⁶

Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi bireyin kişi varlığına devlet tarafından yapılan meşru ya da hukuka aykırı müdahaleler için de tazminat ödenmesine yönelik bir anlayış geliştirmiştir. Bu açıdan Weimar İmparatorluk Mahkemesinin içtihadını açıkça ortadan kaldırarak, bu tazminat istemini Einl. Pr. ALR § 74 ve § 75 hükümlerinden türetmiştir.¹⁵⁷

Alman hukukunda en genel anlamıyla kamusal fedakârlığın denkleştirilmesi, Anayasa madde 14/3 uyarınca özel bir düzenleme olarak kamulaştırma¹⁵⁸, kamulaştırmaya denk müdahale ve dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesini içermektedir.¹⁵⁹ Mülkiyet hakkına yönelik hukuka uygun müdahaleler kamulaştırmayı

¹⁵³ BGH'nin “erst recht” argümantasyonu için bkz. Fritz Ossenbühl, “Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?” NJW 1983, 1 vd.

¹⁵⁴ BGH, 9./10.6.1952, NJW 1952, 1176, beck-online.beck.de; Erichsen, Ehlers, op.cit., s.962; Römmermann, op.cit., s.17; Ehlers, op.cit., s.84; Ferschl, op.cit., s.75; Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1. Auflage, Berlin, Springer, 2000, s.180; Ulusan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.119; Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.107; Bryde in von Münch/Kunig, *Grundgesetzkommentar*, 6 Aufl., 2012, Art. 14 Rn. 101; ayrıca bkz. BGH, 20.02.1992, III ZR 188/90, NJW 1992, 3229; BGH 10.3.1994 - III ZR 9/93, NJW 1994, 1647, BGH, 11. 1. 2007 - III ZR 302/05.

¹⁵⁵ BGH, 25.4.1960, NJW 1960, 1149, beck-online.beck.de; Rübner, op.cit., s.431; Bender, *Staathaftungsrecht*, s.24; Maunz, Dürig, op.cit., rn.789; Römmermann, op.cit., s.17, 18; Kamulaştırmaya denk müdahalenin genişletilmesiyle, artık sadece hukuka aykırı kusursuz müdahalelerin değil, “öncelikle” hukuka aykırı kusursuz müdahalelerin bu kapsamda olması sebebiyle, görev sorumluluğu istemleri ile bir rekabet söz konusudur. Römmermann, op.cit., s.17, 18.

¹⁵⁶ BGH, 16. 10. 1952, NJW 1953, 101; BGH 12. 4. 1954, NJW 1954, 993 (298); beck-online.beck.de.

¹⁵⁷ Römmermann, op.cit., s.18, BGH 19. 2. 1953 NJW 1953, 1217, beck-online.beck.de.

¹⁵⁸ Federal Anayasa Mahkemesinin 15 Temmuz 1981 tarihli “ıslak çakıl çıkartma” kararından (BVerfGE 58, 300, Nassauskiesungsbeschluss) beri, kamulaştırmanın dayandığı kanun, tazminatın türü ve miktarını açısından herhangi bir düzenleme içermediği takdirde Anayasaya aykırı kabul edilir. BGH, 29.03.1984, NJW 1984, 1876; Ferschl, op.cit., s.23.

¹⁵⁹ Dörr, op.cit., s.143-145; Himstedt, op.cit., s.988; Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.90.

(die Enteignung)¹⁶⁰, mülkiyet hakkına hukuka aykırı olarak yapılan müdahaleler kamulaştırmaya denk müdahaleyi (enteignungsgleiche Eingriffe)¹⁶¹, kişi varlığına yönelik hukuka uygun ya da aykırı müdahaleler¹⁶² ise dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesini (die Aufopferung im engeren Sinne) ifade etmektedir.¹⁶³ Dolayısıyla, özel bir yasal düzenleme olmadığı sürece¹⁶⁴, idarenin kamu yararı amacıyla, kamu gücüne dayanarak, hukuka uygun ya da aykırı şekilde, bireyin malvarlığı ya da kişi varlığına yönelik bir müdahalede bulunması sonucu bireyin uğradığı ağır zararın tazmin edilmesine genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu (Der allgemeine Aufopferungsanspruch) denmektedir.

¹⁶⁰ Himstedt, op.cit., s. 994; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 27 Rn. 55; Alman hukukunda kamulaştırma kavramının içine Türk hukukundan farklı olarak, taşınmaz mülkiyeti dışında taşınır mülkiyeti, diğer aynı haklar, alacak hakları ve sinai haklar da dâhildir. Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.114. Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.91; Johlen/Oerder, op.cit., rn. 210.

¹⁶¹ Rübner, op.cit., s.431; Forsthoff, op.cit., s.354; Himstedt, op.cit., s. 996; Werner Ernst, Willy Zinkahn, Walter Bielenberg, Michael Krautzberger, *Baugesetzbuch*, C.H. Beck, 2020, rn. 44; Maunz, Dürig, op.cit., rn.786, 788; Benno Heussen, Christoph Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, (26. Deliktische Haftung (einschl. Schmerzensgeld rn.76), 11. Auflage, C.H. Beck, 2016. Mülkiyet hakkına hukuka aykırı olarak yapılan müdahaleler kamulaştırmaya denk müdahalelerde birincil yasal korumanın önceliği kuralı (Vorrang des Primärrechtsschutzes) geçerlidir. Himstedt, op.cit., s. 999; birincil yasal korumanın önceliği kuralı için bkz. infra, bölüm 1, I-C, 3-c.

¹⁶² Alman Federal Mahkemesi ve literatürün çoğunluğu, hem maddi olmayan haklara yapılan meşru müdahaleleri hem de hukuka aykırı yapılan müdahaleleri dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemine dâhil ederler. Bunun sebebi, dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi için pozitif hukuk açısından bir düzenlemenin mevcut olmaması ve buna uygun olarak meşru müdahaleler ile sınırlanmamış olmasıdır. Kamulaştırma durumunda ise Anayasa madde 14 fıkra 3 altındaki düzenleme açıkça sadece meşru müdahaleleri kapsar ve böylece bu hükmün hukuka aykırı müdahalelere uygulanmasını yasaklar. Kamulaştırmaya denk müdahalenin, hukuka aykırı mülkiyet hakkı ihlallerinin tazmini için bağımsız bir hukuk müessesesi olarak oluşturulması bu yüzden kaçınılmazdı. Dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine her ne kadar başlangıçta sadece devletin meşru fiilleri tâbi olsa da, zamanla hukuka aykırı müdahaleleri de içine alacak şekilde yorumlanmıştır. Römermann, op.cit., s. 46,47; Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.91.

¹⁶³ Römermann, op.cit, s.24, Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s.121; Jochen Zenthöfer, *Staatshaftungsrecht*, Richter Verlag, 4. Auflage 2009, ss.59-69; Maurer: § 27, 87 ff., 106, 107 ff.; Dörr, op.cit. s.143-145; Johlen/Order, op.cit., rn.105.

¹⁶⁴ Maunz, Dürig, op.cit., rn.783; Papier, Shirvani, op.cit., rn.108. Genel anlamda fedakarlığın denkleştirilmesi istemi karşısında, özel yasal düzenlemeler önceliğe sahiptir. Bu durumda genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi, sadece mevcut sorumluluk boşluklarını kapatma unsuru olarak görev yapmaktadır. Römermann, op.cit., s.60; Heussen/Hamm, op.cit., rn.73.

c. Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğunun Unsurları

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun unsurları, hakkın ihlali, devletin müdahalesi, kamu yararı, ağır fedakârlık (zarar) ve illiyet bağı olarak sıralanabilir.¹⁶⁵

- Hakkın ihlali

Alman Federal Mahkemesi kararlarına göre,¹⁶⁶ hakkın ihlalinden kasıt, özel bir yasal düzenleme mevcut olmadığı sürece¹⁶⁷ mülkiyet hakkını konu alan kamulaştırma ve kamulaştırmaya denk müdahale bir yana bırakılırsa, dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi için yaşam, sağlık ve özgürlük haklarına (Leben, Gesundheit und Freiheit) yönelik müdahalelerdir.¹⁶⁸ Mahkemeye göre, yaşam, sağlık ve özgürlük hakları “yaratılış ve doğa gereği” (Schöpfung und Natur)¹⁶⁹ maddi haklarla en azından eşit değerdedir.

Ossenbühl, Alman Federal Mahkemesinin bu içtihadından yola çıkarak, dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, özel hayatın gizliliği hakkı (onur, isim

¹⁶⁵ Himstedt, op.cit., s.989.

¹⁶⁶ Weimar İmparatorluk Mahkemesinin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan istemin uygulanabilirliğini maddi varlıklarla sınırladığı daha önce ifade edilmişti. Alman Federal Mahkemesi, genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi isteminin maddi olmayan varlıkları kapsayacak şekilde genişletilmesi amacıyla çıkarttığı 19 Şubat 1953 tarihli ilke kararında, bu görüşten ayrılmıştır. Karar, 8 Nisan 1874 tarihli Aşı Kanunu(Reichsimpfgesetz) uyarınca zorunlu kılınan suççeği aşısından dolayı davacının sağlığına ağır zararın verildiği bir olaya dayanmaktadır. Aşı Kanununda herhangi bir tazminat öngörülmemiştir ancak böyle bir tazminat kapsam dışında da bırakılmamıştır. Alman Federal Mahkemesi, unsurların çok farklı olmasından dolayı başka özel düzenlemelerle de aşidan dolayı zararlarda tazminat talebini haklı çıkartmak için bir bağlantı kuramayınca Prusya Devletleri Genel Kanununa Giriş § 75 üzerinden fedakârlığın denkleştirilmesi istemini esas almıştır. İçerik açısından yaşam ve sağlık haklarının maddi haklarla en azından eşit değerde (mindesten in gleicher) olduğuna karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesi, prensip kararı çerçevesinde yaşam ve sağlığın yanı sıra özgürlük hakkını da Anayasa Madde 2 fıkra 2 Cümle 2 altında belirtilen fiziksel hareket özgürlüğü bağlamında dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu altında korunması gereken bir hak olarak görmüştür. BGH, 19. 2. 1953, NJW 1953, 1217, beck-online.beck.de; ayrıca bkz. Römmermann, op.cit., s.26,27; Dörr, op.cit., s.128.

¹⁶⁷ Özel kuralların oluşturulması ile birlikte fedakârlığın denkleştirilmesinden kaynaklanan genel tazminat isteminin uygulama alanı giderek küçülmektedir. Federal ve Eyalet Polis ve Düzen Hukuku (Polizei- und Ordnungsrecht des Bundes und der Länder), Cezai Kovuşturma Tedbirleri Tazminat Kanunu (StrEG) §§ 1 ve devamı, Enfeksiyon ve Salgın Hastalıklar Kanunu (IfSG) §§ 60 ve devamı, Hayvanları Koruma Kanunu (TierSG) §§ 66 ve devamı kanunen düzenlenmiş fedakârlığın denkleştirilmesi istemlerine örnektir.

¹⁶⁸ Römmermann, op.cit., s.26; Ferschl, op.cit., s.40; Detterbeck, op.cit., s.466; Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.129; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.611; Kemmler, op.cit., s.659; Müller, op.cit., s.151; Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.27; Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1. Auflage, Berlin, Springer, 2000, s.181; Himstedt, op.cit., s.989; Maunz, Dürig, op.cit., rn.776; Papier, Shirvani, op.cit., rn.99; Anne-Christina Brodöfel, *Geigel Der Haftpflichtprozess*, 28. Auflage, C.H.Beck, 2020, rn.2.

¹⁶⁹ BGH, 20.12.1952 - II ZR 141/51, beck-online.beck.de.

ve özel alan) gibi maddi olmayan hakları da kapsayacak şekilde genişletilmesine açık olduğu sonucuna varmaktadır.¹⁷⁰ Öğretide, dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamındaki hakların, bu şekilde sınırlanmasını reddeden çoğunluk görüşü; özel hayatın gizliliği hakkı ve meslek ve ticaret özgürlüğünü de içine alacak şekilde, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun uygulama alanının genişletilmesini uygun ve tutarlı bulmaktadır.¹⁷¹ Fakat Alman Federal Mahkemesi bugüne kadar hiçbir kararında yaşam, sağlık ve özgürlüğün ötesine geçmemiştir.¹⁷² Alman Federal Mahkemesi birçok kere, Anayasa madde 2 fıkra 2¹⁷³ hükümleri ile korunan haklar dışındaki kişilik haklarının fedakârlığın denkleştirilmesi isteminin koruma alanına dâhil edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁷⁴ Gerekçe olarak ise sadece böyle bir genişletme için gerekli yasal dayanağın eksik olduğunu ileri sürmektedir.¹⁷⁵

- **Devletin müdahalesi**

Devletin müdahalesi unsuru için hakların doğrudan ihlali gerekli ve yeterli görülmektedir¹⁷⁶. Müdahalenin bir sonuca ulaşması şart değildir. Ancak Alman Federal Mahkemesi, manevi etki biçimindeki dolaylı devlet müdahalelerini de bu unsurun varlığı açısından yeterli kabul etmektedir.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Ossenbühl/Cornils, op.cit., s. 135.

¹⁷¹ Maurer, op.cit., § 27, Rn. 106, § 28, Rn. 3; Elke Gurlit, Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., Berlin, De Gruyter, 2015, § 45 Rn. 110, 118 ff.; Matthias Ruffert, Article 12 GG, in: *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, hrsg. Volker Epping, Christian Hillgruber, 31. Ed., München, Verlag C.H.Beck, 2016, s.31, 32.

¹⁷² Erichsen, Ehlers, op.cit., s.990; Dörr, op.cit., s. 141; Maunz, Dürig, op.cit., rn.777; Papier, Shirvani, op.cit., rn.101; Brodöfel, op.cit., rn.2; yakın zamandaki bir karar için bkz. OLG Frankfurt, 11.05.2009 - 19 W 22/09, NJW-RR 2010, 140; BGH, 27.05.1993 - III ZR 142/92, NJW 1994, 1468, beck-online.beck.de.

¹⁷³ Artikel 2 “[Allgemeine Handlungsfreiheit; Freiheit der Person; Recht auf Leben] (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.” Türkçesi: [Yaşam hakkı, kişiliği korunması, kişi özgürlüğü] (2) Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, yalnızca kanunla sınırlandırılabilir.

¹⁷⁴ Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.135; BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 - 1 BvR 2068/93, NVwZ 1998, 271 (272); beck-online.beck.de.

¹⁷⁵ Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.135. ayrıca bkz. BVerfG, Beschluß vom 20.11.1997 - 1 BvR 2068/93, NVwZ 1998, 271 (272), beck-online.beck.de.

¹⁷⁶ Maurer, op.cit., § 28, Rn. 9; Dörr, op.cit., s.142.

¹⁷⁷ Maurer, op.cit., § 28,Rn. 11; Ossenbühl, op.cit., s.138.

Devletin müdahalesi unsurunda¹⁷⁸ Alman Federal Mahkemesinin 18 Mart 1957¹⁷⁹ ve 23 Kasım 1959¹⁸⁰ tarihli kararları belirleyici olmuştur. Bu kararlarda, tüberküloz aşısı ile ilgili kitapçıktaki tavsiyeye göre çocuğuna tüberküloz aşısı yaptıran ve kitapçığında aşının hiçbir tehlike içermediği belirtilmesine rağmen, çocuğunun sağlığı zarar gören davacının dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan tazminat istemi kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkemesine göre böyle bir kitapçık, aksi takdirde hastalanma tehlikesi mevcut olduğundan, velilerin vicdanına hitap ederek çocuklarını aşılatmaya zorlamıştır. Mahkeme ayrıca vatandaşların, devletin tavsiyelerine uyarak devlete gösterdikleri güvenin mutlaka korunması gerektiğini ifade etmiştir.

Bir başka kararında, cezaevinde yatan kişinin, başka bir mahkum tarafından ağır yaralandığı için talep ettiği fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatını reddetmiştir. Gerekçe olarak ise davacının suç işleyerek özgürlüğünün elinden alınmasına sebep olduğu ve kendini bunun sonuçlarına maruz bıraktığı belirtilmiştir.¹⁸¹

Devlet müdahalesi ile birey arasında gönüllülük esasına dayalı bir ilişkinin olması, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.¹⁸² Bu doğrultuda çocuğunu (gönüllü olarak) suççuğünü aşımasına götüren ve bu esnada kendisi suççuğünü hastalığına yakalanan bir velinin, maruz kaldığı sağlık zararları için dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna dayanarak bir tazminat istemi kabul edilmiştir.¹⁸³

- Kamu yararı

¹⁷⁸ Detterbeck, op.cit., s.466 vd.; Ossenbühl, op.cit., s.138; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.612; Maurer, op.cit. § 28 Rn. 8; Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.10; Müller, s. 151.

¹⁷⁹ BGH 18. 3. 1957, NJW 1957, 948, beck-online.beck.de.

¹⁸⁰ BGH 23. 11. 1959, NJW 1960 379, beck-online.beck.de.

¹⁸¹ Aktaran Römermann, op.cit., s.36, fakat mahkeme tazminat talebini ağır fedakârlık yokluğundan reddetmiştir. *Maurer*, bu olayda ve davacının tehlikeye kendisi sebep olduğu tüm davalarda, ağır bir fedakârlıkta bulunmadığı için değil; hak ihlali için gerekli doğrudan doğruyalık şartı eksik olduğundan devletin müdahalesi unsurunun yokluğu sebebiyle davanın reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Maurer, op.cit., § 28, Rn. 10.

¹⁸² Römermann, op.cit., s.37.

¹⁸³ Römermann, op.cit., s.37.

Dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunda, maddi olmayan bir hakkı ihlal eden devlet müdahalesinin kamu yararına hizmet etmesi gerekmektedir.¹⁸⁴ Müdahalenin kamu yararına yönelik olması gerekliliği, Anayasanın “Mülkiyet, miras hakkı ve kamulaştırma” başlıklı 14’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasının 1’inci cümlesinden¹⁸⁵ ve Alman İdari Yargılama Kanunu’nun (Verwaltungsgerichtsordnung, kısaca: VwGO) 40’ıncı maddesinin 2’nci fıkrasının 1’inci cümlesinden¹⁸⁶ anlaşılabilir.

Devlet müdahalesinin kamu yararına hizmet etmek zorunda olması unsurunun, geniş kapsamda anlaşılması gerekir.¹⁸⁷ Yargı mercileri, devlet müdahalesinin olaydan önce (*ex ante*) salt kamu yararına hizmet etmesi niyeti ile planlanmasını dahi fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun doğması için yeterli görmektedir. Devlet müdahalesinin etkinliğinin değerlendirilmesi, olayın gerçekleşmesinden sonra (*ex post*) yapılmamaktadır. Dolayısıyla bireyin yaptığı ağır fedakârlığın kamu için somut bir avantaj yaratmış olması gerekmemektedir.¹⁸⁸

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunda kamu yararı motivasyonuna, meşru idari müdahalelerin yanı sıra hukuka aykırı idari müdahaleler de dahil edilmektedir. Hukuk devleti prensibi ilk bakışta, yalnızca meşru müdahalelerin kamu yararına hizmet edeceğini ve dolayısıyla salt meşru müdahalelerin sebep olduğu zararların fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamında olması gerektiğini düşündürse de, birincil hukuki koruma (artık) uygulanamıyor ise, hukuka aykırı müdahalelerden doğan zararlar da fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilmektedir.¹⁸⁹

Şöyle ki, Alman hukukunda birincil hukuki koruma (Primärrechtsschutz), bir kişinin hakkının kamu gücü tarafından ihlalini önleme ya da ihlaline karşı savunma

¹⁸⁴ Himstedt, op.cit., s. 990.

¹⁸⁵ Artikel 14/3: Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. (...) Türkçesi, madde 14/3: Kamulaştırma, ancak toplumun yararı için olanaklıdır. (...)

¹⁸⁶ VwGO § 40/2: Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl (...) ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; (...). Türkçesi, madde 40/2: Kamu yararına yönelik fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan maddi talepler için adli yargı yolu izlenir.

¹⁸⁷ Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.140.

¹⁸⁸ Römermann, op.cit., s.39; Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.140.

¹⁸⁹ Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.140; Maurer, op.cit., § 28, Rn. 4; Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.28; Papier, Shirvani, op.cit., rn.103; Benno Heussen, Christoph Hamm (Hrsg), *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch*, 11. Auflage, C.H.Beck, 2016, rn.71.

amacıyla başvurulabilecek hukuki yol anlamına gelmektedir.¹⁹⁰ Kamu hukukunda, bir idari işlemin tesisi yahut tesis edilmesi talebinin reddi veya ihmali (talep karşısında hareketsiz kalınması) davacının hakkını ihlal ediyorsa, iptal davası (Die Anfechtungsklage) ve yükümlülük davası (Die Verpflichtungsklage) birincil hukuki koruma sağlamaktadır.

Kamu gücü müdahalesiyle hakkının ihlali halinde, bireyin başvurabileceği hukuki çare, kural olarak, birincil hukuki koruma yollarıdır. Fakat çoğu durumda bu tür birincil çözümler etkisiz kalmaktadır.¹⁹¹ Bu hallerde müdahaleden kaynaklanan zararın tazmini şeklindeki ikincil hukuki korumaya (Sekundärrechtsschutz) ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁹²

Federal Anayasa Mahkemesi'nin ıslak çakıl kararında (Nassauskiesungsbeschluss)¹⁹³ geliştirdiği "birincil hukuki korumanın önceliği" (Vorrang des Primärrechtsschutzes)¹⁹⁴ ilkesi nedeniyle söz konusu sınıflandırma özellikle önem arz etmektedir. Birincil hukuki korumanın önceliği ilkesine göre, bireyin kamu gücü müdahalelerine tolerans gösterme ve ardından tazminat talep etme hakkı yoktur. Bireyin kamu gücü müdahalelerine karşı ilk olarak birincil yasal koruma araçlarını kullanması gerekmektedir. Birincil çözümün etkisiz olması durumunda, yani birincil hukuki korumaya ulaşamadığı yahut birincil hukuki korumanın artık uygulanmadığı durumlarda, ikincil hukuki koruma yolu olarak müdahaleden kaynaklanan zararın tazmini talep edilebilecektir.¹⁹⁵

İkincil hukuki koruma, müdahale neticelerinin mali olarak denkleştirilmesi isteminden ibarettir. İkincil hukuki koruma, zararın karşılanmasına yönelik olduğundan

¹⁹⁰ Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.543.

¹⁹¹ Himstedt, op.cit., s.752.

¹⁹² Fabian Kratzlmeier, "Die Systematik des Staatshaftungsrechts", *Jura* 2018, 1239-1250, s.1248; Himstedt, op.cit., s.753.

¹⁹³ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil vom 15. Juli 1981 - 1 BvL 77/78 = BVerfGE 58, 300, beck-online.beck.de.

¹⁹⁴ Wolfram Höfling, "Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht" in: Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, Robert Alexy et. al., Berlin, De Gruyter, 2002, ss. 260-299, s.278 vd.; Himstedt, op.cit., s.753; Maunz, Dürig, op.cit., m.776.

¹⁹⁵ Birincil hukuki koruma araçları olarak ifade edilen iptal davaları (Die Anfechtungsklage) ve yükümlülük davaları (Die Verpflichtungsklage) idari yargıda görülürken; hukuka aykırı eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların giderilmesine yarayan ve bu yönüyle ikincil hukuki koruma olarak adlandırılan davalar, edim davası olarak adli yargıda görülmektedir. Wolff, Bachof, Stober, Kluth, op.cit., s. 34; Azrak, op.cit., s. 380; Schmidt, op.cit., s. 380; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.545; Ipsen, op.cit., s.323 vd.; Detterbeck, op.cit., s. 406 vd.

ve dolayısıyla yalnızca müdahalenin sonuçlarını telafi ettiğinden, hukuki koruma etkinliğinin daha düşük olması nedeniyle birincil hukuki korumaya yardımcı bir yol olarak görülmektedir. İdarenin hukuka aykırı müdahaleleri de dâhil olmak üzere genel olarak fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan tüm istemler, ikincil hukuk koruması kapsamındadır.¹⁹⁶ Birey idarenin hukuka aykırı müdahalesine hukuksal ya da en azından olgusal olarak müsamaha göstermek zorunda kaldığında, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuyla birlikte “*katlan ve tazminat iste!*” ilkesi yeniden canlanmaktadır.¹⁹⁷

- Ağır fedakârlık

Ağır fedakârlığa dair tüm düşüncelerin çıkış noktası, Anayasa madde 3 fıkra 1¹⁹⁸ altındaki genel eşitlik esasıdır.¹⁹⁹ Zira ağır fedakârlık, devlet eliyle bireyleri eşit olmayan şekilde yükümlülük yükleyen (özel ve anormal) bir müdahaledir.²⁰⁰ Ağır

¹⁹⁶ Alman hukukunda yer alan, Türkçeye idari işlemin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik talep hakkı olarak çevirilebilecek olan “*Folgenbeseitigungsanspruch*” müessesesi de ikincil hukuki koruma kapsamındadır. Bir hukuki çare olarak “*Folgenbeseitigungsanspruch*” kurumu, dava konusu edilmiş olan idari işlemin, dava sonuçlanmadan önce uygulanmış olması halinde, söz konusu uygulamanın geri alınmasını, işlem hiç yapılmamış gibi önceki hale geri dönülmesini sağlamaktadır. Müstakil bir dava türü değildir. İptal ya da eda davası ile birlikte ileri sürülmesi gerekmektedir. Alman İdari Yargılama Kanununun (VwGO) 113’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci cümlesine göre, mahkeme davacının talebi üzerine idarenin söz konusu uygulamayı geri almasına ve nasıl geri alacağına hükmedebilecektir. Bkz. Himstedt, op.cit., s.608 vd., Ipsen, op.cit., s.342 vd.; Erbguth/Guckelberger, op.cit., s.615 vd.; Detterbeck, op.cit., s.471 vd.

¹⁹⁷ Görev sorumluluğunun (Amtshaftung) ve idari işlemin sonuçlarının kaldırılmasına yönelik talep hakkının (Folgenbeseitigungsanspruch) yanında, ağır fedakarlığın tazmini için genel anlamda fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, devlet sorumluluk hukukunun üçüncü sütununu temsil eder. Genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi, görev sorumluluğundan kaynaklanan istem ve idari işlemin sonuçlarının kaldırılmasına yönelik talep hakkı birbirlerine eşit derecede yan yana durur. İdari işlemin sonuçlarının kaldırılmasına yönelik talep hakkı, kamulaştırma ve kamulaştırmaya denk müdahale ve fedakarlığın denkleştirilmesi talebi, içtihat hukukunun gelişimine dayanan devlet sorumluluğunun müesseseleridir. Yargı mercileri, bu müesseseleri oluşturarak, zaman içerisinde hukuksal koruma sisteminde, memurun kusurunun kanıtlanmasına gerek duyan görev sorumluluğunun zayıflıklarını ve boşluklarını denkleştirmeye çalışmıştır. Römmermann, op.cit., s.23, 24. Ayrıca bkz. Ipsen, op.cit., s.319 vd., s.349; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.543.

¹⁹⁸ Madde 3 [Yasa önünde eşitlik; Kadın erkek eşitliği; ayırım yasağı] (1) Bütün insanlar yasa önünde eşittirler. Orijinali: Artikel 3 [Gleichheit vor dem Gesetz; Gleichberechtigung von Männern und Frauen; Diskriminierungsverbote] (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

¹⁹⁹ Heussen/Hamm, op.cit., rn.74; BGH, 07.06.1990 - III ZR 74/88, NJW 1990, 3260; BGH, 9./10.6.1952 NJW 1952, 1176; BGH, 17.6.1953 NJW 1953, 1217; BGH, 31. 1. 1966 NJW 1966, 1021, beck-online.beck.de.

²⁰⁰ Ferschl, op.cit., s.101 vd.; Dirk, Ehlers, op.cit., s.990; Erbguth, Guckelberger, op.cit., s.612; Detterbeck, op.cit., s.467; Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.141; Georg Scholz, Bernd Tremml, Staathaftungs und Entschädigungsrecht, 5. Auflage, München, Vahlen Franz, 2002, s.205.

fedakârlık müdahale fiilinin kendisinden değil, bununla bağlantılı neticelerden, özellikle müdahalenin etkisinden ve yaratılan ihlalden de kaynaklanabilmektedir.²⁰¹

Ağır fedakârlık sınırının tespiti için yargı mercilerince birtakım kriterler geliştirilmiştir. Öncelikle kanunun amacı (ratio legis) ve kanun koyucunun hangi neticelerin tazminatsız olarak gerçekleşmesine müsamaha gösterdiği mahkemeler tarafından yorumlanarak tespit edilmektedir. Alman Federal Mahkemesinin konu ile ilgili kararına konu olan bir olayda, suçüçeği aşısı için genel bir yükümlülüğü öngören Aşı Kanunu gereğince bir çocuğa devlet tarafından görevlendirilen bir doktor tarafından aşı yapılmıştır. Aşı sonrası hissedilmesi olağan, hafif ve kısa süreli şikâyetlerin yerine ağır ve kalıcı sağlık zararları meydana gelmiştir. Kanunun amacı (ratio legis) teorisi bağlamında Alman Federal Mahkemesi, Aşı Kanununun bireye, aşı ile yapılan müdahaleyi ve bununla birlikte tipik olarak ortaya çıkan neticelerini yüklediğine, ancak önemli ve olağanüstü sağlık zararlarını yüklediğine, çocuğun maruz kaldığı zararın tazminata tâbi ağır fedakârlık olduğuna karar vermiştir.²⁰²

Fedakârlığın sınırının kanunun amacı teorisiyle yeterli kesinlikle tespit edilemediği durumlarda sınırlama kriterleri olarak, olayın doğası ve “makul ve adil düşünenlerin mantıklı kararı” esas alınmıştır.²⁰³ “Genel (anlamda öngörülebilir) yaşam riski” (allgemeine Lebensrisiko)²⁰⁴, sorumluluğu sınırlandıran kriter olarak kullanılmıştır. Bir öğrencinin beden eğitimi dersi sırasında ip ağ üzerinde kollarını gererek asılırken yaralanması üzerine fedakârlığın denkleştirilmesi istemiyle açılan davada Alman Federal Mahkemesi, söz konusu hareketin bu veya benzer bir şekilde ders dışındaki oyunlar sırasında da sıkça görüldüğünü ifade etmiştir. Genel yaşam riskinin oyunun doğasından kaynaklandığı ve çocuğun doğal olarak içinde bulunduğu bu riskin, “okula özgü yeni tehlikeler olmadığı” gerekçesiyle tazminat istemini reddetmiştir.²⁰⁵

²⁰¹ Maurer, op.cit., §28, rn.13.

²⁰² BGH, 17. 6. 1953 NJW 1953, 1217, Devletin açtığı ve yürüttüğü zorunlu aşı kampanyası sırasında bireyin uğradığı sağlık bozuklukları hk. BGH, 18. 3. 1957, NJW 1957, 948 ve bu sonuncu kararı tamamlayan BGH, 6. 6. 1966, NJW 1966, 1859 beck-online.beck.de.

²⁰³ BGH, 2. 5. 1955, NJW 1955, 1109, beck-online.beck.de.

²⁰⁴ Rñfner, op.cit., s.435; Rñmmermann, op.cit., s. 45; Dñrr op.cit., s. 145; Aust, Jacobs, Pasternak, op.cit., s.29; Müller, op.cit., s.151; Ossenbñhl, JuS 1970, 276.

²⁰⁵ Erichsen, Ehlers,op.cit.,s.986; BGH, 16. 1. 1967, NJW 1967, 621, beck-online.beck.de

- **Nedensellik ilişkisi**

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan söz edebilmek için son olarak, hak ihlali ve müdahale arasında bir nedensellik ilişkisinin varlığı aranmaktadır. Bir başka deyişle fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan tazminat istemi için hakkın ihlali ve devletin kamu yararına yönelik müdahalesi için yakın bir sebep-sonuç ilişkisi (*Zurechnungszusammenhang*) gereklidir.²⁰⁶ Devletin müdahalesi ile ortaya çıkan zarar arasındaki bu ilişki, doğrudan ya da dolaylı olabilmektedir.

Örneğin, Alman Federal Mahkemesi idarenin yol bakım çalışmaları neticesinde, yol seviyesinin yükseltilmesi nedeniyle yolun yanındaki arazisine ulaşım ve bakım için ek masraf yapmak zorunda kalan arazi malikinin uğradığı zararın, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁷

d. Fedakârlığın Denkleştirilmesi Sorumluluğunun Sonuçları

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan istem, hukuki netice olarak uygun bir parasal tazminatı öngörmektedir.²⁰⁸ İstem içeriği, doğrudan varlıklara verilen zararların tazminidir. Bunlara özellikle doktor ve bakım masrafları ile iş göremezlik dâhildir.²⁰⁹ Bunun dışında eğitim için yapılan katma masraflar, meslek ve ilerlemede diğer dezavantajlar ve azalan evlilik umudu da tazminata tabi görülebilmektedir.²¹⁰

Fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatı hesaplanırken, mağdurun ortak sorumluluğu ve üçüncü kişilerin davranışları da tazminat isteminin tutarı belirlenirken göz önüne alınmaktadır.²¹¹ Fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatı hesaplanırken, medeni kanundan bilinen mahsup prensiplerinin yargı ve öğretisi tarafından

²⁰⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve nedensellik bağıını kurmak için kullanılan yeterlilik teorisi, bu teorinin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunda yetersiz kaldığına yönelik eleştiriler ve yazarın savunduğu esaslı koşul teorisi için bkz. Ferschl, op.cit., s.123.

²⁰⁷ BGH, 2. 7. 1959, NJW 1959, 1776, beck-online.beck.de.

²⁰⁸ Maurer, op.cit., §28, rn.15; Ossenbühl/Cornils, op.cit., s.146; Ferschl, op.cit., s.160; Müller, op.cit., s.151; Römmermann, op.cit., s.53; BGH, 23.10.1952 - III ZR 231/51, NJW 1953, 104, BGH, 19.02.1953 - III ZR 208/51, NJW 1953, 1217; NJW 1954, 1802; BGH, 30.09.1954 - III ZR 134/54, BGH, 15.10.1956 - III ZR 226/55 NJW 1957, 21; BGH, 31.01.1966 - III ZR 118/64, NJW 1966, 1021, beck-online.beck.de.

²⁰⁹ Maurer, op.cit., §28, rn.15

²¹⁰ BGH, 15. 10. 1956 NJW 1957, 21, beck-online.beck.de.

²¹¹ Römmermann, op.cit., s.56; Papier, Shirvani, op.cit., rn.107.

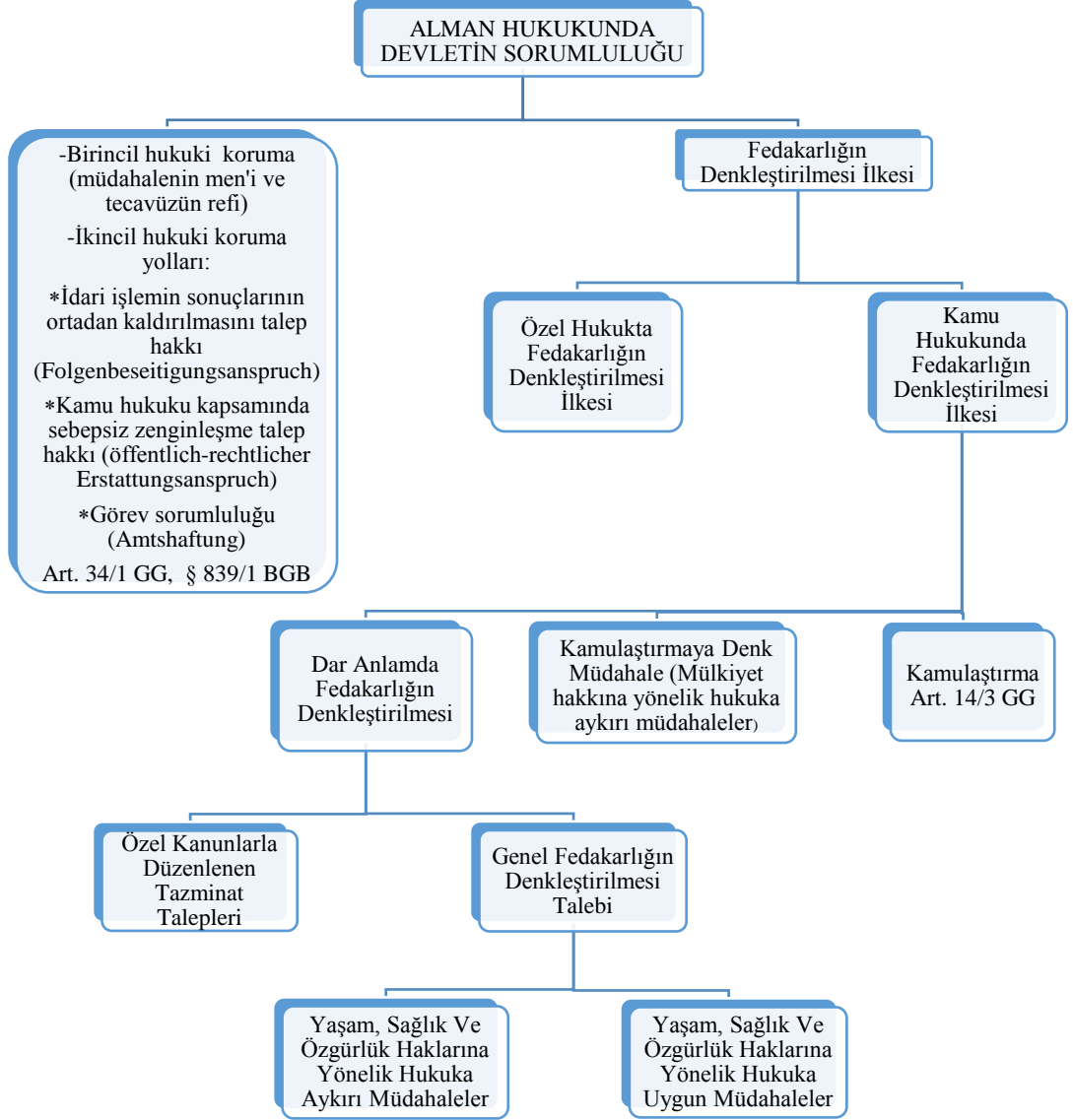
uygulanmasının nedeni, ağır fedakârlıkta bulunan bireyin, söz konusu müdahale olmasaydı içinde bulunacağı durumdan, daha iyi bir duruma gelmesinin amaçlanmamasıdır. Bir başka deyişle, mağdurun yalnızca katlandığı “ağır” fedakârlığın denkleştirilmesi öngörülmektedir. Eğer bu müdahale, mağdura, devletin tüm vatandaşlarına eşit bir şekilde tanıdığı refahı aşan, özel bir menfaat sağladıysa, söz konusu menfaat de, denkleştirme sorumluluğunu azaltan bir kalem olarak görülmektedir. Ayrıca mağdurun tazminata faiz uygulanmasını talep etmek hakkı bulunmaktadır.²¹²

Özel düzenlemeler mevcut olmadığı sürece, VwGO § 40 fıkra 2 Cümle 1²¹³ uyarınca, kamusal fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan tüm istemler, adli yargıda görülmektedir.²¹⁴

²¹² BGH, 10. 6. 1952, NJW 1952, 1176; BGH, 15. 10. 1956, NJW 1957 21; BGH, 28. 1. 1957, NJW 1957, 630; BGH, 31. 1. 1966, NJW 1966, 1021, beck-online.beck.de.

²¹³ VwGO § 40/2: Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl (...) ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; (...). Türkçesi, madde 40/2: Kamu yararına yönelik fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan maddi talepler için adli yargı yolu izlenir.

²¹⁴ Christoph Stein, Peter Itzel, Karin Schwall, Praxishandbuch des Amtsund Staatshaftungsrechts 2. Aufl., Berlin, Springer, 2012, s.485; Ipsen, op.cit., s.358; Detterbeck, op.cit., s.469; Ferschl, op.cit., s.189; Dörr, op.cit. s. 149; Aust, Jacobs, Pasternak op.cit., s.31; Baldus, Grzeszick, Wienhues n.221, 52; Holger Wöckel, Grundzüge des deutschen Staatshaftungsrechts, Freiburg, 2006, s.48; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl, Heidelberg, C.F. Müller, 2017, s.77; Maunz, Dürig, op.cit., rn.785; Papier, Shirvani, op.cit., rn.109.



D. İNGİLİZ HUKUKUNDA

1. Özel Hukukla Kamu Hukuku Arasında Resmi Bir Ayrımın Yokluğu

Common law hukuk sisteminin geçerli olduğu İngiliz hukukunda özel hukuk ile kamu hukuku arasında resmi bir ayrım, ayrı bir idari yargı düzeni ve bu düzenin içinde idare ile birey arasında çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak özel birtakım ilke ve kurallar yoktur. Bir başka deyişle İngiltere’de bağımsız bir idare hukuku ve idari yargı düzeni bulunmamaktadır.²¹⁵

Bu anlayışın klasik dogmatik gerekçesini *Dicey*, 1885 yılında yazdığı “Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution” başlıklı eserinde açıklamaktadır. Merkezinde hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesi bulunan bu anlayışı *Dicey*, idarenin, hukukun ve parlamentonun üstünlüğü ilkeleri doğrultusunda hukuka bağlı olduğu ve dolayısıyla hiçbir keyfi uygulamanın aslında mümkün olmadığı şeklinde açıklamaktadır.²¹⁶ Bunun ötesinde yazara göre hukukun üstünlüğü genel eşitlik ilkesini içermektedir ve sonuçta, idari davalar için özel bir yargı yetkisi ile birlikte idare için ayrı bir hukuk mümkün değildir.²¹⁷ Eğer devlet tüm görünüm biçimleri ile hukuka bağlı ise ve tüm vatandaşlara eşit muamele gösterilmesi yükümlülüğü esas alınıyor ise idare için ayrı bir hukuka gerek yoktur, özel hukukun uygulanması yeterlidir.²¹⁸

Söz konusu geleneksel yaklaşımda idarenin yargısal denetimi parlamentonun üstünlüğü²¹⁹ (parliamentary supremacy - parliamentary sovereignty) ve ultra vires kavramları üzerinde şekillenmektedir. Sahip olduğu yetkilerle bütün kişi ve kurumlardan üstün olan bir başka ifadeyle “her şeye gücü yeten” parlamentonun, idareye verdiği yasaları uygulama yetkisinin hukuka uygunluğu, ancak bu yetki aşıldığı

²¹⁵ Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Band I & II*, 2. Aufl, Baden-Baden: Nomos, 2005, s.133.

²¹⁶ Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 10. Aufl., London, Macmillan 1959, s.264.,

²¹⁷ Dicey, op.cit., s.269.

²¹⁸ Dicey, op.cit., s.267.

²¹⁹ Dicey, op.cit., s.38.

zaman ve sadece bu yetki aşımı konusu özelinde denetlenebilecektir.²²⁰ Eğer idarenin yetki aşımı (ultra vires) tespit edilirse işlemin geçersizliğine hükmedilecektir.²²¹

Sanayi devriminin etkisi ve sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle İngiltere’de, 19’uncu yüzyılın sonları ve 20’nci yüzyılın başlarında idarenin faaliyet alanları değişmiş ve genişlemiştir.²²² Bununla birlikte 1960’lı yıllardan itibaren mahkemeler, idare üzerindeki hukuk kontrolünde daha katı ve müdahaleci bir tutum geliştirmişlerdir.²²³ Söz konusu gelişmeler ışığında İngiliz hukuk düzeninde, Dicey’nin geleneksel ultra vires doktrini sorgulanmış²²⁴ ve 20’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, ultra vires ilkesinin geniş yorumlandığı ve kapsamının zenginleştirildiği, “uyarlanmış ultra vires yaklaşımı”²²⁵ benimsenmiştir.²²⁶

Dolayısıyla günümüzde İngilterede, doktrinin de etkisiyle idare hukukunda ve idarenin yargısal denetiminde bir dönüşümden; içtihatlarla birlikte sürekli gelişen ve zenginleşen bir idare hukuku olduğundan bahsetmek mümkündür. Fakat tüm bunlar Dicey’nin düşüncelerinin uyarlanmış diğer bir deyişle “yatıştırılmış” hali olarak da yorumlanmaya açıktır. Zira İngiliz hukukunda özel hukuktan tamamen ayrılmış kamu veya idare hukuku dalı (henüz) kabul görmemiştir. Yine de İngiltere’de idari rejime doğru bir yaklaşma olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²²⁷

²²⁰ Tufan Erhürman, “Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61 (2012), ss.599-646, s.603.

²²¹ Erhürman, op.cit., s.604.

²²² Wade, Forsyth, op.cit. s.16 vd.

²²³ John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, 4. Edition, Palgrave Macmillan, 2002, s.70.

²²⁴ Karş. Wade & Forsyth, s.41 vd.

²²⁵ Kavram için bkz. Erhürman, op.cit., s.634 vd.

²²⁶ Bkz. Paul Craig, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review”, *The Cambridge Law Journal*, 1998, Vol. 57, No. 1, pp. 63-90; Christopher Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, *The Cambridge Law Journal*, 1996, Vol. 55, No. 1, pp. 122-140.

²²⁷ Bu süreçte, idare ile birey arasındaki uyumsuzlukların görüldüğü yüksek adalet mahkemesinin (high court of justice) Yargıçlar Kurulu (Queen’s Bench Division) bölümünün içinde yer alan, idarenin işlemlerinin ve ihmallerinin hukuki denetimde hem ilk derece mahkemesi hem de kanun yolu mercii olarak görev yapan idare mahkemelerinden (administrative court) farklı olarak, devlet ile birey arasındaki uyumsuzlukları çözmek, idari kararlara karşı itirazları incelemek üzere bağımsız idari kurullar kurulmuştur. Onur Karahanoğulları, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi”, *Üstad Dergisi*, sayı 2, 2017, ss.60-63, s.61.; Tom Ginsburg, “Yazılı Anayasalar ve İdari Devlet: İdare Hukukunun Anayasal Karakteri Üzerine”, çev. Nuray Sümer, Gökhan Sümer, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, ss. 481-493, s.485. Administrative tribunals olarak adlandırılan bu yarı-yargısal kurullar, idarenin içinde yer alan ve fakat idare ile birey arasındaki uyumsuzlukları yargısal yöntemler kullanarak, hukuka uygunluk denetimi yaparak çözüme kavuşturan bağlayıcı karar alma yetkisine sahip otoritelerdir. Mahkeme olmayan bu kurullarda başlayan “yarı-yargısal” denetim üst başvurular yoluyla yargı sisteminin içinde devam eder.

İngiltere’de bugüne kadar idare hukuku olarak şekillenen, ağırlıklı olarak usul kurallarıdır. Bir başka deyişle, Anglosakson sisteminde esas açısından zayıf ve sınırlı bir denetim mekanizması vardır. Yargısal denetim, usul denetimi ağırlıklı olmuştur²²⁸. Sebebi, maddi hakların usul kuralları ile güvence altına olacağı inancıdır.²²⁹ Tek tip bir usul hukukundan, hele ki bir usul kanunundan bahsetmek mümkün değildir. Tüm bunlar daha ziyade parçalar halinde, çoğunlukla yargılama hukuku temelli düzenlemelerdir. Yukarıda sözü edilen ultra vires ilkesinin yanında tarafların her birinin dinlenmesi (*audi alteram partem*) ilkesi, hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı (*nemo iudex in causa sua*) ilkesi, adaletli davranma görevi (*duty to act fairly*), adil yargılanma hakkının temeli olan doğal adalet kuralı (*rule of natural justice*) önem arz etmektedir.

2. Devlet Sorumluluğunun Özellikleri

Özel hukuk ve kamu hukuku arasında resmi bir ayrımın olmaması ve dolayısıyla idarenin *common law*’a tabi olması, idarenin eylem ve işlemlerinde bireyler ile aynı sorumluluk kurallarına tâbi oldukları anlamına gelmektedir. Bu nedenle, kanunen sorumluluktan muaf olmadığı sürece, hak ihlali ve zarar açısından idareye olağan haksız fiil hukuku (*law of tort*) uygulanmaktadır.

Sorumluluğun idare ile kamu görevlisi arasındaki mahsubu ise, bireysel iş sözleşmesi hukuku (*law of master and servant*) hükümlerine tâbidir. Bu açıdan, bir taraftan işveren olarak devlet, kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken gerçekleştirdiği haksız fiillerinden sorumludur. Diğer taraftan çalışan olarak kamu görevlisi, şahsen sorumluluk taşımaktadır.²³⁰ Böylece etkilenen kişinin seçme hakkı

Sosyal güvenlik ve çocuk desteği, okullara kayıt ve okuldan atılma, balıkçılık ruhsatı gibi alanlarda faaliyet gösteren bu kurulların 2007 yılından önceki dağılık yapısına reform kanunu (tribunals courts and enforcement act) ile birlikte son verilmiş ve bu yapılar idari açıdan tek bir çatı altında toplanmıştır. Mark Elliott, Robert Thomas, "Tribunal Justice And Proportionate Dispute Resolution." *The Cambridge Law Journal* 71.2 (2012): 297-324; Alex Carroll, *Constitutional And Administrative Law*, 4. Edition, Pearson Longman, 2007, s. 601.

²²⁸ Schwarze, op.cit., s.139. Francis Bignami, "Comparative Administrative Law," ed. Mauro Bussani and Ugo Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, ss.145-170, 2012 s. 10 İngiliz hukukunda, adil işlem yükümlülüğü (*duty to act fairly*), hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı (*nemo iudex in causa sua*), doğal adalet ilkesi (*rule of natural justice*) gibi hukuk devleti ilkesi ile benzerlik kurulabilecek usul kuralları büyük önem taşır. Maddi hukukun usul kuralları ile güvence altına alınması gerektiği düşüncesi hakimdir. *Schwarze*, op.cit. S. 139.

²²⁹ Schwarze, op.cit., s.139.

²³⁰ İngiliz hukukunda kural kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğudur. Fakat hakimlerin yargılama faaliyetinden doğan zarardan şahsen sorumlu tutulamaması gibi bazı istisnalar mevcuttur. Bu konuda

vardır. Alternatif olarak fiili gerçekleştiren idari birime veya fiili gerçekleştiren kamu görevlisine veya her ikisine kümülatif olarak dava açabilmektedir. Ancak uygulamada sadece fiili gerçekleştiren idari birime yöneltilmektedir.²³¹

1947 tarihli *Crown Proceedings Act*'tan beri²³², kamu görevlilerinin görevi sebebiyle akdettiği sözleşmeler ve haksız fiillerinden Taç'ın da sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda doğrudan Taç'a karşı dava açılabilir. Ancak kraliçenin şahsen tesisi ettiği işlemlerden ve eylemlerinden hukuken sorumluluğu bulunmamaktadır.

Bu hukuk sisteminde idarenin sorumluluğu meselesinin çözümünde çoğunlukla haksız fiil hukukunun (*law of tort*) unsurlarına başvurulduğundan, fonksiyonları itibariyle Almanya'nın fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna ve Fransa'nın kusursuz sorumluluğuna (*responsabilite sans faute*) eş ya da benzer türde haksız fiillerin (*tort*) mevcut olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bu çerçevede kusursuz sorumluluk prensibinin (*strict liability*) İngiliz hukukundaki karşılığı olan tehlike sorumluluğunun incelenmesi gerekir. Ayrıca -yalnızca mülkiyet hakkı ile ilgili olsa da- 1973 tarihli Arazi Telafi Kanununa ve haksız fiil oluşturmaya da "ex gratia" ödemelerine ilişkin hukuki düzenlemelere değinilecektir.

3. Kusursuz Sorumluluk Prensibinin (Strict Liability) İdarenin Sorumluluğuna Uygulanabilirliği

Kusursuz sorumluluk (*strict liability*), ihmale dayalı haksız fiilin (*tort of negligence*) şartlarını taşımayan, özel hukukta salt özel tehlike durumlarının oluşmasına

bkz. Rolf Braband, "Liability in Tort of The Government and Its Employees: A Comparative Analysis With Emphasis on German Law", *New York University Law Review*, Vol. 33, 1958, pp.18-49; ayrıca bkz. Jerry L. Mashaw, "Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability", *Law & Contemp. Probs.*, 1978, 42: 8, pp.8-34.

²³¹ Wade, Forsyth, op.cit., s.752.

²³² 1947 tarihli *Crown Proceedings Act* öncesinde hükümdarın ve onun şahsında temsil ettiği devletin faaliyetleri denetime tabi değildi. "The king can do no wrong" ilkesinin hakim olduğu bu dönemde, ilkenin getirdiği yargı muafiyetiyle kral ve dolayısıyla devlet eylem ve işlemlerinde "sorumsuzdu". Yargısal denetim kraliyet çalışanlarının şahsi sorumluluğu (*personal liability of Crown servants*) ile sınırlıydı, bir başka deyişle kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken yaptıkları eylem ve işlemlerden taç değil kamu görevlileri şahsi olarak sorumlu tutuluyordu. *Crown Proceedings Act*'in kabul edilmesiyle belirli istisnalar dışında devletin sebep olduğu zararlar nedeniyle sorumluluğu mümkün hale gelmiştir. Wade, Forsyth, op.cit., s.814 vd. ; Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison*, Berlin, Springer-Verlag, 2007, s.184-185.

(*creation of situations of special danger*) bağı bir sorumluluk gerekçesidir. 1868 tarihli *Rylands v. Fletcher*²³³ kararı İngiliz hukukunda tehlike sorumluluğunun miladıdır.

Rylands v. Fletcher öncü kararının dayandığı olayda davalı Rylands, kendi arazisi üzerinde değirmen işletmektedir. Bu değirmene su taşıyacak bir tür su havuzu yapması için müteahhitle anlaşır. Su havuzunun inşası için yapılan çalışmalarda müteahhit, daha önce o alanda yer alan, üzeri toprakla kapatılmış olan bir maden ocağı olduğunu bilmeden ve çalışmalar esnasında da fark etmeden işi tamamlamıştır. Havuzun su ile doldurulmasıyla birlikte bitişikteki arazide komşu davacının madeninde su baskını meydana gelmiştir. Davacının uğradığı zararın tazmini talebiyle açtığı davada mahkeme, kusursuz sorumluluk ilkesini uygulayarak tazminata hükmetmiş ve söz konusu karar Lordlar kamarası tarafından onaylanmıştır. Bu kararın önemi, Lordlar kamarasının daha sonra da geçerliliğini koruyacak olan başkası için tehlike teşkil eden bir faaliyette bulunan kimsenin bu faaliyetiyle meydana gelen zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağı prensibini benimsemiş olmasıdır.²³⁴

İdarenin tehlikeli nitelik taşıyan ya da tehlikeli yöntemler kullandığı bazı faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkabilecek ağır zararlar, özel kanunlarla kusur şartı aranmaksızın talep edilebilir hale getirilmiştir. Örneğin, 1965 tarihli Nükleer Tesisler Kanununa (*Nuclear Installations Act*)²³⁵ göre, nükleer tesis işletmecisi, genelde İngiltere Atom Enerjisi Kurumu (*United Kingdom Atomic Energy Authority*) ve kurumun ruhsat verdiği işletmeler, radyoaktif maddelerin salınmasından sonra 10 yıl içinde meydana gelen ve 20 milyon Sterlini aşmayan tüm zararlar için sorumlu tutulmaktadır. Daha

²³³ *Rylands v. Fletcher* davası: Gerhard Wagner, "Strict Liability in European Private Law." *Handbook Of European Private Law*, eds. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann,, *Forthcoming*, 2011,s.5, <https://www.researchgate.net/> ; Gert Brüggemeier, Risk and Strict Liability: The distinct examples of Germany, the US and Russia, *EUI Working Papers LAW 2012/29.*, s.16; Geoffrey Samuel, *Law Of Obligations And Legal Remedies* Routledge-Cavendish; 2nd Edition, 2013, s.439; Ken Oliphant, "Rylands v Fletcher and the emergence of enterprise liability in the Common Law" eds. Helmut Koziol, Barbara C., Steininger, *European Tort Law 2004*, NewYork, Tort and Insurance Law Yearbook Book Series, Springer, 2005, pp. 81-120, s.82; Harry Shulman, Fleming J. James, Oscar S. Gray, Donald G. Gifford, *Cases and Materials on the Law of Torts*, 4. bs., New York, Foundation Press, 2003, s. 63-66; Nicholas J. McBride, Roderick Bagshaw, *Tort Law*, 6th ed., London, Pearson, 2018, s.442 vd.

²³⁴ Bu kararda, İngiliz haksız fiil hukukundaki ihmal (*negligence*) ve taşınmaza zarar verme (*nuisance*) kurumları uygulanamamıştır zira olayda ihmal davalıya değil, su deposunu yapan müteahhite aittir. O yıllarda başkasının davranışından sorumluluk şeklinde bir sorumluluk müessesesi olmadığı için müteahhidin kusuru da zararı tazmine hükmetmeye yetmemiştir.

²³⁵ <https://www.legislation.gov.uk/>, (02.03.2021).

sonra meydana gelen veya azami tutarı aşan zararlar ise kraliyet tarafından tazmin edilmektedir.

Kusursuz sorumluluk prensibinin, özel hukukta bu şekilde özel olarak düzenlenen hükümlerin ötesinde devletin sorumluluğu üzerine genel olarak uygulanabilirliğini, Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) bugüne kadar şiddetle reddetmiştir. Gerekçesi ise, sadece devlet adına faaliyette bulunduğu sırada özel bir tehlike durumu yaratan kamu kurumunun, bunu *Rylands v. Fletcher* davasında geliştirilen sorumluluk temelini aksine bu tehlikeli faaliyeti kendi amaçları için değil (*not for its own purposes*), her zaman kamu yararı amacıyla (*for the public benefit*) yaptığı şeklindedir.²³⁶ Mahkemeye göre kusursuz sorumluluğun devletin sorumluluğuna uygulanması veya aktarılması bu nedenle mümkün değildir. Mahkemenin bu gerekçesi, özünde fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesine dayanan²³⁷ genel anlamda kamu hukukuna tâbi tehlike sorumluluğu ilkesinin de reddedildiğini göstermektedir.

Bu açıdan mahkeme, kusursuz sorumluluğun, genelleştirmeye uygun özünü benimsememiştir: Oysa tehlike durumunun yaratılmasının avantajlarından yararlanan, tehlikenin beraberinde getirdiği dezavantajlarını da taşımak, özellikle meydana gelen zararları tazmin etmek zorundadır. Devletin tehlike sorumluluğu bakımından bunun anlamı; devletin, kamu yararına özel bir tehlike durumu yarattığında, karşılığında bundan kaynaklanan zararları da –yine kamu adına– telafi etmek zorunda olmasıdır.

a. 1973 tarihli Arazi Telafi Kanunu (Land Compensation Act 1973)

1973 tarihli Arazi Telafi Kanunu (*Compensation Act*)²³⁸na göre, kanunen öngörülen bayındırlık işleri (*public works*) eğer arazilerde fiilen tecavüze neden olmuş (*physical factors*) ve böylece arazinin değerinin azalmasına sebep olmuşsa bunlar mülkiyete tecavüz (*nuisance*) olarak kabul edilmektedir. Bu durumda belli istisnalar ve şartlar dâhilinde sorumlu idareden tazminat ödemesi (*payable compensation*) talep

²³⁶ Ayrıca bkz. *Rickards v. Lothian* (1913] A.C. 263 (280); *Dunne and Another v. North Westem Gas Board and another* [1964] 2 Q.B. 806 (831 ff.); *R.H.M. Bakeries (Scotland) Ltd. v. Strathclyde Regional Council* 1985 S.L.T. 214 (217).

²³⁷ Tehlike sorumluluğunun özünde fedakârlığın denkleştirilmesi esasının bulunduğu hakkındaki savunu için bkz. *infra*, bölüm 2, I-C, 1.

²³⁸ <https://www.legislation.gov.uk/>, (04.02.2021).

edilebileceği düzenlenmiştir²³⁹. İşlevi açısından bu düzenleme, fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatına denktir. Yine de 1973 tarihli Arazi Telafi Kanunu (*Land Compensation Act 1973*), bireyi etkileyen her yükümü boşluksuz olarak giderememektedir, zira konusu sadece doğrudan mülkiyete tecavüzdür²⁴⁰. Örneğin, geçiş yolu çıkmaz sokağa dönüştürüldüğü için işyeri iflase giden kişi bu kanundan yararlanamayacak, bu kişiye tazminat ödenmeyecektir.²⁴¹

b. Gönüllü Zarar Denkleştirmesi: “Lütuf (Ex Gratia) Olarak Tazminat” Sistemi

İngiliz hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna benzer bir anlayışın var olup olmadığını incelerken son olarak lütuf ödemeleri (*ex gratia payments*) veya lütuf tazminatı (*ex gratia compensation*) uygulamasından bahsetmek gerekmektedir. Bu yöntem özellikle idarenin sorumluluğu alanında bireyin zararının tazmini için istemde bulunabileceği yasal düzenleme yokluğunda telafi sağlamak için kullanılmaktadır. Lütuf ödemeleri yapma yetkisi, kralın sahip olduğu imtiyazlara (royal prerogative)²⁴² dayanır.²⁴³ Lütuf ödemesi (*ex gratia compensation*) kralın sahip olduğu imtiyazların icrası olarak temelde tamamen kraliyetin takdirindedir.²⁴⁴

İdarenin sorumluluğu konusunda, bireye kamu yararına ve kusur olmaksızın verilen zararların denkleştirilmesinin en azından temel olarak bilinmekte olduğu, lütuf ödemelerinin oluşturulmasından ve varlığından anlaşılabilir. Ancak lütuf ödemesi,

²³⁹ Peter Cane, *Administrative Law*, 5. Edition, Oxford University Press, New York, 2011, s.312.

²⁴⁰ 1973 tarihli Arazi Telafi Kanunu (*Land Compensation Act 1973*) Madde 1(1)'in sonundaki listede fiili ihlaller olarak gürültü (*noise*) ve koku emisyonları (*smell*), titreşimler (*vibrations*), duman (*fume, smoke*), suni ışıklandırma (*artificial lighting*) ve maddelerin araziye sızması (*discharge of any substance onto the land*) listelenmiştir. Bu tip mülkiyet tecavüzlerine, uygulamada özellikle büyük projelerde, örneğin otoyol ve havalimanı inşaatlarında rastlanır, ancak aynı şekilde arazi üzerinde yapılan tüm diğer çalışmalar çerçevesinde görülebilir. Bu durumda sadece arazinin sahibi veya kira sözleşmesi daha en az üç yıl boyunca geçerli olan kiracısı istem hakkı sahibidirler. Talep, arazi kamulaştırma kurulu (*Lands Tribunal*) nezdinde ileri sürülmeden önce 12 ay boyunca herhangi bir telafi olmaksızın tecavüze (*nuisance*) müsamaha gösterilmesi gerekir (*settling down period*). Bu tarihten sonra, yasal istemler için kanunen öngörülen altı yıllık zamanaşımı süresi başlar.

²⁴¹ Bkz. *Prasad Prasad Another v. Wolverhampton Borough Council* [1983] Ch. 333 (341, 359 f.); *Greater London Council v. Holmes* [1986] Q.13. 989 (995).

²⁴² Dicey, op.cit., s. 425; A W Bradley, K D Ewing, *Constitutional And Administrative Law*, 14. Edition, Pearson Longman, 2007, s.264

²⁴³ Kralın sahip olduğu imtiyazlar üst terim olarak kraliyetin yasal bir hukuk veya tazminat temeline dayanmayan yetkileri (powers), yükümlülükleri (duties), hakları (rights) ve muafiyetleri (immunities) kapsar. Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 5. Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, Rn. 2-019 f.; Carroll, op.cit., s.247-248.

²⁴⁴ Lewis, op.cit., Rn. 4-014; Cane, op.cit., s.313.

kraliçenin sahip olduğu imtiyazların icrası olarak, temelde tamamen kraliyetin takdirine kaldığı için, ödemeye dair bir “*talep*”; sadece kraliçenin takdiri imtiyazlarını kullanılmasını sınırlayan düzenlemeler mevcut olduğu hallerde mümkün olabilir.²⁴⁵

Bu anlamda 1979 tarihli Aşı Zararlarını Ödeme Kanunu (*Vaccine Damage Payments Act 1979*)²⁴⁶, zarar denkleştirmesine ilişkin yasal bir düzenleme olarak, istisnadır.²⁴⁷ Zira bu kanunla bireye, idarenin kanun kapsamındaki faaliyetleri sebebiyle uğradığı istisnai ve ağır zararların tazminini talep edebilme hakkı tanınmıştır.

Aşı Zararlarını Ödeme Kanununun 1’nci maddesi uyarınca, bireyin, difteri, tetanoz, tüberküloz gibi maddede yer alan hastalıklardan herhangi birine karşı aşılınması sonucu bedensel bütünlüğünde ağır ve kalıcı bir hasar oluştuğu takdirde, söz konusu zararın idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Zararın telafisinin talep edilebilmesi için, resmi sağlık otoritesi tarafından tavsiye edilen aşının, meydana gelen zararın muhtemel sebebi olması yeterlidir. Dolayısıyla bir istisna olarak, aşı ve meydana gelen zarar arasındaki nedensel bağlantıyı kanıtlamak zarar gören davacının sorumluluğunda değildir. Aksini kanıtlamak, davalı olan bakanlığın (*Secretary of State*) sorumluluğundadır. Aynı şekilde aşından doğan zararın tazmini için idarenin kusurlu ve hukuka aykırı bir fiilinin varlığı aranmamaktadır.

4. Değerlendirme: İngiliz Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinden Söz Etmek Mümkün Mü?

İngiliz haksız fiil hukuku (*law of tort*) idarenin sorumluluğu meselesinde, ne işlevine göre Alman hukukunda mevcut fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna veya Fransız hukukundaki kusursuz sorumluluğa (*responsabilite sans faute*) denk özel bir unsur içermektedir; ne de genel anlamda üstün bir prensip tanımaktadır. Fakat 1973 tarihli Arazi Telafi Kanununun (*Land Compensation Act*) yürürlüğe girmesiyle birlikte mülkiyete tecavüz (*tort of nuisance*) çerçevesinde kaçınılmaz zararlar (*inevitable injury*) için tazminat istemine imkan tanınması, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun temel düşüncesinin İngiliz hukukunda da tamamen göz ardı edilmediğini gösterir. Aynı şekilde Aşı Zararlarını Ödeme Kanunu (*Vaccine Damage Payments Act 1979*) da

²⁴⁵ Lewis, op.cit., Rn. 1-004, 2-018.

²⁴⁶ <https://www.legislation.gov.uk/>, (04.02.2021).

²⁴⁷ Cane, op.cit., s.313.

fedakârlığın denkleştirilmesi mantığına dayanan bir zarar denkleştirme kuralı barındırmaktadır.

Yine de, Alman ve Fransız devlet sorumluluğu hukukunun aksine İngiliz hukukunda –işlevsel açıdan ifade etmek gerekirse– genel anlamda bir fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinin mevcut olmadığı söylenebilir.²⁴⁸ Açık yasal düzenlemelerde dahi, tipik fedakârlığın denkleştirilmesi durumlarının çözümünde, mağdurun devlete karşı tazminat isteminde bulunma hakkı ve idarenin tazminat ödeme zorunluluğu olduğu yönünde bir irade ortaya konulmamıştır.

İngiliz hukukunda genel olarak bir tazminat ödemesinin kendiliğinden hariç tutulmadığı, ancak Almanya ve Fransa'ya nazaran daha zor elde edilebildiği bir gerçektir. Bunun sebebi, bu tür tazminatın devlet tarafından gönüllü olarak yapılan ödemelere (*ex gratia payments*) denk gelmesi ve ödemeye hazır olmasının kendi takdirinde (*royal prerogative*) olmasıdır.

Bir bütün olarak bakıldığında, İngiliz devlet sorumluluk hukukunun ve özellikle parlamentonun üstünlüğü prensibinden dolayı geniş kapsamlı tazminat kanunları çıkartmakta özgür olan kanun koyucunun, bireyin hakları kamu yararına ihlal edildiğinde bireyin zararının tazmin edilmesinde isteksiz bir tutum içinde olduğu izlenimi uyanmaktadır.

E. DEĞERLENDİRME

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tarihsel ve kavramsal çerçevesini oluşturabilmek için, öncelikle çeşitli hukuk sistemlerinde söz konusu ilkenin varlığı ve uygulama alanı incelenmiştir. Bunun sebebi, idarenin kusursuz sorumluluğu ve özellikle fedakârlığın denkleştirilmesi meselesinde ortak düşünce ve ilkeler ile detaylarındaki farklılıkların, söz konusu hukuk sistemlerinin karşılaştırılması yoluyla ortaya çıkarılabileceği düşüncesidir. Özellikle Fransız ve Alman hukukundaki kusursuz sorumluluk ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkelerinin karşılaştırılması yoluyla ulaşılabilecek sonuçlar çalışmaya ışık tutacaktır.

²⁴⁸ H.J. Bronkhorst, “The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities”, ed. Ton Heukels, Alison McDonnell, *The Action for Damages in Community Law*, The Hague u.a. 1997, S. 158, ss.153-165..

Sorumluluk fikrinin, kusurlu ve kusursuz sorumluluk anlayışının ve uygulamasının tarihsel kökenini oluşturan Roma Hukuku, günümüz idari sorumluluk hukukuyla kıyaslanabilecek hiçbir veri içermediğinden değerlendirme dışında bırakılmıştır. Aynı şekilde kıyaslanabilir bir sorumluluk unsuru barındırmayan, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin karşılığı olmayan İngiliz hukuku da, bu konuda değerlendirmeye alınabilecek neredeyse hiçbir katkıda bulunamamaktadır. Zira söz konusu hukuk sisteminde, idareyi kamu yararına yönelik eylem ve işlemleri yerine getirirken bireylere verdiği zararı tazmin etmeye zorlayan bir mekanizma yoktur. Bireylerin (kamu yararı için) katlandıkları fedakârlıklar ile kamu yararını denkleştirmeyi mecbur kılan bir düzenleme ya da içtihat bulunmamaktadır.

Alman hukukundaki fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun (Aufopferungshaftung) ve Fransız hukukundaki kusursuz sorumluluğun (Responsabilité sans faute) unsur yapıları birbirine oldukça benzemektedir. Her ikisi de, bireyin korunmaya değer haklarından birinin ihlaline kamu yararına müsamaha etmek zorunda olduğu düşüncesini esas almaktadır. Eşitlik ilkesine aykırılık da, ağır fedakârlık düşüncesinin ve kamu külfetleri karşısında eşitliğin ihlali sorumluluğunun (“la rupture de l'égalité devant les charges publiques”) hem başlangıç noktasını hem de gerekçesini temsil ettiği için, aynı şekilde belirleyici ve niteleyici bir öğedir.

Burada şunu ayrıca ifade etmek gerekir ki, Fransız hukukundaki kusursuz sorumluluğun risk (tehlike) ve kamu külfetleri karşısında eşitlik şeklinde iki ilke üzerinden değerlendirilmesi durumu Alman hukukuna yabancıdır. Alman kamu hukukunda Fransız hukukundaki risk (tehlike) ilkesine denk ayrı bir ilke yoktur.²⁴⁹

²⁴⁹ Alman kamu hukukunda tehlike(risk) sorumluluğu şeklinde ayrı bir sorumluluk düşüncesi ve türü olmamaklar birlikte, özel hukukta tehlike sorumluluğuna ilişkin özel yasal düzenlemeler mevcuttur. Bkz. Medeni Kanun (*BGB*) § 833 (Hayvan Sahibinin Sorumluluğu), Karayolları Trafik Kanunu, (Strassenverkehrsgesetz, *StVG*) § 7 fıkra 1 (Araç Sahibinin Sorumluluğu), Hava Trafik Kanunu (Luftverkehrsgesetz, *LuftVG*) § 33 fıkra 1 (Hava Aracı Sahibinin Sorumluluğu), Atom Enerjisi Enerji Kanunu (Atomgesetz, *AtG*) § 25 AtG (Nükleer enerji tesisi sahibinin sorumluluğu), Çevre Sorumluluğu Kanunu (Umwelthaftungsgesetz, *UmweltHG*) § 1 (Çevre etkilerinde tesis sahibinin sorumluluğu), Sorumluluk Kanunu (Haftpflichtgesetz, *HPfLG*) §§ 1 fıkra 1, 2 fıkra 1 (Demiryolları İşletmecisinin ve enerji tesisi sahibinin sorumluluğu), Gen Tekniği Kanunu (Gentechnikgesetz, *GenTG*) § 32 fıkra 1 (Gen teknolojisi çalışmaları için işletmecinin sorumluluğu) İlaç Kanunu (Arzneimittelgesetz, *AMG*) § 84 (İlaç üreticisinin sorumluluğu), Dörr, op.cit., s. 131,132; Maurer, op.cit., § 29 Rn. 15.

Fransız idare hukukunda risk ilkesine dayanılarak tazmin edilen zararlar, Alman hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi içinde yer almaktadır.

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu ve risk sorumluluğu arasındaki yakın ilişkinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Risk sorumluluğunun konusu, doğası gereği ya da kullanılan araç, gereç ve yöntemler gereği risk taşıyan idari faaliyetlerin sebep olduğu arızı zararların denkleştirilmesidir.²⁵⁰ Altında yatan düşünce, zarar gören kişinin tehlikeli faaliyetin avantajlarından yararlanan diğer kişilere nazaran daha ağır bir külfetle yüklenmiş olmasıdır. Bu sebeple tehlikeli faaliyetin dezavantajlarını taşımak zorunda kalan kişinin zararı denkleştirilmelidir.

Alman hukuku literatüründe zaman zaman fedakârlığın denkleştirilmesinden ayrı bir tehlike sorumluluğunun olması gerektiği fikri dile getirilse de,²⁵¹ yargı ve öğretinin bir kısmı, idare tarafından yerine getirilen bünyesinde risk taşıyan faaliyetler ve kullanılan tehlikeli yöntemler için böyle bir sorumluluk fikrini reddedici bir tutum sergilemektedir.²⁵² Alman Federal Mahkemesi, içtihat hukuku temelinde genel anlamda kamusal bir tehlike sorumluluğunun geliştirilmesini meşruiyet zemininin yokluğu gerekçesiyle²⁵³ reddetmektedir. Söz konusu uyuşmazlıklar, özünde fedakârlık düşüncesi taşıdıkları için, dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu üzerinden çözülmektedir.²⁵⁴

Alman hukukundaki fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu ile Fransız hukukundaki kusursuz sorumluluğun unsurları yönünden bir karşılaştırma yapılacak olursa:

Hak ihlali: Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun (aufopferungshaftung) ve kusursuz sorumluluğun (responsabilité sans faute) başlangıç noktası daima hak ihlalinin mevcudiyetidir. Fakat tazminata uygun hakların kapsamı meselesinde bu iki sorumluluk sistemi arasında fark vardır. Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun, literatürde özel hayatın gizliliği hakkını ve meslek ve ticaret özgürlüğünü de kapsayacak şekilde genişletilmesi yönünde neredeyse bir fikir

²⁵⁰ Hein Kötz, Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, 12. Auflage, Vahlen, 2013, Rn. 338; Maurer, *op.cit.*, § 29, Rn.15.,

²⁵¹ Forsthoff, *op.cit.*, s. 357 vd.; Römmermann, *op.cit.* s. 65.

²⁵² Römmermann, *op.cit.* s.65; Gürsoy, *op.cit.*, s.84.

²⁵³ BGH, 15. 10. 1970, NJW 1971, 32; BGH, 25. 1. 1971, NJW 1971, 607; BGH, 10.12.1987 NJW 1988, 478, beck-online.beck.de.

²⁵⁴ Römmermann, *op.cit.*, s.65., ayrıca bkz. Ehlers, s.3,4.

birliği mevcut olmasına rağmen, yargının tutumu mülkiyet, yaşam, sağlık ve özgürlüğe verilen zararların tazmini ile sınırlı olduğu yönündedir. Her türlü hakkın ihlalini unsur olarak yeterli bulduğu için, Fransa'daki kusursuz sorumluluk, Alman hukukundaki fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun ötesine geçmektedir.

Kamu yararı: Alman ve Fransız hukukuna göre idarenin sebep olduğu zararlar nihai olarak kamu yararına hizmet eden amaçların takip edilmesi gerekmektedir. Fakat Fransız hukukuna kıyasla Alman hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu bahsinde kamu yararı motivasyonu daha cömert bir şekilde ele alınmaktadır. Devletin müdahalesinin (*ex ante*) kamu yararını gözeten herhangi bir amaca hizmet etmek üzere yapılmış olması yeterlidir. Devletin müdahalesinin ve bireyin bu müdahale neticesinde katlandığı ağır fedakârlığın geriye dönük olarak somut bir kamu yararı, bir başka deyişle kamu için somut bir fayda sağlamış olup olmadığı önemli değildir.

Nedensellik ilişkisi: Sorumluluğun doğması için hakkın ihlali ile idarenin kamu yararı amacıyla yerine getirdiği faaliyetleri birbirine bağlayan kuvvetin yani nedensellik bağının aranması açısından, hukuk sistemleri arasında temel bir farklılıktan söz edilemez. Ayrıca mağdurun ya da üçüncü kişinin zararın oluşmasına katkıda bulunması ve mücbir sebep idarenin üzerindeki yükün hafifletilmesine veya kaldırılmasına yani sorumluluğu azaltan veya sorumluluğu dışlayan bir etkiye, nedensellik ilişkisinin sınırlanmasına sebep olmaktadır.

Fedakârlık: Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun ve kusursuz sorumluluğun merkezinde; uğradığı hak ihlalinin, mağdur için -kendisi ile aynı durumda bulunan, ancak hak ihlaline müsamaha göstermek zorunda kalmayan kişilere kıyasla- ne dereceye kadar eşit olmayan bir yüküm oluşturduğu sorusu durmaktadır. Buna verilen cevap, fedakârlığın denkleştirilmesi istemini kabul edilebilir kılmakta ya da kılmamaktadır. Fransız hukukunda zararın yani katlanılan fedakârlığın özel ve anormal olması aranmakta iken Alman hukukunda ağır fedakârlık terimi kullanılmaktadır. Özünde herhangi bir farklılık yoktur zira ağır fedakârlık ancak hak ihlalinin ağırlığı fedakârlık sınırını aştığında gerçekleşmiş sayılmaktadır. Fransız hukukunda da özel ve anormal zarar, bir veya birkaç kişi üzerindeki tahammül edilemez, toplumsal hayatın olağan yükümlerini aşan bir fedakârlık olarak tanımlanmaktadır.

Hukuki sonuç: Alman hukukundaki fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun ve Fransız hukukundaki kusursuz sorumluluğun unsurları gerçekleştiikten sonra bireyin, meydana gelen zararın tazmin edilmesini idareden isteme hakkı doğmaktadır. Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk birer istem temelidir.

Esasında İngiliz hukukunun söz konusu sorumluluk bahsinde ayrıştığı en önemli husus budur. İngiliz hukukunda bunlarla karşılaştırılabilecek (genel) istem temelleri mevcut olmadığından, lütuf ödemeleri her ne kadar özünde fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesini barındırsa da bu tazminatı kralın takdirinden çıkaracak kesin ve öngörülebilir koşulları mevcut değildir. Yalnızca istisnai hallerde tersi geçerlidir. Örneğin, münferiden tespit edilen belirli yaralanmalar için denkleştirme ödemelerinde çerçeve oluşturan, 1995 tarihli Cezai Yaralanmalar Tazminat Kanununda (*Criminal Injuries Compensation Act 1995*) olduğu gibi; tazminat açısından en azından takdir yetkisini azaltan etkiler doğuran yasal düzenlemeler yapıldığında ya da 1995 tarihli Aşı Zararlarını Ödeme Kanunu (*Vaccine Damage Payments Act 1979*) madde 1(1)'deki gibi tazminat talep hakkı mevcut olduğunda aksi söylenebilecektir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun ve kusursuz sorumluluğun (*responsabilite sans faute*) hukuki neticesi parasal bir tazminat ödemesidir. Alman hukukunda mağdura verilen doğrudan zararlar tazmin edilirken manevi zararlar; Alman Federal Mahkemesi tarafından, uzun süre, söz konusu sorumluluğun kapsamı dışında görülmüştür. İdari müdahalenin sebep olduğu iddia edilen acı ve ızdırap için tazminat talepleri, 2017 yılına dek reddedilmiştir.²⁵⁵ Ancak 2017 yılındaki içtihat değişikliği ile birlikte, Alman hukukunda, yaşam, sağlık ve özgürlük haklarına müdahale durumunda, idarenin tazmin yükümlülüğünün maddi kayıplarla sınırlandırıldığı anlayış sona ermiştir.²⁵⁶

Fransız hukuku ise, manevi zararların da içinde olduğu eksiksiz bir telafiyi (*reparation integrale*) öngörmektedir. Buna göre, tüm doğrudan (*prejudices directs*),

²⁵⁵ BGH, Urteil vom 13. 2. 1956 - III ZR 175/54, NJW 1956, 629; BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55, NJW 1957, 21; BGH, Urteil vom 31. 1. 1966 - III ZR 118/64, NJW 1966, 1021, <https://beck-online.beck.de/>, (11.03.2021).

²⁵⁶ BGH Urteil vom 07. 09. 2017 (III ZR 71/17) NJW 2017, 3384, <https://beck-online.beck.de/>, (11.03.2021); Thorsten Kingreen, "Schmerzensgeld für Verletzungen bei rechtmäßigem Behördenhandeln", *JURA-Kartei online*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2010, <https://www.degruyter.com/document/database/JK/entry/JK-2018-4-9/html>, (01.03.2021).

fiili (*prejudices reels*) ve belirli zararlar (*prejudices certains*) telafi edilir. Üçüncü kişilerin dolaylı olarak uğradıkları zararlar ise her iki hukuk düzeninde tazminata uygun kabul edilir. İngiliz hukukunda kraliyet ister lütuf ödemesinde (*ex gratia compensation*) bulunmaya karar versin ister mağdurun özel yasalara tâbi bir isteme sahip olsun, Alman ve Fransız hukukundaki gibi sadece parasal bir tazminat söz konusudur.

II. TÜRK HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ

A. ÖZEL HUKUKTA KUSURSUZ SORUMLULUK VE FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ

18'inci yüzyılın sonlarından 19'uncu yüzyılın sonlarına, başka bir deyişle Fransız İhtilalinden Sanayi Devrimine değin borçlar hukukunda sorumluluğun temeli “kusur” ilkesi olmuştur.²⁵⁷ Sanayi devrimiyle birlikte makineleşme ve kentleşmenin yükselişi, üretim süreçlerini kolaylaştırırken beraberinde birey için zararlı sonuçlar doğurma ihtimali yüksek bir ortam, büyük bir tehlike potansiyeli getirmiştir. Böylelikle “kaza” kavramı ve kaza sonucu meydana gelen zararlar ortaya çıkmıştır.²⁵⁸

Yeni endüstriyel çalışma koşulları, elektrik, gaz vb. kullanımının artması, tehlikeli ve komplike teknolojik ürünlerin kullanımı ve karmaşık sosyal ilişkiler ağı ile kazalar hem daha sık gerçekleşirken hem de daha ölümcül hale gelmiştir. Eskiye kıyasla daha vahim sonuçlara yol açabilecek bu endüstriyel kaza türlerinde, kusurun seri üretim zincirinin hangi aşamasından kaynaklandığını saptamanın ve kanıtlamanın güç olması²⁵⁹ sebebiyle sorumluluktaki vurgu, kişisel bir kusurdan dolayı ceza ve

²⁵⁷ Bryan M. E. McMahon, “The Reaction of Tortious Liability to Industrial Revolution”, *Irish Jurist*, Vol. 3, No. 1, 1968, pp. 18-32, s. 18; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 1992, s. 1035; Gert Brüggemeier, “Industrialisation, Risks And Strict Liability: The Diverse Paths Of German And Us Law”, *Opinio Juris in Comparatione*, Vol. I, n. I, 2014, s. 3.

²⁵⁸ Zimmermann, op.cit., 1131; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s.91, 92.

²⁵⁹ McMahon, s. 19; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.557; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara,

cezalandırma temelinden, tazmin etme ihtiyacına kaymıştır.²⁶⁰ Şüphesiz ki bu dönemde gelişen sosyal devlet anlayışı ile birlikte, adalet ve hakkaniyet fikirlerinin yükselmesi de tazminat yükümlülüğünü belirleme eksenindeki odak noktasının, kusurdan, zararın tazminine kaymasında etkili olmuştur.²⁶¹

Tüm bu sürecin getirdiği “kaza”ların tazmini için özel bir hukuki düzenleme yapma ihtiyacı, pek çok ülkenin hukuk sisteminde kusursuz sorumluluk hallerinin düzenlemesi ile son bulmuştur.²⁶² Dolayısıyla kusursuz sorumluluk sanayi devriminin, yani 19’uncu yüzyılın bir ürünüdür.²⁶³ Denilebilir ki bu sorumluluk hali motorlu, mekanik ve teknik tesisat ve cihazların geliştirilmesine ve çoğalmasına bir tepki olarak, daha doğru bir ifadeyle, endüstrinin makineleşmesi sonucunda bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır.²⁶⁴

Kusursuz sorumluluk, hukuk sistemlerinde genellikle sorumluluğun temeli kabul edilen kusur ilkesinin yanında istisnai bir sorumluluk türü olarak görülmekte ve açıkça düzenlenmektedir.²⁶⁵ Bu sorumluluk türü, “kınanabilirlik” meselesinin tartışma konusu olmadığı²⁶⁶, zararın ortaya çıkmasında zarara sebebiyet verenin kusurunun aranmadığı, tazminle yükümlenmesi için yalnızca zarar ile davranışı arasında illiyet bağının yeterli kabul edildiği bir sorumluluk türüdür.²⁶⁷ Bu sorumluluğun kabulü ile artık sorumlulukla kusur arasında zorunlu bir bağ kalmamıştır.

Kusursuz sorumluluğun dayanakları, diğer bir deyişle bir kişinin davranışı sonucu ortaya çıkan zarardan neden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulması gerektiğini yani kusur ilkesinden ayrılma gerekliliğinin sebebini açıklayan esaslar doktrinde sebep

1981, s.2; Zahit İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 42, 43.

²⁶⁰ İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s. 42, 43.

²⁶¹ McMahon, op.cit., s.18; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.13; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2*, Ankara, Seçkin, 2019, s.57; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.557,558.

²⁶² Stone, Ferdinand F., “Chapter 5: Liability for Damage Caused by Things”, *International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. XI: Torts*, chief ed. André Tunc, Mohr, 1972, s.40, n.72.

²⁶³ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.556.

²⁶⁴ Gerhard Wagner, *Strict Liability*, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol.1, ed. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann, Andreas Stier, 2012, ss. 1607-1615, s.1609.

²⁶⁵ Gottfried, Schiemann, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, hrsg. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 13. Auflage, Köln, 2011, § 823, 3577.

²⁶⁶ Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.7.

²⁶⁷ Esin,op.cit., s.128; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.556; Antalya, op.cit., s.57; Tan, op.cit., s.502.

olma, hakkaniyet, tehlike, hâkimiyet ve yararlanma ile fedakârlığın denkleştirilmesi²⁶⁸ olarak sınıflandırılmaktadır.²⁶⁹ “Sebepl olma” esasl bir yana bırakılırsa, kusursuz sorumluluk türlerinin her birinin söz konusu esaslardan en az biri üzerinden kurgulanması gerekmektedir.²⁷⁰ En az birinden kasıt, (kusursuz) sorumluluk türlerinin birden fazla sorumluluk esasını içerebileceği ancak bunlardan en belirgin olanın sorumluluk türü bakımından ayırt edici olacağıdır.²⁷¹

Sebepl olma düşüncesi, kusursuz sorumluluğun²⁷² temeli olmakla beraber²⁷³ bir sorumluluk türünü belirleme açısından ayırt edici bir esas değildir.²⁷⁴ Kişinin bir davranışıyla zararlı sonuca sebepl olması şeklinde özetlenebilecek olan bu ilke, esasında olayla zarar arasındaki sebepl sonuç ilişkisine dayanması bakımından bir anlamda illiyet bağını ifade etmektedir.²⁷⁵ İlliyet bağı sorumluluğun zorunlu şartı olduğuna göre, hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğun temelinde *sebepl olma düşüncesi* bulunmaktadır.

*Hâkimiyet ve yararlanma düşüncesine göre*²⁷⁶, kendi egemenlik alanı içinde bulunan kişi ya da nesnelere sağladığı faydalardan yararlanan kişinin, bu kişi veya nesnelere verdiği zararlara da katlanması ve kusuru aranmaksızın sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu esas hem “denetleyebilen sorumlu olur” düşüncesini²⁷⁷ yani hakim

²⁶⁸ Türk hukukunda sözleşme dışı sorumluluk türleri genellikle kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ancak fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesine dayanan sorumluluğu, hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi adı altında üçüncü bir sorumluluk türü olarak inceleyen yazarlar da mevcuttur. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s.553; Başak Başoğlu, *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı 2, Yıl 2015, ss.29-56, s.30,31.

²⁶⁹ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.II, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s.4.

²⁷⁰ Başoğlu, op.cit., s.34.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Öğretide kusursuz sorumluluk yerine, kusur fikrinden arındığından, sorumlu kişinin iradesine yönelik subjektif bir değerlendirme içermediğinden ve illiyet bağının varlığı yeterli kabul edildiğinden “objektif sorumluluk”, “sebepl sorumluluğu”, “netice sorumluluğu” terimleri de kullanılmaktadır. Eren, *Borçlar Hukuku*, s.556; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.8; Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu Ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin, 1997, s.93; Süleyman Yılmaz, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebepl Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*, AÜHFD, C.59, S.3, Ankara, 2010, ss.551-578, s.552.

²⁷³ Öğretide kusursuz sorumluluğun temelinde sebepl olma düşüncesinin yanında hukuka aykırılığın bulunduğuna dair ayrıksı bir görüş için bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1984, Cilt 2, Sayı 2, Sayfalar 175 – 305, s.245.

²⁷⁴ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.93; Koçhisarlıoğlu, op.cit., s. 246; Başoğlu, op.cit., s.33.

²⁷⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.556; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.4.

²⁷⁶ Başoğlu, op.cit., s.33; Oğuzman, Öz, C.II, s.3-4.

²⁷⁷ Özge Yücel, *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.50.

olma durumunu, hem de Mecelle'den ödünç alacağımız “*mazarrât, menfaat mukabelesindedir*”²⁷⁸ düşüncesini yani bir nesnenin ya da faaliyetin nimetinden yararlanan kimsenin ondan kaynaklanan zararı, külfeti de üstlenmesi gereğini ifade etmektedir.²⁷⁹

Tehlike düşüncesine göre ise, nitelik ve nicelik açısından önemli ölçüde tehlike taşıdığı bilinen işletme ve faaliyetlerden yarar sağlayan kişilerin, bu faaliyete veya işletmeye özgü tehlikenin gerçekleşmesi durumunda doğan zararları da tazmin etmesi gerekmektedir.²⁸⁰

Genel olarak tazminat hukukunun yapısında bulunan²⁸¹ *hakkaniyet düşüncesi* ise, ayırt etme gücüne sahip olmayanların verdiği zararlarda olduğu gibi, zarara sebep olan kişinin kusuru aranmaksızın hakkaniyet gereği o zararı gidermesi ya da zarar görenle paylaşması olarak açıklanmaktadır.²⁸²

Son olarak *fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesi*, kişinin hukuken korunan bir varlığının, üstün çıkar sahibi başka bir kişinin hukuka uygun davranışıyla zarar görmesi halinde, bu müdahaleye tahammül etmek zorunda kalan kişinin uğradığı zararın, müdahale eden tarafından makul bir tazminatla giderilmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁸³

Sözünü ettiğimiz bu sorumluluk esaslarından en az birini bünyesinde barındıran sorumluluk türleri, Türk Borçlar Kanununda (TBK), kusursuz sorumluluk başlığı altında, hakkaniyet sorumluluğu²⁸⁴, özen sorumluluğu (diğer bir deyişle objektif

²⁷⁸ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 87. maddesi, Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1723; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1213.

²⁷⁹ Korkusuz, op.cit., s.154; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 558; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.5.

²⁸⁰ Korkusuz, op.cit., 151, 152; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 5; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.333, 334; Koçhisarlıoğlu, op.cit., s. 253. Eren, *Borçlar Hukuku*, 558; Yücel, op.cit., s. 47; İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s. 62; Oğuzman, Öz, C.II, s.3.

²⁸¹ Güzin Üçışık, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, 127-145, s.142; Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.71.

²⁸² Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 5; Kılıçoğlu, op.cit., s. 333; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 557; Yücel, op.cit., s. 39; Oğuzman, Öz, C.II, s.4

²⁸³ Başoğlu, op.cit., 34; Uluhan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.8.

²⁸⁴ Hakkaniyet düşüncesine dayanan, ayırt etme gücü bulunmayanların sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.65'de düzenlenmiştir.

sorumluluk ya da sebep sorumluluğu)²⁸⁵ ve tehlike sorumluluğu²⁸⁶ olarak sistematize edilmiştir.²⁸⁷

Ancak fedakârlığın denkleştirilmesi esasında dayanan, hukuka uygun bir müdahale sonucu hukuken korunan bir menfaati zarar gören kişinin katlanmak zorunda kaldığı bu külfetin zarar verici müdahalede bulunan kişi tarafından uygun bir bedelle denkleştirilmesi gerekliliğini ifade eden fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun bu ayırmda bir yerinin olması gerekmektedir.²⁸⁸ Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun, bir sonraki başlık altında aktaracağımız TBK ve Türk Medeni Kanunundaki (TMK) pozitif temelleri göz önüne alındığında, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğun yanında üçüncü bir sorumluluk türü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁸⁹

1. Özel Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Anlamı Ve Uygulama Alanı

²⁸⁵ Özen sorumluluğu TBK m.66 (Adam çalıştırmanın sorumluluğu), TBK m. 67 (Hayvan bulunduranın sorumluluğu), TBK m.69 (Yapı Malikinin Sorumluluğu) ve bunların dışında Türk Medeni Kanununu m.369 (Ev Başkanının Sorumluluğu), TMK m. 730 (Taşınmaz malikinin sorumluluğu) olarak düzenlenmiştir.

²⁸⁶ Tehlike sorumluluğu düzenlemesinin altında hem tehlike ilkesi hem menfaat ilkesi hem de sebep olma düşüncesi yatar. Zira sürdürdüğü tehlikeli faaliyetin taşıdığı riski önceden bilen, bu faaliyetin nimetlerinden yararlanan, çıkar elde eden kişinin bu faaliyeti yürütmesine hukuki düzenlemeler yoluyla izin verilir fakat bu tehlike gerçekleştiğinde, mağdurun da yararlandığı tehlikeli faaliyetin sonucunda bir zarar doğduğunda hukuk düzeni faaliyetin sahibi ve/veya işletenini bu zararı tazmin etmeye zorlar, mağdurun uğradığı zarardan sorumlu tutar. Bu durum hem menfaat düşüncesinin hem de tehlike esasının birlikte yorumudur. Gizem Alper, İşletme Nedeniyle Tehlike Sorumluluğu (TBK m.71), (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İ. D. Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s.37. Mülga Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olan tehlike sorumluluğu, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.71 deki genel düzenlemenin öncesinde, özel kanunlarda özel bir takım faaliyetlere özgü olarak var olan hukuki bir müesseseydi. Örneğin 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu hali idi. Aynı şekilde 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununda işletenin hukuki sorumluluğu tipik bir tehlike sorumluluğu düzenlemesidir.

²⁸⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 498; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.690; Antalya, op.cit., s.58; Kılıçoğlu, op.cit., ss.336; Öğretide mülga Borçlar Kanunu döneminde kusursuz sorumlulukta olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu şeklinde ikili ayrımı benimseyen yazarlar mevcuttu. Bkz. Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 22 vd; Zahit İmre, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1981, Cilt 45, Sayı 1-4, ss.401 – 420, s. 405.

²⁸⁸ Başoğlu, op.cit., s.31, dn.2.

²⁸⁹ Üçlü ayrım için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, op.cit., s.570.

a. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Anlamı ve Mecelle’de Fedakârlığın Denkleştirilmesi Düşüncesi

Hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk olarak da ifade edilen²⁹⁰ fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu, çatışan çıkarlardan birinin diğerine üstün tutulması sonucu bozulan menfaat dengesinin, yeniden kurulması amacını taşımaktadır.²⁹¹ Kişinin hukuk düzenince kabul gören icrai bir fiili sonucu başka bir kimsenin mal ya da şahıs varlığında meydana gelen zarar hukuka uygun müdahaleyi oluşturmaktadır.²⁹² Hukuk düzeni bu müdahaleye izin vermiştir.²⁹³ Ancak hukuka uygun müdahaleye maruz kalan kişinin katlandığı fedakârlığın, üstün çıkar sahibi tarafından tazminat yoluyla denkleştirilmesi gerekmektedir.²⁹⁴ Bir başka deyişle hukuk düzeni müdahaleye izin verirken söz konusu müdahaleye maruz kalana da tazminat talep etme hakkı vermektedir.²⁹⁵ Hukuka uygun müdahale ile fayda sağlayan taraf, elde ettiği fayda ile bağlantılı tazmin yüküne de katlanmak zorundadır.²⁹⁶ Bu, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğudur.

En eski pozitif dayanağını Alman hukukunda bulan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Alman hukukunda her ne kadar kamu hukuku kaynaklı²⁹⁷ olsa da, Türk hukukunda bu sorumluluğunun kökeni özel hukuktur.²⁹⁸ Bugün yürürlükte olan hiçbir kanunun birebir karşılığı olmayan, Osmanlı özel hukuk kanunu olarak ifade edebilecek

²⁹⁰ İlhan Ulusan, Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, *Yargıtay Dergisi*, C.12, S.1-2, 1986, ss.57-60, s.60.

²⁹¹ Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.8; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.572.

²⁹² Eren, *Borçlar Hukuku*, s.570, 571; Elvan Sütken, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları İle İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4 S.2, 2009, ss.109-131, s.111.

²⁹³ İlhan Ulusan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, *Journal Of Yaşar University*, Yıl 2013, Cilt 8, Özel Sayı, ss.2897 – 2906, s.2903.

²⁹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.572; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.48;

²⁹⁵ Sütken, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları İle İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar, s.111.

²⁹⁶ Horst Konzen, *Aufopferung im Zivilrecht: Beitrag zu den Lehren vom bürgerlich-rechtlichen und arbeitsrechtlichen Aufopferungsanspruch*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1969, s.26,27; Erwin Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., Köln, Heymann, 1996, s.11.

²⁹⁷ Ossenbühl, op.cit., 126 vd.

²⁹⁸ Bkz. infra, bölüm 1, II-B, 3-a.

olan²⁹⁹ İslam-Türk hukuk tarihinde kanunlaştırma hareketlerinin öncüsü³⁰⁰ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye veya kısaca Mecelle,³⁰¹ fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna dair hükümler içermekteydi. Külli kaideler arasındaki, “Bir şeyin nef’i zamanı mukabelesindedir.” (Bir şeyin yararı, tazmin sorumluluğu karşılığıdır.)³⁰² şeklindeki 85’inci, “Mazarrat menfaat mukabelesindedir.” (Zararlar, menfaat karşılığıdır.) şeklindeki 87’nci ve “Külfet nimete ve nimet külfete göredir” şeklindeki 88’inci maddeler birlikte okunduğunda, haksız fiillerden doğan sorumluluk hususunda kusur sorumluluğunun değil, objektif sorumluluk halinin benimsendiği, Mecelle’ye göre asıl olanın objektif sorumluluk olduğu görülmektedir.³⁰³

Söz konusu hükümlerin birlikte yorumundan, bir yüke katlanıldığı oranda bir fayda elde edileceğinin ya da elde edilen faydanın aynı zamanda bir külfetinin olacağına, bireylerin bir şeyden menfaat elde ederken, bu sebeple birbirlerine verdikleri zararlardan, sorumlu ve tazminle yükümlü olduklarının³⁰⁴ düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeler de objektif sorumlulukta esas olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin benimsendiğini göstermektedir. Keza bu hükümler günümüz özel hukukundaki fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi için olduğu kadar, idare hukukunda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan sorumluluk için de dayanak teşkil etmektedir.³⁰⁵

²⁹⁹ Yusuf Karakoç, Mecelle (Mecelle-i Ahkâm Adliyye), *Güncel Hukuk Dergisi Şubat 2012/2-98*, <http://www.guncelhukuk.com.tr/dergiden/mecelle-mecelle-i-ahkam-adliyye.html>,

³⁰⁰ Zahit İmre, Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 14, Sayı 3-4, 1948, SS.755 – 849, s. 755.

³⁰¹ Bir Mukaddime (Başlangıç), 99 maddelik “Kavâid-i Külliye” ile on altı kitaptan oluşmuştur ve toplam 1851 maddedir. Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s.560; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.353.

³⁰² *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, haz. Yaşar Güçlü, Ankara, Seçkin, 2019, s.62.

³⁰³ Sıddık Sami Onar, Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification’u”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1955, C.20, S.1-4, 1955, ss. 57-85, s.67; İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri, s. 756. İslam hukukunda haksız fiiller, (araya başka bir fiil/sebeup girmeksizin) doğrudan işlenen (mübâşeret) ve dolaylı işlenen (tesebbüb) olarak ikiye ayrılmaktadır. Mecelleye göre, doğrudan işlenen haksız fiillerde aslolan objektif sorumluluktur. Dolaylı işlenen haksız fiiller için ise kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Hamza Aktan, “Damân”, *Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. VIII, İstanbul 1993, ss. 450-453, 452; Ahmed Akgündüz *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, Özel Hukuk-II, C. 3, İstanbul 2012, s.252; Mehmet Âkif Aydın, “Haksız Fiil”, *Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C.15, İstanbul 1997, s. 210-211, s. 211.

³⁰⁴ M. R. Belgesay, “Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.12 S.2-3, 1946, ss. 561-608, s.597.

³⁰⁵ Fatma Ebru Gündüz, Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.4, 2015, ss.110-138, s.111. Belirtmemiz gerekir ki, Mecelledeki objektif sorumluluğa ilişkin bu hükümlerin Türk idari sorumluluk hukukunda tehlike esasına mı yoksa fedakârlığın denkleştirilmesi esasına mı işaret ettiği doktrinde tartışmalıdır. Bu hükümlerin tehlike (risk) sorumluluğunun esası olduğu yönünde görüş bildiren yazarlar da mevcuttur. Bkz. Onar, *İdare*

b. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulama Alanı

Alman hukukunda önceleri sadece kamu hukukunda ve yalnızca malvarlığı zararlarında uygulanan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, daha sonra Alman Medeni Kanunu m.904/1 c.2 ve m.906/2'ye alınmış ve giderek uygulama alanı genişletilmişken,³⁰⁶ Türk hukukunda bu ilke ilk olarak özel hukukta yer almış, günümüz Türk özel hukukundaki ilk açık düzenlemesi de komşuluk hukukundan doğan, kanundan kaynaklanan bir katlanma yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmıştır.³⁰⁷

TMK m.730/2'de yer alan “*hakim yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir*” ifadesi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin hukuki temelidir³⁰⁸. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, komşu taşınmaz malikinin, yapılan müdahaleye kanunun ifadesiyle “*yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklara*” katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat müdahale sonucunda uğradığı zararın tazminini talep edebilmektedir.³⁰⁹

Özel hukuktaki temeli komşuluk hukukuna dayanan³¹⁰ bu sorumluluğa, komşuluğa ilişkin durumlar haricinde zorunluluk hallerinde de başvurulmaktadır. TMK'nın, hak sahibi lehine zaruri mecra irtifakı (m.744/1), komşu taşınmaz maliki lehine zorunlu geçit hakkı (m.747/1) ve zorunlu su irtifakına (m.761) izin verdiği düzenlemeleri de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır. Zira bu hükümlerde, hak sahibi ya da komşu taşınmaz maliki lehine fedakârlıkta bulunan kişiye, katlandığı fedakârlık neticesinde bedel isteme hakkı tanınmaktadır.³¹¹

Haksız yapı (m.724) ve taşkın yapı (m.725/2) hallerinde, komşuluk hukukundan doğan yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan kaynaklanan zararlarda

Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s.1710; Günday, op.cit., s.379; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s.1240, karş. Ulsan, Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, s.76.

³⁰⁶ Deutsch, op.cit., s.11; Konzen, op.cit., s.20, 64-66.

³⁰⁷ Eren *Borçlar Hukuku*, s.571.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Alman medeni hukukunda da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hakkında benzer yönde değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bkz. Johannes Hogenschurz, *Die Entwicklung des Prinzips der Aufopferungshaftung in den zivilrechtlichen Notstandsfällen: am Beispiel der Schadensersatzpflicht des § 904 S. 2 BGB*, Bonn, 1997, s.105.

³¹⁰ Ulsan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s. 121 vd.; Cemal Oğuz, “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, ss. 209-216, s.210.

³¹¹ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.99 vd.

(m.730/2, m.737/3), zarara uğrayan taşınmaz maliki, zararının uygun bir bedelle denkleştirilmesini talep edebilmektedir.³¹²

TMK m. 753/2³¹³ ve TBK m. 64/2³¹⁴, de düzenlenen, zorunluluk halinde başkasının taşınmazına müdahale ve zorunluluk halinde başkasının mallarına zarar verme durumlarında da zarar gören taraf hakkaniyete uygun bir denkleştirme isteminde bulunulabilmektedir. Bu hallerde kanun koyucu, zorunluluk hali içinde bulunanın menfaatini, malvarlığına müdahale edilen kişinin menfaatinden üstün tutmuştur.³¹⁵

c. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ile Tehlike Sorumluluğu Arasındaki İlişki ve Türk Borçlar Kanunu m.71/4'ün Anlamı

Türk özel hukuk literatüründe fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı ve tehlike sorumluluğuyla arasındaki ilişki, 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlığını taşıyan 71'inci maddesinin,

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

şeklindeki 4'üncü fıkrası ile birlikte tartışma konusu olmuştur. İleride de vurgulanacağı üzere, esasında bu hüküm *bulunduğu yere ait olmasa da*, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ve buna dayanan sorumluluğun ne ifade ettiği, hangi durumları kapsadığı ve tehlike sorumluluğu ile aynı özü paylaşıp paylaşmadığının daha açık bir şekilde ortaya konulmasını sağlamıştır.

³¹² Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.140 vd.

³¹³ Madde 753- *“(1) Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır. (2) Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.”*

³¹⁴ Sorumluluk Madde 64- *“(1) Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. (2) Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.”*

³¹⁵ Oğuz, *op.cit.*, s.211.

Şöyle ki, tartışma konusu olan TBK m.71³¹⁶, tehlike sorumluluğunu düzenlemektedir. 71'inci maddenin ilk üç fıkrasında, özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, faaliyetin niteliği ve kullanılan malzeme ve araçlar dolayısıyla önemli ölçüde tehlike taşıyan bir işletmede, bu tehlike gerçekleştiğinde doğan zarardan işletme sahibi ve işletenin müteselsil sorumlu olduğu düzenlenmektedir. Son fıkrasında ise bir istemde bulunma hakkı tanınmıştır. Tehlikeli nitelik taşıyan faaliyette bulunan ya da kullanılan araç ve yöntemler gereği tehlike arz eden, büyük bir zarara yol açma riski taşıyan bu işletmelerin, hukuk düzeninin izin verdiği bu faaliyetlerinden zarar gören kişilerin “uygun bir bedelle denkleştirme” talep edebilecekleri düzenlenmiştir.

İlk bakışta son fıkradaki bu düzenleme fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini çağrıştırmaktadır. Zira tehlike ilkesine dayanan tehlike sorumluluğunda işletme sahibi ve varsa işleten, risk gerçekleştiği zaman zarara uğrayan kişinin zararını tam tazminle yükümlüdür. Oysa fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, sonucunda bir başkasının hakkının ihlal edileceği, zarara sebebiyet verileceği belli olduğu halde, hukuk düzenince izin verilen bir faaliyette bulunan kişinin, bu faaliyet yüzünden zarara uğrayanın zararını karşılaması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Müdahalede bulunan kişi bu davranışı ile bir menfaat elde ederken, o müdahalenin yol açtığı zararın, başkası üzerinde kalması hakkaniyete uygun değildir. Hukuk düzeni müdahalede bulunan kişinin menfaatini üstün tutmuş olsa bile, sağlanan fayda zararın karşılanması yoluyla hakkı ihlal edilenle paylaşılmalı, menfaatler arası denge sağlanmalıdır. Dolayısıyla “uygun bedelle denkleştirme” ifadesi fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun esası olan fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesine aittir ve bu nedenle tehlike sorumluluğu genel düzenlenmesi içinde yer almaması gerekmektedir.

Bir an için kanun koyucunun, tehlike sorumluluğu genel düzenlemesi içinde bu ifadeyi kullanmasının bilinçli olduğunu, tehlike sorumluluğunun dayandığı esaslardan

³¹⁶ III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme Madde 71: “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülümüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

biri olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini gördüğü varsayılsa dahi, kanun koyucunun bu tercihinin tehlike sorumluluğuna da fedakârlığın denkleştirilmesi esasına da uygun olmadığını belirtmek gerekmektedir.³¹⁷

Zira tehlike esasına dayanan tehlike sorumluluğunda hukuka uygun olan, hukuk düzeninin izin verdiği şey, tehlikeli faaliyettir. Tehlikeli faaliyetin sonucunda ortaya çıkan zarar hukuka aykırıdır,³¹⁸ ki bu zararın tam tazmini kuralı geçerlidir. Fedakârlığın denkleştirilmesi esasında ise hem müdahale hukuka uygundur, hem de bu müdahale sonucunda ortaya çıkan zarar hukuka uygundur.³¹⁹ Dolayısıyla TBK m.71’de tehlike sorumluluğu başlığı altında tehlike sorumluluğunun genel düzenlemesi yapılırken zararın denkleştirilmesinden değil, tam tazmininden söz edilmesi gerekirdi çünkü tehlike sorumluluğunun özü tehlike ilkesidir. Hem tehlike sorumluluğu olarak nitelendirip hem de zararın denkleştirilmesinden söz edilmesi, tehlike sorumluluğunun mantığının kanun koyucu tarafından, sorumluluk ilkelerine uygun yorumlanmadığını göstermektedir.

Bir denkleştirmeden söz edebilmek için, ortaya çıkan sonucun da hukuka uygun olması gerekir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilke ve sorumluluğunda denkleştirmeden söz edilmesinin nedeni, çatışmanın, hukuka uygun olan iki menfaat arasında olmasıdır.³²⁰ Hukuka uygun iki menfaat arasında kanun koyucu birini diğerine daha üstün tutmuştur. Hukuka uygun müdahale denilen bu üstün menfaat ile üstün tutulan menfaat karşısında zarar gören (müdahalede bulunulan) menfaatin dengelenmesi

³¹⁷ Aksi yöndeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, op.cit., s.385; Korkusuz, op.cit., s.202-203, Atilla Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, S.1-2, 2005, s.15. Başak Başoğlu, “Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İÜHFD*, Cilt: 6, S: 2, Yıl: 2015, s. 29-56, s.49,50; Başak Başoğlu, “Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması”, *Hasan Erman’a Armağan*, İstanbul, Der Yayıncılık, 2015, s. 161-184, s.170; Ayça Akkayan Yıldırım, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemesi Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, *İÜHFM*, Cilt: 70, Sayı : 1, Yıl: 2012, ss. 203-220, s.214.

³¹⁸ Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 50.; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.572; Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.58, 59, Ulsan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s.2903, 2904.

³¹⁹ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.58, 59; Ulsan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s.2903, 2904.

³²⁰ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.59.

gerekmektedir. Oysa tehlike esası ve buna dayanan tehlike sorumluluğunda sürdürülen tehlikeli faaliyet hukuka uygunken, faaliyet sebebiyle ortaya çıkan zarar hukuka aykırıdır.³²¹ Bu faaliyet sonucu ortaya çıkan zarara izin verilmemektedir. Bu sorumluluk türünde çatışma, hukuk düzeninin izin verdiği tehlikeli faaliyet ve ortaya çıkan zarar arasında değil faaliyet sonucu ortaya çıkan hukuka aykırı sonuç ve bu sonucun yol açtığı zarar arasındadır. Biri hukuka aykırı bir sonuç iken diğeri hukuka uygun bir taleptir. Faaliyet hukuka uygunken, faaliyet sebebiyle ortaya çıkan zarar hukuka aykırı olduğu için denkleştirmeden değil sadece tazmin etmekten söz edilebilir. Bu sorumluluk türünde biri diğerine üstün tutulan, aralarında denge sağlanması gereken, hukuk düzenince kabul edilmiş iki ayrı menfaat bulunmamaktadır. Zarar ile denkleştirilebilecek bir yarardan bahsetme olanağı yoktur.³²² Dolayısıyla bir denkleştirmeden değil ancak tazminattan söz edilebilir.

Bir ihtimal, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde de zarara izin verilmediği çünkü tazmin kavramı ile ifade edilmemiş olsa dahi, denkleştirilme kavramıyla da ulaşılmak istenen amacın zararın karşılanması olduğunu düşünülebilir. Fakat aradaki fark esasında zarara değil, zararın giderilmemesine izin verilmediğini göstermektedir.

Daha açık bir ifadeyle, fedakârlığın denkleştirilmesinde hem kanun koyucu tarafından hem de müdahalede bulunan kişi tarafından o müdahale ile menfaati ihlal edilen kişinin bir zarara uğrayacağı öngörülmüştür. Zarar müdahalenin doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu müdahale sonucunda zararın meydana geleceği bilinmekte ve kabullenilmektedir.³²³ Bu durum kanun koyucunun müdahalede bulunanın yararını daha üstün tutmasının bir sonucudur.³²⁴ Fakat müdahalede bulunanın

³²¹ Sütken, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları İle İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar*, s.112.

³²² Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 50; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.572; Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.58, 59; Ulsan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s.2903; İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s. 65.

³²³ Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 50.; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.572, 573; Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.58, 59; Ulsan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s.2904; Ayça Zorluoğlu Yılmaz, *Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat*, Ankara, Yetkin, 2020, s.183.

³²⁴ Ibid.

yararı üstün tutulurken zararın giderilmemesine izin verilmemektedir. Dolayısıyla bu müdahalede bulunulurken, müdahale sonucunda zarar doğacağı ve bu zararın giderilmesi gerekeceği bilinmekte, göze alınmakta ve kabullenilmektedir. Kanun koyucu zararlı sonuca, bu zararın giderilmesi şartıyla izin vermektedir.

Oysa tehlike sorumluluğunda, fedakârlığın denkleştirilmesindeki müdahale sonucu ortaya çıkan zararın karşılığı yoktur. Çünkü tehlike sorumluluğunda izin verilen yalnızca tehlikeli faaliyettir. Bunun karşılığında bir zarar doğacağı kesin değildir, aksine zararın gerçekleşmesinden kaçınılmaktadır.³²⁵ Zarar, faaliyetin doğal sonucu değil arızı sonucudur. Tehlikeli faaliyeti yürüten işletmenin sahibi veya işleten, sonucunda büyük zarara yol açabilecek bu faaliyetin riskini (riskin gerçekleşeceğini değil) bilmekte, bu zarar doğma riskini göze alarak faaliyeti yürütmektedir. Fakat bu riskin günün birinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini, gerçekleşecekse ne zaman ve hangi büyüklükte olacağını bilmemekte ve istememektedir.³²⁶ Hukuk düzeni de büyük zarara sebep olma riski olan bu faaliyete izin verirken bu faaliyetin rastlantısal sonucunu kabul etmemektedir.³²⁷ Eğer öngörülebilir olmayan, bilinmeyen ve istenmeyen bu zarar gerçekleşirse, söz konusu riski bilen ve buna rağmen o faaliyette bulunan işletme sahibinin zararı bütün sonuçlarıyla birlikte, sorumluluktan kurtulma imkanı olmaksızın tazmin etmesi gerekmektedir.³²⁸

Tehlike sorumluluğu ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ve buna dayanan sorumluluk arasındaki sözünü ettiğimiz tüm bu farklılıklar, bir tehlike sorumluluğu düzenlemesinde, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunu karşılayan “denkleştirme” ifadesinin kullanılmaması gerektiğini göstermektedir.

Elbette tehlike sorumluluğuna yol açan faaliyetlere fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin hiçbir zaman uygulanamayacağı şeklinde bir çıkarım da doğru olmayacaktır. Çünkü fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kanunen düzenlendiği hallere uygun düşen bir durumda, tehlikeli faaliyet yürüten işletme sahibi, hukuka uygun müdahalede

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 50.; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.572, 573; Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.58, 59; Ulusan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s.2904.

³²⁷ Zorluoğlu Yılmaz, op.cit., s.183.

³²⁸ Üçışık, op.cit., s. 128.

bulunan taraf olarak denkleştirme ile yükümlü kılınabilecektir. Fakat bu denkleştirme, tehlikeli faaliyetin taşıdığı zarar riskinin bir sonucu değil başka bir durumun, örneğin çevresel etkileri sebebiyle başvurulmuş TMK m.730/2'nin sonucu olacaktır. Daha açık bir ifadeyle, işletme sahibinin çevreye verdiği zarar, TMK m.730/2'de yer alan “*yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlık*” şeklinde ise, zarar gören bu “*taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesi*” talep edilebilecektir.³²⁹ Buradaki işletme sahibinin zararı karşılama yükümlülüğü tehlike sorumluluğundan değil, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan doğacaktır.

Dolayısıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin yeri, genel tehlike sorumluluğunun düzenlendiği TBK m.71 değildir. Eğer bir fedakârlığın denkleştirilmesi genel düzenlemesi yapılacaksa, olması gereken bu ilkenin ve bu ilkeden doğan sorumluluğun ayrı bir madde olarak kaleme alınmasıdır.³³⁰

B. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Genel Olarak Türk Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı

Türk hukuk tarihi açısından, idari denetimin kökeni İslamiyet öncesine dek götürülebilecekken aynı şeyi idarenin yargısal denetimi açısından söylemek mümkün değildir.³³¹ Cumhuriyet rejimine değin idare ile birey arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için idare hukukunun uygulandığı, bağımsız karar verebilen bir idari yargı rejimi var olmamıştır³³².

³²⁹ Ulsan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s.2905.

³³⁰ Doktrinde örtülü kanun boşluğu olduğunu savunan yazarlar, “uygun bir bedelle denkleştirilme” ifadesinin hem tehlike ilkesine aykırı olduğunu hem de TBK m.71/1 ile m.71/4 arasında çelişki yarattığını ifade etmişlerdir. Bu nedenle tehlike sorumluluğunda zarar ortaya çıktığında bunun giderilmesi için TBK m.71/4 ün uygulanmaması gerektiği ve zararın tazminat hükümlerine göre giderilmesi gerektiği görüşündedirler. Bkz. Yücel, op.cit., s. 191-193; Murat İnceoğlu, Gökçe Kurtulan, “TBK m. 71/F.4 Hükümüne Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk”, *İKÜHFD*, Cilt: 15, S: 2 (Özel Sayı: Prof. Dr. M. İlhan Ulsan’a Armağan, Cilt: II), Yıl: 2016, ss. 45-60, s.57,58.

³³¹ Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s.26 vd.

³³² Lütfi Duran, *Atatürk Döneminde Danıştay*, İHİD, y.2, s.1981, sy.3, ss.19-39, s.39.

Osmanlı Devletinde mutlak hükümlanlık hakkına sahip padişah devlet ile özdeşleştirildiği için idarenin sorumluluğu anlayışı gelişmemiştir.³³³ “Sorumsuz” devlet ile memur arasındaki ilişki ise vekalet benzeri bir ilişki olarak kurgulanmıştır. Bunun doğal sonucu olarak, devleti temsil yetkisinin sınırı, memurun görevini yerine getirirken kanuna ve nizamaya uygun hareket edip etmediği üzerinden belirlenmiştir. Görev ve yetkilerine yani hukuka aykırı hareket edip bir zarara sebebiyet verdiği takdirde memur, bu zarardan şahsen sorumlu tutulmuştur³³⁴.

Osmanlı Devletinin son zamanlarında, Tanzimat dönemiyle başlayan idari modernleşme sürecindeki reform hareketlerinde de idarenin sorumluluğuna geçiş niyeti gözlenmemektedir. Ne Tanzimat Fermanında, ne Tanzimat döneminde hazırlanan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’de ne de Osmanlı tarihinin tek anayasası olan Kanuni Esasi’de devletin sorumluluğuna dair hükümler vardır.³³⁵ Fakat literatürdeki görüş ayrılıkları sebebiyle, modernleşme sürecinin önemli bir parçası olan Şuray-ı Devlet’e ayrıca değinmek gerekmektedir.

2. Şuray-ı Devlet’in Tarihsel Evriminin İdarenin Sorumluluğuna Etkisi

Şuray-ı Devletin bugünkü Türk idari yargısının başlangıç noktası olduğunu savunan yazarların³³⁶ yanında, bu kanaate kuşkuyla yaklaşanlar³³⁷ da mevcuttur.³³⁸ 1868’de kurulan Şuray-ı Devletten önce, 1864 Vilayet nizamnamesiyle taşrada kurulmuş idare meclisleri, idari yargının tarihsel evriminin miladı sayılabilir.³³⁹ Zira bu meclislere 22 Ocak 1871 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi ile idari davalara bakma yetkisi tanınmıştır. Bu yetki ile birlikte, taşrada tecrübe edilen sistemin

³³³ Atay, Odabaşı, op.cit. s.53; Muratoğlu, op.cit., s. 77.

³³⁴ Muratoğlu, op.cit., s. 78.

³³⁵ Muratoğlu, op.cit., s.78-81.

³³⁶ Mehmet Canatar, Yaşar Baş, “Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi”, *OTAM*, S.IX, 1998, ss.111-116, s.112; Süheyp Derbil, *İdare Hukuku, C.I, İdari Kaza- İdari Teşkilat*, 3. Bası, AÜHFY, Ankara, 1950, s.145; Orhan Özdeş, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, *Danıştay Dergisi*, Y.1, S.1, 1971, ss.22-32, s.22; Süheyla Şenlen, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, *AÜSBFD*, C.49, S.3-4, 1994, ss.401-413, s.404; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839 - 1939)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2010, s.147.

³³⁷ Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, s.95.

³³⁸ Ayşe Aslı Yücesoy, “Şûrây-ı Devlet (1868-1876)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:2, 2017, ss.187-216, s.192.

³³⁹ Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, s.95.

merkeze aktarılması anlamında, Şuray-ı Devletin kurulması, bu sürecin önemli bir aşamasını oluşturmuştur.³⁴⁰

Esasında Şuray-ı Devletin idari yargının temeli olup olmadığı meselesinden önce tartışılması gereken, o dönemde birey ile idare arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak bir “idare hukuku”nun var olup olmadığı konusudur. Adli yargıdan ayrı bir idari yargı rejiminden söz edebilmek için idare ile birey arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak ayrı birtakım ilke ve kuralların olması diğer bir deyişle bir “idare hukukunun” olması gerekmektedir. Oysa Osmanlı devletinin hiçbir döneminde idare hukuku var olmamıştır.

Pek tabii ki, ayrı bir idari yargı rejimi, idarenin sorumluluğunun zorunlu unsuru değildir. Aynı şekilde idare ile birey arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak ayrı birtakım kuralların olması da idari sorumluluğun doğal bir şartı değildir. Fakat aynı yargı kolunda da olsa farklı yargı kolunda da olsa idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için, Şuray-ı Devletin yaptığı yargılamaların sonucunda idareyi bir yaptırıma tabi tutması ve bu yaptırıma dayanak gösterebileceği özel ya da ortak bir hukuk normunun bulunması şarttır.³⁴¹ Osmanlı Devletinde ise idarenin sorumluluğuna ilişkin hukuki bir düzenleme mevcut olmadığı gibi Şuray-ı Devletin sadaret makamının onayı ve padişahın tasdiki olmadan kararlarını icra edebilmesi de mümkün olmamıştır. Nihai karar verme yetkisi olmayan,³⁴² dahası sadâretin izni olmadan herhangi bir konu üzerinde incelemede dahi bulunamayan³⁴³ Şuray-ı Devleti gerçek anlamda bir yargı yeri saymak ve idari sorumluluk hukukunun miladını Osmanlı dönemindeki Şuray-ı Devletle başlatmak gerçekçi değildir. Ancak elbette ki idarenin yargısal denetimi konusunda uzmanlaşmış ayrı bir yargı düzeni ve

³⁴⁰ İlber Ortaylı, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2000, s.95-96, Karahanoğulları, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, s.106.

³⁴¹ Muratoğlu, op.cit., s.121.

³⁴² Şuray-ı Devlet Nizamname-yi Dahilî m. 8: “Şûrây-ı Devletin nizamnamesi aslîsi hükmünce umuru idareye dair olan kararları kat’î olmadığı misillü muhakemat dairesinde deavi üzerine lahik olan hüküm ve kararların icrası dahi makamı sadaretin tasdikine ve iradei Seniyye süduruna menuttur” İsmail Hakkı Görelî, *Devlet Şurası*, Yeni Matbaa, Ankara, 1953, s.20; Yücesoy, op.cit., s.210.

³⁴³ Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasîsi’nin 2’nci maddesinin son kısmında “... işbu umur ve mesalihin cümlesi usulü veçhile makam-ı Sadaretten havale olunub kararları da bâmazbata oraya bildirilecektir.” Halim Kılıç, *Osmanlı Devleti’nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Şûra-yı Devlet (1868 - 1876)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012; Yücesoy, op.cit., s.209, 210.

içtihatlarla zenginleşen idarenin sorumluluğu hukukunun oluşması sürecinde önemli bir durak noktasıdır.

Şuray-1 Devlete bağımsız ve nihai karar verme yetkisi ve idari dava ve uyuşmazlıklara bakma görevi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti kurulduktan sonra, 1924 Anayasası ile verilmiştir. Ardından 1925'te yürürlüğe giren 669 sayılı Şuray-1 Devlet Kanunu ve 1938 yılında bu kanunun yerini alan 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu ile birlikte ayrı bir yargı düzeni, idari yargı rejimi kabul edilmiştir. Fakat gerek Anayasada gerekse sözü edilen kanunlarda idarenin sorumluluğuna ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin maddi bir düzenleme için 1961 Anayasasını beklemek gerekmiştir.

3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Ve İctihadi Bir İlke Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Ortaya Çıkışı

a. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Anlamı ve Kapsamı

İdarenin kusursuz sorumluluğu kavramının oluşum süreci, özel hukukta kusursuz sorumluluk başlığı altında sözü edilen gerekçelerle birlikte şekillenmiştir. *Jhering*'in “tazmin yükümünü doğuran zarar değil kusurdur” anlamına gelen “*Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld*”³⁴⁴ şeklindeki ünlü deyişi ile özetlenebilecek olan kusur ilkesinin 18'inci ve 19'uncu yüzyıldaki hâkimiyetinin ardından³⁴⁵ sanayileşme, kentleşme ve sosyal devlet anlayışının tazminat hukukunu uğrattığı dönüşüm idareyi de etkilemiştir.

Kentleşme ve sosyal devlet anlayışıyla birlikte, kamu hizmetlerinin çeşidi ve kapsamının artması, sanayileşme ve makineleşmenin sonucunda kamu hizmetlerinde kullanılan teknolojinin gelişmesi, başvuru yöntemlerinin giderek daha girift ve tehlikeli hale gelmesi ve kamu hizmeti örgütlenmesinin karmaşıklaşması zarar doğurma olasılığını arttırmıştır. Bu dönüşüm idare ile zararlı sonuç arasındaki kusur ilişkisini kurmayı ve daha önemlisi kanıtlamayı güçleştirmiştir. Öte yandan idarenin kusuruna dayanmayan ya da dayandığı saptanamayan zararın, salt bu gerekçeyle zarar gören birey

³⁴⁴ Hermann Lange, Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2003, s.20.

³⁴⁵ Ozansoy, op.cit. s.172.

üzerinde kalması, giderek daha fazla dile getirilen ve talep edilen adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı görülmüştür.³⁴⁶ Dolayısıyla idari sorumluluk hukukunda da tıpkı özel hukukta olduğu gibi³⁴⁷ odak, zarar verenden zarar görene kaymıştır. Böylelikle tazminat hukukunun anlamı sorumlu kılmaktan çok zararı karşılamaya evrilmiş ve yeni bir hukuki araç olarak kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir.³⁴⁸

Esasında idare hukukunda kusursuz sorumluluğun ortaya çıkış gerekçeleri açıklanırken özel hukuka referans verilmesi uygun bir yaklaşım değildir. Zira kamu hukukundaki kusursuz sorumluluk fikri, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk yaklaşımından daha önce ortaya çıkmıştır.

Kıta Avrupasında özel hukukta kusursuz sorumluluğa ilişkin ilk hukuki düzenleme, 1838 tarihli Prusya Demiryolları Kanununda (Preußisches Eisenbahngesetz, kısaca: prEG) yer almaktadır. Söz konusu kanunda, sanayi devriminin etkisindeki çağın gereklerine uygun şekilde, demiryolu işletmesinin sorumluluğu düzenlenirken tehlike esasına dayanılmıştır.³⁴⁹ Demiryolu işletenin faaliyeti yürütürken verdiği zararlardan sorumluluğu kusur şartına bağlanmamıştır.³⁵⁰ Prusya Demiryolları Kanunundaki kusura dayanmayan sorumluluk anlayışı diğer Avrupa ülkelerini de etkilemiş, ilk olarak demiryolu faaliyeti yürütülürken meydana gelen zararlar konusunda tehlike esasına dayanan yasal sorumluluk düzenlemeleri yapılmıştır.³⁵¹ Örneğin 1869 yılında Avusturya’da, 1875 yılında İsviçre’de demiryollarındaki kazaların sebep olduğu ölüm ve yaralanmalardan, işletenin tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir.³⁵²

Ancak Alman hukukunda hem devletin sorumluluğuna ilişkin hem de fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna ilişkin ilk yasal düzenleme olan Prusya Devletleri Genel Kanununun (PrALR) 1794 tarihli olduğu hatırlanacak olursa, kamu hukukunda kusursuz sorumluluk fikrinin özel hukuka nazaran, daha önce ortaya çıktığı

³⁴⁶ Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, s.1083; Atay, *İdare Hukuku*, s.759; Hacımuratlar, op.cit., s.169; Esin., op.cit., s.128. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 366, 367; Çağlayan, op.cit. ss. 142-145; Zuhul Bereket Baş, “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 136 vd.

³⁴⁷ Tandoğan *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.13.

³⁴⁸ Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, s. 1083; Atay, *İdare Hukuku*, 759.

³⁴⁹ Murat Aydoğdu, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.14.

³⁵⁰ Zimmerman, op.cit., s.1130.

³⁵¹ Zimmerman, op.cit., s.1130-1132.

³⁵² Yücel, op.cit., s. 52, 53.

anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Fransız hukukunda da, kusursuz sorumluluk anlayışının ilk kez, Conseil d'État'nın 1895 tarihli *Cames* kararında ifade edildiği, bu tarihte özel hukukta kusura dayanmayan bir sorumluluk anlayışının var olmadığı aktarılmaktadır.³⁵³ Her ne kadar Türk hukuku bu hususta aksine bir gelişim sergilemiş olsa da, bir başka deyişle Türk hukukunda kusursuz sorumluluğun kökleri özel hukuk karakterli Mecelle'ye kadar uzansa da, tarihsel perspektifte genel olarak kusursuz sorumluluk teorisinin kamu hukuku kökenli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Öte yandan kusursuz sorumluluk ilkesi idare hukukunda, özel hukuka kıyasla daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.³⁵⁴ Özel hukukta her bir kusursuz sorumluluk ilkesinin genel bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Örneğin tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m.71'de genel hüküm mevcutken, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna ilişkin TBK'da ya da TMK'da genel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple özel olarak düzenlenmiş bir konu varsa ancak bu konuyla sınırlı olarak fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna başvurulabilmektedir. Oysa idare hukukunda kusursuz sorumluluğun uygulama alanı, kanuni düzenlemelere konu olan olay ve durumlarla sınırlı değildir³⁵⁵, içtihatlarla geliştirilmektedir.³⁵⁶

Öte yandan “kusursuz sorumluluk” ifadesinin bu sorumluluk türünü tam anlamıyla karşılayamadığının da ayrıca vurgulanması gerekmektedir. Her ne kadar yerleşmiş ve yaygın bir kullanımı olduğu için söz konusu sorumluluk türünden bu çalışmada da kusursuz sorumluluk olarak bahsedilmiş olmasa da, bu şekildeki kullanım söz konusu sorumluluk türünün yalnızca idarenin kusursuz ve hukuka uygun faaliyetlerini konu aldığı gibi bir algıya sebep olmaktadır. Nitekim doktrinde yer alan,

“idarenin faaliyeti sonucu doğan zararın kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazminine karar verilmiş olması aynı zamanda idarenin zarara sebep olan

³⁵³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1166, 1167.

³⁵⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1238; Tan, op.cit., s.501.

³⁵⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “...*İdare hukukunda korunma kapsamı özel hukuka göre daha geniştir. İdarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkün kılınmıştır. Özel hukukta ise sadece Kanunda sayılan belirli konular için düzenleme yapılmış olup sınırlıdır...*” diyerek bu farkı açıkça ortaya koymuştur. AYM, E.2014/94, K. 2014/160, T. 22.10.2014, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>,

³⁵⁶ Ahmet Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.9, 10; Hatemi, op.cit., s.70, 71.

davranışının hukuka uygun olduğunun da yargı yerince kabulü anlamına gelir”³⁵⁷

ifadesi bu tespitimizi doğrular niteliktedir. Söz konusu ifade eleştiriye açıktır. Zira idarenin kusursuz sorumluluğu demek, kusur şartının aranmasına gerek olmadığını, kusur ile *ilgilenilmediğini* göstermektedir. Kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutmaktan, kusursuz olmasından öte bir anlamı vardır.

Kusurun tespit edilebildiği yani idarenin kusurlu olduğunun ispat edilebildiği durumlarda öncelikle kusur sorumluluğu ilkesi ile tazmin yükümü belirlenmektedir.³⁵⁸ İdareye atfedilebilir bir kusur olup olmadığı araştırması yapılmadan doğrudan kusursuz sorumluluk ilkelerine başvurulamaz.³⁵⁹ Fakat aynı zamanda kusursuz sorumluluk hallerinin ortaya çıkış gerekçeleri olan, kusur ilkesinin yetersizliğini ortaya koyan teknolojik gelişmeler, bu gelişmelerle birlikte daha tehlikeli ve daha karmaşık hale gelen makineler ve toplumsal ilişkilerin karmaşıklaşması hali; idare bir faaliyeti sırasında bireyin hakkının ihlal ettiği kusurun kime ait olduğunun belirlenmesini ve ispatlanmasını güç hale getirmiştir.³⁶⁰ İşte kusursuz sorumluluğa duyulan ihtiyaç da, günümüzde kusursuz sorumluluğun gördüğü işlev de budur.

Kusursuz sorumluluk, kusuru olmasa dahi, kamu hizmeti yürütülürken ortaya çıkan her türlü zararı idarenin tazmin etmesi gerektiği şeklinde bir anlayışın ürünü değildir. İdarenin faaliyetleri esnasında ve bu faaliyet neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçta, idarenin kusuru olup olmadığı ya da hangi idarenin kusurlu olduğu kanıtlanamasa dahi, zarar idare tarafından tazmin edilmeli şeklindeki bir anlayışın

³⁵⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1238.

³⁵⁸ “*Tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle hizmet kusurunun varlığı araştırılmalı, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir.*” İDDK, E.2015/1477 K.2017/3254, K.T.26.10.2017; aynı ifade için bkz. İDDK, E.2015/1172, K.2017/3252, K.T.26.10.2017; İDDK, E.2013/2411, K.2015/1784, K.T.13.5.2015; İDDK, E.2015/3752, K.2016/2422, K.T.8.6.2016; İDDK, E. 2008/11, K.2009/3108, K.T.17.12.2009; “*Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır. Kusursuz sorumluluk ise, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağanüstü zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür.*” İDDK, E.2013/509, K.2015/454, K.T.19/2/2015; 13. D., E. 2014/3359 K. 2018/1887 T. 28.5.2018; aynı yönde bkz. D10D, E. 2017/4202, K. 2018/2053, K.T. 6.6.2018; D10D, E. 2015/2689, K. 2018/2055, K.T. 6.6.2018; D13D., E. 2014/5316, K. 2015/1709, K.T. 4.5.2015; D15D., E. 2015/8936, K. 2016/1604, K.T. 10.3.2016; <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021)

³⁵⁹ Bkz. AYM, *Hasan Kılıç*, B. No: 2018/22085, 27/1/2021, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

³⁶⁰ Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, s. 1083; Atay, *İdare Hukuku*, s. 758; Esin, op.cit., s.128; Taner Ayanoglu, *Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 1994, s.5, 6.

ürünüdür. Bu bakımından belki de sorumluluk ilkelerinin ikili ayrımında kusur sorumluluğunun karşısında kusursuz sorumluluk kavramının değil, kusura dayanmayan sorumluluk kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır.³⁶¹

İdarenin kusursuz sorumluluğunun bu şekilde yorumlanması, kusursuz sorumluluk esasının uygulandığı hallerin gittikçe genişlemesinin; idarenin faaliyet alanındaki zarar riskinin, sosyal dayanışma anlayışının gelişmesine koşut, giderek sosyalize olmasının, (riskin sosyalizasyonu, sosyal risk, la socialisation du risque)³⁶² idarenin sorumluluğunu, bir kamusal sigorta sistemine dönüştürdüğü eleştirisini³⁶³ de bertaraf edecektir.

b. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ile Kusur Sorumluluğu Arasındaki İlişki

İdarenin sorumluluğu araştırılırken, yukarıda da ifade edildiği gibi öncelikle kusur sorumluluğuna sebep olacak bir hizmet kusuru yahut kişisel kusur olup olmadığı tespit edilmektedir. Aksini iddia eden yazarlara rağmen³⁶⁴, literatürdeki çoğunluğa göre aslanan kusurdur, kural sorumluluğun kusura dayanmasıdır.³⁶⁵ Arızı olan kusura dayanmayan sorumluluktur, asılın yokluğunda kusura dayanmayan sorumluluğa başvurulmaktadır.

Yorum yoluyla bir “kural – istisna”, “asllilik – arızilik” ilişkisi belirleyebilmek için, neyin asli neyin arızı olduğu konusunda bir tereddütün olmaması gerekmektedir.

³⁶¹ Aynı yönde bkz. Hacımuratlar, op.cit., s.176, 177.

³⁶² Hasan Nuri Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, (*ÜHFM C. LXVI, S.1, 210 s. 201-220, 2008*), s.215.

³⁶³ Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, ss.135-145, s.138.

³⁶⁴ “... zamanla özellikle ‘sosyal devlet’ ilkesinin benimsenmesi sonucu, devlet ekonomik nitelikli dahil çok çeşitli kamu hizmetlerini yüklenince, kişilere zarar verme olasılığı da arttı. Bu da idare hukukunda kusursuz sorumluluğun kural haline dönüşmesine neden oldu. ... idare hukukunda kusursuz sorumluluk kural oldu, idari kusura(hizmet kusuru ve görevsel kusura) dayanan sorumluluk da istisna haline geldi”, Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.310; Özay da, özel hukukta kusur sorumluluğunun kural, kusursuz sorumluluğun istisna olduğunu fakat idare hukukunda durumun tam tersi olduğunu, kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin giderek yaygınlaştığını ifade etmektedir. İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996, s.740. Atay, özel hukukta istisnai sorumluluk sebebi olan kusursuz sorumluluk ilkesinin, idare hukukunda hizmet kusurunun uygulanmadığı durumlarda olağan sorumluluk sebebine dönüştüğünü savunmaktadır. Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, s. 1071; Atay, *İdare Hukuku*, s. 729; Esin bu meseleye başka bir perspektiften yaklaşarak, kusurlu sorumluluğun uygulama alanı kalmadığını, idari sorumluluk hukukunun tam manasıyla objektifleştiğini, kusurdan arındığını söylemektedir. Esin, op.cit. s.19.

³⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1057; Atay, *İdare Hukuku*, s. 709; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s.360; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, C.II*, s.665; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.281.

Kusur sorumluluğu ile kusura dayanmayan sorumluluk arasında özel hukukta bir kural-istisna ilişkisi olduğu TBK'ya dayanılarak rahatlıkla savunabilir. Fakat idare hukukunda bu türden bir savunu Anayasa m.125/son dayanak kabul edildiğinde oldukça güçtür. Zira Anayasa m.125/son'daki “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” ifadesi ile anayasa koyucu zararı ön plana almış, kusurlu ya da kusura dayanmayan sorumluluk arasında bir kural-istisna ilişkisi kurmamış, ikisi arasında bir tercihte bulunmamıştır.³⁶⁶

Kamu hukukunda kusurlu sorumluluğun kural, kusura dayanmayan sorumluluğun istisna olarak adlandırılması, tarihsel evrim perspektifinden bakıldığında daha rahat savunulabilmektedir. Fakat salt Anayasada idarenin sorumluluğunun düzenleniş biçimi üzerinden, bu şekilde bir kural-istisna ilişkisi olduğu çıkarımını yapmak mümkün gözükmemektedir.

İdareye anayasal ve yasal normlara dayanarak ve onlara aykırı olmayacak şekilde hareket kabiliyeti sağlayan, Anayasa m.2'de yer alan hukuk devleti ilkesi üzerinden bir yorum yapıldığında ise, kusur sorumluluğuna öncelik verilmesi gerektiği savunulabilir. Daha açık bir ifadeyle, kusur sorumluluğunun öncelikle uygulanması gerektiği şeklinde bir kural olduğu çıkarımı Anayasa m.125'ten değil, Anayasa m.2'den yola çıkılarak yapılabilecektir. Yine de bu çıkarım, anayasa koyucunun idari sorumluluk ilkeleri arasında kural istisna ilişkisi kurma iradesini değil, kusur sorumluluğu ile kusura dayanmayan sorumluluk arasında *uygulama önceliği* şeklinde bir ilişki kurmaya yönelik iradesini göstermektedir. Çünkü kusura dayanmayan sorumluluğa tam manasıyla istisna diyebilmek, arızı olduğunu söyleyebilmek için, ayrıca ve açıkça bir kusura dayanmayan sorumluluk düzenlemesi olması gerekmektedir.³⁶⁷ Oysa Anayasa koyucu idarenin sorumluluğunu düzenlerken, sözcelimi idarenin kusuru ile verdiği zararlardan sorumlu olduğu, kanunla kusuru aranmaksızın verdiği zararlardan sorumlu tutulabileceği minvalinde bir ifade kullanmamıştır. Dolayısıyla aralarındaki ilişki için kullanılacak kural – istisna kavramlarının doğru hukuki terimler olduğunu söylemek zordur.

³⁶⁶ Ozansoy, op.cit., s.196-198, 260; Hacımuratlar, op.cit., s.218.

³⁶⁷ “*Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır*”, Kural – istisna ilişkisi için bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 236, 2013, ss.15-120.

Uygulama önceliği ya da öncelikle uygulama ilişkisinden söz etmek daha isabetli olacaktır.³⁶⁸

c. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Dayanağı ve Bir Sorumluluk Sebebi Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun dayanağı ve bir sorumluluk sebebi olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi başlığından da anlaşılacağı gibi, bu çalışmada sorumluluğun dayanağı ve sorumluluk sebebi tamlamalarının aynı anlama gelmediği savunulmaktadır. Bu görüş doğrultusunda, öncelikle yukarıda idarenin kusurlu sorumluluğunun istisnası olduğuna dair anayasal bir emare bulunmadığı sonucunu ulaşılan kusura dayanmayan sorumluluğun dayanağı nedir sorusuna cevap aranacaktır. Kusur sorumluluğundan dayandığı esastan farklı olup olmadığı sorgulanacaktır. Ardından kusura dayanmayan sorumluluğun sebebi ya da sebeplerinin ne olduğu üzerine değerlendirmeler yapılacaktır.

- İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Esası

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun esası bahsinde öncelikle sorumluluk esası ile sorumluluk sebeplerinin birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmek gerekmektedir. Sorumluluk sebebi hukuk düzeninin ortaya çıkan zarardan sorumlu olma sonucu bağladığı bir davranış, olay veya olgu iken, sorumluluk esası söz konusu sorumluluğun ya da sorumluluk sebebinin hukuk düzeninin temelinde yer alan hangi ilkenin gereği olduğunu ifade etmektedir.³⁶⁹ Bu anlamda örneğin, kusurlu sorumluluk bir sorumluluk sebebidir. Sorumluluğun sebebinin kusur olduğunu gösterir.

³⁶⁸ “Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.” D13D, E.2014/5316 K.2015/1709 KT. 4.5.2015; D10D, E.2011/10627 K.2015/2632 KT.28.5.2015; D10D, E.2012/3781 K.2015/3708 KT.11.9.2015; D15D, E.2015/9728 K.2017/3758 KT.15.6.2017; D15D, E.2015/8936 K.2016/1604 T. 10.3.2016; D10D, E.2010/15463 K.2015/462 KT.16.2.2015; D8D, E.2012/2686 K.2018/2185 KT.18.4.2018; D8D, E.2017/4664 K.2019/115 KT.16.1.2019; D10D, E.2012/3117 K.2016/136 KT.15.1.2016; D10D, E.2012/5814 K.2015/2974 KT.15.6.2015.

³⁶⁹ Ozansoy, op.cit., s.22 vd.

Hukuk düzeninin temelinde yer alan hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi gibi ilkeler ise olsa olsa sorumluluğun dayandığı esaslar olacaktır.

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun hangi esasa dayandığı sorusu literatürde çokça tartışılmış ve cevaplanmıştır. *Duran*³⁷⁰ genel olarak idari sorumluluğun temelini imkan ve fırsat eşitliğinde bulurken, *Balta*³⁷¹ ve *Ozansoy*³⁷² hukuk devleti ilkesini esas almaktadır. *Gözübüyük* ve *Tan* ise bu konuda sorumluluk türlerine göre ikili bir ayırım yapmaktadır. İdarenin kusura dayanan sorumluluğunu hukuk devleti ilkesiyle, kusura dayanmayan sorumluluğunu ise sosyal devlet ilkesi ile açıklamaktadır.³⁷³

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun sebepleri ise öğretilerde Esin tarafından idari hasar, sebepsiz zenginleşme, sosyal hasar ve kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan kusura dayanmayan sorumluluk şeklinde dört başlık altında açıklanırken,³⁷⁴ kimi yazarlar üçlü bir ayırım yaparak kusura dayanmayan sorumluluğu idari hasar (risk), sebepsiz iktisap ve hukuki eşitlik³⁷⁵ yahut idari risk, fedakârlığın denkleştirilmesi ve sosyal risk³⁷⁶ sebeplerine dayandırmaktadır. İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun sebeplerini ikiye ayıran yazarlar ise konuyu, risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesi altında kategorize etmektedirler.³⁷⁷ İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunu tek bir sebep üzerinden açıklayan yazarların bir kısmı eşitlik ilkesi üzerinden hareket ederek “imkân ve fırsat eşitliği” ilkesi³⁷⁸, “hukukî eşitlik ilkesi”³⁷⁹ veya “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”ni³⁸⁰ dayanak gösterirken diğer bir kısmı idari risk ilkesine dayanmaktadır.³⁸¹

³⁷⁰ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Todaie Yayınları no:138, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s.12.

³⁷¹ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara, 1970, s.64.

³⁷² Ozansoy, op.cit., 33.

³⁷³ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 349- 350; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, C.II*, s. 645- 646; Tan, op.cit., s.473.

³⁷⁴ Esin, op.cit., s. 129-131.

³⁷⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, 1709- 1713.

³⁷⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1240.

³⁷⁷ Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1979, s.311; Günay, op.cit., s.379 vd.; Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.21; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s.366; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, C.II*, s.665; Atay, *İdare Hukuku*, s.759; Gözler, *İdare Hukuku, C. II*, s.1164

³⁷⁸ Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.16, 26.

³⁷⁹ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, *İdari Kaza (Teksir)*, İstanbul 1972, s.60: “İdarenin kamu yararı ve düzeni düşünceleri ile yaptığı faaliyetlerden bütün fertler yararlanmaktadırlar. Bunun karşısında yükümleri de eşit olarak dağılmalıdır. Bazen bir hizmet bazı kimselerin fazladan zararını icabettirebilir. Şu

Danıştay ise, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun esası ve sorumluluk sebepleri arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. İdarenin kusura dayanmayan tazmin sorumluluğunun kimi zaman hukuk devleti ilkesinin³⁸² kimi zaman sosyal hukuk devleti ilkesinin³⁸³ bir gereği olduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde “eşitlik ve adalet”³⁸⁴, “hakkaniyet ve nesafet”³⁸⁵, “risk”³⁸⁶, “fedakârlığın denkleştirilmesi”³⁸⁷ ilkelerini

halde, kamu hizmetlerinden eşit yararlanma ve eşit yükümlülük esaslarına ve buna dayanan hukuki eşitlik nazariyesine göre bu zararlar tazmin olunmalıdır”.

³⁸⁰ Ayanoğlu, op.cit., s.44, Ayanoğlu, Taner, (1995), "Kolluk Faaliyetleri Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi", *İHİD*, Cilt: XVI, Sayı: 1, ss.5-10, s.6.

³⁸¹ Recep Başpınar, “Tam Yargı Davaları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara 1986, s.489; Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları* (Teksir), Ankara 1972/1973, s.238-239; Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, Ankara 1959, s.233.

³⁸² “Kamu hizmetinin görülmesi sırasında hizmeti gören idarenin vermiş olduğu özel ve olağanüstü zararların bu idarece tazmini, Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur.” D10D, E. 2015/4158, K. 2018/3135, KT. 16.10.2018; D10D, E.1992/3372, K. 1993/3777, KT. 13.10.1993, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

³⁸³ “Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur.” D10D, E.1996/5023, K.1998/807, KT. 24.02.1998; “Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur. İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, ‘hizmet kusuru’ veya ‘kusursuz sorumluluk’ ilkeleri gereği tazmin edilmektedir” D10D, E.2002/7475, K.2003/5193, KT. 16.12.2003; aynı yönde karar için bkz. D10D, E.1994/4934, K.1995/5487, KT.02.02.1994; D12D, E.2006/507, K.2006/2268, KT. 06.06.2006; D10D, E.1996/2383, K.1997/4163, KT. 06.11.1997; D10D, E.1996/9012, K.1997/6164, KT. 25.12.1997; D10D, E.1999/5543, K.2001/4030, KT.22.11.2001; D10D, E.2001/257, K.2003/702, KT.25.02.2003; D10D, E.2002/7475, K.2003/5193,KT. 16.12.2003; D12D, E.2006/5071, K.2006/2268, KT.06.06.2006; D10D, E.2002/7475, K.2003/5193, KT. 16.12.2003; D10D, E. 2001/257, K. 2003/702, KT. 25.2.2003; D10D, E. 1996/9012, K. 1997/6164, KT. 25.12.1997; D10D, E. 1996/2383, K. 1997/4163, KT. 6.11.1997, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

³⁸⁴ “Bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelen zararın belirli bir veya birkaç kişiye yükletilmesine olanak bulunmadığı gibi, ortaya çıkan zararın kamuca yüklenilmesi de idare hukukunun hak, adalet ve eşitlik ilkeleri gereğidir.” D10D, E. 1989/2476, K. 1990/1342, K.T. T. 07.06.1990, <http://www.kazanci.com/>, (06.03.2021).

³⁸⁵ “Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen, kişisel kusurdan kaynaklanmayan zararların, bir kaç kişiye yükletilmeyip, kamuya pay edilmesi hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olup; olayda idareye yüklenebilecek hizmet kusuru olmasa bile, zararın objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi olan idarece tazmini gerekmektedir.” D10D, E.1982/2650, K.1986/133, K.T.30.01.1986, aynı yönde D10D, E.1982/2884, K.1985/912, K.T.01.05.1985; “Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak genel külfetler dışında kişilere ve özel mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, ayrıca idarenin hizmet kusuru aranmadan, hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi, hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.” D10D, E.1982/4465, K.1985/672, K.T.3.4.1985, D10D, E.1982/469, K.1982/2357, K.T.24.11.1982; D10D, E.1982/2549, K.1985/897, K.T.1.5.1985; D6D, E.1987/130, K.1987/1138, K.T.19.11.1987; D12D, E.1969/801, K.1971/1889, KT.15.09.1971; <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021); “...Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak genel külfetler dışında kişilere ve özel mülkiyete verilen zararların, eylem ve zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması ile, ayrıca idarenin hizmet kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet

bazen tek başına, bazen birkaçını birlikte³⁸⁸ kullanarak, idarenin zararı tazmin yükümlülüğünün, söz konusu ilkelerin gereği olduğuna hükmettiği kararları da mevcuttur.

Hemen belirtmek gerekir ki, sorumluluk sebepleri olduğu belirtilen risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kavramlarındaki ilke kelimesinin varlığı, bu kavramların hukuk düzeninin genel kurgusu içinde yer alan ilkelerle aynı kategoride yer aldığı anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi bir sorumluluk esası değil sorumluluk sebebidir. Risk ilkesi, hukukun genel ilkelerinden bir ya da birkaçına dayanan bir teoridir. Aynı şey fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi için de geçerlidir.

Anlaşılabacağı üzere, Türk idare hukuku literatüründe ve keza Danıştay'ın kararlarında idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun temeli ve sorumluluk sebebi ya da sebepleri hakkında bir görüş birliği bulunmamaktadır. İdarenin sorumluluğunun temeli tartışmalarında imkan ve fırsat eşitliği üzerinden hareket eden *Duran*, son bir analizde bütün kamu hukuku kurallarının kökeni sayılabilecek hukuk devleti ilkesinin

kuralları gereğidir..."; D12D, E.1967/1689, K.1971/1008, K.T.20.4.1971, Esin, op.cit., s.141, 142; D12D, E. 1967/420, K. 1969/1315, K.T.09.06.1969, Esin, op.cit., s. 210; D12D, E. 1978/472, K. 1980/3236, KT. T. 11.09.1980, DD, S. 42-43, s. 338-340; D12D, E. 1966/1597, K. 1966/1597, KT. T. 20.12.1966, Esin, op.cit., s.186; D10D, E.1989/2476, K. 1990/1342, KT. T. 07.06.1990, DD, S. 81, s. 355-357; D12D, E.1967/1268, K. 1968/1667, KT.25.09.1968, Esin, op.cit., s. 171; D10D, E. 1982/3322, K. 1985/1065, KT. 22.5.1985, <http://www.kazanci.com/>, (06.03.2021).

³⁸⁶ "İdare, kamu hizmetinin ifası sırasında fertlere verdiği bu çeşit zararları idare hukukunda risk nazariyesi adı altında ifade edilen prensip gereğince tazminle mükelleftir." D12D, E.1969/3328, K.1971/2770, K.T.30.11.1971, Esin, op.cit., s.138.

³⁸⁷ D10D, E.1982/3142, K.1983/322, K.T.21.2.1983; D10D, E.1982/4042, K.1983/1823, K.T.05.10.1983, D15D, E.2015/6230, K.2017/7584, K.T.19.12.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

³⁸⁸ "...Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserle, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde, bu zarar, topluluğun neşrine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefi yetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telâfi etmek hakkaniyet ve nesaletin bir icabıdır..." DDGK, E.1960/177, K.1962/108, KT.16.02.1962, Esin, op.cit., s.140.; D12D, E.1965/4330, K.1967/676, KT.26.4.1967, Esin, op.cit., s.157: "Aksi durum, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi sonucunu doğurur ki, bu da, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesalet ilkeleri ile bağdaşmaz." D15D, E.2015/6230, K. 2017/7584, KT. 19.12.2017; aynı yönde bkz. D15D, E. 2016/8641, K. 2017/7588, KT. 19.12.2017; D10D, E. 1982/4465, K. 1985/672, KT. 3.4.1985; D10D, E. 1982/4042, K. 1983/1823, KT. 5.10.1983; "Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak genel külfetler dışında kişilere ve özel mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesalet kuralları gereğidir. Bu zararın karşılanması ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucudur." D10D, E. 1982/3708, K.1983/983, KT. 27.4.1983, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

ve tıpkı hukuk devleti ilkesi gibi geniş kapsamlı, genel, soyut, belirgin sınırlardan uzak eşitlik ilkesinin idari sorumluluğunun temeli olmaya elverişli ve yeterli olmadığını savunmaktadır.³⁸⁹ Aynı şekilde “kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesi”nin, “eşitliğin olağanüstü ve özel şekilde ihlali” fikrinin ve “nesafet sorumluluğu” düşüncesinin de idari sorumluluğunun temeli olamayacak nitelikte, yetersiz ve değişken kavramlar olduğunu ifade etmektedir.³⁹⁰ *Duran*’a göre idari sorumluluğun temeli imkan ve fırsat eşitliğidir.³⁹¹ Oysa imkan ve fırsat eşitliği, *Duran*’ın genel, soyut, belirgin sınırlardan uzak kabul ettiği eşitlik ilkesinin bir görünüm biçimi olarak aynı eleştirilere açık, kusura dayanmayan sorumluluğu karşılamak için yetersiz, kusur sorumluluğunun anlamını farklılaştıran, mağduru eskisinden daha iyi bir sosyal ve ekonomik duruma getirme, olanaklarda ve bunlardan yararlanmada eşit olma şeklindeki anlam ve amacıyla, zararı karşılama amacı güden tazminat olgusundan oldukça uzaktır.³⁹² Hal böyleyken, imkan ve fırsat eşitliği kavramına sahip olmadığı bir “zararı karşılama amacı” yüklenmesi, doğru ve gerçekçi değildir. Örneğin idarenin, Anayasanın eğitim hakkının düzenlendiği 42’nci maddesi çerçevesinde yürüttüğü bazı faaliyetleri imkan ve fırsat eşitliği ilkesiyle açıklanabilir, ancak idarenin mali sorumluluğu imkan ve fırsat eşitliği ilkesinden uzak ve alakasızdır.³⁹³

İdarenin eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması şüphesiz hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve sonucudur. İdarenin hukuka bağlı şekilde, hukuk sınırları içinde ve hukuk kurallarına dayanarak hareket etmesi hukuk devleti ilkesinin idare hukuku perspektifinden en önemli görünümüdür. Bu kapsamda kusur sorumluluğunun hukuk devleti ilkesine dayandığı konusunda şüphe olmasa da, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun dayanağı için hukuk devleti ilkesinin yanında sosyal devlet ilkesinden güç almaya ihtiyaç vardır. Zira üstün kamu gücüyle hareket eden idare karşısında zayıf konumdaki bireyin, uğradığı zarara sırf kamusal menfaat bireysel menfaatten daha üstün tutulduğu için katlanmasını beklemenin, adalet ve hakkaniyet duygusunu zedelemesi, hukuk devleti ilkesinin yanında ve hatta ondan daha çok, Anayasanın 2’nci maddesinde sosyal devlet ilkesinin benimsenmesinin sonucudur.

³⁸⁹ *Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 13.

³⁹⁰ *Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 14-16.

³⁹¹ *Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* s.16.

³⁹² *Ozansoy, op.cit.*, s.28 vd.

³⁹³ *Ozansoy, op.cit.*, s.32.

Sosyal devlet ilkesinin yanında Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi de, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun temelinde yer almaktadır. İdarenin kamu hizmeti sunarken hukuka uygun eylem ve işlemleriyle kişilere verdiği zararların tazmini, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere,³⁹⁴ ancak söz konusu zararın bireyselleştirilebilir³⁹⁵ nitelikte ve yürütülen kamu hizmeti sayesinde sağlanacak olan (kamusal) yarar ile tolere edilemez ölçüde olması durumunda mümkündür. İdare toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyette bulunurken, tespit edilebilir nitelikte bir ya da birkaç kişinin uğradığı, kamu yararı karşısında tahammül edilemeyecek olan olağanüstü nitelikteki bu zararlar, toplum üyeleri arasında eşitliğin bozulduğu anlamına gelir. İşte kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi de toplum üyeleri arasında bozulan eşitliğin yeniden tesisine hizmet eder. Dolayısıyla idarenin, kusur şartı aranmaksızın, faaliyetinin neticesinde meydana gelen, söz konusu özel ve olağanüstü nitelikteki zararları karşılamakla yükümlü kılınması, eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

- **İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Sebebi Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi**

Kusura dayanmayan sorumluluğun temelini sosyal hukuk devleti ilkesi olarak ifade ettikten sonra, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun sebebi ya da sebepleri konusunu da ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Literatürde yukarıda ifade edildiği gibi sebepsiz iktisap, idari risk, eşitlik, fedakârlığın denkleştirilmesi ve sosyal risk ilkeleri -ayrı ayrı ya da birkaçı birlikte- sorumluluk sebepleri olarak görülmüştür.

Öncelikle savunusu birkaç on yıl öncesine dayanan³⁹⁶ sebepsiz iktisap ilkesinin idari sorumluluk hukukunda bir yerinin olmadığını söylemek gerekir.³⁹⁷ Zira sebepsiz zenginleşme borçlar hukukunda bir borç kaynağıdır. Sözleşmeden doğan ve haksız fiilden doğan borçların yanında üçüncü bir borç kaynağı olarak TBK m.77-82 arasında düzenlenmiştir. Haklı bir hukuki sebep olmaksızın kişinin bir başkasının malvarlığından

³⁹⁴ Bkz. *infra*, bölüm 2, II-B, 3.

³⁹⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1317.

³⁹⁶ Lütfi Duran "İdari İşlemlerden Sorumluluk İptal Davası-Tam Yargı Davası", *İÜHF*M., C. 33, S. 3-4, 1967, s. 10; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s.1712; Esin, *op.cit.*, s. 129-131; Sarıca, *op.cit.*, s.221-225.

³⁹⁷ Aynı yönde bkz. Hacımuratlar, s. 180.

veya emeğinden zenginleşmesi anlamına gelmektedir.³⁹⁸ Sebepsiz zenginleşen kişinin tazmin değil geri verme borcu vardır. Geri verme borcu bir tazminat ya da denkleştirme değildir. Sebepsiz zenginleşme müessesesinin amacı, bir kişinin malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kişinin, aleyhine zenginleştiği kişinin uğradığı kaybı gidermesi değil, geçerli bir sebebe dayanmaksızın elde ettiği bu kazancı geri vermesidir.³⁹⁹ Dolayısıyla, aksine yargı kararlarına rağmen,⁴⁰⁰ idarenin kusuru ile yahut kusura dayanmaksızın verdiği zararları tazminle yükümlü kılındığı idari sorumluluk hukukunda bir tazmin borcu doğurmayan sebepsiz zenginleşme kurumunun yeri yoktur. İdare sebepsiz zenginleşebilir ve bundan bir geri verme borcu doğabilir fakat bu durum sebepsiz zenginleşmeyi bir idari sorumluluk sebebi yapmaz.⁴⁰¹ Sebepsiz zenginleşme tazminata ya da denkleştirmeye ilişkin bir müessese değildir.

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunda, sorumluluğun sebebi, kamu külfetleri karşısında eşitlik diğer bir deyişle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.⁴⁰² Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin hareket alanı ve varlık amacı geniş anlamda kamu hizmetleridir. İdare tarafından kamu yararı amacıyla, üstün kamu gücü kullanarak yerine getirilen kamu hizmetleri sırasında ortaya çıkan, bireylerin katlanmak zorunda kaldıkları tolere edilebilir, genele yayılmış, hayatın olağan akışını bozacak ya da büyük bir değişime sebebiyet vermeyecek nitelikte zararlar idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Ancak ortaya çıkan zararlı sonuçlar özel ve olağanüstü bir niteliğe sahipse, tahammül edilemeyecek büyüklükteyse söz konusu zarar artık eşitliği bozan bir kamu külfeti haline gelmiş demektir.

³⁹⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.947 vd.; Oğuzman, Öz, C.II, s.327; Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstnabul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 298 vd.; M. Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s.1 vd.

³⁹⁹ Oğuzman, Öz, C.II, s.315, 316

⁴⁰⁰ D10D, E. 2007/6444, K. 2010/8930, K.T. 08.11.2010 akt. Akıylmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.260.

⁴⁰¹ Sebepsiz zenginleşmenin idarenin sorumluluğuna esas teşkil etmesi ile idarenin sebepsiz zenginleşmesi dolayısıyla ortaya çıkan bir sorumluluğunun olup olmayacağı birbirinden ayrı tartışma konularıdır, ayrı ayrı ele alınmaları gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aykut Pürde, *Sebepsiz Zenginleşme Teorisinin İdare Hukukunda Uygulanabilirliği Ve Teorinin İdarenin Sorumluluğu Alanındaki Görünümü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, ss.63-78.

⁴⁰² Ayanoğlu, Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, s.44; Karş. Hasan Nuri Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", (*İÜHF M C. LXVI, S.1, 210 s. 201-220, 2008*), s.209 vd.

Esasında kamu külfeti kavramı idarenin hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı ve kusurlu faaliyetleri için kullanılabilir. İdare kamu hizmetlerini yerine getirirken hukuk sınırları dışına çıktığında, bu durumun hukuka aykırılığı ispatlanıncaya ve sonuçları telafi edilene dek bireyin katlanması gereken zararlı sonuç, yani idarenin icrai ya da ihmali davranışı eşitliği bozan bir kamu külfetidir; salt hukuka aykırı ve kusurlu olduğu için özel ve olağanüstü niteliğe sahiptir. Diğer bir deyişle idarenin hukuka aykırı ve kusurlu davranışı sonucundaki zarar, büyüklüğüne bakılmaksızın başlı başına özel ve olağanüstüdür. Zira olağan olan idarenin hukuka uygun hareket etmesidir. Fakat bu zarara idarenin hukuk sınırları dışına çıkması sebep olduğundan, idareyi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden önce kusur sorumluluğu ilkesi ile sorumlu tutmak gerekmektedir. Çünkü hukuk devleti ilkesi gereği, idarenin hukuka aykırı ve kusurlu hareket ettiğinin ayrıca vurgulanması lazımdır. Bu vurgu idari yargı mercilerinin, somut olayda idarenin kusur sorumluluğunun mevcut olduğu saptamasını yapmasıyla ve tazmin yükümlülüğünün kusurlu davranışına dayandığını ifade etmesiyle gerçekleşecektir.

İdare, kamu hizmetlerini hukuka uygun şekilde yürütürken, bireylere üstün kamu yararı nedeniyle katlanması zorunlu, özel ve olağanüstü bir zarar verdiğinde ise tazmin borcu fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kaynaklanmaktadır.

İdarenin sorumluluğuna dair diğer ilkeler gibi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi de içtihadi bir ilkedir. Türk hukukunda idarenin sorumluluğuna ilişkin ilk anayasal düzenleme olan 1961 Anayasasının 114'üncü maddesinde⁴⁰³ olduğu gibi yürürlükteki 1982 Anayasası'nın idarenin sorumluluğuna ilişkin 125'inci maddesinde de, idarenin sorumluluğu, kusurlu ya da kusursuz sorumluluk ayrımı yapılmaksızın anayasal bir ilke olarak koruma altına alınmıştır.⁴⁰⁴

Her iki Anayasa da idarenin sorumluluğu ile ilgili soyut hükümler getirerek, sorumluluk ilkelerinin içeriğinin, dayandığı esasların ve uygulama alanlarının belirlenmesini yargısal içtihada bırakmıştır.⁴⁰⁵ Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi Türk

⁴⁰³ Madde 114: “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz. İdarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süre aşımı, yazılı bildirim tarihinden başlar. İdarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süre aşımı yazılı bildirim tarihinden başlar. İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” (Bu hüküm, madde metninin 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halidir.)

⁴⁰⁴ Atay, Odabaşı, op.cit., s.55.

⁴⁰⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, op.cit., s.1141.

hukukunda anayasal veya yasal düzlemde herhangi bir şekilde zikredilmediği için, bu ilke ve dolayısıyla kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi⁴⁰⁶ içtihatlarla şekillenmiştir. Bir başka deyişle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, içeriği ve uygulama alanı içtihat yoluyla belirlenmiştir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı, ulaşabildiğimiz ilk karar, hukuka uygun bir düzenleyici işlemde kaynaklanan zararların tazminine ilişkindir.⁴⁰⁷ Karara konu olayda Bakanlar Kurulu ilgili kanuna dayanarak ve ona uygun olarak çıkardığı bir kararname ile pamuğun azami satış fiyatı hakkında bir düzenleme yapmıştır. Davacı, bu düzenleme öncesinde ticari amaçla piyasadan satın aldığı pamuğu, mal ettiğinden daha düşük bir fiyata satmak zorunda kalmıştır. Bu düzenleyici işlem dolayısıyla uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay “*idarenin (...) amme menfaati mülahazası ve iktisadi bünyenin takviyesi maksadı ile tesis edilen bu tasarruftan kendilerine atfi kabil bir kusurları bulunmayan şahısların zararlarını tazmin eylemesi adalet ve nesafet kaideleri icabıdır*” şeklindeki ifadesiyle açıkça fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini zikretmese de bu ilkeyi uygulayıp zararın tazmine karar vermiştir. İlkenin açıkça ifade edildiği ilk karar⁴⁰⁸ ise bir caddenin genişletilmesi çalışmaları neticesinde yol seviyesinin yükselmesi sonucu o cadde üzerindeki davacıya ait apartmanın zemin katının yol seviyesinin altında kalarak bodrum katı haline gelmesi ve bu sebeple değer kaybına uğraması hakkındadır. Danıştay bu uyuşmazlıkta, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini açıkça ifade ederek,

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

⁴⁰⁶ Kusura dayanmayan sorumluluk ve fedakârlığın denkleştirilmesi arasındaki ilişki ileride açıklanacaktır. Bkz. infra, bölüm 1, II-B, 3-c.

⁴⁰⁷ D8D, T. 10.05.1961, E. 1960/6264, K. 1961/1910, Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu Ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin, 1997, s. 138.

⁴⁰⁸ DDDGK, T. 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108, DD, S. 87-88, s. 77. Kararın tahlili için bkz. Lütfi Duran, “Mahkeme Kararları Kroniği”, *İÜHF.M.*, C. 28, S. 2, s. 542-554. Esin, op.cit., s.140; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, 1964, s.497; Armağan, op.cit., s.105,106, Eroğlu, op.cit., s.114.

diyerek zararın idarece karşılanması gerektiğine hükmetmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANLAMI, KAPSAMI VE UNSURLARI

İdare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı ve unsurları başlıklı ikinci bölüm, iki alt başlık altında şekillenecektir. İdare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı ve kapsamı alt başlığı altında; fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anayasal dayanağı ile öğretisi ve içtihadın yardımıyla anlamı tespit edilecektir. Ardından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ile risk ilkesi arasındaki ilişki farklı yönleriyle incelenecek ve bu konuda çeşitli tespitlere yer verilecektir. Söz konusu ilkenin kamu düzenine ilişkin olma meselesi bu bölümde ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Son olarak idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin unsurları belirlenecek ve ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulacaktır.

I. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANLAMI VE KAPSAMI

A. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANAYASAL DAYANAĞI

Alman hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu ile ilgili açık anayasal dayanak yalnızca kamulaştırma kurumu için mevcuttur. Doğrudan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun düzenlendiği açık bir anayasal düzenleme mevcut değildir. Alman hukukunda bu ilke gelenek hukuku kuralı olarak kabul edilmektedir. Alman hukuk literatüründe fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, genel anlamda eşitlik ilkesinin, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m.3/1’de yer

alan kanun önünde eşitlik kuralının gerçekleştirilmesine hizmet eden özel bir hukuk müessesesi olarak nitelendirilmektedir.⁴⁰⁹

Fransız hukukunda ise kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından doğan sorumluluk anayasada düzenlenmemiştir. İçtihat ile yaratılmış olan bu sorumluluk ilkesi Fransız Anayasa Konseyi tarafından anayasal değerde bir hukuk ilkesi olarak görülmektedir.⁴¹⁰

Türk hukukunda da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi açık anayasal dayanağa sahip değildir. Danıştay, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden hatta genel olarak kusursuz sorumluluk ilkesinden bahsettiği kararlarında, bu sorumluluğun hukukun genel ilkesi⁴¹¹ olduğunu ifade etmekte⁴¹² ve eşitlik ilkesine atıf yaparak, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin gözetilmemesinin eşitsizlik yaratacağını belirtmektedir.⁴¹³ Dahası idarenin düzenleyici işlemleriyle, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğunu bertaraf etmesine izin vermemektedir. Yol yapım ve iyileştirme çalışmaları neticesinde akaryakıt istasyonu, market, yıkama ve yağlama ünitesinin kot altında kalması nedeniyle, burayı işleten kişilerin uğradıkları zararın tazmini istemiyle açtıkları davada Danıştay, her ne kadar “Karayolları Kenarında Yapılacak ve Açılacak

⁴⁰⁹ Ossenbühl / Cornils, op.cit., s. 130; Schiwy, op.cit., s. 31 f.

⁴¹⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1243.

⁴¹¹ Danıştay kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin hukukun genel ilkesi olduğunu, “hukukun umumî prensipleri”, “temel hukuk ilkeleri”, “idare hukukunun bilinen esasları”, “idare hukukunun temel ilkeleri”, “hukuk kaideleri”, “idare hukuku ilkeleri” şeklinde ve yine bu kelimelerin farklı kombinasyonlarına dayanan terimlerle ifade etmektedir. Bkz. D8D, E.2012/1845 K.2016/3093 KT. 28.3.2016; D8D, E.2010/4187 K.2012/429 KT.8.2.2012; D8D, E.2015/14517 K.2017/896 KT.16.2.2017; D12D, E.1965/4330, K.1967/676, KT.26.4.1967, Esin, op.cit., s.157; D12D, E.1965/3609, K.1966/2982, KT. 26.10.1966, Esin, op.cit., s.156, 157.

⁴¹² “Kamu mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarından (...)” DDGK, E.1960/177, K.1962/108, KT.16.02.1962, Esin, op.cit., s.140; Aynı yönde D12D, E.1975/110, K.1977/1201, KT.28.04.1977, Kazım Yenice, Yüksel Esin, *Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983, s.96; Bkz. D12D, E.1965/4330, K.1967/676, KT.26.4.1967, Esin, op.cit., s.157; D12D, E. 1969/801, K. 1971/1889 KT.15.09.1971, Esin, op.cit., s.141, 142; D12D, E. 1969/3139, K. 1970/1651, KT 12.09.1970, Esin, op.cit., s.183-184; D12D, E. 1966/816, K. 1969/347, KT.20.02.1969, Esin, op.cit., s. 188.

⁴¹³ “İdare kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında fertlere vermiş olduğu zararları tazmin ile yükümlüdür. Hatta bu zarar idarenin hizmet kusurundan doğmamış olsa bile, objektif sorumluluk dediğimiz kusursuz sorumluluk esasına göre idarenin bu zararları zarar görenlere tazmin etmesi hukukun genel kaidelerinden biridir. Zira kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişilerin malvarlıkları veya hayatları ya da sağlıkları üzerinde meydana gelen bir zararı sadece o kişiler üzerinde bırakmamak, kamu hizmetinden yararlanan diğer fertler bakımından tam bir eşitsizlik meydana getirmektedir. İşte kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğan zarar bu bakımdan idarenin hizmet kusuru, aranmaksızın tazmin edilmesi objektif sorumluluk adı ile bilinen hukuk kaidesi gereğidir” D12D, E.1976/179, K.1977/1454, KT.31.5.1977; D10D, E. 1996/1268, K.1997/5493, KT. 8.12.1997, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

Tesisler Hakkında Yönetmeliğin” 11’inci maddesinde⁴¹⁴, karayolunda yapılacak çalışmalar dolayısıyla karayolu kenarında tesislerde oluşacak zarardan dolayı tazmin talebinde bulunulamayacağı düzenlenmişse de, kamu yararını gerçekleştirmek için yürütülen kamu hizmeti faaliyetinin davacılara bıraktığı külfetin tazmin edilerek bozulan külfetler dengesinin yeniden denkleştirilmesinin hukukun genel ilkeleri ve Anayasa m.125 gereği olduğunu belirtmiştir.⁴¹⁵ Yalnızca fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin değil, idarenin sorumluluğuna dair neredeyse her ilkenin içtihadi nitelikte olduğu düşünüldüğünde ve kanun altı değer taşıyan içtihadi kuralların aksine bir iradenin, ancak kanunla ya da cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle beyan edilebileceği göz önünde bulundurulduğunda; Danıştay’ın, yönetmelikle idarenin sorumlu olmayacağına dair kural getirilemeyeceği şeklindeki yaklaşımı isabetlidir.

Yürürlükteki 1982 Anayasasının idarenin sorumluluğunu düzenleyen 125’inci maddesinde kusur sorumluluğu ve kusura dayanmayan sorumluk ayrımı yapılmadığı gibi bu sorumluluk türlerinin dayandığı ilkelere de bahsedilmemiştir.⁴¹⁶ Fakat anayasanın metnine dâhil olan⁴¹⁷, Anayasa Mahkemesi tarafından somut anayasal normlarının yorumlanmasında bağımsız ölçü norm olarak kullanılan⁴¹⁸ başlangıç kısmının, yedinci paragrafında yer alan “*Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu*” ifadesi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anayasadaki en açık ifadesidir.

⁴¹⁴ Karayolu Çalışmaları Madde 11 – “*Karayolunda yapılacak yol genişletme, değişiklik, bakım ve onarım veya benzeri faaliyetler sırasında, bu Yönetmelik kapsamında bulunan tesislerin geçiş yolları ile park yerlerinde meydana gelebilecek zararlardan dolayı tesis sahip veya sahipleri hiçbir zarar ve ziyan talebinde bulunamaz. Yol genişletme çalışmaları sebebiyle tesislerin geçiş yolları ile park yerlerinde meydana gelecek bozukluklar, tesis sahip veya sahipleri tarafından en kısa zamanda Yönetmeliğin bu konuyla ilgili hükümlerine uygun hale getirilir.*”

⁴¹⁵ D8D, E. 2010/4187, K. 2012/429 KT.8.2.2012

⁴¹⁶ Gündüz, op.cit. s.112; Ahmet Yayla, op.cit., s.5.

⁴¹⁷ 1982 Anayasası Madde 2 – Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

⁴¹⁸ bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, İÜHF Yayını, 1993, s. 116; Peri Uran, Anayasaların Başlangıç Kısımları, *İÜHF*, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss.223-248, s.237; Zühal Aysun Sunay, Türk Anayasa Hukukunda Anayasa Başlangıç Kısımları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.106-132. AYM, E.1989/1, K.1989/12, KT.7.3.1989; E.1984/14, K.1986/7, KT.13.06.1985. Gözler, başlangıçtaki soyut kavram ve ilkelere ancak anayasada açık bir hükmün bulunmaması halinde ölçü norm olarak başvurulabileceğini savunmaktadır. Bağımsız ölçü norm kavramının eleştirisi için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018, s.227-230.

Nimet ve külfetlerde ortaklık ifadesinin yer aldığı cümle her ne kadar başlangıç metninde yer alan genel ve soyut bir düzenleme de olsa ve idarenin sorumluluğuyla, tazmin yükümüyle ilgili açık bir anayasal norm ile doğrudan ilişkilendirilmese de, tıpkı anayasanın temel felsefesini anlatan başlangıç kısmındaki diğer ilkeler gibi ölçü norm olarak pozitif değere sahiptir.⁴¹⁹

Öte yandan, genel anlamda eşitlik ilkesinin bir görünüm biçimi olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, anayasanın eşitlik ilkesini karşılayan pozitif normlarının sağladığı hukuki himayeden yararlanabilecektir. Zira kamunun yararı için özel ve olağanüstü zarara uğrayan birey ya da bireylerin mağduriyetinin toplum kasasından ödenmesinin, var olan eşitsizliği gidermeye ve yeniden eşitliği sağlamaya hizmet edeceği açıktır.⁴²⁰ Bir başka deyişle bu ilkenin hukuk düzeninde varoluş amacı, idareyi, genel anlamda eşitlik ilkesine, bireylere eşit davranma yükümlülüğüne uymaya zorlamaktır.

Dolayısıyla Anayasanın başlangıç kısmında yer alan, vatandaşların nimet ve külfette ortak (eşit) olduğu ifadesi ile birlikte, Anayasanın genel anlamda eşitlik ilkesini karşılayan 10'uncu maddesi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin pozitif dayanakları olarak yorumlanabilir.

Bu düzenlemelerin yanı sıra, Anayasanın 125'inci maddesiyle birlikte, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun temeli olan sosyal hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği Anayasanın 2'nci maddesi de, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun anayasal dayanağı olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anayasal temellerini destekleyici bir norm olarak kullanılabilir. Zira idarenin hukuka uygun müdahalesiyle sebep olduğu, hizmetten yararlanan bireyler arasındaki eşitliği bozan zararı tazmin sorumluluğu fikri sosyal hukuk devleti ilkesinden uzak değildir. Gerçekten, toplumu oluşturan bireylerin insan onuruna yakışır ve eşit koşullarda hayatını sürdürmesi, sosyal adaletin ve toplumsal dengenin sağlanması için, devletin sosyal ve ekonomik alana müdahalede bulunma yükümlülüğü anlamına gelen sosyal

⁴¹⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.228.

⁴²⁰ Esin, op.cit., s.133.

devlet ilkesi;⁴²¹ kamu külfetlerine katlanmada, toplum üyeleri arasında bozulan eşitliğin yeniden kurulması gerekliliğinin temelinde yer almaktadır.

Dahası, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ve bu ilkeye dayanan sorumluluğun pozitif dayanağı olarak savunulmaması da, Alman hukukunda da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin görünüm biçimi olarak kabul edilen kamulaştırma kurumunun düzenlendiği Anayasa m.46'nın felsefi temelinin fedakârlığın denkleştirilmesi olduğu söylenebilir. Anayasa m.46/1'de yer alan,

“Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.”

hükmünden anlaşılacağı üzere; idarenin kamu yararı amacıyla, hukuka uygun şekilde bireyin mülkiyet hakkına müdahale etmesinin sonucunda bireyin uğradığı zarar, kamu yararına bir fedakârlık, kamu yararına katlanılan bir külfettir ve bunun idarece tazmininin yani gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesi şartının Anayasada düzenlenmiş olması, anayasa koyucunun, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini kamulaştırma kurumunun esası olarak gördüğünün göstergesidir.

B. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ANLAMI

Kamu külfetleri karşısında eşitlik, diğer bir deyişle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, doktrindeki tanımların⁴²² da yardımıyla, idarenin geniş anlamda kamu

⁴²¹ Zafer Gören, “Sosyal Devlet”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, ss.1-49, s.6, 7; Anayasa Mahkemesi sosyal hukuk devleti ilkesini, “insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştiren ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetilen devlet” olarak tanımlamaktadır. AYM, E.2015/67, K.2016/21İ KT.15.04.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (07.03.2021).

⁴²² Doktrinde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Atay, ilkeyi “...idarenin hiçbir kusuru, tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanması söz konusu olmaksızın, kişilerin bazılarının diğerlerine nazaran özel ve olağandışı bir zarara uğramış olması halinde, bu zararın tazmin edilmesi esası...” olarak tanımlamıştır. Atay, İdare Hukuku, s.775. Ulusan ilkeyi, kamu yararı amacıyla bireyin malvarlığına ya da kişi varlığına zarar verici müdahalede bulunduğu durumlarda, “Devletin ve kamu tüzel kişilerininin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine uygun olarak sorumlu

hizmetlerinin yürütülmesi, organizasyonu, düzenlenişi sırasında, sahip olduğu üstün kamu gücüne dayanarak yaptığı hukuka uygun bir müdahale ile bireyi ya da bazı bireyleri katlanmak zorunda bıraktığı özel ve olağanüstü zararı, fedakârlığı ya da külfeti tazmin sorumluluğu olarak ifade edilebilir. Kısaca kamusal yükümlülükler dağıtılırken bozulan dengenin bir denkleştirme yapılarak yeniden sağlanmasıdır.⁴²³

Yargı içtihatlarında da ilke, benzer tanımlarla ifade edilmektedir. Danıştay bu ilkeyi

“Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir.”⁴²⁴

şeklinde tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi ise,

“Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak da adlandırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, hakkaniyet ve nesafet düşüncesinden neşet etmektedir.

tutulmalarındaki belirleyici olgu, devletin, kamusal faaliyetleri sırasında bir bireye ya da bazı bireyler topluluğuna diğer kimselere göre özel, somut bir zarar ıka etmesi ve bunun sonucu olarak da diğer bireylerden daha ağır bir fedakârlığın doğumuna yol açmasıdır. Gözüken bir diğer olgu da, çeşitli görünümdeki müdahalelerin uygun biçimde karşılanması ya da daha doğru bir deyimle zararlı müdahaleyle bozulan kamu yükümlerinin dağıtımındaki dengenin bir denkleştirmeyle tekrar kurulmasıdır.” şeklinde açıklamıştır. Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.22; Armağan, op.cit., s.100; “idarenin faaliyeti bazı hallerde kamu yararına bir kişiye veya küçük bir topluluğa zarar verebilir. Böylece kamu yararına bazı bireyler toplumun geri kalanının uğramadığı bir zarara uğrarlar. Bu durumda onların aleyhine kamu külfetleri karşısında bireyler arasında eşitlik bozulmuş olur. Eşitsizlik bir kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle ortaya çıkmakta ve bu hizmetten bütün toplum veya belrili bir bölge halkı yararlanırken, belli kişi veya kişiler özel ve olağandışı bir zarar görmekte ise, zararın o hizmetten yararlanan topluluk tarafından tazmini gerekir.” Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1255; benzer bir tanım için bkz. Günday, op.cit., s.382.

⁴²³ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.22.

⁴²⁴ D10D, E. 2015/2689 K. 2018/2055 K.T. 6.6.2018 benzer tanımlar için bkz. D10D, E.2012/2512, K.2015/4746, KT.4.11.2015; D10D, E.2014/5034, K.2017/2518, K.T.22.5.2017, İDDK, E.2013/509, K.2015/454, KT.19/2/2015; D8D, E.2010/4187, K.2012/429, KT.8/2/2012; D10D, E. 2015/959 K. 2016/354, KT. 21.01.2016; D10D, E. 2009/12528, K. 2014/921, KT.18.02.2014; D14D, E. 2015/9025, K. 2016/391, KT.27.01.2016; D10D, E. 2016/1088, K. 2016/3891, KT.27.10.2016, D10D, E. 2015/959 K. 2016/354, KT.21.01.2016; D10D, E. 2009/12528, K.2014/921, KT.18.02.2014; D14D, E. 2015/9025, K. 2016/391, KT. 27.01.2016; D10D, E.2016/1088, K.2016/3891, KT.27.10.2016; İDDK, E.2013/509, K.2015/454, KT. 19/2/2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

İdarenin kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla hukuka uygun şekilde tesis ettiği işlem veya gerçekleştirdiği eylemlerden toplumun bir kesimi veya tamamı yarar görürken bunlardan kaynaklanan külfetin sadece bir kesime yüklenmesinin adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Adalet ve hakkaniyet, idarenin kamuya yararlı işlem ve eylemlerinden doğan nimet ve külfetlerin topluma eşit bir şekilde pay edilmesini gerektirmektedir. Nimetlerinden tüm kamunun veya belli bir toplumsal kesimin yararlandığı kamusal faaliyetlerin külfetlerine sadece belli kişilerin katlanmasını beklemek sosyal adalet ve ölçülülük ilkelerini de zedeler.”⁴²⁵

şeklinde ifade etmiştir.

Danıştay’ın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bahsettiği, özellikle eski tarihli kararlarında bu ilkeyi tanımlarken ve açıklarken “hakkaniyet”, “nesafet”, “hukukun genel ilkeleri”, “adalet”, “eşitlik” kavramlarından yararlandığı ve hatta bazen ilkenin ikame kavramları olarak kullandığı göze çarpmaktadır.⁴²⁶ Danıştay’ın eski tarihli bir kararında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi,

“Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak genel külfetler dışında kişilere ve özel mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, ayrıca idarenin hizmet kusuru aranmadan, hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi, hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir. Bu durumda, olay ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Çünkü, idarenin yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yüklenebilecek bir kusur olmadan da bazı kişilerin ve kişilere ait malların özel bir zarara uğraması mümkündür. Bu zararların karşılanması ise kamu külfeti karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Zira meydana gelen bir zararın belli kişiler tarafından çekilmesi, bu ilkeye aykırı

⁴²⁵ AYM, BN. 2014/1546, KT.2/2/2017, RG. 23.03.2017 – 30016.

⁴²⁶ D12D, E.1966/1597, K.1966/1597, KT.20.12.1966, Esin, op.cit., s.186; D12D, E.1967/1689, K.1971/1008, K.T.20.4.1971, Esin, op.cit., s.138; D12D, E. 1967/420, K. 1969/1315, K.T.09.06.1969, Esin, op.cit., s.210; D10D, E.1989/2476, K.1990/1342, KT.07.06.1990; D10D, E.1982/2650, K.1986/133, K.T.30.01.1986; D10D, E.1982/2884, K.1985/912, K.T.01.05.1985; D10D, E.1982/4465, K.1985/672, K.T.3.4.1985, D10D, E.1982/469, K.1982/2357, K.T.24.11.1982; D10D, E.1982/2549, K.1985/897, K.T.1.5.1985; D6D, E.1987/130, K.1987/1138, K.T.19.11.1987; D12D, E.1969/801, K.1971/1889, KT.15.09.1971; D12D, T. 01.10.1975, E. 1975/110, K. 1977/1201, DD, S. 28-29, s. 677; D12D, E.1978/472, K.1980/3236, KT.11.09.1980, DD, S. 42-43, s.338-340; D10D, E. 1989/2476, K. 1990/1342, KT.07.06.1990, DD, S. 81, s.355-357, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021)

*olabileceği gibi hakkaniyete de uygun düşmez. Bu gibi özel zararların kusursuz sorumluluk esasına dayanılarak idare tarafından karşılanması gerekir.”*⁴²⁷

şeklinde sözünü ettiğimiz hakkaniyet, nesafet, hukukun genel ilkeleri kavramları ile desteklenerek olaya uygulanmıştır.

Aslına bakılırsa idari yargı mercileri, yukarıda sözü edilen⁴²⁸ kavram sorununa, hakkaniyet, eşitlik, adalet, nesafet gibi kavramları sanki bu kavramlar kusura dayanmayan sorumluluğun temel ilkeleriymiş gibi kullanarak katkıda bulunmaktadır.⁴²⁹

Oysa hakkaniyet, eşitlik, adalet, nesafet, hukukun genel ilkeleri şeklindeki fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine ikame edilen bu kavramlar idari sorumluluk hukukunda başlı başına bir sorumluluk sebebi değildir,⁴³⁰ bunların olsa olsa sorumluluk ilkerinin uygulanmasını kolaylaştıran gerekçeler olduğu savunulabilir.⁴³¹ Fakat idari yargı mercileri bu kavramları, birini diğerinden ayırmaya yetecek bir tanım yapmadan, birbirinden farklı olayların çözümünde, gerekçeyi destekleme amacıyla kapsayıcı bir yaklaşımla birlikte kullanmaktadır.⁴³²

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi; daha önce de ifade edildiği gibi, kısaca her bir bireyin, hukukun öznesi olarak, hak ve yükümlülükler bakımından aynı düzeyde olduklarını ve bunun yanında devletin de bireylerle olan ilişkilerinde tarafsız davranması gereğini ifade eden⁴³³ genel anlamda eşitlik ilkesinin, idare hukukundaki görünüm biçimlerinden biridir. Zira fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, bireylerin kamu hizmetlerinin yol açtığı külfetlere katlanma bakımından da eşit olması ve bu eşitliğin toplum karşısında bir ya da birkaç birey aleyhine bozulduğunda dengenin

⁴²⁷ D10D., E.1982/4465, K.1985/672, KT.3.4.1985.

⁴²⁸ Bkz. supra, giriş, B.

⁴²⁹ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku / İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s.79,80.

⁴³⁰ “... İdare hakimi, adalet, hakkaniyet ve nasafet duygularıyla, belirli bir olayda belirli bir veya birkaç kişinin uğradığı zararların İdarenin ödeme yükümü kapsamına girip girmediğini, vicdani kanaatine göre, takdir ve tespit etmek durumunda kalır. Onun içindir ki, mahkeme kararlarında, kusursuz idari sorumluluğun kabul edildiği hallerde, adalet, hakkaniyet ve nasafet terim kavramlarına da yer verildiği görülmektedir. Oysa bu sözcükler idari sorumluluğun esasını ve nedenini ifade etmeyip, özellikle ağır ve olağandışı zararın nitelik ve niceliğini işaret eden daha ziyade duygusal kavramların ifadesidir. Bu itibarla, hakim vicdani kanaatini oluşturan psikolojik etkenleri, kusursuz idari sorumluluğun ayrı ve bağımsız birer sebebi saymak doğru ve yerinde değildir.” Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yayınları, No. 138, Ankara, 1974, s.50.

⁴³¹ Uluşan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.45.

⁴³² Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku / İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s.83.

⁴³³ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.201.

yeniden kurulabilmesi için doğan zararın tazmin edilmesi gereğini ifade eder. Dolayısıyla söz konusu tazmin zorunluluğunun nedeni eşitlik ilkesidir.⁴³⁴ Bireyin eşitlik ilkesine aykırı olacak şekilde, özel ve olağanüstü bir zarara uğramış, külfete katlanmış veya fedakârlıkta bulunmuş olmasıdır.

Adalet hukukun nihai amacıdır.⁴³⁵ Yargı kararlarında kullanılan hukukun genel ilkeleri ve eşitlik kavramları bu nihai amaca ulaşabilmek için başvuru araçlarıdır.⁴³⁶ fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi de tıpkı bu kavramlar gibi adaletin tesisine hizmet etmektedir. Aristoteles'in meşhur dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet ayrımında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, bozulan menfaatler dengesinin yeniden tesisine yönelik olduğundan, denkleştirici adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir.⁴³⁷ Zira denkleştirici adalette bir tarafta zarar gören, diğer tarafta bu zarar görülen şeyden fayda sağlayan kişi bulunmaktadır. Bir tarafın zarar gördüğü diğer tarafın fayda sağladığı söz konusu eylem neticesinde iki taraf arasında bozulmuş olan fayda - zarar dengesinin yeniden kurulması, adaletin sağlanması anlamına gelir. Başta var olan eşitliğin yeniden tesisini sağlar.⁴³⁸

Kökleri Roma hukukuna dayanan hakkaniyet ilkesi⁴³⁹ ise, kimi zaman nesafet ilkesi ile birlikte kullanılsa da nesafet ile aynı anlama gelir.⁴⁴⁰ Yeri gelmişken, literatürde ve yargı kararlarında çoğunlukla “nesafet” şeklinde kullanılan kelimenin doğru yazımı “nasafet”tir. “Nasfet” ya da “nısfet” şeklinde kullanımı da yaygın olan Osmanlıca kökenli bu kelime; yarı, yarım anlamına gelen nısf/nısıf kelimesinden

⁴³⁴ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1243.

⁴³⁵ Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk (Meşru Hukukun Temel Unsurları)*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2013, s.192.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Anıl Çeçen, *Adalet Kavramı (Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine Bir Deneme)*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015. 34 vd.

⁴³⁸ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, Çev. Saffet Babür, Ayraç yayınları, Ankara, 1998, V. Kitap, s.

⁴³⁹ Roma hukukunda “hakkaniyet” kavramının karşılığı “aequitas”tır. “*Adalet, hakkaniyet, eşitlik, nasafet. Kökü itibariyle, birlik ve eşitlik manasına gelen bu kelime, Romalılar nezdinde, hukukun özünü ve gayesini ifade etmekteydi. Hukuk, onlar için, fertlerin cemiyetindeki faaliyetlerinde amme şuuruna göre herkes için eşit olan şart ve hudutları tayin etmektedir. (...) Iustinianus hukukunda aequitas ve aequus, umumiyetle, hakimin gözü önünde bulunan hadisenin takdirinde, umumi şartları nazara alarak, yumuşak ve müsamahalı hareket etmesi manasına gelmekte idi.*” Ziya Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, İstanbul, 1983, s.20. Ayrıca Roma hukukunda hakkaniyet ilkesi konusunda geniş bilgi için bkz.: Kadir Gürten, *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

⁴⁴⁰ “*hukuk dilinde hakka uygunluk doğruluk adalet diye bilinen hakkaniyet sözcüğü ile, insafılık haklılık anlamına gelen nasafet sözcüğünün birbiri ile anlamdaş olduğu ve her ikisinin ortak olarak bireylerin kanun karşısında eşitliğini ve bireysel haklara uymanın gerekliliğini*” anlattığı belirtilmiştir. Esin, op.cit., 131; Hatemi, op.cit., s.69.

türemiştir. Bir şeyin yarısını almak, insaf, haklılık, hak ve adalete uygunluk, hakkaniyet anlamına gelmektedir.⁴⁴¹ Kısaca somut olay adaleti olarak tanımlanabilen⁴⁴² hakkaniyet ve nesafet, somut olayın özellikleri dikkate alınarak adalet idesinin gerçekleştirilmesine, menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu kavramların adalet kavramından farkı, somut bir durum veya olayda, sübjektif koşullar da dikkate alınarak adaletin sağlanması amacını ifade etmesidir.⁴⁴³

Ne yazık ki, idari yargı mercileri hukukun genel ilkelerine referans verdiği kararının çoğunda, hukuk devleti, adalet, eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kavramlarını herhangi bir kategorik ayırım yapmadan birlikte kullanmaktadır. Özellikle idari sorumluluk bahsinde, çoğunlukla da kusura dayanmayan sorumluluğa ilişkin değerlendirme yapılırken tıpkı hukuk devleti, adalet, eşitlik kavramları gibi hakkaniyet ve nesafet kavramlarına da -adalete ulaşmayı amaçlayan ilkeler olduklarından dolayı- adeta her kilidi açan bir “maymuncuk” işlevi gördürülmektedir.⁴⁴⁴ Mahkemenin somut olayda idarenin sorumlu olduğu yönündeki kanaatinin gerekçesi olarak kullanılmaktadır. Yargı kararlarında çoğu kez kusura dayanmayan sorumluluğun ve özellikle bu sorumluluk türünün esas ilkesi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin yerine hakkaniyet, nesafet, eşitlik, adalet gibi ikame kavramların kullanılması bu sorumluluk türü ve sebebinin anlamı, kapsamı ve teorik temellerinin tereddüte yer vermeyecek şekilde belli sınırlar ve kurallar üzerine kurulmasına engel olmaktadır.

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğun sebebi olan, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özünde şüphesiz adalet, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri vardır. İlkenin kaynağı olan Alman hukukunda da, fedakârlığın denkleştirilmesi talebinin ve yükümlülüğünün özünde adalet düşüncesi olduğu belirtilmektedir.⁴⁴⁵ Fakat idare hukukunun içtihadî karakteri sayesinde, anlamı ve kapsamı yargı kararlarıyla şekillendirilen bu sorumluluk sebebinin kendine has, en basitinden özel ve olağanüstü zarar şartı vardır. Hakkaniyet ve nesafet ilkeleri, bir sorumluluk sebebi olmadığı gibi, var olan fedakârlığın denkleştirilmesi şeklindeki sorumluluk sebebinin sahip olduğu

⁴⁴¹ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lugat*, İstanbul, Aydın Kitabevi Yayınları, 1962, s.966; <https://www.luggat.com/>,

⁴⁴² Gürten, op.cit., s.31; Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul, On İki Levha, 2012, s.136; Turan Yıldırım, vd., *İdare Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2020, s.779.

⁴⁴³ Aral, op.cit., s.41, Yıldırım, vd., s.779.

⁴⁴⁴ Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku / İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, s.81.

⁴⁴⁵ Wolff, Bachof, Stober, Kluth, op.cit., s. 124-125.

sürecinde zarar riski bulunması sorumluluğunun sebebini değiştirmez. Söz konusu risk gerçekleştiğinde doğan zararın bireylerin biri ya da birkaçı üzerinde kalmasına engel olan risk ilkesinden öte ve daha önce fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Çünkü gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, gerçekleşecekse büyüklüğü, zamanı etki alanı belli olmayan bu zarar eşitliği bozan bir kamu külfeti yani ağır bir fedakârlıktır.

Daha doğru bir ifadeyle idarenin bünyesinde zarar doğurma riski barındıran hukuka uygun müdahalesi sonucu ortaya çıkan bu zarar, özel ve olağanüstü niteliği nedeniyle kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasına sebep olmuştur. Yararlar ve yükümler dengesinin yeniden sağlanması için, bu zararın idare tarafından tazmin edilmesi gereği, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kaynaklanmaktadır.⁴⁴⁹

Risk ilkesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden tamamen ayrı ve farklı bir ilke olarak görülmesi, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun özüne uymayan bir tazmin anlayışının yerleşmesine sebebiyet verebilir. Oysa idarenin riskli bir faaliyeti hukuka uygun şekilde yürütürken sebep olduğu zarar da eşitliği bozan bir kamu külfetidir. Bu durumda özel ve olağanüstü olan, riskli faaliyetin sonucunda kazaen meydana gelen zararlı sonuçtur.⁴⁵⁰ İdarenin yürüttüğü faaliyetin bünyesinde taşıdığı riskin gerçekleşmesi, salt bu nedenle zarara özel ve olağanüstü nitelik kazandırmaktadır.⁴⁵¹

Dolayısıyla yaratılan risk ilkesi kategorisinde özel ve olağanüstü zarara sebep olan riskli faaliyet iken, idarenin sorumluluğunun sebebi bu zararın eşitliği bozan bir kamu külfeti şeklinde ortaya çıkmış olmasıdır. Başka bir ifadeyle, zarar riskli faaliyetten kaynaklanırken, idarenin zararı tazmin yükümlülüğü yükümlerde eşitliğin bozulmasından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, risk ilkesini de kapsayan bir ilke olduğu düşünölmektedir.

⁴⁴⁹ Ayanoğlu, Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, s.44 vd.; Ayanoğlu, "Kolluk Faaliyetleri Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi", s.7; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, s.52.

⁴⁵⁰ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1170.

⁴⁵¹ *Gözler*'in aktardığı üzere, doktrinde Vedel ve Devolve, zararın özel ve anormal olma koşulunun yalnızca kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi için geçerli olduğunu, risk ilkesinin uygulandığı, bünyesinde tehlike taşıyan idari faaliyetin zarar yol açtığı durumlarda o zarar tüm ülke geneline yayılmış olsa dahi salt tehlikelilik niteliğinden dolayı idarenin sorumlu olduğunu savunmaktadır.. G. Vedel, P. Delvolve, *Droit administratif, C.I*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, s.627'den aktaran Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1316-1319.

Yayla'nın da isabetle ifade ettiği gibi, idarenin faaliyetinin riskli olması idareye, tehlikeli olmayan kamu hizmetleri ile arasındaki farkı yani zarar riskini, önlem olarak eşitleme yükümlülüğü yükler⁴⁵². Başka bir deyişle, idarenin yürüttüğü faaliyetin bünyesinde zararlı sonuç riskini barındırması yalnızca idareyi ilgilendirir. Söz konusu zarar riski, bireyin tahammül göstermesi gereken kamu külfeti eşiğini yükseltmeyeceği gibi, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu üzerinde idare lehine bir fark yaratmaması gerekir. Bazı kamu hizmetleri diğerlerine oranla daha tehlikeliyse, ki günümüzde bu fark oldukça azalmıştır, idareye düşen o kamu hizmetlerini yürütülürken zararın doğmasını önleyici tedbirler almaktır. Bu tehlikeli faaliyetlerin ve bu faaliyetler yürütülürken gerekli önlemlerin alınıp alınmamasının önem arz ettiği nokta, hizmet kusurunun var olup olmadığını tespit aşamasıdır. Kusurun aranmadığı sorumlulukta ise belirleyici olan zararın bir kamu hizmetinin hukuka uygun şekilde yürütülmesi sırasında belirlenebilir kişi ya da kişi grubuna ağır bir fedakârlık yüklenip yüklenmediğidir. Zarara uğrayan kişi için faaliyetin niteliği önemli değildir. Keza idarenin tazmin yükümlülüğü, idarenin faaliyetinin niteliğine göre değişmez. Aksine idarenin yürüttüğü faaliyetin ya da kullandığı yöntemlerin tehlikeli olması, bu faaliyet sırasında ortaya çıkan zararlı sonucun salt bu nedenle ağır bir fedakârlık olduğunu gösterir.

Peki idare hukukunda idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi risk ilkesini de kapsayan esas ilke ise, aynı şey özel hukuktaki fedakârlığı denkleştirilmesi ilkesi için de söylenebilecek midir? Başka bir deyişle özel hukukta da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, tehlike sorumluluğunu içine alan daha üst ve genel bir kavram olduğu söylenebilir mi?

Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Özel hukukta ne fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsayıcı ilke ne de tehlike esası fedakârlığın denkleştirilmesi esası içinde yer alan istisnai bir sorumluluk halidir. Özel hukukta ayrıca ve açıkça kanunla düzenlenmediği müddetçe, bireysel menfaatler arasında bir üstünlük ilişkisi bulunmamaktadır. Oysa idare hukukunda kamu yararı, aksine bir yasal düzenleme olmadığı sürece bireysel yararlardan üstündür. Özel hukukta tehlike esasının uygulandığı hallerde, kanun koyucu tehlikeli faaliyetin yürütülmesine izin verirken, bu faaliyetin sebep olduğu zarara izin vermemekte aksine sorumluluk yüklemektedir. Bu

⁴⁵² Ahmet Yayla, op.cit., s.40.

nedenle tehlikeli faaliyetin zararlı sonucu birey için katlanması gereken ağır bir fedakârlık değildir. Söz konusu sorumluluk da, dengelenmesi gereken bireysel menfaatlere değil, bir özel hukuk kişinin yürüttüğü tehlikeli faaliyetin başka bir özel hukuk kişisine verdiği zarara ilişkindir. Dolayısıyla özel hukuktaki tehlike ilkesinin uygulandığı hallerde, denkleştirmeden değil tazminattan söz etmek gerekir. Kamu hukukunda risk ilkesinde ise, tehlikeli olsa dahi hukuka uygun şekilde yürütülen kamu hizmeti kamu yararınadır ve daha önemlisi ortaya çıkan zarar bir kamu külfetidir. Bu tehlikeli fakat kamu yararına olan faaliyet yürütülürken bir kişi ya da kişi grubu zarar görürse bu zararın giderilmesi, üstün tutulan kamu yararı ile bireysel yararının, kural olarak⁴⁵³ denkleştirilmesi anlamına gelir.

Özel hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi ile tehlike sorumluluğu arasındaki ayrımın zararlı sonuca izin verilip verilmeme üzerinden yapılması isabetlidir çünkü iki eşit bireysel yarar olduğundan, birinin diğerine zarar vermesine hukuk düzenince izin verilmiş olsun ki, o fedakârlık anlamına gelsin ve denkleştirilsin. Tehlikeli faaliyetin zararlı sonucuna izin verilmediğinden, uğranılan zarar bir fedakârlık değildir. Bu sebeple denkleştirmeye değil tazminata tabidir. Kamu hukukunda ise, tehlikeli kamu hizmeti faaliyetinin zararlı sonucuna hukuk düzenince izin verilmemiş olsa da; tehlikeli faaliyetin kendisi kamu yararına dönük olduğundan ve hukuka uygun şekilde yürütüldüğü müddetçe, sonucu istenmemiş olsa dahi, bireyin hakkını ihlal eden zararlı sonuç, birey için -kural olarak- kamu yararına bir fedakârlık, katlanması gereken bir kamu külfetidir ve denkleştirmeye tabidir.

2. Belirleyicilik – Tamamlayıcılık Tartışması

Literatürde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kusurlu sorumluluk ve risk sorumluluğuna nazaran tamamlayıcı olduğu, bir başka ifadeyle kusurlu sorumluluk ve risk ilkesinin uygulanmadığı hallerde son çare olarak bu ilkeye başvurabileceği savunulmaktadır.⁴⁵⁴ Kusur sorumluluğunun kusura dayanmayan sorumluluktan önce geldiği yönündeki görüşe şüphesiz katılmakla birlikte, risk ilkesi ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi arasında yapılan bu tamamlayıcı olma – belirleyici olma ayrımına ayrıca değinmek gerekmektedir.

⁴⁵³ “Kural olarak” şeklinde belirtilmesinin nedeni aşağıda açıklanacaktır. Bkz. *infra*, bölüm 3, II-B.

⁴⁵⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1243.

Öncelikle tamamlayıcılık niteliğinin mahiyetinin açıklanması gerekmektedir. Bir sorumluluk sebebine tamamlayıcı demek esas ilke olmadığı anlamına mı gelmektedir? Başka bir ifade ile bir sorumluluk ilkesinin tamamlayıcı nitelikte olması ile asıl sorumluluk sebebi olması birbiriyle çelişen özellikler midir? Esas ilke denilen, tamamlayıcı olmayan, ilk uygulanması gereken ilke midir?

Öncelikle, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine atfedilen tamamlayıcılık özelliğinin, bu ilkenin asıl sorumluluk sebebi olma niteliğine ters düşmediğini, bir ilkeye tamamlayıcı ilke demenin o ilkenin esas ilke olduğu anlamını dışlamayacağını ifade etmek gerekir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, hem tamamlayıcı ilkedir hem de sorumluluğun genel esasıdır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kural, risk ilkesi istisnadır. İdarenin her türlü faaliyetinde nimet ve külfetlerde eşitliği sağlama, eşitlik bozulduğunda tazmin suretiyle yeniden tesis etme yükümlülüğü asıl; tehlikeli nitelik taşıyan, zarar verme olasılığı bulunan idari faaliyet nedeniyle, bu ihtimal gerçekleştiğinde ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğü arızidir.

O halde kural – istisna ilişkisinde kuralın, istisna kapsamına girmeyen tüm durum ve olaylara uygulanabilmesi, istisnanın genel önerme dışında tutulan, ayrı bir düzenlemeye tabi bir hukuki durum, kurum ya da olguyu ifade etmesi karşısında risk ilkesiyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi arasında kural istisna ilişkisi var demek ne derece anlamlı olacaktır?

Risk ilkesi ayrı kurallara tabi değildir. Daha önce de belirtildiği gibi, risk ilkesinin ayırt edici özelliği idarenin yürüttüğü faaliyetin niteliğidir. Bu faaliyetin ya da bu faaliyette kullanılan yöntem ve araçların tehlikeli olmasıdır. Hem risk ilkesinin hem fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanında idarenin hukuka uygun bir müdahalesi vardır. Her ikisinde de ortaya özel ve olağanüstü bir zarar çıkar. Her ikisinde de müdahale ile zarar arasında illiyet bağı vardır. Fakat hukuka uygun müdahalenin niteliği meselesinde, risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi birbirinden ayrışır.

Ayrıldıkları nokta uygulanacak kural değil, idarenin hukuka uygun müdahalesinin tehlikeli olup olmamasıdır. Tehlikeli faaliyetin zarara etkisi salt zarar riskinin gerçekleşmesinin o zararı özel ve olağanüstü hale getirmesidir. Fakat idarenin tazmin yükümlülüğünü farklılaştıran bir husus yoktur. Burada kural-istisna ilişkisini

kuran şey, idarenin hukuka uygun müdahalesinin niteliğidir. Bu müdahalenin tehlikeli bir faaliyet olarak kendini göstermesi arızı olandır, istisnadır. Bu nedenle faaliyetin tehlikeli olması durumunun arızı, tehlikeli faaliyetlerin istisna olduğunu söylemek belki de daha doğru olacaktır.

Öyleyse risk ilkesi ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi arasında bir kural istisna ilişkisinden bahsederken bu ilişkiyle kastedilen, risk ilkesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir alt kümesi olarak konumlanmasıdır. Risk ilkesinin uygulama alanının aynı zamanda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı kümesi içinde bulunduğunu ve risk ilkesinin bir alt küme olarak konumlanmasının tek nedeninin, faaliyetlerin tehlikelilik özelliği olduğunu tekrar ifade etmemiz uygun olacaktır.

Burada istisnanın ayrıca ve açıkça belirtilmiş olması gerektiği kuralı ile yukarıdaki ifadelerimizin çeliştiği düşünülebilir. Ancak özel hukuktaki sorumluluk kurallarının aksine idarenin sorumluluğunun genel olarak içtihadi karaktere sahip olduğu unutulmamalıdır.⁴⁵⁵ Sorumluluğun sebepleri, bu sebeplere özgü şartlar, ilkeler, kurallar, sorumluluğun azalmasına ya da ortadan kalkmasına yol açan haller ve benzeri birçok kavram ve kurum idari yargı içtihatlarıyla oluşmuştur.⁴⁵⁶ İdari sorumluluk hukukunda geçmişten günümüze ve baştan sona içtihatla şekillenmiş olan kusura dayanmayan sorumluluk ilkelerinin ve bu ilkeler arasındaki ilişkinin kural - istisna hali olabilmesi için yasal dayanak aramak, idarenin sorumluluğu kurumun içtihadi niteliğini göz ardı etmek anlamına gelir. Dolayısıyla kural – istisna ilişkisini yine yargı kararlarında aramak gerekmektedir.

Literatür incelediğinde, *Yayla*'nın, külfetlerde eşitlik ilkesinin, risk ilkesini de kapsayan ve kusura dayanmayan sorumluluğu açıklayan ana ilke olduğu, risk ilkesinin, külfetlerde eşitlik ilkesinin özel bir uygulama şekli olduğu ve uygulama alanının kusur

⁴⁵⁵ “İdari sorumluluğun kuralları kanunlarla düzenlenmemiştir. Bu sorumluluğun kuralları idari yargı içtihatları tarafından geliştirilir. İdari sorumluluk alanında idari yargı organlarını bağlayan temel kanunlar yoktur. İdari yargı sorumluluk ilkelerini de kendi geliştirir” Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1035.

⁴⁵⁶ AYM, 22.10.2014 tarih, E. 2014/94, K. 2014/160, RG. 04.03.2015 - 29285. “Anayasa Mahkemesi'nin (...) kararında belirtildiği üzere; idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüm ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, 6098 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zarar miktarı ise Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır” D15D, E.2015/7589, K.2016/2661, KT. 18.04.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

sorumluluğunun gelişimi ile daraldığı şeklindeki görüşünün savunumuzu destekler nitelikte olduğu açıktır.⁴⁵⁷

Aynı şekilde *Atay* da, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bahsederken hem tamamlayıcılık hem de genel esas olma halini birlikte kullanmıştır. Yazar, “*idarenin kusuru söz konusu değilse, idarece tehlikeli bir faaliyet ve araç da kullanmıyorsa, sorumluluğuna gidebilmenin (...) ancak kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanmasıyla mümkün*” olacağını belirterek, hem fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tamamlayıcı niteliğini hem de söz konusu ilkesinin kusura dayanmayan sorumluluğun genel esası olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir.⁴⁵⁸

Kusura dayanmayan sorumluluğun kökeninde idari hasar kuramının olduğunu savunan *Esin*, öğretideki çoğunluğun aksine,⁴⁵⁹ idari hasar kuramını idarece kamu hizmetleri yürütülürken kişilerin malvarlığına ve şahıs varlığına verilen zararlar anlamında kullanmakta ve idari hasar kuramının temelinde fedakârlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet - nesafet ilkeleri olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶⁰ Yazar, risk ilkesiyle kusura dayanmayan sorumluluğun temeli olarak gördüğü fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi arasında bir kural – istisna ilişkisi yaratmamıştır. Gelişen teknoloji ile birlikte tehlikeli olmayan bir hizmetin kalmadığını söyleyen yazarın, bu şekilde bir ikili ayrımı gerekli görmediği anlaşılmaktadır.⁴⁶¹

Yargı kararları incelendiğinde, özellikle eski kararlara bakıldığında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin risk ilkesi “yerine” kullanıldığını, bu iki ilkenin birbirinden sistemli şekilde ayrılmadığı görülmektedir. Mesleki risk olarak ifade edilen, niteliği gereği tehlikeli bir kamu hizmeti yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararların tazmini için çoğunlukla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine başvurulmuştur.

Danıştay, firari bir hükümlüyü yakalamak için yapılan takip ve çatışma esnasında hükümlü tarafından vurulup engelli hale gelen uzman jandarma çavuşa,⁴⁶²

⁴⁵⁷ Ahmet Yayla, op.cit., s.62, 66, 67; benzer yönde bkz. Ayanoglu, Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, s.45 vd.

⁴⁵⁸ *Atay*, *İdare Hukuku*, s.775.

⁴⁵⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III*, s.1694, 1709 vd.; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.1240; Gözübüyük, Tan, op.cit. s.665; Tan, op.cit., s.501.

⁴⁶⁰ *Esin*, op.cit., s.130-131; aynı yönde bkz. Ragıp Sarıca, *İdari Kaza*, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s.234 vd.; Özyörük, op.cit., s.238-239; Armağan, op.cit., s.100.

⁴⁶¹ *Esin*, op.cit., s.130-131.

⁴⁶² D12D, E.1968/2045, K.1969/1503, KT. 22.9.1969, *Esin*, op.cit., s.158, 159.

toprak kavgası sebebiyle iki köy halkı arasında çıkan çatışmayı bastırmaya çalışırken yaralanıp ölen jandarma onbaşısının yakınlarına,⁴⁶³ canlı hayvan kaçakçıları ile arada çıkan çatışmada vurularak ölen jandarma subayının yakınlarına,⁴⁶⁴ yol kesip soygun yapan eşkıyaları yakalamak isterken vurularak ölen jandarma erinin anne ve babasına,⁴⁶⁵ “*kamu hizmetlerinin işlemesinden doğan külfetlerde eşitliği sağlamak adına*” tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁶⁶

Yakın tarihli kararlara baktığımızda ise, idarenin tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan arızı nitelikteki zararların, idareden risk ilkesi gereğince tazmininin istenebileceği, eğer bu nitelikte bir faaliyetten doğan bu nitelikte bir zarar yoksa, ancak o zaman fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine başvurulabileceği şeklinde bir belirleme yerine; genellikle idarenin faaliyeti tehlikeli olsun ya da olmasın, ortaya çıkan zarar arızı olsun ya da olmasın idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararlarının tazmininin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği olduğunun ifade edildiği görülmektedir.

Örneğin, görev sebebiyle çıktığı şehir dışı seyahatten dönerken meydana gelen trafik kazasında hayatını kaybeden okul müdür yardımcısının yakınlarının tazminat talebiyle açtığı davada Danıştay,

“idarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin kuruluş ve işleyişinde kusuru olmasa bile, kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğmamış

⁴⁶³ D12D, E.1965/3609, K.1966/2982, KT. 26.10.1966, Esin, op.cit., s.156, 157.

⁴⁶⁴ D12D, E.1970/5193, K.1971/1259, KT.17.5.1971, <https://www.kazanci.com.tr/>, (09.03.2021).

⁴⁶⁵ D12D, E.1965/4330, K.1967/676, KT.26.4.1967, Esin, op.cit., s.157.

⁴⁶⁶ Danıştay’ın açıkça kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini zikretmeyip meydana gelen zararın, eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle tazminata hükmettiği kararları da mevcuttur. Sınırı geçmeye çalışan Suriyeli kaçakçılarla arada çıkan çatışma esnasında vurularak şehit düşen jandarma erinin annesine kamu hizmetlerinin ifası sırasında meydana gelen zararın bir ya da birkaç kişiye yükletilmesinin eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kurallarıyla bağdaşmadığından tazminat ödenmesi gerektiği hk. D12D, E.1966/1202, K.1970/1450, KT. 30.6.1970; askerlik görevini ifa ettiği sırada devriye gezerken kimliği belirlenemeyen kimselerce vurularak ölen jandarma erinin anne ve babasına kamu hizmetlerinin ifası sırasında meydana gelen zararın bir ya da birkaç kişiye yükletilmesinin eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kurallarıyla bağdaşmadığından tazminat ödenmesi hk. D12D, E.1969/190, K.1970/2821, KT. 31.12.1970; ambulansla hasta nakledilirken meydana gelen kaza sonucu taşınan hastanın ölmesi sonucunda açılan davada zararın tazminin hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olduğu hk. D12D, T. 19.01.1971, E. 69/3710, K. 71/96, nakleden Esin, op.cit., s.180,181; görevi nedeniyle incelediği kaçak silahın kazaen patlaması sonucu vurularak ölen polis memurunun yakınlarına eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği tazminat ödenmesi hk. D12D, E.1967/1268, K.1968/1667, KT.25.09.1968 nakleden Esin, op.cit., s.170,171; “*bünyesinde tehlike taşıyan bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında zarara uğranılması durumunda, yukarıda belirtilen kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca uğranılan zararın tazmin edilmesi eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.*” D10D, T. 19.02.2015, E. 2010/15504, K. 2015/597, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

olmak koşuluyla, çalışma gücündeki eksilme ya da ölüm durumunda ortaya çıkan maddi zararı, istihdam edenin sorumluluğu kapsamında ve kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin etmekle yükümlü olduğu, davalı idarelerin hizmet kusurunun bulunmadığı ancak davalı idarelerden Milli Eğitim Bakanlığınca yürütülen kamu hizmeti sırasında meydana gelen özel ve olağanüstü zararın, davacılar yakınının kişisel kusurundan doğmamış olması nedeniyle kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri gereği kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiği”ne hükmetmiştir.⁴⁶⁷

Yine yakın tarihli bir başka kararında, hasta sevkiyatında görevli sağlık teknisyeninin hasta nakli esnasında meydana gelen kazada yaralanması olayında idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmederken,

“...kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere verilen zararların, eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre hizmeti sunan idarelerce tazmin edilmesi de gerekmektedir. Aksi durum, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi sonucunu doğurur ki, bu da, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri ile bağdaşmaz.”

gerekçesine dayanmıştır.⁴⁶⁸

Aynı şekilde idarenin kitle⁴⁶⁹ ve terör olaylarından kaynaklanan zararlardan sorumluluğunu ifade eden sosyal risk ilkesi gereği tazmin yükümlülüğünün dayanağı olarak, -açıkça ifade edilmemiş olsa da- fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin gösterildiği, Danıştay kararlarına rastlamak mümkündür.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ D10D., E.2015/2756, K.2016/347, KT. 21.1.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

⁴⁶⁸ D15D, E.2016/8641, K.2017/7588, KT.19.2.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

⁴⁶⁹ Kitle olaylarından kasıt; toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi faaliyetlerde, kalabalık bir insan topluluğunun gerçekleştirdiği eylemlerdir. Fransız hukukunda, bu eylemler esnasında üçüncü kişilerin uğradığı zarar, toplum halinde yaşamının bir sonucu olarak görülmekte ve bu zarardan idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir.

⁴⁷⁰ Kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de sosyal risk ilkesinin uygulandığı terör olaylarından kaynaklanan zararların kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince karşılanması gerektiğine hükmetmekteydi. “Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolansıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri

Örneğin, kolluk tarafından döşenen mayına basıp sakat kalan çocuğun uğradığı zararın giderilmesi için açılan davada Danıştay, her ne kadar sosyal risk ilkesini aşağıda değinileceği üzere,⁴⁷¹ idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağı aranmayan bir sorumluluk türü olarak yorumlasa da,⁴⁷² hizmet kusurunun tespit edilemediği bu olayda, davacıların uğradığı özel ve olağanüstü zararın kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi gereğince tazmini gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay burada sosyal risk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağını belirlerken sosyal risk ilkesinin “*toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağanüstü zararların da topluma pay edilerek giderilmesi*” amacını taşıdığını belirterek esasında bu ilkenin dayanağının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olduğunu örtülü olarak ifade etmiştir.⁴⁷³

Gerçekten de kitle ve terör olaylarında amaç, bir kişinin ya da kişi grubunun şahsına zarar vermekten öte, topluma ve devlete zarar vermektir. Bu sebeple söz konusu olaylarda zarar gören kişilerin uğradığı zarar, eşitliği bozan bir kamu külfetidir. Toplumun bir üyesi olmaktan kaynaklanan, özel ve olağanüstü zarardır. Bu nedenle idare tarafından tazmin edilmek suretiyle zararın toplumun tümüne paylaşılması sosyal devlet ilkesine uygun olandır.⁴⁷⁴

Tüm bu açıklamalardan ve atıfta bulunulan yargı kararlarından sonra varılan sonuç değişmemektedir: fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi aslidir, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun dayandığı tek ilkedir.

tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağanüstü nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarece tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir.” AYİM 2D, E. 1993/556 K. 1995/18, KT. 11.1.1995; AYİM 2D, E.1995/385 K.1997/189 KT. 26.2.1997; AYİM 2D, E.1994/1301, K.1995/322, KT.26.4.1995; AYİM 2D, E.1995/78, K. 1996/1059, T. 13.11.1996; AYİM 2D, E. 1997/233, K. 1997/1032, T. 10.12.1997; AYİM 2D, E.1995/412, K.1997/363, KT.2.4.1997; AYİM 2D, E.1995/248, K.1996/27, KT.17.1.1996 AYİM 2D, E.1992/625, K.1993/178, KT.14.01.1993. AYİM 2D, E.1993/654, K.1995/27. KT.11.01.1995, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁴⁷¹ Bkz. *infra*, bölüm 2, II-C.

⁴⁷² “*sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana geimesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir.*” D10D., E. 2001/4795, K. 2003/696 K.T. 25.2.2003, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁴⁷³ D10D, E. 2001/4795 K. 2003/696 KT. 25.2.2003 aynı yönde D10D, E.2004/7285 K.2007/212 KT.29.1.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁴⁷⁴ D10D, E.2006/5024, K.2008/2685, KT.21.04.2008, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

3. Kusursuz Sorumluluğunun Klasik Kurgusuna Bir Eleştirisi: Ayrı Bir İlke Olarak Risk İlkesi Gerekli Mi?

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin esas ve kapsayan ilke olduğu yönündeki savunu, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunda artık kalıplaşmış hale gelen risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi şeklindeki ikili ayrımın da sorgulanmasına yol açmaktadır. Madem fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun söz konusu olduğu tüm durumlar için geçerli, tek sorumluluk sebebi; o zaman risk ilkesi neden var,⁴⁷⁵ Fransız idare hukukunda ve ondan esinlenen Türk idare hukukunda neden böyle bir ikili ayrım yapılıyor, şeklindeki olası bir eleştiriye yanıtı; kusura dayanmayan sorumluluğun Fransız idari sorumluluk hukukundaki tarihsel gelişimi içerisinde bulmak mümkündür. Zira Fransız hukukunda kusura dayanmayan sorumluluk teorisi ilk kez, Conseil d'État'nın 1895 tarihli *Cames* kararında, mesleki risklerle ilgili olarak kullanılmıştır.⁴⁷⁶ Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin ise bir kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi olarak kullanılması, daha sonraki tarihlere denk gelmektedir.⁴⁷⁷

Esasen ortaya çıkış gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, objektif sorumluluğun risk ya da tehlike ilkesiyle anılması ve aynı şekilde objektif sorumluluğun ilk örneklerinin riskli faaliyetlerin sebep olduğu zararlar ile ilgili olması normaldir. Zira sorumlulukta kusur ilkesinin yetersizliğinin anlaşılmasına; sanayileşme, makineleşme ve kentleşmeyle birlikte gelen, hayatın olağan akışındaki tehlike barındıran faaliyetlerin ve olası zarar risklerinin artması sebep olmuştur. Dolayısıyla hem özel hukukta hem de idare hukukunda risk ilkesinin kusura dayanmayan sorumluluğun adeta sembolü olarak görülmesi şaşırtıcı değildir.

⁴⁷⁵ Ahmet Yayla, op.cit., s.66.

⁴⁷⁶ Türk hukukunda ise risk (tehlike) ilkesi, Fransız hukukundan farklı olarak, özel hukuktan idare hukukuna aktarılmıştır. Zira tehlike sorumluluğuna ilkesine ilişkin ilk yasal düzenlemenin, 24 Nisan 1930 Tarihli 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 127'nci maddesinin son fıkrasındaki "*işyerlerinde bulaşıcı bir hastalık veya bir salgın hastalık çıkması halinde doğacak hukuki sorumluluklar nedeniyle talep edilecek tazminatlara dair ödemeler iş yeri sahipleri ve işletenler tarafından yapılacaktır*" hükmünün olduğu söylenebilir. Bkz. Alper, op.cit., s.56. Esasında Türk hukukunda kusursuz sorumluluğa ilişkin ilk düzenlemeler, Mecelle'de kadar götürülebilir fakat bir şeyden fayda elde edenin, onun vereceği zarardan da sorumlu olacağına dair Mecelle'de yer alan bu hükümler doğrudan risk ilkesi ile ilgili düzenlemeler değildir. Esas itibarıyla özel hukuktaki sebep sorumluluğuna ilişkin, genel olarak objektif sorumluluğu tanımlayan düzenlemelerdir. Öğretide tehlike sorumluluğuna ilişkin ilk düzenleme olarak 7 Haziran 1939 Tarihli 3634 Sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu işaret eden yazarlar da mevcuttur. Bkz. Yücel, s. 72, 73; Zorluoğlu Yılmaz, op.cit., s.28, 29.

⁴⁷⁷ Ahmet Yayla, op.cit., s.66.

Özel hukukta tehlike ilkesinden doğan sorumluluğun objektif sorumlulukla özdeşleşmesinde bir problem yoktur. Fakat kamu hukukunda idarenin riskli faaliyetleri de kamu yararına, geniş anlamda kamu hizmeti olduğundan ve ortaya çıkan zarar da eşitliği bozan bir kamu külfeti olduğundan, risk ilkesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden apayrı bir ilke olarak görülüp, bu iki ilke arasında belirgin bir ayırım yapılması ve hatta risk ilkesinin kusura dayanmayan sorumluluğun esası olduğuna dair bir çıkarım yapılması doğru olmayacaktır. Tarihsel perspektifte, Fransız hukukunda idarenin kusura dayanmayan sorumluluğuyla ilgili ilk karar, mesleki risk ile ilgili olduğundan, olaydaki zararın eşitliği bozan kamu külfeti olma niteliği değil, riskli faaliyetten kaynaklanmış olma niteliği ön plana çıkarılmıştır. Fakat vurgunun idari faaliyetin zarar riski üzerinde olması, söz konusu zararın eşitliği bozan bir kamu külfeti olduğunu sonucunu değiştirmemektedir.

Öte yandan anlaşılacağı üzere, kamu hukukundaki risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkeleri ve bunlardan doğan sorumluluk; özel hukuktaki tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkeleri ile bunlardan doğan sorumluluğa karşılık gelmektedir. Bu ilkelerden doğan sorumluluğun ortaya çıkış gerekçeleri, altında yatan sebepler birbirine benzerdir. Fakat burada belirtmek gerekir ki, risk ve tehlike kavramı birbirine eş anlamlı kavramlar değildir.⁴⁷⁸ Tehlike soyut ve dış etkenlerden kaynaklanan bir zarar potansiyelini ifade ederken, risk, somut ve iç etkenlerden kaynaklanan tehlikeyi göze almayı anlatmaktadır.⁴⁷⁹ Söz konusu iki kavram birbirine eş olmasa da, borçlar hukukundaki tehlike sorumluluğunun idare hukukundaki görünümü risk ilkesinden doğan sorumlulukla ifade edilmektedir. Bir başka deyişle risk ve tehlike kavramları Türk hukukunda birbirinin yerine kullanılan kavramlardır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Özellikle sosyoloji biliminde bu kavramlar arasındaki farklılıklara ilişkin çalışmalar için Bkz. Mesut Serdar Çekin, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.151-153.

⁴⁷⁹ Çekin, risk ile tehlike kavramları arasında farkı zararın gerçekleşme ihtimali üzerinden açıklamaktadır. Zararın gerçekleşme ihtimali azsa risk, çoksa tehlike kavramının kullanılması gerektiğini, risk ve tehlike kavramlarının arasında zararın gerçekleşme ihtimali üzerinden bir derece farkı olduğunu savunur. Buna göre zararın gerçekleşme hali soyut bir ihtimal ise riskten, daha somutlaşmış bir zarar ihtimali ise tehlikeden söz edilmelidir. Çekin, op.cit., s.155,156. Bu bağlamda doktrinde TBK m.71'deki tehlike sorumluluğu düzenlemesinin aslında somutlaşmamış zarar/düşük zarar ihtimali nedeniyle bir risk sorumluluğu diğer bir ifadeyle soyut tehlike hali olduğunu savunan yazarlar vardır. Çekin, op.cit., s. 156-158; Üçışık, op.cit., s. 142.

⁴⁸⁰ Alman hukukunda bu iki kavram arasında yaratılan fark için bkz. Çekin, op.cit., s.154.

Oysa Fransız hukukunda, hem özel hukukta hem de idare hukukunda kullanılan risk teorisinde (la théorie du risque) ve bundan doğan risk sorumluluğunda (la responsabilité pour risque) aslolan, kusurlu sorumluluktaki hukuka aykırılıkla kusur unsurlarının yerini, zarara sebep olan faaliyetin taşıdığı rizikonun almasıdır.⁴⁸¹ Bir başka deyişle risk teorisi hukuka aykırılık ve kusurdan bağımsız sözleşme dışı sorumluluğun üst başlığı olarak kullanılmaktadır.⁴⁸²

Fransız Yargıtayı (Cour de cassation), özel hukukta risk sorumluluğunu ilk kez kabul ettiği 16 Haziran 1896 tarihli kararından⁴⁸³ bu yana, kişinin yalnızca tehlikeli nitelik taşıyan faaliyetler ve nesnelere değil, kontrolü altındaki tüm faaliyetlerin ve nesnelere sebep olduğu zararlardan sorumlu olduğuna dair içtihat geliştirmiştir.⁴⁸⁴ Code Civil'in mülga 1384'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ve 10 Şubat 2016 tarihinde yapılan değişiklikle yürürlükteki 1242'inci maddesinin 1'inci fıkrası⁴⁸⁵ bu içtihadının dayanağıdır.⁴⁸⁶ Zira Cour de cassation, literatürün de etkisiyle, Code Civil'in 1242'inci maddesini (mülga m.1384), kusursuz sorumluluğa ilişkin çerçeve hüküm olarak uygulamaktadır.⁴⁸⁷

Risk teorisinin önce 21 Haziran 1895 tarihli Cames kararıyla Conseil d'État tarafından kullanılması, ardından bir sene sonra Cour de cassation tarafından genel bir kusursuz sorumluluk prensibi olarak yorumlanması, esasında Fransız hukukunda risk

⁴⁸¹ Üçışık, op.cit., s.127.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Söz konusu kararda yüksek mahkeme, buharlı deniz aracının, aracın yapım aşamasından kaynaklanan ve farkedilemeyen bir hatadan patlaması sonucu makinistin ölümünde, işverenin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Yücel, op.cit., s.54. İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s.119.

⁴⁸⁴ İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s.117, 118; Yücel, op.cit., s. 56.

⁴⁸⁵ Article 1242: Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Türkçesi, Madde 1242

10 Şubat 2016 tarih ve 2016-131 sayılı Emirname ile değişik – m. 2

Kişi, yalnız kendi fiilinin yol açtığı zararlardan değil aynı zamanda sorumlu olduğu şahısların veya nezaret ve muhafazası altındaki eşyaların sebep olduğu zararlardan da sorumludur.

⁴⁸⁶ İmre, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s.117;

⁴⁸⁷ Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.40, 41; Üçışık, op.cit., s. 130; Yücel, op.cit., s. 54 vd.; Fransız özel hukukunda genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi olarak yorumlanan sözü edilen hüküm haricinde, özel olarak düzenlenen tehlike sorumluluğu halleri de mevcuttur. Yücel, op.cit., s. 56.

ilkesinin, toplumsal hayata eylemleriyle zarar riski getirenin, bu zarar meydana geldiğindeki tazmin mükellefiyeti anlamında kullanıldığını göstermektedir.⁴⁸⁸

Türk özel hukukunda kullanılan tehlike sorumluluğu kavramı ise, anlam ve kapsamı itibariyle Fransız hukukundaki risk ilkesini değil, Alman özel hukukundaki tehlike ilkesine dayanan tehlike sorumluluğunu (Gefährdungshaftung) ifade etmektedir.⁴⁸⁹ Alman hukukunda tehlike ilkesinin, Fransız hukukundaki risk ilkesine kıyasla daha dar ve sınırlı bir anlamı vardır⁴⁹⁰. Tehlike ilkesinin sınırları, niteliği itibariyle başkaları için tehlike arzeden eşya veya faaliyetlerdir.⁴⁹¹ Fakat Fransız hukukunda -théorie du risque- ile daha ziyade genel anlamda (faaliyetiyle zarara) sebep olma ilkesi anlaşılmaktadır.⁴⁹² Bu bağlamda Fransız hukukundaki risk sorumluluğunun Alman hukukundaki ve Türk hukukundakinden daha geniş kapsamlı bir anlamı vardır. Yalnızca niteliği gereği tehlikeli faaliyetler ve tehlikeli yöntemler ve tehlikeli araç gereçlerin değil, her fiilin başkasına zarar verme tehlikesi mevcuttur.

Fransız hukukundaki risk ilkesi, Türk hukukuna ilk yansımalarında hasar ilkesi olarak adlandırılmıştır.⁴⁹³ Hasar ilkesinin Türk idare hukuku literatürüne ilk yansımalarında da, esasında bu ilkenin kamu külfetleri de içine alacak şekilde, idari faaliyetlerle “hizmetten aynı derecede faydalananlardan birine diğerinden daha fazla külfet yüklememe” düşüncesine dayandığı ifade edilmiştir.⁴⁹⁴ Hasar kuramının, özel hukuktaki tehlike sorumluluğuyla özdeş olmadığı,⁴⁹⁵ arızı hasarları aşacak şekilde tüm kamu hizmetlerinin, kusura dayanmayan ve genel külfeti aşan zararları için kullanılmakta olduğu⁴⁹⁶ ve bu kuramın esasen fedakârlığın denkleştirilmesi ve

⁴⁸⁸ İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s.62, 63.

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ Ibid.

⁴⁹¹ Ibid.

⁴⁹² İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, s.62, 63; Esin, op.cit., s.130-131; Sarıca, *İdari Kaza*, s.234 vd.; Özyörük, op.cit., s.238-239.

⁴⁹³ Esin, op.cit., s.130 vd.; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s.1709 vd.; Tan, op.cit., s.502; Gözübüyük, Tan, op.cit., s.665, Armağan, op.cit., s.100.

⁴⁹⁴ “Mesela; bir nafia işi bazı maliklere ve mülklere diğerlerinden daha fazla külfetler yükleyebilir, gerçi bu malikler de o işten faydalanacaklardır, fakat bu istifade diğerleriyle aynı ve müsavı derecededir; hâlbuki katlandıkları külfet daha fazladır. Amme mükellefiyetleri karşısında hukuki müsavat; amme hizmetlerinden faydalanmak salahiyetinin umumiliği, bu katlanan fazla külfetin karşılığının verilmesini yani nafia işinin veya herhangi bir amme hizmetinin muayyen fertlere diğerlerinden fazla yüklediği külfetleri bir zarar ve ziyan sayarak tazminini icap ettirir.” Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s.1709.

⁴⁹⁵ Armağan, op.cit., 100.

⁴⁹⁶ “Bu teorinin idare hukukundaki ifadesi, amme hizmetlerinin umumi külfetler dışında ferdi mülkiyette ve fertlere iras edebileceği hasarlar, zararlar ammeye, idareye raci olmak ve binaenaleyh zarra

hakkaniyet ve nesafet ilkelerine dayandığını savunulmuştur.⁴⁹⁷ Fakat günümüzde her nedense hasar ilkesi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden ayrı yalnızca niteliği gereği tehlikeli faaliyetleri kapsayan bir anlama ve sınırlara ulaşmıştır.

Aynı şekilde idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, özel hukuktaki fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bir ölçüde farklılaşmaktadır. Bunun nedeni de sorumluluğu doğuran aradaki ilişkinin irade özgürlüğüne sahip iki eşit birey arasında değil, bireyin rızası hilafına işlem ve eylem yapabilen idare ile birey arasında olmasıdır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini idare hukukunda asıl sorumluluk sebebi yapan risk ilkesindeki idarenin müdahalesinin de, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesindeki idarenin müdahalesinin de, kural olarak,⁴⁹⁸ eşitliği bozan bir kamu külfeti olarak ortaya çıkmasıdır.

Sonuç olarak temeli sosyal hukuk devleti ilkesine dayanan idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu, kamu külfetleri karşısında eşitlik, diğer bir deyişle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üzerine kuruludur. Risk ya da idari hasar ilkesi ve keza sosyal risk ilkesi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üst başlığının içinde yer alan, yalnızca zararın ortaya çıkış sebebi bakımından ayırım yapılabilecek olan, salt bu anlamda “özel” kabul edilebilecek sorumluluk halleridir. Uygulama alanlarının daha sınırlı olması ayrı bir sorumluluk sebebi oldukları anlamına gelmemektedir.

D. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN OLMA MESELESİ

Literatürde, idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun kamu düzenine ilişkin olduğu savunulmaktadır.⁴⁹⁹ Ardından neden kamu düzenine ilişkin olduğu açıklanmamakla birlikte, bir kuralın kamu hukukunda kamu düzenine ilişkin sayılmasının tipik sonucu olan, davanın her aşamasında ileri

görenlere idare tarafından ödenmek lazım gelir. (...) Bu teorinin mahiyet ve karakteri kusur mefhumundan ve esasından tamamen ayrılması ve objektif bir esasa dayanmasıdır.” Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s.1710.

⁴⁹⁷ Esin, op.cit., s. 130, 131. Esin idari hasar kuramının temelini kamu külfetleri karşısında eşitlik ve hakkaniyet ve nesafet ilkeleri olduğunu ifade ettikten sonra idari hasarı, umulmayan haller, mesleki risk, bayındırlık hizmetleri ve bayındırlık eserlerinden doğan komşuluk riski ve diğer kamu hizmetlerinden doğan komşuluk riski olarak 4 gruba ayırmıştır.

⁴⁹⁸ “Kural olarak” şeklinde belirtilmesinin nedeni aşağıda açıklanacaktır. Bkz. infra, bölüm 3, II-B.

⁴⁹⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1243; Çağlayan, op.cit., s. 345.

sürülebilme ve mahkemece resen dikkate alınma şeklindeki hukuki sonuçları sıralanmaktadır.⁵⁰⁰

Bu sebeple, bu başlık altında idare hukukunda kamu düzeni kavramı ile özel hukukta kamu düzeni kavramının ne anlama geldiği ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğunun neden kamu düzenine ilişkin olduğu sorularının cevabı aranacaktır.

Borçlar hukukunda kamu düzeni kavramının ne anlam ifade ettiğinin sorgulanmasının nedeni, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kamu düzenine ilişkin olma niteliğinin, söz konusu sorumluluk ilkesine ait bir nitelik mi yoksa idare hukukuna özgü bir nitelik mi olduğunu ortaya koymaktır. Borçlar hukukundaki fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğun, kamu düzenine ilişkin olup olmadığını belirlemek, sonuca ulaşmayı kolaylaştıracaktır.

İçinde sübjektif unsurlar barındıran, söz konusu sübjektif unsurların sürekli gelişim ve değişim içinde olduğu kamu düzeni kavramı, sınırlarının belirlenmesi güç, tanımlaması zor bir kavramdır. Farklı hukuk dallarında farklı şekillerde yapılan kamu düzeni tanımları, bu kavramın aynı zamanda farklı görünüm biçimleri olduğuna işaret eder.⁵⁰¹ Kavramın belirsizliğinin, içeriğinin değişebilir olmasının nedeni söz konusu kavramın hukuki esaslardan çok sosyal faktörlere bağlı olması ve bu faktörlerin uğradığı değişimden etkilenmesidir.⁵⁰² Kamu düzeni, genel, soyut niteliği ve kişisel bakış açılarına ve hatta zamana ve yere göre sınırlarının ve kapsamının daralıp genişlemeye elverişliliği⁵⁰³ nedeniyle keyfi uygulanma tehlikesini bünyesinde barındıran bir kavramdır.⁵⁰⁴

İdare hukukunda kamu düzeni dendiğinde ilk akla gelen, kolluk faaliyetlerinin amacından hareketle, toplumun dış ve maddi düzenidir. İdare hukukunda

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2014, s.163.

⁵⁰² Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul, Öncü Kitabevi, 1969, s.138.

⁵⁰³ Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 16. Baskı, 2020, s. 148; Kemal Dayınlarlı, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni* Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara, 1988, ss. 653-692., s.661; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.367; Oğuzman, Öz, C.I, s.83, 84; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 544; ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E.2000/ 2-1051, K.2000/1068, KT.21.06.2000, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁵⁰⁴ AYM, E.1973/41, K.1974/13, KT. 25.04.1974, AYMKD, S.12, s. 145.

“bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesiyle de kamu yararı gerçekleşen”⁵⁰⁵ kamu düzeni, toplumun tamamının güvenliği, huzuru ve sağlıklı yaşamı için devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından alınması gereken tedbirler olarak tanımlanabilir.

Özel hukukta ise kamu düzeni daha teknik bir işlev görür. Toplumun menfaatini koruyan hukuk kuralları⁵⁰⁶ olarak tanımlanır. Kamu düzeni kavramı, TBK’nın kesin hükümsüzlük başlığını taşıyan 27’nci maddesinin 1’inci fıkrasındaki “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklindeki düzenlemede yer almaktadır. Kamu düzeninin sözleşme özgürlüğü üzerindeki etkisi ve bu hükmün ne şekilde yorumlanacağı konusunda doktrinde görüş farklılığı bulunmaktadır.

Bir görüşe göre TBK m.27/1, kanunla sözleşme özgürlüğüne getirilen bağımsız bir sınırlamadır.⁵⁰⁷ Diğer görüşe göre ise, bu hüküm sözleşme özgürlüğüne sınır koymamaktadır. Yalnızca bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı konusunda tereddüte düşüldüğünde yani bir hükme aykırılık halinde o hükmün lafzından emredici hüküm olup olmadığı anlaşılmıyorsa başvurulması gereken bir kriterdir.⁵⁰⁸ Toplumun menfaati bu şekilde korunmaktadır.⁵⁰⁹ Bu görüşü savunanlara göre soyut bir kamu düzenine aykırılıktan söz ederek hukuki işlemi geçersiz saymak mümkün değildir. TBK m.27/1’deki diğer kavramların yanı sıra, kamu düzeni özelinde, ihlal edilmeleri halinde kamu düzenine aykırılık yaratacak kurallar emredici hükümlerdir.⁵¹⁰

TBK’da olduğu gibi Medeni Usul Kanununda da kamu düzeni ifadesi kullanılmaktadır. Yargı organının işleyişini sağlamaya yönelik, taraflarının iradesine bırakılamayacak olan davanın yürütülmesine ve yargı örgütüne ilişkin emredici hukuk kuralları usuli kamu düzenini oluşturur.⁵¹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanununun, görevin belirlenmesi ve niteliği başlıklı 1’inci maddesinde yer alan “*Mahkemelerin görevi,*

⁵⁰⁵ Günday, op.cit., s.290.

⁵⁰⁶ Oğuzman, Öz, C.I, s.82, 83; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.367.

⁵⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, op.cit., s.529 vd.; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, s.184.

⁵⁰⁸ Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara, Turhan, 2007, s.155.

⁵⁰⁹ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2001, s.184, dn.232. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, op.cit., s. 529 vd.

⁵¹⁰ Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara, Turhan, 2007, s.155.

⁵¹¹ Sezin Aktepe Artık, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, *TBB Dergisi*, 2018, S.134, ss.257-292, s.262.

ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir.” ifadesiyle anlatılmak istenen, esasen irade özerkliğine kanun koyucu tarafından getirilen sınırlamalar, emredici hükümlerdir.⁵¹² “Kamu düzenindedir” ifadesinin anlamı söz konusu kuralın aksinin kararlaştırılmayacağı, sonucu ise söz konusu kuralın hakim tarafından resen dikkate alınması gerektiğidir.⁵¹³

İdari yargılama hukukunda ise, İdari Yargılama Usulü Kanununun 32’nci maddesinde belirtildiği gibi *“Bu Kanunun uygulanmasında yetki kamu düzenindedir”*. Bu hüküm idarenin yetki ve görev alanına ilişkin değil, idarenin eylem ve işlemlerine karşı idari yargıda açılacak iptal ve tam yargı davalarına ilişkindir. Bunun ayrıca belirtilmesinin nedeni, idare hukukunda idareye verilen herhangi bir görevin, idarenin bu görevi yerine getirirken uyması gereken kuralların emredici olup olmadığını belirlemek için kamu düzenindedir ibaresine ihtiyaç duyulmamasıdır. Şöyle ki, idare hukukunda bütün yetkiler verilmiş yetki olduğundan idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelerde kamu düzenindedir şeklinde bir ibareye gerek yoktur. İdare ancak kanunun çizdiği sınırlar içinde ve o sınırlar içinde verilen hareket serbestisine sahiptir. İdarenin kanuni bir çerçeve olmadan özgürce hareket edebileceği bir faaliyet sahası yoktur.

Bu çerçevede fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun kamu düzenine ilişkin olmasının anlamı nedir?

Yükümlerde eşitliğin bozulmasından doğan sorumluluğun uygulanması ve mağdurun zararının tazmin edilmesi, idarenin tespit edip uygulayacağı bir süreç değildir. İdari yargının görev alanındadır. Yargılama hukukunda bir kuralın kamu düzeninden sayılmasının sonucunun, hakimin onu resen dikkate alması ve taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilmesi olduğu⁵¹⁴ yukarıda ifade edilmiştir.

⁵¹² Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015, s.348.

⁵¹³ Yargılama usul hukukundaki resen araştırma ilkesi, bir kuralın kamu düzenine ilişkin olmasının getirdiği sonuçtur. Kamu yararının ağır bastığı ve kamu düzenine ilişkin hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Seda Özmumcu, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, ss.145-171, s.150.

⁵¹⁴ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde ifade edilen resen araştırma ilkesi; bir taraftan kamu düzenine ilişkin hususlarda mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da idari yargı denetiminin bir hukuka uygunluk denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelemeyi gerektirebilmesi nedeniyle getirilmiştir.” D12D, E.2007/5480, K.2010/414, KT.2.2.2010, <https://www.lexpera.com.tr/>, (01.03.2021).

İdari yargıda hakimın bir sorumluluk ilkesini uygulama zorunluluğu ve taraflara zararın bu sorumluluk sebebinden kaynaklandığını davanın her aşamasında ileri sürebilir olduğuna dair yani söz konusu ilkenin kamu düzenine ilişkin olduğu kabulünün dayanağı nedir? İçtihatla getirilmiş bir sorumluluk ilkesinin emredici niteliği olabilir mi? İçtihadi bir kural kamu düzenine ilişkin olabilir mi?

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi idarenin sorumluluğuna dair hemen hemen tüm kavram ve kurallar içtihadi niteliktedir. Kanun altı değer taşıyan içtihadi kuralların aksine bir irade, kanunla⁵¹⁵ beyan edilmedikçe, içtihadi kurallar idareyi de idarenin hukuka uygunluğunun denetleyen idari yargıyı da bağlamaktadır. İdari yargıç, idarenin hukuka uygunluğunu denetlerken ve bireyin uğradığı zararı idarenin tazminle yükümlü olup olmadığına ilişkin yani idarenin sorumluluğuna ilişkin meseleleri değerlendirirken içtihadi kurallara bağımsız ölçü norm olarak başvurur.⁵¹⁶

Sonuç olarak içtihadi bir ilke olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, emredici niteliktedir ve dolayısıyla kamu düzenine ilişkindir. Mağdur kişi ya da kişi grubu davanın her aşamasında yükümlerde eşitliğin ihlali iddiasını ileri sürebileceği gibi, idari yargı yerinin de bu içtihadi ilkeyi, bağımsız ölçü norm olarak resen dikkate alması bir zorunluluktur.

II. İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN UNSURLARI

Bu başlık altında, idare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin unsurları incelenecektir. İdarenin, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kaynaklanan sorumluluğundan bahsedebilmek için, öncelikle idarenin hukuka uygun bir müdahalesinin olması gerekmektedir. Ardından, bireyin ya da bireylerin söz konusu hukuka uygun müdahaleden kaynaklanan, yani idare ile arasında illiyet bağı kurulabilen bir zararı mevcut olmalıdır. Bu sorumluluk türüne özgü olarak ise, söz konusu müdahale dolayısıyla uğranılan zararın, özel ve olağanüstü olması şarttır. Esasında bu

⁵¹⁵ Türk Hukuku bakımından, cumhurbaşkanlığı kararnamesi de içtihadi kuralların üstünde bir hukuki değer taşımaktadır.

⁵¹⁶ İçtihadi nitelikteki ilkelerin hukuki değerı konusu ve bu konuda Çıtak'ın görüşü için bkz. Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, s.158 vd.

koşullar, sorumluluk türleri açısından büyük ölçüde aynı içeriğe sahiptir.⁵¹⁷ Kusura dayanmayan sorumluluğun kusurlu sorumluluktan ayrıldığı kısım, kusur şartının ispatına gerek olmayışı ve zararın ortak niteliklerinin yanında, ayrıca özel ve olağanüstü olması gerekliliğidir. Geri kalan koşullar, her iki sorumluluk türü için ortaktır. İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun asıl sorumluluk sebebi olan, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine özgü olan, zararın özel ve olağanüstü olma niteliği; idarenin hukuka uygun her müdahalesinde bu sorumluluğa başvurulamayacağını, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun mutlak bir sorumluluk türü olmadığını göstermektedir.

A. İDARENİN HUKUKA UYGUN EYLEM YA DA İŞLEMİ

İdarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalden kaynaklanan bir zararın tazminiyle yükümlü olduğunu söylemek için öncelikle bu zararın sebebinin idarenin hukuka uygun eylem veya işlemi olması gerekmektedir. Zarar hukuka uygun şekilde yürütülen geniş anlamda kamu hizmetinden kaynaklanmalıdır.

İdarenin salt idari eylemlerinde kusurla hukuka aykırılık arasında denklik yoktur. İdarenin salt idari eylemleri hukuka uygun olsa da kusurlu olabilmektedir⁵¹⁸. *Gözler*'in de belirttiği gibi, örneğin bir doktorun teşhis hatası ya da hatalı tedavisi durumunda bir hukuka aykırılık yoktur ancak o eylem yürütülürken kusurlu davranılmıştır⁵¹⁹. Zarar bu eylemin kusurlu bir şekilde yapılmasından doğmuştur. Kusurlu idari eylemden doğan zararın sağlık hizmetlerindeki ağır kusur - basit kusur ayrımı gibi başka bazı ölçütlerden dolayı kusurlu sorumluluk bahsinde değerlendirilmemesi, söz konusu idari eylemin kusurlu fakat hukuka uygun olması durumunu değiştirmemektedir.

Kusura dayanmayan sorumlulukta ise, idari eylemin hem kusursuz hem de hukuka aykırı olduğu bir seçenek mümkün değildir. Bir an için hem kusura dayanmayan hem de hukuka aykırı bir eylem olarak kanunsuz emir müessesesi akla gelebilir, fakat anayasal düzenlemede, Anayasa'nın 137'nci maddesindeki

⁵¹⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1275.

⁵¹⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1062.

⁵¹⁹ Ibid.

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”

şeklindeki düzenlemeyle, hukuka aykırı emri kusuru olmaksızın yerine getirenin sorumluluktan muaf tutulduğu görülmektedir. Dolayısıyla kusura dayanmayan sorumlulukta tek seçenek, eylemin hukuka uygun olmasıdır.

İdari işlemlerde ise hukuka aykırılık ile kusur birbirine denktir.⁵²⁰ Hukuka aykırı olan işlem aynı zamanda kusurludur. Hukuka uygun işlemde ise kusur yoktur. Kusura

⁵²⁰ *Gözler*; hukuka aykırı idari işlemin aynı zamanda kusurlu olmasının istisnası olarak, şekil ve yetki unsurundaki sakatlıkların idarenin kusurlu sorumluluğunu doğurmayacağını, çünkü bu unsurlardaki sakatlıkların/hukuka aykırılıkların işlem tekrar yapılarak, sonradan giderilebileceğini ifade etmektedir. Burada kastedilen, yetki ve şekil unsurundaki sakatlıkların, hukuka aykırılık doğurmayacağı değil; söz konusu hukuka aykırılıkların sonradan giderilip işlemin yine aynı sebep, konu ve amaç ile yeniden tesis edilebileceğinden, idarenin bir tazmin yükümlülüğünün doğmayacağıdır. Her ne kadar yazarın da belirttiği gibi bu doğrultuda verilen yargı kararları mevcut olsa da ve yetki ve şekil unsurundaki sakatlığın sonradan giderilebilme ihtimali olsa da, bu bir kesinliği göstermez. Daha açık bir ifadeyle, yetki unsuru yönünden sakat olan işlem, iptal yaptırımına tabidir ve bu işlem nedeniyle zarar ortaya çıkarsa bunun da tazmini gerekir. *Gözler*, her ne kadar Danıştay kararlarına atıfla, bu işlemin yetkili kişi/makam tarafından aynı konuda bu sefer hukuka uygun şekilde tesis edilebileceğinden bir zararın doğmadığını savunsa da; yetki, şekil ve usul unsurları yönünden hukuka aykırılıklarının sonradan yetkili kişi/makam tarafından ya da hukuka uygun şekil ve usulde yeniden tesis edilebilme ihtimalinin olmasını zararın doğmamasına gerekçe göstermiş olsa da, amacı, konusu ve sebebi aynı olan bu işlemin yetkili makam tarafından tesis edilmemesi, yetkili makamın bu yönde bir iradesinin olmama ihtimali her zaman vardır. Aynı şekilde hukuka uygun usul ve şekilde yapılmış olsaydı bu yönde bir idari işlemin ortaya çıkmama ihtimali de her zaman vardır. Dahası, işlemin, şekil ve/veya yetki unsurundaki sakatlıkların giderilerek yeniden tesisi edilmiş olması durumunda da, arada geçen zamandaki zararın tazmini gerekir. Dolayısıyla yetki ve/veya şekil unsurunda sakatlık olan bir idari işlemde zarar/tazmin yükümlülüğü/sorumluluk doğmayacağı düşüncesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yetki ve/veya şekil unsurunda sakatlık olan bir idari işlemde de zarar doğabilir ve bu bir kusurlu sorumluluk halidir.

Danıştayın idari işlemlerde hukuka aykırılığın kusura denk olmasına getirdiği bir başka istisna da “içtihatı hata” teorisidir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yol açmayacağı yönünde bir içtihat geliştirmiştir. *“İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için, saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. Olayda, davalı idarece, 2547 sayılı Yasanın 44.maddesi uyarınca davacının okulla ilişiği kesilmiş ve kesinleşen mahkeme kararı ile de bu işlem iptal edilmişse de, anılan yasa maddesine farklı hukuki yorumlar getirildiğinden, yorum farklılığından doğan bu uyumsuzlukta, idarenin hizmet kusuru bulunduğu söylenemez.”* D8D, E.1990/981, K.1990/812, K.T.28.06.1990; D8D, E.1991/788, K.1991/1657, KT.17.06.1991; D8D, E.1997/3635, K.1997/1209, KT.8.4.1997, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021). Aksi yönde kararları mevcut olsa da (bkz. “Diğer taraftan, yargı mercilerinin, hukuk kurallarının yorumu ve uygulanmasındaki isabetsizlikleri sonucunda meydana gelen külfetlerin, anayasal güvence altında bulunan hak arama özgürlüğünü kullanan ilgililer üzerinde kalması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.” D2D, E.2004/2902, K.2005/1728, KT.17.05.2005; D11D, E.2006/171, K.2006/4684, KT.10.10.2006; D11D, E.2001/5299, K.2003/490, KT.06.02.2003; D5D, E.2000/5895,

dayanmayan sorumluluğa ise her hukuka uygun idari işlem değil, özel ve olağanüstü zarara sebebiyet veren idari işlem konu olacaktır.

Demektir ki, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğuna ve bu sorumluluğun genel esası olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine, idarenin hukuka uygun eylemleri ve işlemleri konu olmaktadır.

Sonuç olarak bu sorumluluk ilkesinin uygulanabilmesinin ilk şartı idarenin hukuka uygun eylem ya da işleminin mevcut olmasıdır.⁵²¹ Söz konusu eylem veya işlem idare tarafından yapılmalı veya idare adına gerçekleştirilmelidir.⁵²² Bir kamu hizmetinin idarenin gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişilerince görülmesi durumunda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kapsamına dâhil bir zarar ortaya çıktığında da, bu zararın faaliyetin asıl sahibi olan idareden kaynaklandığının kabulü gerekir.⁵²³ Zira burada da zarar idareye izafe olunabilecek bir zarardır.

B. ZARAR

K.2001/4557, KT.27.11.2001; D5D, E.1989/2001, K.1992/3148, KT.19.11.1992; D8D, E.1992/968, K.1993/1221, KT.8.3.1993; D5D, E.1988/1309, K.1990/1917, KT.24.10.1990; D5D., E.1989/2668, K.1989/1574, KT.21.09.1990; D5D, E.1980/2574, K.1983/6939, KT.20.10.1983, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).) içtihadî hata teorisini savunmak mümkün değildir. “Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukukî yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz” demek kusurun objektif olarak ölçülemeyecek derecelendirilmesini yapmak ve idarenin bazı işlemlerini yargı denetimi dışında bırakmak anlamına gelir. Kusurun olağan olup olmaması, basit olup olmaması üzerinden farklı yaratmak, kusurlu ya da kusursuz ayrımı yapmadığı gibi kusurun derecelendirilmesi de yapmayan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zarardan sorumlu olduğuna hükmeden anayasaya koyucunun iradesine aykırıdır.

⁵²¹ Gözübüyük, Tan, op.cit., s.677,678; Atay, *İdare Hukuku*, s.727; Çağlayan, op.cit., s.158, 159; Gözler, *İdare Hukuku C.II*, s.1275, 1276; Onar, op.cit., s.1718; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.327, Armağan, op.cit., s.195, Esin, op.cit., s.212; Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, s.1070; Bereket Baş, “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu”, s.348.

⁵²² Ayanoğlu, Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, s.26; Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 19, Kitap 1, 2004, ss. 173–199, s.184.

⁵²³ DDDK, E.1976/456, K.1977/254, KT. 13.05.1977 “(imtiyaz sözleşmeleri)... kamu idaresi ile kar ve zararı kendisine ait olmak üzere hizmetin yürütülmesi yüklenen arasında uyuşma sonucunda imzalanan bir akitle gerçekleşmekle beraber, hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemekte ve kamu idaresini aslen sahibi olduğu bu işin gerçek sorumlusu olmaktan da çıkarmamaktadır.”, <https://www.kazanci.com.tr/>, (10.03.2021); Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, s. 1070.

1. Genel Olarak

Zarar, sorumluluk ve tazminat hukukunun temel şartıdır. Kusur olmadan ya da kusur aranmadan sorumluluk söz konusu olabilir fakat zarar olmadan sorumluluk ve tazminattan söz edilemez.⁵²⁴

Zarar kavramının kamu hukukunda da özel hukuk ilişkilerini düzenleyen hukuki metinlerde de tanımı yapılmamıştır. Bu kavramın içeriği öğreti ve yargı kararlarıyla şekillenmektedir. Genel olarak kişinin maddi ve manevi varlığını oluşturan hukuki değerlerde, iradesi dışında meydana gelen eksilme, azalma olarak tanımlanmıştır.⁵²⁵ Bu tanımdan hareketle zarar kavramı; kişinin malvarlığı ya da kişi varlığını oluşturan hukuki değerler, bu değerlere kişinin iradesi dışında müdahale ve müdahale sonucu bu hukuki değerlerde eksilme olması şeklinde üç unsurdan oluşur.

Zarar, zarar çeşitleri başlığı altında maddi zarar ve manevi zarar şeklinde iki kategoride gruplandırılmaktadır. Anlaşılacağı üzere, maddi zarar, kişinin malvarlığındaki iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Bu eksilme, Roma hukukundan günümüze benimsenen haliyle,⁵²⁶ malvarlığındaki aktifin azalması ya da pasifin artması⁵²⁷ şeklinde ya da malvarlığının aktifinin çoğalmasının veya pasifinin azalmasının önlenmesi suretiyle gerçekleşebilmektedir⁵²⁸. Manevi zarar ise, kişinin manevi değerlerinde iradesi dışında meydana gelen ihlal⁵²⁹ dolayısıyla uğradığı

⁵²⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.587; Henri Deschenaux, Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983, s.14, 15.

⁵²⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.587.

⁵²⁶ Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2006, s. 304-305.

⁵²⁷ Deschenaux, Tercier, op.cit., s.20; Jürgen Brinker, *Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz*, Berlin, 1982, s. 180.

⁵²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.587; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 548; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 64; Jacob Joussen, *Schuldrecht I- Allgemeiner Teil*, Verlag W. Kohlhammer, 2008, Rn. 1078.

⁵²⁹ Yaşam, sağlık, özgürlük, insan onuru, şeref, itibar, ün gibi kişilik değerlerine ve bedensel bütünlüğe verilen zararlar bu kapsamdadır. Fransız hukukunda uzun süre gözyaşının parayla ölçülemeyeceği gerekçesiyle manevi zarar ve dolayısıyla manevi tazminat fikri kabul edilmemiştir. Kişilik değerlerine verilen zarar ancak malvarlığına yansdığı zaman tazmin edilebilmiştir. Fransız idari yargısında bu içtihadattan 1961 tarihinde Letisserand Kararı ile vazgeçilmiş, Conseil d'État manevi acıların malvarlığına yansımaya koşulu olmaksızın tazmin edilebileceğine karar vermiştir. Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1287; Danıştay da manevi tazminatı, kişinin haksız eylemden dolayı duyduğu elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan bir tatmin aracı olarak yorumlamaktadır. D10D, E.2003/630, K.2006/1981, KT. 20.03.2006; aynı yönde D10D, E.2004/7285, K.2007/212, KT. 29.1.2007; D10D, E.1997/3081, K.2000/1961, KT. 27.4.2000.

kayıplardır⁵³⁰. Yalnızca maddi zararı ifade etmek için dar anlamda zarar kavramı, hem maddi hem manevi zararı birlikte ifade etmek için geniş anlamda zarar kavramı da kullanılmaktadır.⁵³¹

Alman hukukunda zarar kavramı (BGB § 253 I), hem maddi hem manevi zararı kapsayacak şekilde kullanılmakta iken,⁵³² Türk hukukunda zarar kavramıyla, genellikle maddi zarar kastedildiğinden, doktrin ve uygulamada maddî zarar ve manevi zarar terimleri ayrı ayrı kullanılmaktadır.⁵³³

İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için de şüphesiz zarar unsuru şarttır. Ayrıca içtihatlar uyarınca, söz konusu zararın, gerçekleşmiş ve kesin olma, hukuken korunan bir menfaate yönelik olma, parayla ölçülebilir olma niteliklerine sahip olması gerekmektedir.⁵³⁴ Bunlara ek olarak, kusura dayanmayan sorumluluğa özgü şart ise, bu sorumluluğun temel esası olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin doğal sonucu olan, zararın özel ve olağanüstü olması şartıdır.

- **Zararın Gerçekleşmiş ve Kesin Olması Şartı**

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için zararın, idarenin hukuka uygun müdahalesinin sebep olduğu, fiilen doğmuş veya gelecekte doğacağı kesin, belli ve gerçek olması gerekmektedir.⁵³⁵ Bir başka ifadeyle, zarar güncel olmalı

⁵³⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 599; Deschenaux, Tercier, op.cit., s. 19, 24; Oğuzman, Öz, C.II, s.257; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 548; Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht, Band I*, 5. Auflage, Bern, Verlag 1993, s. 53; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.330; Hatemi, op.cit., s.44 vd.

⁵³¹ Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 547, 548; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 63; Eren, *Borçlar Hukuku*, 587.

⁵³² Keller, op.cit, s. 53; Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht*, Bern, 2008, s. 510; Lange, Schiemann, op.cit., s.50.

⁵³³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 587, 588, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 548 Oğuzman, Öz, C.II, s, s. 39, 40;

⁵³⁴ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.304.

⁵³⁵ Sait Güran ‘Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması’, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 151-170, s.156; Bahtiyar Akyılmaz, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.6, ss.165-219, s.177; Atay, Odabaşı, op.cit., s.181; Atay, op.cit., 719, 720; Gözübüyük,Tan, op.cit., s.683, 684; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1277; Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1304, 1305. Gözler, zararın gerçekleşmiş olması ve kesin olması şartlarını ayrı ayrı incelerken, zararın gerçekleşmiş olma şartının aranmasının nedeni olarak, idari sorumluluk hukukunun cezalandırma amacı taşımadığını yalnızca zararı tazmin amacı taşıdığını bu nedenle idare hukukunda teşebbüsün cezalandırılmadığını savunmaktadır. Oysa teşebbüsün cezalandırılmaması bir bütün olarak idari sorumluluk hukukunun yaptırım fonksiyonu bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Bir sorumluluk

ya da mevcut bir zarar olmasa bile ileride bir zaman diliminde zararın gerçekleşeceği kesin olmalıdır.⁵³⁶ Burada gelecekte gerçekleşmesinin kesinliğinden kasıt, zararın kendisidir, miktarının kesin olarak belirlenebilir olması değildir.⁵³⁷ Zarar miktarının kesin olarak belirlenebilir olması şeklinde bir tazmin koşulu bulunmamaktadır.⁵³⁸

Henüz gerçekleşmemiş, doğması muhtemel olan fakat gerçekleşeceği kesin olmayan yalnızca bir ihtimal barındıran olası zararlar bu kapsama girmeyecek ve idarenin mali sorumluluğundan söz edilemeyecektir.⁵³⁹ Zira bu zararlar muhtemel ya da olası zarar olarak adlandırılmaktadır ve bu türden zararlar idarenin tazmin yükümlülüğünün kapsamına dâhil değildir.

Öğretide ciddi şans kaybı olarak ifade edilen zarar, kişinin kesin olmayan fakat gerçekleşmesi muhtemel, işe girme, sınavda başarılı olma gibi bir fırsatı ya da şansı kaybetmesi halidir.⁵⁴⁰ Bu haliyle ciddi şans kaybı ileride gerçekleşmesi kesin zarar kategorisinde değerlendirilebilir. Fakat Danıştay, ciddi şans kaybı durumunu ileride

türünün ya da dalının yaptırım fonksiyonu bulunmadığını söyleyebilmek için teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmadığı verisinden daha fazla veriye ihtiyaç vardır. Kaldı ki idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu değil ama kusurlu sorumluluğu hem tazmin fonksiyonuna hem de yaptırım fonksiyonuna sahiptir. Çünkü kusurlu sorumluluğun mantığı, idarenin hukuk sınırları dışına çıkmasını engellemek, hukuk sınırları dışına çıkıp zarar vermenin tazminat yaptırımına bağlı olduğu şeklinde bir düzenle idarenin hukuk içinde kalmasını sağlamaya çalışmaktır. Kusur kavramı zaten “cezalandırmaya ilişkin bir düşüncenin ürünüdür” (Atay, Odabaşı, op.cit., s.59, 60). İdarenin kusurlu eylem ya da işlemiyle sebep olduğu zararın tazmini hem bireyin zararını karşılama yani tazmin amacı içerirken hem de idarenin hukuk sınırları dışına çıktığını, “kınanması gereken” bir eylem ya da işlemi olduğunu ve bunun da tazminatla “cezalandırıldığı” gösterir. Kusurlu sorumluluğun, cezalandırma fonksiyonu bulunmayan kusura dayanmayan sorumluluktan önce gelmesinin de sebebi de budur. İdari sorumluluğun cezalandırma fonksiyonu içermesi ve bunun da fiilen kararlarında sorumluluğun kusurdan doğup doğmadığı şeklinde tespit edilmesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, Danıştay 10. Dairesinin 09.07.2013 Tarih ve E. 2012/9046, K.2013/5913 Sayılı Kararı “Sorumluluk – Manevi Tazminat - Yaptırım Fonksiyonu”, *5.İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Karar İncelemeleri" 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada / İstanbul*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, ss. 241-252.

⁵³⁶ “Sosyal oyunlar bayilik ruhsatı hukuka aykırı olarak iptal edilen davacının, bayilik faaliyetini yapamadığı dönemde mahrum kaldığı kazancı muhtemel zarar olmayıp, kesin bir zarar olduğundan tazmini gerektiğine...” D10D, E.2008/1506, K.2012/4467, KT.28.09.2012; D10D, E. 1996/4835, K. 1998/703, KT. 02.05.1998.

⁵³⁷ Ahmet Yayla, op.cit., s.17.

⁵³⁸ Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2413.

⁵³⁹ Gözler, *İdare Hukuku, C. II*, s.1306; Atay, *İdare Hukuku*, s.720, Akyılmaz, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, s.177; D10D, E.1987/1324, K.1990/278, KT. 15.09.1990, D12D, E.1967/2838, K.1969/1068, KT.2.6.1969, Esin, op.cit., s.216; D10D, E.1998/2222, K.2001/37, KT. 15.01.2001, Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin, 2003, s.320; D8D, E.1995/376, K.1997/3431, KT.18.11.1997, Dan.10.D., 16.09.2005, E. 2004/ 4147, K. 2005/5012, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁵⁴⁰ Gözler, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1307; Çağlayan, op.cit., s.167.

gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan bir zarar olarak görmekte ve ihtimal düzeyindeki bu zararı tazmin edilmesi gereken kesin zarar kavramına dâhil etmemektedir.⁵⁴¹

İdarenin hukuka uygun eylem veya işleminin sebep olduğu fakat henüz ortaya çıkmamış zararın, gelecekte oluşmasının kesin mi yoksa ihtimal dâhilinde mi olduğunun tespiti yapılırken, şüphesiz somut olayın koşulları ve zarara uğrayanın kişisel özellikleri dikkate alınmalıdır.

Manevi zararlarda kesin ve gerçekleşmiş olma durumunun tespiti maddi zararlarda kesin ve gerçekleşmiş olma durumunun tespitine nazaran daha güçtür. Kişi varlığına yönelik bir müdahalenin olup olmadığını, bu müdahalenin bir azalmaya yol açıp açmadığının tespiti, kişi varlığındaki bu azalmanın parasal karşılığının belirlenmesi ayrı ayrı zorluklardır.⁵⁴²

- **Meşru Menfaat İhlali Şartı**

Öğretide, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından doğan sorumluluğa hükmedilebilmesi için zararın kesin ve gerçekleşmiş olmasından başka, doktrinde idarenin hukuka uygun müdahalesiyle bireyin bir hakkının ya da meşru bir menfaatin ihlal edilmiş olması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁴³

Bu şart ilk inceleme koşullarında yer alan sübjektif dava ehliyeti olarak ifade edilen, tam yargı davaları için hak ihlali ve iptal davaları için menfaat ihlali koşulundan başka bir şey değildir. Sübjektif dava ehliyetinin yani davacı ile dava konusu arasındaki ilişkinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı tam yargı davalarındaki görünümü; bireyin idarenin hukuka uygun müdahalesi ile uğradığı zararın, bir hakkının ihlali şeklinde gerçekleşmiş olmasıdır. Esasında burada meşru zarar kavramından ziyade meşru hukuksal ilişkinin sonucunda doğan zarardan bahsetmek daha doğru olacaktır.

⁵⁴¹ D8D, E. 1973/1076, K. 1973/2502, KT.13.06.1973, akt. Gözler, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1309; D10D, E. 1987/1324, K. 1990/278, KT. 15.09.1990, D8D, E.1995/376, K.1997/3431, KT. 18.11.1997, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021). Gözler, Fransa uygulamasında olduğu gibi, “kesin ve gerçekleşmiş” bir zararın olmadığı bazı hallerde “ciddi şans kaybı” olup olmadığının mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve buna göre tazminata hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Gözler, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1307.

⁵⁴² Akyılmaz, *İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*, s. 178.

⁵⁴³ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1309; Atay, *İdare Hukuku*, op.cit., s.720; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1279; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.305; Atay, Odabaşı, op.cit., s.187; Çağlayan, op.cit., s.168, 169.

Zararın mağdur bireyin dava konusu üzerindeki menfaatinin ihlali ile gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Hukuk düzenince hak olarak tanınan ve korunan bir hukuki değere verilen bir zarar olması gerekir. Dolayısıyla savunulanan aksine Türk hukukunda meşru menfaatin ihlali suretiyle gerçekleşen zarar eğer bu menfaat hak düzeyine erişmemişse, İdari Yargılama Usulü Kanunu m.2/1-b uyarınca karşılanamayacaktır. Ayrıca bu koşul zararın niteliğinden ziyade dava konusu ile kişi arasındaki ilgi bağında aranan ve var olup olmadığı ilk inceleme esnasında araştırılan bir niteliktir. İlk inceleme aşamasında incelenip, davacı kişinin hakkının, idarenin dava konusu eylem veya işlemiyle ihlali suretiyle zarara uğradığı yani hak ihlali koşulunun gerçekleştiği kanaatine varılırsa ve diğer ilk inceleme şartları da tamamsa, işin esasına geçilir. Bu aşamadaki tespitten sonra işin esası aşamasında hakimin zararın hukuken korunmaya değer olmadığı yönünde karar vermesi mantıksal olarak mümkün değildir.

- Parayla Ölçülebilir Olma Şartı

Zararın para ile ölçülebilir olması şartı,⁵⁴⁴ zararın parasal karşılığının olmasıdır. Zira idari yargıda, medeni yargılamadan farklı olarak aynen tazmin suretiyle giderim mümkün olmamakta, hem maddi hem manevi zararların nakden tazmini için belli bir miktar paranın, bir defada ya da belirli süreli irat veya ömür boyu irat şeklinde ödenmesine karar verilmektedir.⁵⁴⁵

Kesin, gerçekleşmiş ve parayla ölçülebilir olma şartları anlaşılacağı üzere, yalnızca fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluğun değil, idari sorumluluk hukukunun zarara ilişkin genel şartlarıdır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğa özgü şartlar ise, arızı nitelikte olmama, özel ve olağanüstü olma şartlarıdır.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1716; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1279; Atay, *İdare Hukuku*, s.721; Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1315; Çağlayan, op.cit., s.169, 170.

⁵⁴⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1315, 1316.

⁵⁴⁶ “Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle, arızı nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağanüstü nitelik arz etmektedir.” İDDK, E.2013/509, K.2015/454, KT. 19.2.2015; D10D, E. 2016/1586 K. 2016/3889 KT. 27.10.2016; D10D, E. 2009/12528 K. 2014/921 KT. 18.2.2014; D10D., E. 2015/959 K. 2016/354 KT. 21.1.2016; D10D, E. 2015/2689 K. 2018/2055 KT. 6.6.2018; D10D, E. 2018/161 K. 2018/1868 KT. 21.5.2018; D10D, E. 2016/1088 K. 2016/3891 KT. 27.10.2016; D10D, E. 2016/1094 K. 2016/3887 KT. 27.10.2016;

- **Arızı Nitelikte Olmama**

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan zararın arızı olmaması demek, faaliyetin sonucunda meydana gelen zararın sonradan, kazaen ortaya çıkan,⁵⁴⁷ dıştan gelen zarar şeklinde olmamasıdır. Bu sorumluluk ilkesinde zarar kendiliğinden, faaliyetin daha önceden öngörülen doğal sonucu şeklinde gerçekleşir.⁵⁴⁸ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu özellik dar anlamda yani geleneksel ayırmada risk (ve sosyal risk) ilkesinin kapsamı dışında kalan hallerde uygulama alanı bulan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi için geçerlidir. Kusura dayanmayan sorumluluğunun genel esası olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini, risk ilkesini de içinde alacak şekilde geniş anlamda ele aldığımızda, bu nitelik söz konusu sorumluluk sebebi için ayırt edici bir özellik olmaktan çıkmaktadır.

Zararın arızı olup olmaması fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ile risk ilkesini birbirinden ayıran tek kriterdir. Risk ilkesinden doğan sorumlulukta zarar faaliyetin doğal sonucu değil arızı sonucudur. Tehlikeli nitelikteki ya da tehlikeli yöntem ve araçların kullanıldığı kamu hizmetini yürüten idare, bu faaliyetin büyük zarara yol açabilme ihtimalini göze almakta fakat bu riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini, gerçekleşirse doğuracağı zararın büyüklüğünü bilmemekte ve istememektedir. Tıpkı özel hukuktaki tehlike ilkesi gibi, idari sorumluluk hukukundaki risk ilkesinin uygulandığı durumlarda da zarar, faaliyetin kazaen ortaya çıkan sonucudur.

Dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumlulukta ise, zarar idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin doğal sonucudur. İdare bu faaliyeti yürütürken bu faaliyet gereği kişinin hakkına, hukuka uygun müdahalede bulunurken, zararın meydana geleceğini ve bu zararı tazmin etmesi gerekeceğini bilmekte ve kabullenmektedir.

Dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde, zararın arızı olması şartının aranmaması, bu ilkenin kusura dayanmayan sorumluluğun temel ilkesi olduğu ve risk

D10D, E. 2016/1571 K. 2016/3888 KT. 27.10.2016; D10D, E. 2016/2410 K. 2016/3890 T. 27.10.2016; D10D., E. 2016/1575 K. 2016/3886 KT. 27.10.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

⁵⁴⁷ Gözler, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, s.33, 34.

⁵⁴⁸ Gündüz, 2015, 117.

ilkesinin, bu ilkenin içinde yer aldığı yönündeki savunuya aykırı değildir. Şöyle ki, arızilik zarara ilişkin bir niteliktir. Söz konusu iki ilkenin birbirinden farklı, iki ayrı sorumluluk sebebi olup olmadığına karar verilirken ise ortaya çıkan zararın özelliğine değil, idarenin sorumluluğu doğuran müdahalesinin yarattığı zararın, bir kamu külfeti/ağır fedakârlık olup olmadığı üzerinden hareket edilmelidir.

İdarenin faaliyetinin riskli olup olmaması ya da ortaya çıkan zararın arızı olup olmaması üzerinden, sorumluluk ilkesi belirlenmesinin önünde elbette bir engel yoktur. Fakat içtihatlarla fedakârlığın denkleştirilmesi ve risk ilkesi şeklinde iki ilke yaratılmış ise, bu iki ilke arasındaki ilişkinin ve sorumluluk sebebinin, yine bu iki ilkenin anlamı üzerinden hareket edilerek belirlenmesi gerekmektedir. İdare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, kamu yararına yapılan bir müdahalenin külfet haline gelip toplumu oluşturan bireyler arasındaki eşitliği bozması durumlarında uygulanır. Eşitliği bozan zararın müdahalenin doğal sonucu olarak ortaya çıkması da bir kamu külfetidir, sonradan, kazaen ortaya çıkması da bir kamu külfetidir. Riskli faaliyetlerden kaynaklanan zararların, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi altında konumlandırılmasının nedeni de budur.

2. İdare Hukukuna Özgü Şart: Zararın Eşitliği Bozan Kamu Külfeti Haline Gelmiş Olması

Külfet kavramı, sigorta hukukundan borçlar hukukuna aktarılmış bir kavramdır.⁵⁴⁹ Alman hukukunda *obliegenheit* terimiyle karşılanmakta,⁵⁵⁰ Türk hukukunda yükümlenti,⁵⁵¹ yüküm, mükellefiyet⁵⁵² gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Külfet kavramı, özel hukukta hukuk düzeni tarafından kişiye yüklenen, borç kavramından farklı olarak, ifa edilmediği takdirde, ifada bulunmayan taraf üzerinde herhangi bir sorumluluğa sebep olmayan, karşı tarafça ifası veya tazmini talep edilemeyen, fakat ifada bulunmayan külfet altındaki kişinin, birtakım hak ve menfaatlerden mahrum kalmasına, olumsuz hukuki sonuçlara (*rechtsnachteil*) sebep

⁵⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, op.cit.,s.32.

⁵⁵⁰ Susanne Hähnchen, *Obliegenheit und Nebenpflichten*, Mohr Siebeck, 2010, s.113-114.

⁵⁵¹ Nejat Aday, *Özel Hukukta Yükümlenti Kavramı ve Sonuçları*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000, s.15 vd.

⁵⁵² Ali Bozer, *Sigorta Hukuku Genel Hükümler- Bazı Sigorta Türleri*, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2009, s.85 vd.

olan davranışlardır.⁵⁵³ Anlaşılacağı üzere özel hukukta bir davranışın külfet olarak nitelendirilmesinde, bu davranışın hukuki sonuçları belirleyici olmaktadır.

Özel hukukta külfet gerçek anlamda bir yükümlülük ya da borç değildir. Zarar görenin zararın artmasını önleme külfeti, satım ve eser sözleşmelerinde gözden geçirme ve bildirim külfetleri gibi, ifası külfet yükümlüsünün kendi menfaatine hizmet eden davranışlardır.⁵⁵⁴

Sözlük anlamı sıkıntı, zahmet, zorluk, büyük masraf olan külfet kavramı idare hukukunda genellikle kamu külfetini açıklamak için ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi içinde daha çok özel ve olağanüstü zarar kavramını karşılamak amacıyla kullanılmaktadır.

Esasında kamu külfeti, genel ve olağan kamu külfeti ve eşitliği bozan kamu külfeti olarak iki ayrı kategoride değerlendirilmelidir. Genel ve olağan kamu külfeti; topluma yayılmış, kamu hizmetinin yürütülmesi için, herkesin ya da toplumun büyük bir kısmının katlanması gereken ya da bir ya da tespit edilebilir sayıda kişinin üzerine yüklenen fakat tolere edilebilir olan birtakım yükümlerdir. Eşitliği bozan kamu külfeti ise, bir kişi ya da belirlenebilir kişi grubuna yüklenen ve toplumun geri kalan kısmına nazaran eşitliği bozacak ölçüde ağır bir fedakârlıktır. Bu doğrultuda eşitliği bozan kamu külfetine özel ve olağanüstü kamu külfeti de denilebilir.

Eşitliği bozan kamu külfeti, idarenin bireylere eşit yük yüklemeyen bir müdahalesiyle oluşur, bireyi ağır bir fedakârlık yapmaya zorlar ve özel ve olağanüstü bir zararı beraberinde getirir. Klasik mantıktaki ($p \Leftrightarrow q$) iki yönlü koşullu (bileşik) önermesi üzerinden ifade edilecek olursa, eşitliği bozan kamu külfeti varsa tazmini gereken zarar vardır. Tazmini gereken zarar varsa eşitliği bozan bir kamu külfeti vardır.

İdarenin hukuka aykırı ve kusurlu müdahalelerinde eşitliği bozan kamu külfeti, salt idarenin hukuka aykırı iradesiyle oraya çıkmaktadır. Bu yüzden zararın özel ve olağanüstü bir hale gelmesi aranmamaktadır. İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemine maruz kalmış olmak, birey için bizatihi ağır bir fedakârlıktır. İdarenin hukuka aykırı tavrı, başlı başına özel ve olağanüstülük yaratır.

⁵⁵³ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 45.; Hähnchen, op.cit., s. 77; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 32; Oğuzman, Öz, C.I, s. 18.

⁵⁵⁴ Oğuzman, Öz, C.I, s. 18; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 32; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.45.

İdarenin hukuka uygun müdahalelerinde ise eşitliği bozan kamu külfetinden bahsedebilmek için, bireyin özel ve olağanüstü niteliğe erişmiş bir zararı mevcut olmalıdır. İdarenin hukuka uygun olsa dahi, bireyin rızası hilafına yaptığı her idari faaliyet, birey için katlanılması gereken yükümlülük barındırır. Fakat yükümlülük varsa, tazmini gereken zarar vardır denilemez. Bu yükümlülüğün sonucunda bir zarar ortaya çıktıysa, bu zararın özel ve olağanüstü olması gerekir ki, bireylere yüklenen kamu külfetleri arasında eşitlik bozulsun ve idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu doğsun.

Görüldüğü üzere, özel hukuktaki külfet kavramı ile kamu hukukundaki külfet kavramı birbirinden farklıdır. Özel hukuktaki külfet, borç kavramıyla kıyaslanmaktadır. Külfetin bir borç olup olmadığı sorgulanmaktadır. Borç kavramından farkı, söz konusu külfetin yerine getirilmemesinin bir yaptırımının olmamasıdır. Kişi söz konusu külfeti yerine getirmediği takdirde bir zarar doğarsa, bu zarara kendisinin katlanması gerekmektedir fakat karşı tarafa karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Oysa kamu hukukunda idarenin kamu gücünü kullanarak tesis ettiği işlem ve eylemlerde bireyin söz konusu külfete uymama gibi bir seçeneği yoktur. Geniş anlamda kamu hizmetlerinin ifası sırasında ortaya çıkan kamu külfetine bireyin katlanıp katlanmama konusunda tercih hakkı yoktur. Aksine, idarenin hukuka uygun şekilde yürüttüğü kamu hizmetlerinde, bu hizmetlerin ifası için bireylerin kamu külfetlerine katlanmaları gerekmektedir.

İdarenin kusurlu sorumluluğundaki külfet kavramı bir kenara bırakılırsa; kamu külfeti eğer genel ve olağansa, diğer bir deyişle yükümlerde eşitlik varsa, birey bu külfete katlanmakla yükümlüdür, söz konusu külfet zarara yol açmış olsa dahi bu zararın tazmini talebinde bulunamaz. İdarenin bireyi katlanmaya mecbur ettiği yüküm, özel ve olağanüstü bir zarara sebep olacak ağırlıkta ise, bu durumda idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği tazmin yükümlülüğü doğacaktır.

3. İdare Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Özgü Şart: Özel ve Olağanüstü Zarar

İdari sorumluluk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için zararın kesin, gerçekleşmiş, para ile ölçülebilir ve arızı olması

yetmez, zararın aynı zamanda özel ve olağanüstü olması gerekmektedir. Özel ve olağanüstü olma şartı bu sorumluluk sebebine özgüdür.

Zararın kusurlu sorumlulukta olduğu gibi idarenin faaliyetinden kaynaklanan herhangi, olağan bir zarar değil, özel ve olağanüstü olması şartının aranması, kusura dayanmayan sorumluluğun kusurlu sorumluluğa nazaran daha esnek yorumlanmasının bir sonucudur. Ancak bu durum, daha önce sözü edilen⁵⁵⁵ idari yargı mercilerinin “içtihatî hata” adı altında “*her idarenin işleyebileceği türden olağan hataların/yanlışlıkların/kusurların idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı*” gerekçesiyle, idareyi kusurlu davranmış olsa da bir kusur derecelendirmesi yapılarak sorumluluktan “kurtarması” şeklinde bir anlayışın ürünü değildir. Kaldı ki kusurlu sorumlulukta salt hizmetin yürütülmesinde kusur bulunması, o zararı özel ve olağanüstü kılmaya yeterlidir.⁵⁵⁶ Özel ve olağanüstülüğün zararın bir niteliği olarak ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. İdarenin zarara hukuk sınırları dışına çıkmasıyla sebebiyet vermesi, o zararı özel ve olağanüstü yapmaktadır.

Ancak kusura dayanmayan sorumlulukta, özel ve olağanüstülük niteliğinden özellikle bahsedilmektedir. Kusura dayanmayan sorumluluğunda sorumluluk sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanının, idarenin hukuka uygun müdahaleleri olduğu unutulmamalıdır. İdarenin hukuk sınırları içinde hareket ettiği ya da hukuk sınırları dışına çıktığının saptanamadığı hallerde, kamu yararına dönük faaliyetlerinde, hiç kimseye herhangi bir zarar vermeden ilerleyebileceğini söylemek gerçekçi değildir. Örneğin bir metro yapım çalışması sebebiyle, araç yolu güzergahının bir süreliğine değiştirilmesi neticesinde, o güzergahı kullanan kişilerin, varacakları yere ulaşmaları için daha fazla kilometre katetmek zorunda kalmaları bir zorluktur, malvarlıklarında öncesinde nazaran daha fazla bir eksilme meydana getirir, fakat fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği karşılanması zorunlu bir zarar olarak görülemeyecektir. Zira bu gibi durumlar, bireyin kamu yararı için katlanmasının beklenebileceği, hayatın olağan akışı içinde büyük değişikliklere ve zarara yol açmayan, telafi edilebilecek ve uyum sağlanabilecek ve salt tek bir kişi ya da belirlenebilir kişi grubuna yüklenmemiş olan zorluklardır. Bu nedenle özel ve olağanüstü zarar olarak değerlendirilemezler.

⁵⁵⁵ Bkz. supra, dn.513.

⁵⁵⁶ Ahmet Yayla, op.cit., s. 64.

Fark edileceği üzere zararın özel ve olağanüstü olma şartı fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özünde olan bir şarttır. Bu şartın ayrıca ve açıkça belirtilmesine dahi gerek yoktur. Zira kamusal faaliyetlerin getirdiği yükün “eşitliği bozacak bir külfet” boyutuna erişebilmesi için, bireye verilen zararın özel ve olağanüstü boyutta olması gerekmektedir.

Zararın özel ve olağanüstü niteliği anlaşılacağı üzere, kesin sınırları çizilebilecek objektif bir nitelik olmaktan uzaktır. Hangi eşiğin aşılmasıyla zararın katlanılması beklenilebilecek olağan bir kamu külfeti olmaktan çıkıp, özel ve olağanüstü niteliğe büründüğünü tespiti yarayacak objektif bir kıstas yoktur. Şüphesiz dava konusu her olayda, mahkeme, durumun özelliklerine göre buna karar verecektir.⁵⁵⁷

Doktrinde ve yargı kararlarında zararın özel olması koşulu, zarara uğrayan kişilerin niceliği, olağanüstü olması koşulu ise, zararın niteliği üzerinden tanımlanmaktadır.

Zararın özel olması, idarenin faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkan zararın belli ölçüde bireyselleştirilebilir, teşhis edilebilir⁵⁵⁸ olması anlamına gelir.⁵⁵⁹ İdari yargı yerleri zararın bu niteliğini bireysel ya da kişisel kavramlarıyla da ifade etmektedir.⁵⁶⁰ Bir ya da birkaç kişinin, teşhis edilebilir oldukları sürece, küçük ya da kalabalık bir kişi grubunun, idarenin hukuka uygun müdahalesiyle uğradığı zararın özel olduğundan bahsedilebilir. Toplumun tamamının ya da genelinin üstüne yüklenmiş külfet, kimse için özel olmayacaktır ve kamu külfetleri karşısında eşitliği bozmayacağından, dengelenmesi gereken bir külfet olmayacağından, idarenin sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁵⁶¹

Nitekim Danıştay bu hususu bir kararında,

⁵⁵⁷ Ayanoğlu, Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, s.55.

⁵⁵⁸ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1317.

⁵⁵⁹ Ahmet Yayla, op.cit., s. 22; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1256; Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, C II*, s.685; Atay, *İdare Hukuku*, s.721.

⁵⁶⁰ D10D, T. 09.10.1995, E. 1994/1682, K. 1995/4256; D10D, T. 08.10.1996, E. 1995/2388, K. 1996/5893; DİDDK, E. 2003/57 K. 2005/237 KT. 14.4.2005; D10D, E. 2011/10280 K. 2015/1261 KT. 23.3.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁵⁶¹ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, C II*, s.685; Atay, *İdare Hukuku*, s.721; Atay, İdarenin Sorumluluğu, op.cit., 1091; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III*, s. 1718; Esin, op.cit., s.132; Ahmet Yayla, op.cit., s.22; Armağan, op.cit., s. 219.

“Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağanüstü bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir”

şeklinde ifade etmiştir.⁵⁶²

Zararın özel olması, yani idarenin faaliyetinden dolayı toplumda belirlenebilir sayıda kişinin zarara uğraması fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Bu zararın, herkesin her zaman karşılaşılabileceği bir zarar değil, yaşamın olağan akışında toplumu oluşturan bireylerin katlanmasının beklenemeyeceği bir boyutta olması gerekmektedir.⁵⁶³ Bu durum zararın anormalliği ya da olağanüstülüğü kavramıyla ifade edilmektedir. Zararın anormal, olağanüstü olması zararın niteliğine ilişkindir. Zararın belli bir ağırlığa ulaşması gereğini ifade etmektedir.⁵⁶⁴ Nimet-külfet dengesini bozmayan, kamu hizmeti sunulurken herkesin belirli ölçüde katlanmak durumunda kaldığı, toplum halinde yaşamın gereği olarak görülen zararlar, bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.⁵⁶⁵

Zararın, özel ve olağanüstülüğünün sınırını çizmek, bu kavramların objektif bir değerlendirmeye imkan sağlayacak şekilde kesin, belirli ve açık bir tanımını yapmak mümkün değildir. Esasen gerekli de değildir. Çünkü yapılacak her bir tanım, bu kavramları bir ölçüde sınırlayacak ve tanım yapılırken öngörülemeyen ancak idarenin hukuka uygun müdahalesiyle sonradan ortaya çıkan, aslında özel ve olağanüstü olan bir zararın kapsam dışı kalmasına sebep olacaktır. Yargı mercilerinin, önüne gelen her bir

⁵⁶² D10D, E. 2008/188, K. 2012/934, KT. 16.03.2012; D10D, E. 2012/4517, K. 2015/3682, KT.09.09.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021)

⁵⁶³ Ahmet Yayla, op.cit. s.23.

⁵⁶⁴ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, 1319; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1256; Esin, op.cit., s.132; Atay, *İdare Hukuku*, s.721.

⁵⁶⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III*, s. 1718; Esin, op.cit., s.132; Ahmet Yayla, op.cit., s.22; Armağan, op.cit., s. 219; Atay, odabaşı, op.cit., s. 177 vd.; Atay, *İdare Hukuku*, s.721.

olayda, idarenin müdahalesi ve bu müdahaleye maruz kalanlar üzerinden ayrı ayrı değerlendirme yapması, idari sorumluluk hukukunun niteliğine daha uygun düşecektir.

Bu bağlamda, Danıştay'ın Marmaray Sirkeci istasyonunun yapım çalışmaları sebebiyle bir caddenin araç ve yaya trafiğine kapatılması ile ilgili verdiği karara özellikle değinilmesi gereklidir. Danıştay bu kararında, cadde üzerindeki işyeri sahibinin, gelir kaybına uğradığı iddiasıyla açtığı tam yargı davasında, ilk derece mahkemesinin verdiği maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda kararını, cadde üzerindeki diğer işyeri sahiplerinin de aynı zarara uğradığı, dolayısıyla işyeri sahibi davacının zararının özel ve olağanüstü nitelikte olmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuş,⁵⁶⁶ fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini ihlal edecek nitelik ve ağırlıkta bir zararın davacı yönünden gerçekleşmediğine hükmetmiştir.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ D10D, E. 2008/188, K. 2012/934, KT. 16.03.2012: “Olayda, İstanbul'un trafik sorununu çözmek amacıyla yapılan Marmaray Projesi kapsamında, davacının işyerinin bulunduğu Ankara Caddesi üzerinde yapılan kazı çalışmaları nedeniyle caddenin bir bölümünün can ve mal güvenliği açısından trafiğe kapatılmasında, kazı çalışma alanının paravan ile çevrilmesinde, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Davacı tarafından, idarece alınan bu önlemlerden dolayı müşteri kaybının olmuş olabileceği, kazı sırasında çıkan toz nedeniyle temizlik giderlerinin arttığı, caddenin araç trafiğine kapatılması nedeniyle hammaliye giderinin olduğu, bu durumun 2008 Yılı Aralık ayı sonuna kadar devam edeceği iddia edilerek doğmuş ve ileride doğacak maddi zararının tazmini istemiyle dava açılmış ise de, uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin veya katlanılan sıkıntının cadde üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle davacı tarafından uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin, diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağanüstü bir nitelikte olmadığı, aksi yönde bir iddia veya bir bilgi ve belgenin de bulunmadığı, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini ihlal edecek nitelikte ve ağırlıkta bir zararın davacı yönünden gerçekleşmediği dikkate alındığında, maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır”.

⁵⁶⁷ Aynı yönde Trabzon Bölge İdare Mahkemesinin 10.9.2015 tarihli ve E.2015/948, K.2015/1009 sayılı kararında, “Davacı tarafından; taşınmazının sahil yoluna ve caddeye cepheli, ana yola giriş çıkışı olan değerli bir konumda iken caddenin ortasına yapılan viyadük ile önü kapandığı, ulaşımı ve kullanımı kısıtlanarak büyük ölçüde değer yitirmesine yol açıldığı ileri sürülerek maddi zararının tazmini istemiyle bakılmakta olan dava açılmış ise de; mahallinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporda; dava konusu 3 ve 4 no'lu dairenin ve zemin kattaki dükkanın manzarasının üst geçit tarafından kesilmediği, bağımsız bölümlerin maruz kalacağı gürültü kirliliğinin bir miktar artacağı, işyerinin ise; yolun sadece tek yöne giden yol ile bağlantısının kalması neticesinde bir miktar müşteri azalması olacağı ve bu nedenle değerinin % 10 oranında azalacağı kanaatine varıldığı görülmekte olup; bu zarar kalemlerinin sadece davacı açısından değil aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri ve daire sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle davacı tarafından uğranıldığı ileri sürülen ve raporda da kabul edilen zarar kalemlerinin diğer işyeri ve daire sahiplerinden farklı özel ve olağanüstü bir nitelikte olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yapılan viyadük nedeniyle oluşan genel külfetlere 'kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi' uyarınca herkesin katlanması gerektiği açıktır. Kaldı ki; davacının yeni kavşak sayesinde ulaşımı rahatlatan yolun olanaklarından hem konut hem de işyeri anlamında yararlanabileceği hususları dikkate alındığında, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren, kamu külfeti olmaktan çıkan, hizmetten yararlanan davacı yönünden özel ve olağanüstü niteliğe dönüşen bir maddi zarar bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

Söz konusu projenin ve inşa edilen tren istasyonunun, idarenin kamu yararına hizmet eden hukuka uygun bir faaliyeti olduğu şüphesizdir. Ancak bu toplu taşıma projesinden ve davacının işyerindeki temizlik ve hammaliye artmasına ve gelir kaybına uğramasına sebep olan Sirkeci tren istasyonundan, en basit tahminle, İstanbul halkının büyük bir çoğunluğunun yararlanacağı açıktır. Bu bayındırlık hizmetinin, belli bir kişi ya da kişi grubuna getirdiği külfetin, bu hizmetten yararlanacak olanların sayısına kıyasen özel olduğu ve bu hizmet nedeniyle katlanmak zorunda kaldıkları zorluğun olağanüstü olduğu aşıkardır. Zira o caddedeki işyeri sahiplerinin katlanmak zorunda kaldıkları bu kamu külfeti, hizmetten yararlanacak olanlarınkine eşit değildir. Aradaki denge, zarar gören işyeri sahipleri aleyhine bozulmuştur. Hayatın olağan akışında, telafisi zor değişikliklere yol açmayan, bireylerin katlanmasının bekleneceği, basit bir yük değil, özel ve olağanüstü boyuta ulaşmış bir zarardır. Danıştay'ın kararında ifade ettiği *“cadde üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği”* meselesi, salt bu gerekçeyle zararı özel ve olağanüstü olmaktan çıkarmaz. Tek bir kişinin değil, belirlenebilir, bireyselleştirilebilir sayıda kişinin bu zarara maruz kalması da o zararın özel kabul edilmesi için yeterli olmalıdır.

Danıştay'ın, özel ve olağanüstü zararı aynı şekilde tanımladığı ve zararın özel olması şartını tek bir kişiyle sınırlandırdığı bir başka dava da, bir akaryakıt istasyonunun, idarenin yol yapım çalışmaları sebebiyle yol ile bağlantısının kesilmesi ve ulaşımın köy yolundan sağlanması neticesinde, akaryakıt istasyonu sahibinin, gelir kaybına uğradığı iddiasıyla tazminat talebine ilişkindir. Danıştay kararında yine aynı gerekçeyi kullanmış, söz konusu zararın sadece davacının değil o yol üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceğini, zararın diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağanüstü bir nitelikte olmadığını ve bu külfetin genel bir külfet olduğunu ifade etmiştir.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ D10D, E. 2012/4517, K. 2015/3682, KT. 09.09.2015: *“Davacı şirket tarafından, akaryakıt istasyonunun davalı idarece yürütülen yol çalışmaları sonucunda yol ile bağlantısının kesilmesi ve ulaşımın stabilize köy yolundan verilmesi neticesinde meydana gelen gelir kaybı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararının tazmini istemiyle bakılmakta olan dava açılmış ise de, yol nedeniyle ticari faaliyette bulunan ve bundan kazanç sağlayarak yararlanan davacı şirketin söz konusu zarar kaleminin, aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle, davacı şirket tarafından, uğranıldığı ileri sürülen zarar kaleminin, diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağanüstü bir nitelikte olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yapılan yol çalışmaları nedeniyle oluşan genel külfetlere, “kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi” uyarınca herkesin katlanması gerektiği açıktır. Kaldı ki, davacı şirketin yenilenen yolun olanaklarından yararlanacağı da dikkate alındığında, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren, kamu külfeti*

Marmaray kararına ilişkin yukarıda getirdiğimiz eleştiriler, şüphesiz bu kararda da geçerlidir. Zararın özel olması şartını, yalnızca tek bir kişinin zarara uğraması şeklinde yorumlamak, gerçekçi olmadığı gibi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanını da önemli ölçüde daraltmaktadır. İdarenin hukuka uygun müdahalesiyle tek bir kişinin uğradığı zarar da kamu külfetleri karşısında eşitliğe aykırıdır, birden fazla kişinin, hizmetten yararlananların geri kalanından farklı, daha ağır ve telafisi zor zarara uğraması da kamu külfetleri karşısında eşitliğe aykırıdır. Her iki durumda da zarar özel ve olağanüstüdür ve zararı tazmin suretiyle eşitliğin yeniden sağlanması, yüklenen külfetlerin dengelenmesi gerekir. Olması gereken, Danıştay'ın 1962 yılında verdiği Ordu Caddesi kararında,⁵⁶⁹ Beyazıt Meydanı ile Aksaray bölgesini birbirine bağlayan Ordu Caddesi üzerinde bulunan taşınmaz maliklerinin zararlarını özel nitelikte kabul ettiği içtihadı, özel nitelikte zararın bu yorumuna geri dönmesidir.

Bu doğrultuda, bölge idare mahkemelerinin özel ve olağanüstü zarar ile eşitliği bozan külfet kavramına getirdikleri yorum da olması gereken açısından övgüye değerdir. Yol ve köprülü kavşak yapımı sırasında bu güzergâhta kalan işyerini kullanamaması ve gelir kaybına uğraması nedeniyle işyeri kiracısının açtığı davada ilk derece mahkemesi, özel ve olağanüstü zarar bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddi kararı vermiştir. Bunun üzerine yapılan istinaf başvurusunda, Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, yol ve köprülü kavşak yapımı şeklindeki bu hizmetin getirdiği külfetin,

olmaktan çıkan, hizmetten yararlanan davacı şirket yönünden özel ve olağanüstü niteliğe dönüşen bir maddi zarar bulunmamaktadır”, Aynı yönde başka bir kararda; Gaziantep’te karayolu yapım çalışmasından dolayı bir petrol istasyonunun yaklaşık 3,5 metre yol seviyesinin üzerinde kalmış ve bu yüzden yol ile bağlantısı kesilmiştir. Tekrar yol ile bağlantı kurulabilmesi için istasyonun tüm müstemilatı sökülmüş ve 3. 5 metre kazılarak tekrar monte edilmiştir. Bu süreçte işyeri çalıştırılmamış, kazma, sökme ve montaj masrafları oluşmuştur. Söz konusu zararların tazmini ile ilgili uyuşmazlıkta Danıştay, yol üzerindeki diğer işyeri sahiplerinin de aynı talepleri ileri sürebileceğinden bahisle zararın özel ve olağanüstü olmadığını tespit etmiştir: D10D, E. 2009/1531, K. 2014/413, T. 28.01.2014, “... yol nedeniyle ticari faaliyette bulunan ve bundan kazanç sağlayarak yararlanan davacıların söz konusu zarar kalemlerinin, aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle, davacılar tarafından, uğranıldığı ileri sürülen zarar kalemlerinin, diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağanüstü bir nitelikte olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yapılan yol çalışmaları nedeniyle oluşan genel külfetlere, "kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi" uyarınca herkesin katlanması gerektiği açıktır”, <https://www.lexpera.com.tr/>, (10.03.2021).

⁵⁶⁹ DDGK, T. 16.02.1962, E. 1960/177, K. 1962/108, akt. Esin, op.cit., s. 140-141, karar için bkz. infra, bölüm 3-I, B-2-a.

yararlananlara oranla, çok az sayıda kişinin üzerinde kaldığı gerekçesiyle, davacının zararının özel ve olağanüstü olduğuna karar vermiştir.⁵⁷⁰

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir kamu hizmetinin bir kişi ya da kişi grubuna, özel ve olağanüstü, katlanması beklenemeyecek bir külfet yüklediğinden bahsedebilmesi için belirleyici olan, zarara uğrayan kişi sayısı değil, bu kişilerin belirlenebilir olması ve hizmetten yararlanan diğer kişilere kıyasla ağır bir külfetin altına girmiş olmalarıdır.

Bu ilke uyarınca idarenin tazmin yükümlülüğünün oluşması için, tek bir kişinin ya da bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıda kişinin zarara uğraması şeklinde bir ölçüt yoktur ve olmamalıdır. Bir cadde boyundaki tüm işyeri sahiplerinin ya da bir sokaktaki bütün taşınmaz sahiplerinin zararı da somut olaya göre, özel ve olağanüstü zarar olarak kabul edilebilir. Burada önemli olan, zarara uğrayanların belirlenebilir olması ve daha mühim olanı hizmetin diğer yararlanıcılarına oranlandığında, bu kişilerin katlandığı külfetin adil bir denge arz etmemesidir.

İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun, günümüzde idari sorumluluk hukukunda varlığı ve gerekliliği üzerine nasıl tartışma yoksa, bu sorumluluğun temeli olan kamu hizmetlerinin yürütülüşü sırasında, faaliyetin getirdiği külfetin hizmetin bütün kullanıcılarına adil ve dengeli bir dağılımının sağlanması anlamına gelen, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin de aynı şekilde anlamına uygun yorumlanması gerekir. Zira sınırlandırıcı bir yorum, kusura dayanmayan sorumluluğun uygulama alanını daraltmaya yarar ve bu şekildeki dar yorumun bireyin idare karşısındaki konumu düşünüldüğünde, hangi hukuk öznesine ve hangi hukuk ilkesine hizmet edeceği sorgulanmalıdır.

⁵⁷⁰ Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2016/238, K. 2017/40, KT. 20.01.2017: “... anılan köprülü kavşak ve yol çalışmasından, o bölgede oturan ve çalışanlar ile yolun Batman İli (D.Bakır-Mardin) Ayr.- Bismil-Batman (GAP) ile Batman- (Silvan-Kozluk) Ayrımı yolunun kesişim noktası olması nedeniyle tüm kamu yararlanmakta iken, söz konusu köprülü kavşak ve yol çalışmasının yalnızca çok az sayıda taşınmazın konum ve niteliğini etkilediği, başka bir anlatımla kamu yararı bulunan bu hizmetten dolayı davacının özel ve olağanüstü bir zararının söz konusu olabileceği açıktır. Bu durumda, trafik akışının ve yaya geçişinin rahatlatılması amacıyla şehir merkezinde köprülü kavşak ve yol çalışması yapılması sırasında projeye uyum amaçlı olarak zemin kotun eksi kota düşürülmesi sonrasında veya yol yapım ve köprülü kavşak çalışmasına bağlı diğer sebeplerle dava konusu dükkanda yürütülen ticari faaliyetten elde edilen gelirlerde azalma nedeniyle oluşan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” Aynı olayla ilgili benzer yönde karar için bkz. Gaziantep BİM, 3. İDD, T. 05.01.2017, E. 2016/489, K. 2017/15; Gaziantep BİM, 3. İDD, E.2016/227, K.2016/601 KT. 28.12.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru sonucu yakın tarihte verdiği bir karar,⁵⁷¹ ilkenin ele alınışı, zararın özel ve olağanüstü olma niteliğine yüklenen anlam bakımından sevindiricidir. Yüksek mahkeme, idarece yaptırılan köprülü kavşağın yakınındaki binada bulunan taşınmazların, görüntü ve gürültü kirliliği nedeniyle yüzde on değer kaybına uğrayacağını tespit etmiştir. Ardından bu binada taşınmazı bulunan başvuruçunun, kavşak yakınında taşınmazı bulunmayan ve yalnızca kavşağı kullanan kişilerle eşit şekilde külfet altına sokulduğundan bahsetmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin eşitliği bozan külfetin anlamı ve kapsamına ilişkin bu isabetli yorumuna göre, köprülü kavşak yapımı sonrası başvuruçunun taşınmazının değer kaybına uğraması, bütünüyle kendisinin katlanması gereken, kamu hizmetinin gerektirdiği olağan bir zarar değil, o kavşağı kullanan diğer kişilere nazaran özel, aşırı ve olağanüstü bir külfettir.⁵⁷²

Son olarak bu başlık altında, yukarıda yer verilen kararlardan da anlaşılacağı gibi, yargı mercilerinin özel ve olağanüstü zarar kavramının içine hangi çeşit zararları dâhil ettiğine ilişkin bazı tespitlerde bulunulacaktır.

Yargı mercileri, bir kamu hizmetinin yürütülüşü sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağanüstü zarar kavramına çoğu kez, kot farkı, görüntü ve gürültü kirliliği gibi nedenlerle uğranılan malvarlığında değer kaybı, ekonomik zararlar ve kullanım engelleri ile işyerinin bir süre kapalı kalması, müşterilerinin işyerine ulaşım imkanının

⁵⁷¹ AYM, Nazife Başkan, B. No: 2016/69236, 3.7.2019, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

⁵⁷² D10D, E.2014/5034, K.2017/2518, KT. 22.5.2017, “Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arizi nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağanüstü nitelik arz etmektedir. (...) davalı idarece yapılmış olan katlı yol inşaatı sonrasında davacıya ait bağımsız bölümün değer yitirdiği ve oluşan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.” D10D, E.2013/6827, K.2016/1402, KT. 15.3.2016, “Dava; Mardin ili, Kızıltepe ilçesi, Tepebaşı Mahallesi, ... Mevkii, ... sayılı taşınmazların maliki olan davacı tarafından; anılan taşınmazların önünden geçen yol üzerinde davalı idarece inşa edilen farklı seviyeli köprülü kavşak düzenlemesi ve üst geçit inşaat duvarı inşaatı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 913.727,12 TL değer kaybının karşılığı zararın kanuni faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir. (...) Kusursuz sorumluluk türlerinden birisi de, kimilerince kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak da adlandırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Dava konusu olayın bu ilke çerçevesinde değerlendirilerek idarenin tazmin sorumluluğuna hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak tazmin edilecek zararın miktarının nasıl belirleneceği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir...”

zorlaşması ya da tümünden işyerini kapatmak zorunda kalması gibi nedenlerle meydana gelen ticari kayıpları dâhil etmektedir.

Çalışmada defaatle ifade edildiği gibi, fedakârlığın denkleştirilmesi, risk ilkesini de kapsayan, kusura dayanmayan sorumluluğun esas ilkesidir. Dolayısıyla burada özel ve olağanüstü zarar kavramına, idarenin riskli faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan arızı zararları da dâhil etmemiz gerekmektedir. Zira risk ilkesinin uygulandığı durumlarda da zarar özel ve olağanüstüdür. Hatta zararın riskli faaliyetin arızı sonucu olarak ortaya çıkması, zararı salt bu nedenle özel ve olağanüstü yapmaktadır. Bu tür durumlarda, özel ve olağanüstü olan riskli faaliyetin sonucunda kazaen meydana gelen zararlı sonuçtur.⁵⁷³ Risk ilkesinin, Türk hukukundaki geleneksel uygulamada, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden ayrı ve farklı bir ilke olarak görülmesi, riskli faaliyet sonucu meydana gelen zararı, özel ve olağanüstü bir kamu külfeti olmaktan çıkarmamaktadır. Ancak bu başlık altında, idarenin riskli faaliyetleri neticesinde kişilerin uğradığı zararlar, literatürdeki risk sorumluluğu halleri⁵⁷⁴ şeklindeki klasik sınıflandırmalar izlenerek ayrıca incelenmeyecektir. Zira bu çalışmanın tamamında, dar anlamda fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğu ile risk ilkesi tek bir bütün olarak, geniş anlamda fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiş, incelenen konunun gerektirdiği örneklere yer verilmiştir. Dolayısıyla bu başlık altında da riskli faaliyetlerin sebep olduğu zararların da, esasında idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunu doğuran zararlar olduğu belirtilmekle yetinilecektir.

C. İLLİYET BAĞI

İlliyet bağı⁵⁷⁵ kısaca, zararlarla zararları doğuran davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisi olarak tanımlanabilir.⁵⁷⁶ Sorumluluk hukukunda illiyet bağı olmazsa olmaz

⁵⁷³ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1170.

⁵⁷⁴ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1172-1221; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1240-1255; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.293-298.

⁵⁷⁵ İlliyet bağı, yasalarda, “neden olmak”, “ileri gelmek”, “...den dolayı” gibi ifadelerle açıklanmaktadır. Doktrinde ise illiyet bağına, “sebebiyet alakası”, “nedensellik bağı”, “illiyet rabitası” gibi çeşitli isimler verilmektedir.

⁵⁷⁶ Deschenaux, Tercier, op.cit., s.27; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.605; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 1 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s.567; Josef Esser, Eike Schmidt, *Schuldrecht Lehrbuch Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Auflage*, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 1984, s. 521 vd.; Lange, Schiemann, op.cit., s.75; Oğuzman, Öz, C.II, s. 45; Larenz, Karl; *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, s.431; Deutsch, op.cit., s.37.

şarttır. İdare hukukunda da özel hukukta da zarar, bu zarara sebep olarak gösterilen davranıştan doğmadıysa, bu davranışta bulunan kişi, sorumlu tutulamaz. Zira illiyet bağının yokluğu, hiçbir istisnası olmaksızın sorumluluğun da yokluğu anlamına gelir.⁵⁷⁷

İdari sorumluluk hukukunda illiyet bağı, kusurlu sorumlulukta zararın bir hizmet kusuru ya da hizmet ile iç içe geçmiş kişisel kusurdan kaynaklanmasıyla; kusura dayanmayan sorumlulukta ise, zararın idarenin hukuka uygun bir müdahalesinden ileri gelmesiyle kurulur.⁵⁷⁸ Anayasanın 125'inci maddesindeki “*idarenin kendi eylem ve işlemlerinde doğan zarar*” ifadesinden de anlaşılacağı gibi, zararın sebebi, idarenin davranışı olmalıdır.⁵⁷⁹

Kamu hizmetinin olağan işleyişinde, söz konusu idari işlem ya da eylem, tazmini istenen zararı meydana getirmeye ya da zararın artmasına elverişli ise, illiyet bağı var demektir.⁵⁸⁰ Zarar, hizmetin olağan yürütülüş sürecinde yapılan idari eylemler ve tesis edilen idari işlemler sonucu ortaya çıkmışsa idare sorumludur. Aksi halde, idare

⁵⁷⁷ Lange, Schiemann, op.cit., s. 75, Eren, İlliyet Bağı, s.1. Oğuzman, Öz, C.II, s.45.

⁵⁷⁸ “İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin edilmektedir.” DİDDK, 2009/901, K. 2010/903, KT. 29.04.2010; “İdarenin kamu hukukuna göre sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, idari nitelikteki bir eylem ya da işlemin bulunması, bu eylem veya işlemde dolayı bir zararın doğmuş olması ve idari nitelikteki eylem veya işlem ile kişilerin zararı arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.” D5D, E. 2010/7436 K. 2013/3679 KT. 7.5.2013; “Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında fertlere ve özel mülkiyete verilen zararların fiilile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği olduğu gibi, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125.maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemlerden doğan zararları gidermek zorundadır. Bu durumda olayla zarar arasında bir nedensellik bağı bulunması yeterlidir.” D10D, E. 1982/3142, K. 1983/322 KT. 21.2.1983; “İdari hizmetlerin kuruluş ve işleyişindeki mevcut kusurlarından dolayı meydana gelen zararların idarece tazmini gerekeceği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında genel külfetler dışında fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların, eylem ile doğan zarar arasında nedensellik bağının bulunması halinde, kusursuz sorumluluk esasına göre idarenin kusuru aranmaksızın idarelerce oluşan zararın karşılanması hukukun genel ilkeleri ve nasafet kuralları gereğidir.” D8D, E. 2012/1845 K. 2016/3093 KT. 28.3.2016; aynı yönde D10D, E. 1982/4465 K. 1985/672 KT. 3.4.1985; D8D E. 2015/14519 K. 2019/167 KT. 17.1.2019; D15D, E. 2015/6230 K. 2017/7584 KT. 19.12.2017; “Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradıkları özel nitelikteki zararların, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla idarece tazmin edileceği hukukun genel kurallarındandır. İdareler kural olarak yürüttükleri kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdürler.” D8D, E. 2012/6523 K. 2013/1972 KT. 14.3.2013; aynı yönde D8D, E. 2012/2091 K. 2013/1589 KT. 28.2.2013; D10D, E. 2012/1351 K. 2013/1735 KT. 27.2.2013 . D8D, E. 2012/6889 K. 2014/1739 KT. 5.3.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁵⁷⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.605; Atay, *İdare Hukuku*, s.727, Atay, *İdarenin Sorumluluğu*, s.1070; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III*, s.1723, Armağan, op.cit., s.196, Günday,op.cit., s.384, Gözübüyük, Tan, op.cit., s. 681.

⁵⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1281.

tazminatla yükümlü tutulamaz. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi özelinde ise, tazmin yükümlülüğü için, idarenin kamu hizmetinin olağan akışındaki idari eylemlerinde ve işlemlerinde kusurlu davranmış olması aranmamaktadır.

Örneğin, yol onarım çalışmaları sırasında, kavaklığa su taşıyan arkın bozulması sebebiyle kavak ağaçlarının susuzluktan kurduğunu iddiasıyla açılan davada Danıştay, zararlar idarenin eylemi arasında illiyet bağı kurulamamasına dayanarak, kavak ağaçlarının kurumasının susuzluk dışında başka birtakım sebeplerden kaynaklandığı anlaşıldığından, olayda idarenin sorumluluğu gerektiren bir neden olmadığına karar vermiştir.⁵⁸¹

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumların klasik örneklerinde; idarenin bir sokağı yeniden düzenleme çalışmaları neticesinde bir kişinin taşınmazının, giriş katı durumundayken eksi birinci kat haline gelmesi ve değerinin düşmesinde ya da köprülülük kavşak yapımı esnasında yolun geçici süreyle araç ve yaya trafiğine kapatılması sebebiyle civardaki işyerlerinin ticari zarara uğramasında nedensellik bağı kurmak kolaydır. Çünkü idarenin hukuka uygun fiiliyle zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi olduğu çok açıktır. Fakat bazı hallerde, sonucun meydana gelmesinde birden fazla etken söz konusu olabilir. Zararın doğmasına ve/veya belli bir düzeye erişmesine, birden fazla davranış bir araya gelerek sebep olabilmektedir. Sorumluluktan bahsedebilmek için sorumlu tutulacak kişinin davranışının, o zararlı sonucun doğmasına doğrudan etkisinin olması gerekmektedir. Fakat birden çok davranışın art arda geldiği durumlarda, hangisinin zarara doğrudan etki ettiğini saptamak kolay olmamaktadır.

Şartların eşitliği ve uygun illiyet bağı teorileri, hangi davranışın ya da davranışların zararlı sonucun sebebi olarak görülmesi gerektiğine dair çözüm sunan teorilerdir.

Şartların eşitliği teorisine göre, zararlı sonucun ortaya çıkmasına sebep olan tüm davranışlar eşit değerdedir ve sonucun ortaya çıkmasında tüm şartların varlığı zorunludur. Zararın sebebi olarak görülme konusunda birinin diğerinden daha fazla

⁵⁸¹ D12D, E.1965/172, K.1966/2472, KT.15.7.1966, Esin, op.cit., s.248.

önemi yoktur.⁵⁸² Zararlı sonuca sebep olan şartlardan herhangi birini meydana getiren her bir kişi, zarardan eşit derecede sorumludur. Bir başka deyişle, zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunan bütün davranışların, zararlar arasında illiyet bağı vardır. Bu teorinin eleştirilebilir olan ve uygulanmasını zorlaştıran yanı, aşırı ve adil olmayan sonuçlar doğuracak olması ve sonuca etki eden sebepler silsilesinin nerede son bulacağına, hangi aşamaya kadar araştırılmaya devam edileceğine dair belirsizliktir.⁵⁸³

Uygun illiyet bağı teorisi ise sebep sonuç ilişkisinin, hayatın ya da olayların normal akışı içinde ve olağan hayat deneyimlerine dayanarak zararı doğurmaya en elverişli olan davranış ile zarar arasında kurulması gerektiği görüşüne dayanmaktadır.⁵⁸⁴ Öğretide,

“somut olayda gerçekleşecek türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile sonuç arasındaki bağ”

olarak tanımlanır.⁵⁸⁵

Bu teoride, dava konusu davranışın, hem zararlı sonucun doğmasında zorunlu şart olması hem de bu zararlı sonucun gerçekleşmesinde en uygun sebep olması gerekir. Uygun illiyet bağı teorisinde, dava konusu davranışta bulunanın bu sonucu öngörüp öngörmemesi ile ilgilenilmemektedir. Önemli olan, olayların olağan akışında söz konusu davranışın bu sonucun doğmasına elverişliliğidir.

Uygun illiyet bağı teorisini uygulayabilmek için, önce somut olayda zararlı sonucun meydana gelmesine katkısı olan sebeplerin tümü tespit edilir, ardından bu sebeplerin, söz konusu zararı ortaya çıkarmaya (yahut arttırmaya) elverişli olup olmadığı incelenir. Bu elverişlilik değerlendirmesinin kıstası ise, hayatın normal akışı

⁵⁸² Doktrinde uygun illiyet bağı teorisi yerine “Zorunlu şart teorisi” ve “Şart teorisi” ifadeleri de kullanılmaktadır. Eren, *İlliyet Bağı*, s. 21.

⁵⁸³ Eren, *İlliyet Bağı*, s. 22-23; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.607; Oğuzman, Öz, C.II, s.45,

⁵⁸⁴ Oğuzman, Öz, C.II, s.45; Eren, *İlliyet Bağı*, s. 52; Kılıçoğlu, op.cit., s.320; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s.573, 574; Antalya, op.cit., s.281; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.610; Larenz, op.cit., s.435 vd.; Deutsch, op.cit., 143 vd.;

⁵⁸⁵ Eren, *İlliyet Bağı*, s. 52; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.610; Oğuzman, Öz, C.II, s.45.

ve olağan hayat tecrübeleridir.⁵⁸⁶ Bu analiz sonucunda, zararı oluşturmaya veya arttırmaya uygun olan sebepler, tazmin yükümlülüğüne yol açmaktadır.

Günümüzde, hem Türk/İsviçre ve Alman özel hukukunda⁵⁸⁷ hem de Türk ve Alman idari sorumluluk hukukunda kabul gören bu teori, zararın meydana gelmesine birden fazla davranışın sebebiyet verdiği durumlarda şartların eşitliği teorisine göre daha adil bir sonuç ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Çünkü bu gibi hallerde “*genel yaşam deneyimleriyle hayatın ve olayların olağan akışında*”⁵⁸⁸ zararı doğurmaya en müsait olan davranış, zararın sebebi sayılmakta ve illiyet bağı bu şekilde kurulmaktadır.⁵⁸⁹ Böylelikle sorumluluk zarara doğrudan sebep olan davranışla sınırlanmaktadır.⁵⁹⁰ Uygun illiyet bağında hakim, sorumluluğu doğuran davranışın o zararın doğrudan sebebi olup olmadığını *ex post* bir bakış açısıyla⁵⁹¹ tespit etmektedir.⁵⁹²

İllyet bağının söz konusu sınırlandırıcı işlevi, özel hukukta da idare hukukunda da kusurlu sorumluluk halleri için anlamlıdır. Dava konusu davranışta bulunan kişinin ya da idarenin yalnızca zararı tazminine değil, aynı zamanda kusurlu davrandığına da hükmedilen bu durumlarda, kusurlu olma halinin doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisiyle kurulması adil bir sonuç açısından gerekli ve yeterlidir. Ancak aynı adil sonuç için, özel hukukta da idare hukukunda da kusursuz sorumluluk hallerinde bu doğrudan sebep

⁵⁸⁶ Eren, *İllyet Bağı*, s. 52; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.610; Oğuzman, Öz, C.II, s.46.

⁵⁸⁷ Yeşim Atamer, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1996, s. 59; Eren, *İllyet Bağı*, s. 51; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.610,

⁵⁸⁸ Uygun illiyet bağı teorisini açıklamak için kullanılan “olayların normal seyri”, “hayat tecrübeleri” gibi kavramlar yeterince açık ve objektif olmadığı yönündeki eleştirisi için bkz. Çağlayan, op.cit., s.141.

⁵⁸⁹ Eren, *İllyet Bağı*, s. 52; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.610; Atamer, *Uygun Nedensellik*, s. 33; Larenz, s. 436; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s.573 vd.; Esser, Schmidt, s. 528 vd.; Deschenaux, Tercier, op.cit., s.31 vd.; Florian Dietz, *Technische Risiken und Gefährdungshaftung*, Köln und Berlin, 2006, s.218.

⁵⁹⁰ Eren, *Uygun İllyet*, s. 54, Lange, Schiemann, op.cit., s.76

⁵⁹¹ Fiilin zararın uygun sebebi olup olmadığını başka bir ifadeyle fiilin zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığını belirlemede çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Sübjektif olarak önceden tahmin (elverişliliği fiilin işlendiği sırada fail tarafından bilinmesi mümkün şartlara göre belirleme), objektif olarak önceden tahmin (elverişliliği fiilin işlendiği sırada fail değil normal/ideal/ortalama bir şahsın bilmesinin mümkün olduğu şartlara göre belirleme) ve öğretilde hakim görüş olan objektif olarak sonradan tahmin (hâkim tarafından sonradan tespit edilebilen şartlara göre elverişliliği belirleme) teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *İllyet Bağı*, s. 87 vd.; Atamer, *Uygun Nedensellik*, s.52 vd.

⁵⁹² Uygun illiyet bağı teorisinde dava konusu davranışın zararlı sonucun hem zorunlu şartı hem de en elverişli sebebi olması gereği ve bu teoride illiyet bağının doğrudan ilişki ile sınırlandırılması bu bağın kurulmasında özel hukukta da idare hukukunda da hakim rolünü oldukça önemli hale getirmiştir. Bkz. Eren, *İllyet Bağı*, s. 85, 92; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.612, 613 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s.573 vd.; Oğuzman, Öz, C.II, op.cit., s.46; Antalya, op.cit., 282.

sonuç ilişkisinin esnetilmesi gereklidir. Nitekim ev başkanının sorumluluğu, hayvan bulduranın sorumluluğu, sosyal risk gibi sorumluluk sebepleri bu gereksinime cevap verme amacını taşır. Uygun illiyet bağı teorisinin “yaşam tecrübeleri ve olayların olağan akışı” şeklinde yeterince açık ve objektif olmayan referansları da bu esnekliğin sağlanmasına müsaade etmektedir.⁵⁹³

Dolayısıyla, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluk için değerlendirme yapılacak olursa; idarenin hukuka uygun eylem ya da işlemi, meydana gelen zararın zorunlu şartı ve en elverişli sebebi ise, zararlar idarenin hukuka uygun bu davranışı arasında illiyet bağı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.⁵⁹⁴ Ancak, idarenin davranışı ile zarar arasında doğrudan bir ilişkinin yanında, söz konusu zararlı sonucun idarenin hukuka uygun faaliyetiyle bağlantılı olmasını, yani dolaylı ilişkisini de yeterli kabul etmek, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun dayanağı olan, sosyal hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır.⁵⁹⁵ Nitekim literatürde de illiyet bağının, meydana gelen zararın idarenin hukuka uygun davranışının doğrudan sonucu olması üzerinden değil, kamu hizmetiyle bağlantılı olması, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelmesi üzerinden kurulması gerektiği şeklinde bir eğilim mevcuttur.⁵⁹⁶

İlliyet bağının bu esnek yorumu, idare hukukunda en çok, sosyal risk olarak adlandırılan sorumluluk halinde karşımıza çıkmaktadır. İster risk ilkesinin içinde kabul edilsin⁵⁹⁷ ister ayrı bir ilke olarak yorumlansın⁵⁹⁸ her şekilde sosyal risk ilkesinin,

⁵⁹³ Halim Alperen Çıtak, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s.75.

⁵⁹⁴ Bahtiyar Akyılmaz, *Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1991, s. 173.

⁵⁹⁵ Çıtak, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*, s.76 vd.; Dilşat Çiğdem Sever, *Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, *TBB Dergisi*, 2017, S.133, ss.163-210, s.173.

⁵⁹⁶ Özay, op.cit., s. 735. Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.328,329.

⁵⁹⁷ Günday, op.cit, s. 381; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.293; Atay, *İdare Hukuku*, s.762; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s.366;

⁵⁹⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1240. Danıştay sosyal risk ilkesini kusurlu ve kusursuz sorumluluktan farklı olarak, “nedensellik bağı aranmayan” üçüncü tür bir sorumluluk ilkesi olarak ele almaktadır. Bkz. “İdarenin kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğu yanında, Anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olarak ve bu temel üzerinden, kollektif sorumluluk anlayışı çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlar ile geliştirilen sosyal risk ilkesi, Anayasa'nın yukarıda öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir.” D15D, E. 2016/10067 K. 2017/1422 KT. 29.3.2017; D15D, E. 2016/9934 K. 2017/1423 KT. 29.3.2017; D15D., E. 2015/9728 K. 2017/3758 KT. 15.6.2017; D15D., E. 2011/9396 K. 2015/877 KT. 18.2.2015; D15D., E. 2016/3475 K. 2018/8111 KT. 5.12.2018; D15D., E. 2014/8997

kusura dayanmayan sorumluluğunda, tek sorumluluk sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kapsamına dâhil olduğunu savunduğumuzdan,⁵⁹⁹ sosyal riske dayanan sorumlulukta illiyet bağı meselesinden kısaca bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

Danıştay'ın, sosyal risk ilkesinin kapsamına dahil olaylarda, idarenin faaliyeti ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı yönündeki görüşünün⁶⁰⁰ ve yine sosyal risk ilkesinden doğan zararların bir kısmını konu alan, bu zararların karşılanması amacını taşıyan 5233 sayılı “Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun”un,

“İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.”

şeklindeki gerekçesinin aksine, illiyet bağı sorumluluğun temel şartıdır. Hiçbir istisnası olmaksızın, her sorumluluk türünde, zararlar zarara sebep olduğu iddia edilen fiil arasında illiyet bağı bulunmak zorundadır. İlliyet bağının aranmadığı bir sorumluluk türünden bahsedilemeyeceği gibi, illiyet bağı kurulmadan bir kimsenin fiilinden sorumlu tutulacağına ilişkin hangi isimle adlandırılırsa adlandırılınsın bir sorumluluk ilkesi yaratılamaz. Bu, idari sorumluluğun anayasal dayanağı olan Anayasa m.125'e

K. 2018/1434 KT. 13.2.2018; D15D., E. 2011/9396 K. 2015/877 KT. 18.2.2015; D15D., E. 2017/1298 K. 2017/6428 KT. 8.11.2017; D15D., E. 2014/5891 K. 2017/6196 KT. 1.11.2017; D15D., E. 2017/2064 K. 2017/5452 KT. 11.10.2017; D15D., E. 2017/1300 K. 2017/4938 KT. 28.9.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (05.03.2021).

⁵⁹⁹ Bkz. supra, bölüm 2, I-C.

⁶⁰⁰ Danıştay, tarihsel süreçte sosyal risk ilkesini terör olaylarından kaynaklanan zararların tazmini amacıyla kullanılan bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak formüle etmiştir. 1990 öncesinde terör olaylarının yarattığı tahribatın yaygın olmadığı dönemde, önüne gelen uyuşmazlıklarda sosyal hasar/sosyal risk ilkesini, illiyet bağının yokluğunu öne sürerek uygulamaktan kaçınmıştır. (Bkz. D10D, E.1982/777, K.1982/2952, KT.12.4.1982) 1990lı yıllarda artan terör olayları ile birlikte, sosyal risk ilkesini bireylerin söz konusu olaylardan kaynaklanan zararlarının idarece tazmin edilmesine olanak sağlayan nedensellik bağı aranmayan bir kusursuz sorumluluk türü olarak uygulamıştır. “... Öte yandan, nedensellik bağı idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir. İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da, nedensellik bağı aranmadan "sosyal risk" ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.” D10D, E. 1996/2383, K. 1997/41636 KT. 6.11.1997) 2004 yılında çıkarılan 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun ile Danıştay içtihadı ilke olan sosyal risk ilkesini bu kanunun kapsam dışı bıraktığı zararlar bakımından, nedensellik bağı aramayan bir sorumluluk sebebi olarak uygulamaya devam etmiştir. (bkz. D15D., E.2017/1632 K. 2018/8388 KT. 20.12.2018; D15D., E. 2017/582 K. 2018/7658 KT. 20.11.2018; D15D., E. 2014/6241 K. 2018/80 KT. 16.1.2018), <https://www.lexpera.com.tr/>, (05.03.2021).

aykırı olduğu gibi sorumluluk hukukunun doğasına da aykırıdır. Eğer zarar idarenin hukuka uygun ya da aykırı bir eylem ya da işlemin kaynaklanmıyorsa idare bu zarardan nasıl sorumlu tutulabilir?

Öyleyse, ya sosyal risk ilkesi diye bir sorumluluk sebebi yoktur ya da sosyal risk denilen durumlarda idare ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı sanıldığıının aksine mevcuttur.

İlliyet bağının kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde kusura dayanan sorumluluktaki sınırlandırıcı işlevinden sıyrılması gerekliliği, en belirgin şekilde bu konuda kendini göstermektedir. İlliyet bağı için gerekli sebep-sonuç ilişkisinin idari sorumluluk hukukunda, “*kamu hizmetine ilişkin olma*” üzerinden kurulması, sosyal risk ilkesinde idarenin illiyet bağı olmamasına rağmen sorumlu tutulduğu anlayışını bertaraf edecektir.⁶⁰¹ Hatta yalnızca bu ilkeyi değil, idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinin hizmet kusuruna sebep olmasını⁶⁰² da anlaşılır kılacaktır. Her iki durumda da, idarenin aktif bir yapma eylemiyle değil, üçüncü kişinin davranışı ve idarenin ihmali ile ortaya çıkan bir zarar mevcuttur.

D. UYGUN İLLİYET BAĞINI KESEN BİR DURUMUN BULUNMAMASI

İdari sorumluluk hukukunda zarardan idareyi kısmen ya bütünüyle sorumlu tutabilmek için idarenin eylem ya da işlemi ile zarar arasındaki illiyet bağının kopmaması gerekir. Bu kural, idarenin hem kusurlu hem de kusura dayanmayan sorumluluğunda geçerli olduğu gibi, özel hukukta da aynı koşul mevcuttur. Öğretide illiyet bağını kesen sebepler mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olarak dört ayrı kategoride incelenmektedir.

Eren, söz konusu hallere “illiyet bağını kesen sebepler” başlığının verilmesinin doğru olmadığını iddia etmektedir. Yazara göre, illiyet bağının kesilmesi diye bir durum söz konusu olamaz, çünkü o bağ ya vardır ya da yoktur. Bu yüzden illiyet bağının kesilmesinden değil, olsa olsa uygunluğun kesilmesinden söz edilebilir.⁶⁰³ Gerçekten de mücbir sebep, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı kategorileri altında

⁶⁰¹ Sever, op.cit., s.173; Çıtak, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*, s.76 vd.

⁶⁰² Bkz. infra, bölüm 2-II, D-3; bölüm 3-I, C-2.

⁶⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku*, s.626, 627; Eren, Eren, *İlliyet Bağı*, s.174.

bahsedilen, zararın, zarara sebep olduğu iddia edilen kişi veya olaydan değil, başka bir durumdan kaynaklanması halleridir. Bu hallerde de illiyet bağı mevcuttur, fakat uygun illiyet bağı zararlarla mücbir sebep, zarar görenin davranışı veya üçüncü kişinin davranışı arasındadır.

Öte yandan aşağıda değinilecek olsa da,⁶⁰⁴ beklenmeyen hal kategorisindeki durum ve olayların, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı şimdiden ifade edilmedi. Zira beklenmeyen haller, illiyet bağı kesen, sorumluluğu ortadan kaldıran bir sebep olmaktan ziyade, sorumlunun kusurlu olmadığını gösteren hallerden ibarettir.⁶⁰⁵ Bir başka deyişle sorumluluğun kusura dayandığı durumlarda, beklenmeyen haller, kusuru ortadan kaldırmaktadır. Çalışma konusu, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde; beklenmeyen hallerin, bu sorumluluk sebebinin ortadan kaldırmayacağı, yani uygun illiyet bağının kopmasına sebebiyet vermeyeceği açıktır.

1. Mücbir Sebep

Kökünü Roma hukukuna dek uzanan⁶⁰⁶ mücbir sebep kavramı, en kısa tanımıyla, önüne geçilme imkanı olmayan zorlayıcı olaylardır.⁶⁰⁷ Bu zorlayıcı olayların bir kısmı insan unsuruna bağlı değilken, bir kısmı insan davranışları ile şekillenir.⁶⁰⁸

İdari sorumluluk hukukunda mücbir sebep, idarenin iradesi dışında gerçekleşen, her türlü dikkat ve özen gösterilmesine rağmen veya gösterilse dahi öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan, kamu hizmetinin ifasını imkansız hale getiren

⁶⁰⁴ Bkz. *infra*, bölüm 2-II, D-4.

⁶⁰⁵ Dietz, *op.cit.*, s.194,195,

⁶⁰⁶ Ewan McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract*, CRC Press, 2013, s. 21. Paul du Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, 4. Edition, Oxford University Press, s. 268; Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütüne Genel Bir Bakış", AHFD, C. XXXIX, S. 1, ss.241-264, s. 243.

⁶⁰⁷ Eren, *Uygun İliyet Bağı*, s. 177; . "... mücbir sebep önceden göz önüne alınmasına ve bunun sonucu olarak ortadan kaldırılmasına imkân bulunmayan haricî bir etkenden ileri gelen olaydır. Bu olay tabii bir kuvvetten (fırtına, zelzele, su baskını gibi) veya üçüncü kişinin eyleminden (haksız fiillerde olduğu gibi) yahut resmî bir yasaklanmadan (memnuniyetten) ileri gelebilir." Yargıtay HGK, E.1965/844, K. 1966/313, KT.7.12.1996.

⁶⁰⁸ Aksi yönde, mücbir sebebin insan unsurundan bağımsız olduğuna dair bkz. Eren, *Uygun İliyet Bağı*, s. 177, 178.

durum ve vakalardır.⁶⁰⁹ Bu zorlayıcı nedenler doğa olayları şeklinde gerçekleşebileceği gibi, ambargo, ihtilal, ticaret yasakları gibi hukuki olaylar da olabilir. Ancak bu şekilde bir mücbir sebep kategorisi yaratmak yerine, mücbir sebebin koşullarının oluşup oluşmadığını her olay için ayrı ayrı değerlendirmek, daha isabetli bir yaklaşımdır. Zira mücbir sebep kavramı mutlak değil nisbidir.⁶¹⁰ Bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği, meydana geldiği yerin ve zamanın koşulları dikkate alınarak, mücbir sebebin unsurları ayrı ayrı değerlendirilerek tespit edilmelidir.⁶¹¹

Tanımından hareketle mücbir sebebin unsurları, dışsallık, öngörülemezlik ve önlenemezlik olarak sınıflandırılabilir.⁶¹²

Dışsallık (*externality*, *Betriebsfreundheit*, *exteriorité*) kısaca, söz konusu durum ya da vakanın idarenin iradesi ve faaliyeti dışında cereyan etmesi anlamına gelir. Bu unsur mücbir sebeple, daha sonra değinilecek olan beklenmeyen hal kavramını birbirinden ayırmaya yaramaktadır.

Olayın ya da en azından sonuçlarının önceden tahmin edilememesi ise öngörülemezlik unsurunu oluşturur.⁶¹³ Öngörülemezlikten kasıt, genel bir öngörülemezlik hali değil, idarenin somut olayda, olayı ve zararlı sonucunu öngörememesi halidir.⁶¹⁴ Genel yaşam tecrübeleri ve hayatın olağan akışı doğrultusunda, idarenin o olayı öngörmesi beklenemeyecek olmalıdır. Bu bağlamda, sık karşılaşılan olaylar, mücbir sebep olarak kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde olayın süresi, yoğunluğu, gerçekleştiği yer, zaman öngörülemezliğin tespitinde önemli rol oynar.⁶¹⁵ Örneğin Doğu Karadeniz’de ilkbahar aylarında yoğun yağış, iklim koşulları sebebiyle öngörülemeyecek bir olay değil aksine olağan bir durumdur. Bu yağışın süre ve yoğunluk olarak sel baskımına dönüşebilme ihtimalinin yüksekliği, günümüz teknolojisi ile tahmin edilebilir ve dolayısıyla öngörülebilir haldedir. Bu yüzden

⁶⁰⁹ Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 1520-1538, s.1522.

⁶¹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 1004; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.630; Eren, *İllyet Bağı*, s.178, Antalya, op.cit., s.302; Özay, op.cit., s.793;

⁶¹¹ Özay, op.cit., s.793.

⁶¹² Yıldırım, op.cit., s.1522; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.309.

⁶¹³ A. P. Gözübüyük, *Hukuki Mesuliyet bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, 3. Baskı, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1977. s.86; Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 1979, ss.45-60, s.50.

⁶¹⁴ Ibid.

⁶¹⁵ Çağlayan, op.cit., s.182 vd.; Yıldızhan Yayla, *Mücbir Sebep*, s.52.

geçmişte yargı kararlarında mücbir sebep olarak karşımıza çıkan çoğu olay ya da olayın yaratacağı sonuçlar, günümüz teknolojik gelişme ve imkânları koşullarında, öngörülemez olmaktan ve dolayısıyla mücbir sebep olmaktan çıkmıştır. Gelişen teknolojinin mücbir sebebin uygulama alanını giderek daralmakta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ne zaman ki, olağan sayılan ya da deprem⁶¹⁶ gibi bilimsel verilerle o coğrafyada belli yoğunlukta ve şiddette her an gerçekleşebileceği ortaya konan doğa olaylarının sonuçları tahmin edilen seviyenin ötesinde, yapılan araştırma ve incelemelerle ortaya konanların çok üstünde bir sonuç ortaya çıkarır, olağanüstü boyutlara ulaşır, ancak o zaman, öngörülemeyen bir zarardan ve dolayısıyla mücbir sebepten bahsedilebilir.⁶¹⁷ Anlaşılacağı üzere mücbir sebebin nisbiliği, öngörülemezlik şartından ileri gelmektedir.

Öngörülemezlik unsurunda özellikle belirtilmesi gereken bir husus da meydana gelen vakanın, idarenin etkisiyle olmaması gerektiğidir. Danıştay kararından⁶¹⁸ örnekle açıklanacak olursa, erozyonun sebep olduğu zararda, idarenin o bölgede çay yatağının düzenlenmesi ve genişletilmesi sırasında yeterli önlem alınmadığı için erozyonun meydana gelmesi durumunda, erozyon bir mücbir sebep değildir. Erozyonun meydana gelmesine idarenin bir davranışı etkili olmuştur.⁶¹⁹ Nitekim Danıştay da idarenin kusurlu olduğuna hükmetmiştir.

Mücbir sebebin son şartı, olayın ya da zararlı sonuçlarının idare tarafından ne kadar önlem alınmış olursa olsun yalnızca sorumlu tarafından değil kimse tarafından engellenemeyecek, karşı konulamayacak nitelikte olmasını ifade eden önlenemezlik unsurudur.⁶²⁰ Sadece sorumlu tutulan idare tarafından değil hiç kimse tarafından önlenemeyecek olma hali esasında beklenmeyen halle mücbir sebep arasındaki

⁶¹⁶ Türkiyede 1990lı yıllara kadar yargı kararlarında deprem idareye atfedilemeyen ve idarenin önüne geçemeyeceği bir mücbir sebep olarak görülürken özellikle Marmara depreminin yıkıcı sonuçlarının ardından tekrar sorgulanmış ve doğrudan mücbir sebep görülüp idarenin sorunluluktan muaf tutma anlayışı yerine idarenin düzenleme ve denetim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği araştırması yapılarak öncelikle hizmet kusuru olup olmadığı sorgulanmaya başlamıştır. Bkz. DİDDK, E.2013/2411 K.2015/1784 KT.13.5.2015; D14D, E.2017/4141 K.2018/587 KT.14.2.2018; DİDDK, E.2008/11 K.2009/3108 KT. 17.12.2009; D11D, E.2005/1353, K.2007/6248 KT.29.6.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021); Yıldırım, op.cit. s.1525; Adil Bucaktepe, Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, DÜHFD, C.17-18, S.26-27-28-29, ss.93-122; s.103.

⁶¹⁷ Yıldızhan Yayla, Mücbir Sebep, s. 53-54.

⁶¹⁸ D12D, E.1968/289, K.1970/27, KT. 12.01.1970 aktaran Esin, op.cit., s. 94.

⁶¹⁹ Yıldızhan Yayla, Mücbir Sebep, s. 54

⁶²⁰ Yıldızhan Yayla, Mücbir Sebep, s.55; Atay, s.779; Çağlayan, op.cit., s.186; Armağan, op.cit., s.253; Eren, *İllyet Bağı*, s. 181 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s.631, 632; Antalya, op.cit., s.303.

farklardan biridir. Çünkü ileride değinileceği üzere beklenmeyen halde engelleyememe hali yalnızca idarenin kendisi için geçerlidir. Dolayısıyla bir olayın önlenemez bir mücbir sebep olduğunu söyleyebilmek için, o kaçınılmazlık halinin mutlak ve objektif olması gerekir.⁶²¹

İdarenin kamu hizmeti faaliyetlerini yürütürken gelişen teknolojiden yararlanması, bilimsel, teknolojik, istatistiki veriler, bilgiler, uzman görüşleri doğrultusunda hareket etmesi, faaliyetlerini bu doğrultuda şekillendirmesi beklenir.⁶²² Olası tehlike ile ilgili gerekli tedbirleri alması, uyarı ve düzenlemeler yapması gerekmektedir. Geçmişte vuku bulan ve sonraki bir zaman diliminde tekrar meydana gelme ihtimali bulunan vakaların öngörülemez olduğundan bahsedilmeyeceği gibi, idare tarafından bunlara ilişkin gerekli tedbirlerin alınmaması önlenemezlik iddiasını da dayanaksız kılacaktır.⁶²³ Görüldüğü gibi öngörülemezlik ve önlenemezlik iç içe geçmiş iki unsurdur.⁶²⁴

Gelişen teknoloji tıpkı öngörülemezlik halinde olduğu gibi, özellikle doğa olaylarının önlenemez bir mücbir sebep olduğu şeklindeki bir savunma yapmayı oldukça zorlaştırmıştır.⁶²⁵ Örneğin, bilimsel verilerle deprem bölgesi olarak kabul edilen, hangi şiddette depremlerin meydana gelebileceğinin tahmini yapılabilen bir alanda, bu tahminler içinde kalan bir depremde gerçekleşen can ve mal kayıplarından idareyi koşulsuz ve en başından sorumluluğun dışında tutmak mümkün değildir.⁶²⁶

Sonuç olarak, dışsallık, öngörülemezlik ve önlenemezlik koşulları bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için birlikte gerekli koşullardır. Bu şartların birlikte sağlandığı durumlarda idarenin davranışı ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı kesileceğinden kusurlu sorumluluğa da kusura dayanmayan sorumluluğa da gidilemez.⁶²⁷ Fakat mücbir sebep halinin gerçekleşmesinin ardından, idare davranışlarıyla bu olayın ya da durumun etkilerini, sebep olduğu zararı arttırırsa bundan

⁶²¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s.1003; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.632; Antalya, op.cit., s.303.

⁶²² Bucaktepe, op.cit., s.104.

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Atay, Odabaşı, op.cit., s.209; Atay, op.cit., s.779; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s.370.

⁶²⁵ Yıldızhan Yayla, Mücbir Sebep, s.53-54; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.309, Yıldırım, op.cit., s.1523; Bucaktepe, op.cit., s.104 vd.; Özay, op.cit., s.792. Atay, op.cit, s.779.

⁶²⁶ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 371; Bucaktepe, op.cit., s.104 vd.; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1288; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1333.

⁶²⁷ Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.331, 332; Armağan, op.cit., s.249, Akyılmaz, Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, s.194, Atay, *İdare Hukuku*, s.780; Atay, Sorumluluk, s.1095, Günday, op.cit., s.385.

sorumlu olacaktır. Zira burada var olan zararın artması mücbir sebepten değil idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanmaktadır.

Mücbir sebep halinin idarenin hem kusura dayanan hem de kusura dayanmayan sorumluluğunu ortadan kaldırmasının nedeni ise, bu halin dışsallık kavramı ile ifade edilen, idarenin “dışında” kalan bir olay olmasıdır. İdareye atfedilemeyen bir olay olduğu için ne kusura dayanan ne de kusura dayanmayan bir sorumluluk halinden bahsedilebilir. Çünkü idarenin dışında gerçekleşen bu olay uygun illiyet bağı koparmıştır.⁶²⁸

Dünya Sağlık Örgütü tarafından, 11 Mart 2020’de, pandemi niteliğinde bir salgın olduğu duyurulan ve bu çalışmanın yazıldığı sırada hala etkisini sürdüren koronavirüs hastalığı (COVID-19) da idarenin sorumluluğu bakımından, uygun illiyet bağı kesen bir mücbir sebep olarak nitelendirilebilir. Zira bir olayın ya da durumun mücbir sebep olabilmesi için gerekli üç unsur da taşımaktadır. İdarenin faaliyetlerinin dışında gerçekleşen, öngörülmesi ve önlenmesi (henüz) mümkün olmayan bu bulaşıcı hastalık, idarenin sosyal ve ekonomik hayata ilişkin birtakım tedbirler almasına sebep olduğu gibi aynı zamanda idari faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin bazı değişikliklere, engellere ve aksamalara yol açmıştır. Ancak faaliyetin yürütülmesine ilişkin söz konusu olumsuzlukların sebebi olan bu salgın hastalık, her durum veya olay için, mutlak bir mücbir sebep olarak nitelendirilemez. Koronavirüs hastalığının idarenin sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldıran bir mücbir sebep olup olmadığı değerlendirmesi her olay için, olayın özelliklerine göre, ayrı ayrı yapılacaktır.

2. Zarar Görenin Davranışı

Zarar görenin davranışı sorumluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran neden olarak, hem borçlar hukukunda⁶²⁹ hem de idare hukukunda⁶³⁰ yer almaktadır. Zarar

⁶²⁸ Yıldızhan Yayla, Mücbir Sebep, s.47-48; Atay, İdare Hukuku, s.780; Atay, Sorumluluk, s.1095, Günday, op.cit., s.385; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1334; kapatılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında aksi yönde hükümlere, mücbir sebebin varlığına rağmen idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedildiği kararlara rastlamak mümkündür. Bkz. AYİM2D, E. 1993/297, K. 1993/291, KT. 23.06.1993, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶²⁹ Eren, Borçlar, s. 634 vd.; Eren, İlliyet Bağı, s. 187 vd.; Deschenaux, Tercier, op.cit., s.36; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 275, 276; Antalya, op.cit., s.305 vd.

görenin davranışının kusurlu ya da kusursuz olması bir fark yaratmadığı gibi,⁶³¹ zarar görenin küçük olması veya temyiz kudretinden yoksun olmasının da bir önemi yoktur.⁶³²

Anlaşılabacağı üzere zarar gören, kasti ya da ihmali şekilde,⁶³³ kusurlu ya da kusursuz bir davranışıyla, idareye atfedilen zararlı sonucun ortaya çıkmasına ya da ağırlaşmasına sebep olmuş ise, idarenin sorumluluğu bu durumdan etkilenecektir. Bu ihtimalde zarar görenin müterafik kusuru söz konusu olacağından, sorumluluk idare ile zarar gören arasında paylaştırılacak, idarenin sorumluluğu zarar görenin zarar katkısı oranında azalacaktır.⁶³⁴ Eğer zararlı sonucun ortaya çıkmasında esas rol zarar görende ise, zarara kendisi sebep olmuş ise idarenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.⁶³⁵ Zira bu durumda uygun illiyet bağı, idarenin davranışı ile zararlı sonuç arasında değil, zarar görenin davranışı ile zarar arasında olacaktır.

Zararlı sonucun ortaya çıkmasında esas rolün idarede olduğu hallerde, zarar görenin bu zararın ortaya çıkmasına katkısı varsa ya da davranışlarıyla zararın daha da ağırlaşmasına sebep olduysa bu durumda idare ile zarar arasındaki illiyet bağı hala var olduğundan idarenin sorumluluğu devam edecek fakat ödeyeceği tazminattan indirim yapılacaktır.⁶³⁶ Aynı şekilde, zarar görenin, idarenin sebep olduğu zarar tehlikesinden

⁶³⁰ Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 81.; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 333; Armağan, op.cit., s. 265.

⁶³¹ Zarar görenin davranışı olarak kullanmayı tercih ettiğimiz bu kavram idare hukuku öğretisinde genellikle zarara uğrayanın kusuru olarak ifade edilmektedir. Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, s. 325.; Gözübüyük, Tan, op.cit., s.697; Armağan, op.cit., s. 265; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.332. Atay, *İdare Hukuku*, s.781; Atay, *İdarenin Sorumluluğu*, s.1096.Zarar görenin mutlaka kusurlu olması gerekmediği için biz *Gözler*'e atıfla zarar görenin davranışı demeyi uygun bulmaktayız. *Gözler, İdare Hukuku C.II*, s.1339 vd.; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.310, 311.

⁶³² Gözler, *İdare Hukuku C.II*, s.1341;

⁶³³ Eren, *İllyet Bağı*, s.190.

⁶³⁴ D10D, E. 1995/1508, K. 1996/5887, KT. 08.10.1996; D10D, E. 2010/6546, K. 2010/10673 KT.14.12.2010; D8D, E. 2016/9335, K. 2016/7895, KT. 25.10.2016; DİDDK, E. 2012/1657, K. 2014/3421, KT. 03.11.2014, D8D, E.2015/11236, K.2016/7245 KT. 20.09.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶³⁵ D10D, E. 1992/3677, K. 1997/4203, KT. 02.11.1993, akt. Armağan, op.cit., s.272; D10D, E. 2008/5366, K. 2012/423, KT. 08.02.2012; İDDGK, E. 2008/11 K. 2009/3108 KT. 17.12.2009; D10D, E. 1996/4007, K. 1998/905, KT. 26.02.1998, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶³⁶ D10D, E. 2011/541 K. 2015/1476 KT. 30.3.2015 “meydana gelen zararda ölenin de müterafik kusuru bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi ve tazminat hesabının da bu durum nazara alınarak yapılması gerekirken, olayda tamamiyle idarenin kusuru olduğu kabul edilmek suretiyle tazminat miktarının belirlenmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” D10D, E. 2015/4254 K. 2016/1847 KT. 7.4.2016; D10D, E. 2015/3469 K. 2016/1066 KT. 26.2.2016; D15D, E. 2011/7323 K. 2014/303 KT. 30.1.2014 D10D, E. 2018/2516 K. 2018/2657 KT. 18.9.2018; D10D, E. 2016/12437 K. 2017/3269 KT. 20.6.2017 D10D, E. 2010/11453 K. 2014/2604 KT. 21.4.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (05.03.2021).

kaçma, kurtulma imkânı varken bunu yapmaması, zararın gerçekleşmesini ya da ağırlaşmasını engelleyebilecekken engellememesi, kendisini bilerek tehlikeye maruz bırakması durumlarında da,⁶³⁷ iyi niyet ve dürüstlük ilkeleri ile kamu yararı gereği, tazminatta indirim yapılmalıdır.⁶³⁸ Zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğuna etkisi, hem kusurlu hem de kusura dayanmayan sorumluluk için geçerlidir.

3. Üçüncü Kişinin Davranışı

İdarenin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağımlı etkileyen son hal, üçüncü kişinin kusurlu ya da kusursuz davranışdır. Üçüncü kişi kavramıyla kastedilen söz konusu kamu hizmeti faaliyeti yürütülürken idare ile arasında statüsel ya da sözleşmeye dayalı bir ilişkisi bulunmayanlardır.⁶³⁹ Bu bağlamda, bir kamu hizmetini sözleşmeyle ya da idarenin tek taraflı bir görevlendirmesiyle yürüten özel hukuk kişileri üçüncü kişi kavramına dâhil değildir. Zira idare ile hukuki ilişki içinde bulduklarından dolayı, bu özel hukuk kişilerinin davranışları, idareden ayrı sayılmaya müsait değildir. Bu faaliyetler bakımından idarenin sorumluluğu devam etmektedir.⁶⁴⁰

İdarenin faaliyetinden ve faaliyeti yürütenlerden tamamıyla ayrı, söz konusu üçüncü kişinin davranışı, tıpkı zarar görenin davranışında olduğu gibi, zarara katkısı oranında idarenin kusurlu sorumluluğunu azaltır veya ortadan kaldırır.⁶⁴¹ Fakat bu halde, zarar görenin davranışından farklı olarak, üçüncü kişinin davranışı idarenin kusura dayanmayan sorumluluğuna etki etmez.⁶⁴² Bir başka deyişle, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunda, idarenin tazmin yükümlülüğü belirlenirken üçüncü kişinin davranışı sorumluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran hal olarak hesaba katılmaz.⁶⁴³ Bu hallerde idarenin

⁶³⁷ D10DD, E. 1996/4206, K. 1998/1298, KT. 26.03.1998, Armağan, op.cit., s. 843.

⁶³⁸ Eren, İlliyet Bağı, s.190.

⁶³⁹ Özay, op.cit., s. 789.

⁶⁴⁰ Özay, op.cit., s. 789; Esin, op.cit. s.233; Yenice, Esin, op.cit.s.101.

⁶⁴¹ Onar, Cilt: III, ss. 1721-1723.; Armağan, op.cit., ss. 278-279; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, ss. 1239-1241. Bkz. Danıştay 10. D. 13.11.1995 tarih ve E: 1994/4934, K: 1995/5487 sayılı kararı. Günay, s.386, atay, idare, 730, zabunoğlu, c.1., s.737, candan idari yargılama, s.202; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.278; Atay, op.cit., 781 vd.;

⁶⁴² Özay, op.cit., s.789; Gözübüyük, Tan, op.cit., s.789; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.312; Atay, *İdare Hukuku*, s.788; Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1350; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.80; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, 333.

⁶⁴³ Aksi yönde bkz. D12D, E.1965/702, K.1966/1697, KT.04.05.1966 akt. Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1352.

başvurabileceği tek yol, zararı tazmin ettikten sonra üçüncü kişiye karşı rücu davası açmaktır.⁶⁴⁴

Danıştay ilk bakışta bu konu ile ilgili gibi görünen bir kararında, okulda ders arasında arkadaşının attığı silginin gözüne isabet etmesi sonucu görme kaybı yaşayan öğrencinin zararının, okul idaresince, gözetim ve denetim yükümlülükleri gereği, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca karşılanmasına hükmetmiştir.⁶⁴⁵ Fakat karar isabetli değildir. Zira idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi bir kusura dayanmayan sorumluluk hali değil kusurlu sorumluluk halidir.⁶⁴⁶ Dolayısıyla zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre değil, kusurlu sorumluluk kuralları uyarınca tazmin edilmesi gerekir. Ardından görme kaybına uğrayan öğrencinin zararına silgi atarak sebep olan öğrenci üçüncü kişiye karşı, kusuru oranında rücu davası açılabilir.⁶⁴⁷

4. Beklenmeyen Hal: İdarenin Kusursuz Sorumluluğunda İliyet Bağına Etkisi

Beklenmeyen hal teşkil eden olaylar, tıpkı mücbir sebepte olduğu gibi, öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır. Fakat mücbir sebepten farklı olarak, beklenmeyen hal teşkil eden olaylar idareye atfedilebilir haldedir yani söz konusu olaylar idarenin faaliyetlerinin içinde gerçekleşmektedir.⁶⁴⁸ Buna beklenmeyen halin içsellik unsuru denmektedir. Öngörülmesi ve önlenmesi mümkün

⁶⁴⁴ Armağan, op.cit., s.279; Özay, op.cit., s.789; Gözübüyük, Tan, op.cit., s.789; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.312; Atay, *İdare Hukuku*, s.788; Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1350; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.80; Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, 333; Tan, op.cit., s.524.

⁶⁴⁵ D8D E.2012/9218, K.2016/2532, KT.14.3.2016.

⁶⁴⁶ Bu konu hakkında bkz. Müslüm Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

⁶⁴⁷ İdari yargı mercilerinin, doğrudan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulduğu hallerde; gerek yukarıdaki başlık altında sözünü ettiğimiz zarar görenin davranışının gerekse üçüncü kişinin davranışının idarenin tazminat yükümlülüğüne etkisine dair incelemede bulunduğu ve anılan kurallar ışığında sonuçlandırdığı bir kararı tespit edilememiştir.

⁶⁴⁸ Özay, op.cit., s. 790; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, s.1719-1721; Günday, op.cit., s.385, 386; Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s. 1337; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.1300; Atay, *İdare Hukuku*, s.781; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s.370; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.310; Gözübüyük, Tan, op.cit. s.696; Atay, *İdarenin Sorumluluğu*, s.1096; Atay, Odabaşı, op.cit., s.212; Çağlayan, op.cit., s.141; Yıldızhan Yayla, *Mücbir Sebep*, s.48-49; Gözübüyük, *Hukuki Mesuliyet bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, s.24; Ahmet Yayla, op.cit. s.56.

olmayan fakat kamu hizmeti ile ilgili, hizmetin içinden çıkan, idareye yabancı bir kaynaktan gelmeyen olaylar içsellik unsurunu ifade etmektedir.⁶⁴⁹

Mücbir sebepten farklı olarak, beklenmeyen halin özündeki önlenemezlik hali herkes için geçerli yani mutlak değil, yalnızca sorumlu idareyi ilgilendiren nisbi bir nitelik arzeder. Beklenmeyen hal teşkil eden olay, idarenin faaliyetlerinin içinde gerçekleştiğinden, zararın idareye atfını ortadan kaldırmaz ve idareyi sorumluktan kurtarmaz. Beklenmeyen hal durumlarında idareye kusur isnat edilemese dahi, içsellik şartı nedeniyle zararlar idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı varlığını sürdürdüğünden, kusura dayanmayan sorumluluk hali devam edecektir.⁶⁵⁰

Bir başka ifadeyle, bilinmeyen bir sebeple ortaya çıkan bu haller, idare gerekli tüm tedbirleri almış olsa bile zararlı sonucu engelleyemeyeceğinden kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldırırken kusura dayanmayan sorumlulukta idarenin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı koparmaya yetmez.⁶⁵¹ Zira sebebi kesin olarak bilinemediği için idarenin kusuru olduğu ispatlanamasa dahi, olay idarenin faaliyetlerinin içinde gerçekleştiği için kusura dayanmayan sorumluluğa gidilmesi, bu zarardan idarenin sorumlu tutulması mümkündür.⁶⁵²

Örneğin bilinmeyen bir nedenle cephaneliğin patlaması sonucunda hayatını kaybeden erin ailesine,⁶⁵³ görevli olarak bulunduğu helikopterin havada bilinmeyen bir sebepten infilak etmesi sonucu hayatını kaybeden subayın ailesine,⁶⁵⁴ lokomotiften saçılan kıvılcımların rüzgarla yayılması sonucu yol kenarındaki tarlasında ekili mahsulü yanan tarla sahibine,⁶⁵⁵ iskelede duran hücumbotun bilinmeyen bir sebeple patlaması sebebiyle sahildeki işyeri zarar gören kişiye⁶⁵⁶ idarece tazminat ödenmesine

⁶⁴⁹ Ibid.

⁶⁵⁰ D12D, E.1968/1929, K.1969/1739, KT.5.11.1969, Esin, op.cit., s.136; D12D, E.1968/2879, K.1970/68, KT.19.01.1970; D12D, E.1968/868, K.1971/427, KT.24.02.1971, Esin, op.cit., s.137; D12D, E.1967/1689, K:1971/1008, KT.20.04.1971, Esin,s.138; D12D, E.1969/3328, K.1971/2770, K.T.30.11.1971, Esin, op.cit., s.138; Tan, op.cit., s.522; Ahmet Yayla, op.cit., s.49, 50.

⁶⁵¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, s.1720.; Esin, op.cit., s.135.; Armağan, op.cit., s. 263. Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, s.194, Günday, op.cit., s.386; Atay, *İdare Hukuku*, s.781, Atay, *İdarenin Sorumluluğu*, s. 1095,1096,

⁶⁵² Umulmayan hal, nedeni belli olmayan kusur olarak da adlandırılmasının sebebi budur. Esin, op.cit., s.135.

⁶⁵³ D12D, E.1968/1929, K.1969/1739, KT.5.11.1969, Esin, op.cit., s.136.

⁶⁵⁴ D12D, E.1968/2879, K.1970/68, KT.19.01.1970, Esin, op.cit., s.137.

⁶⁵⁵ D12D, E.1969/3328, K.1971/2770, K.T.30.11.1971, Esin, op.cit., s.138.

⁶⁵⁶ D12D, 24.2.1971, E.1968/868, 1971/427, Esin, op.cit., s.137.

hükmedilmesi, beklemeyen hallerin, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunda, illiyet bağıını kesmediğinin göstergeleridir.

Yargı kararlarında çoğunlukla, bir kavram olarak doğrudan beklenmeyen hal terimine yer verilmemektedir. Bu teorinin uygulama alanında kalan hallerde, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu üzerinden hüküm kurulduğu görülmektedir. Örneğin bir kararında Danıştay, bölgesel bir yolcu treninin seyir halindeyken fren balatasının kopması sonucu meydana gelen orman yangınından kaynaklanan zararın tazmini istemiyle açılan davada, beklenmeyen hal kavramına hiç değinmeden, idarenin söz konusu zararı kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁵⁷

Danıştay beklenmeyen hal kavramını, “*İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için de önlenemeyen olaylar*” olarak tanımlamaktadır.⁶⁵⁸ Mahkeme, bu olaylar idarenin iradesi dışında fakat hizmetin içinde meydana geldiğinden, bu sebeple ortaya çıkan zararlardan dolayı “*fiilin idareye atıf ve isnat kabiliyeti devam ettiğinden*”; beklenmeyen hallerin idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gereken haller olduğunu ifade etmektedir”.⁶⁵⁹

Beklenmeyen halin kusura dayanmayan sorumluluk için asıl önemi, risk ilkesinin özel bir uygulama alanı olmasıdır.⁶⁶⁰ Bu durumun nedeni, beklenmeyen halin esas olan olayın sebebinin bilinmemesi yani zararlı sonucun arızı olarak ortaya çıkmasıdır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin risk ilkesinden ayrı olan uygulama alanında zarar, idarenin davranışının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Zararın faaliyetin arızı sonucu olarak ortaya çıkması hali, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özel uygulama biçimi olan risk ilkesine özgüdür. Risk ilkesinde araç ve yöntemler ya da niteliği gereği tehlikeli faaliyetin zararlı bir sonucu olabileceği bilinir, ama bu sonuç istenmez. Bu sonuç göze alınır, fakat kabullenilmez. Ayrıca bu sonucun gerçekleşeceği de kesin değildir. Olası bir zarar tehlikesi halidir. Beklenmeyen hal durumunda zararın

⁶⁵⁷ D10D, E.2005/894, K.2007/5653, KT.26.11.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶⁵⁸ D10D, E.2004/9232, K.2007/2720, KT.18.05.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶⁵⁹ D10D, E.2004/9232, K.2007/2720, KT.18.05.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶⁶⁰ Ahmet Yayla, op.cit., s.61; “*gerçekten de tehlike sorumluluğu umulmayan hâl sorumluluğudur*” Haluk Tandoğan, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı”, *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları II. Sempozyumu*, Sevinç, Ankara, 1975, s. 25.

bilinmeyen bir sebepten ortaya çıkması, bunun doğal değil, arızı bir sonuç olduğunu gösterir. Bu nedenle risk ilkesinin içinde yer aldığını, risk ilkesinin görünüm biçimlerinden olduğunu söylemek mümkündür.

Bu bağlamda Danıştay'ın, fırtına sebebiyle deniz kumunun karayolunda birikmesi sonucunda bir araç sürücüsünün direksiyon kontrolünü kaybedip, denize düşüp hayatını kaybetmesinde, idarenin sorumluluğu olup olmadığını araştırdığı bir kararına, özellikle yer vermekte fayda vardır. Bu kararında Danıştay öncelikle, kazanın Karadeniz sahiline bitişik bir mevkide gerçekleşmiş olmasından ötürü, fırtınanın ve bu fırtınayla deniz kumunun karayoluna taşınacağını öngörülebilir olduğunu, bu yüzden öncelikle idarenin yol güvenliğini sağlamak için faaliyette bulunup bulunmadığının, yani hizmet kusurunun varlığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ardından hizmet kusurunun saptanamaması durumunda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanacağını ifade etmiş ve *“idarenin gereken önlemleri alıp almadığının ortaya konulamamış olması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak, yolu esenlikle kullanan ile zarara uğrayanların sıkıntıları denkleşecektir.”* gerekçesine yer vermiştir.⁶⁶¹

Danıştay'ın bu kararı eleştiriye açıktır. Doğal afetlerin doğrudan, idare ile zarar arasındaki illiyet bağına kesmeyeceği, mücbir sebep kabul edilebilmesi için idareye atfedilebilecek bir kusurun bulunmaması gerektiği, bunun için her somut olayda, olayın şartları göz önüne alınarak bir inceleme yapılması gerektiği yukarıda ifade edilmişti.⁶⁶² Kararda da önce hizmet kusuru incelemesi yapılması gerektiği belirtilerek, bu husus vurgulamıştır. Fakat ardından hizmet kusuru yoksa ya da varlığı ispatlanamıyorsa, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine gidilecektir denmiştir. Oysa Danıştay'ın kararında da belirttiği gibi, *“Zarar ve ölümlü olayın denizin kabarması sonucu denizden gelen kumlar nedeniyle meydana geldiği açıktır”*.

Bir doğa olayından kaynaklı zararın nedeni salt o doğa olayı ise, yani zarar idareye atfedilebilir değilse, hem kusurlu hem kusura dayanmayan sorumluluk ortadan kalkar çünkü idare ile zarar arasında illiyet bağı kurulamayacaktır. Bu olasılıkta illiyet bağı doğa olayı ile zarar arasındadır. İdari sorumluluk hukukunda, önce kusurun varlığı araştırması yapılır. Örneğin yol güvenliğini sağlamak kumların yola savrulmasına engel

⁶⁶¹ D8D, E.2004/784, K.2004/4445, KT.23.11.2004, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

⁶⁶² Bkz. supra, bölüm 2-II, D-1.

olmak için, deniz ile yol arasında yüksek set çekilmesi ya da yine de kumların yola gelmesine engel olunamıyorsa, gerekli temizlik yapılanaya kadar yolun geçici trafiğe kapatılması gibi tedbirlerin alınıp alınmadığının araştırması yapılacaktır. İdareye atfedilebilir bir kusur saptanırsa idare ile zarar arasında illiyet bağı var demektir. Bu durumda idare, kusura dayanan sorumluluk kurallarına göre zararı tazmin edecektir. Bu iki ihtimalin haricinde bir doğa olayı sonrası meydana gelen zararda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanması isabetli değildir. Burada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hangi durum için uygulanacaktır? Kamu külfeti ya da ağır fedakarlık olan nedir? Beklenmeyen hal teorisi ise kastedilen, bu teori nasıl uygulanacaktır? Beklenmeyen hal için gerekli olan içsellik koşulu, idarenin hangi hukuka uygun davranışı üzerinden sağlanacaktır? Daha önce de ifade edildiği gibi, risk ilkesi beklenmeyen halleri de içine alan bir kusura dayanmayan sorumluluk şeklidir. Ancak risk ilkesini de kapsayan genel fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin olaya uygulanabilmesi için söz konusu durumun ya idarenin riskli bir faaliyetinin arızı sonucu ya da vakanın bir beklenmeyen hal olması gerekir. Oysa bu kararda, fırtına sebebiyle karayolunda biriken deniz kumunun kişinin kaza yapmasına ve ölümüne sebep olması bir beklenmeyen hal değildir.

Bu başlık altında son olarak, Danıştay'ın hem beklenmeyen hallerin risk ilkesinin özel bir uygulama alanı olduğu yönündeki görüşümüzü destekleyen, hem de idarenin riskli faaliyetlerin sebep olduğu zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerekliliğini gösteren bir kararına yer vermemiz gerekmektedir.

Karara konu olan olay, askeri eğitim ve atış talimi sonrası, askeri bölge sınırı dışına düşen patlamamış mühimmatların işaretlendiği, bölgede nöbet tutan askerlerin kimsenin yaklaşmaması için gerekli uyarıları yaptığı ve patlamamış mühimmatların etkisiz hale getirilmesi için sürveyan ekiplerinin beklenildiği sırada, yakınlarda hayvanlarını otlatan kişinin uyarıları dinlemeyip yasak bölgeye girmesi sonucu yaralanmasıdır.

Söz konusu olayın beklenmeyen halin içsellik, öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarını taşıdığı açıktır. Zira yaralanmaya neden olan olay, idarenin faaliyetinin içinde meydana gelmiştir. Tehlike arzeden patlamamış mühimmatlar belirlenip imha

ekipleri beklenirken, bölgeye yaklaşılmaması için gerekli tedbirlerin alınmış olması, zarara konu olayın idare tarafından başkaca bir yöntemle öngörülemeyen ve önlenemez olduğunu göstermektedir. Öte yandan dava konusu olay şüphesiz, Türk hukukundaki kusura dayanmayan sorumluluğunun yerleşik ayrımında, bünyesinde tehlike taşıyan faaliyetler için başvurulmuş risk ilkesinin uygulama alanına girmektedir. Dolayısıyla dava konusu olay, beklenmeyen hal teşkil eden olayların, risk ilkesinin özel bir uygulama alanı olduğuna örnektir.

Danıştay, bu davada öncelikle idarenin patlamamış mühimmat nedeniyle gerekli önlemleri aldığını ifade ederek, hizmet kusurunun bulunmadığı değerlendirilmesini yapmıştır. Ardından idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu olduğu kanaatine varmıştır. Bünyesinde tehlike taşıyan bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında zarara uğranılması durumunda, bu zararın tazmininin, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁶³

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN UYGULAMA ALANI VE İDARENİN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İdare hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı ve idarenin tazmin yükümlüğü başlıklı üçüncü ve son bölüm, adından da anlaşılacağı gibi iki alt başlık altında incelenecektir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı başlığı, öncelikle müdahalenin yöneldiği hak üzerinden planlanmıştır. Bu bağlamda, idarenin mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahalesi ve yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesi olarak ikili ayırım yapılmıştır. Yargı kararları ışığında idarenin mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahaleleri, anayasal ve yasal

⁶⁶³ D10D, E.2010/15504, K. 2015/597, KT. 19.2.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

düzenlemeler, idari işlemler, idari eylemler ve kanunların ve milletlerarası antlaşmaların uygulanması yoluyla müdahaleler olarak gruplandırmıştır. İdarenin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahaleleri ise, sağlık ve eğitim hizmetleri yoluyla müdahaleler ve kamu görevlilerinin ve kamu hizmetine gönüllü katılanların yaşam ve sağlık hakkına müdahaleler başlıkları altında incelenmiştir.

Bu bölümün son kısmında ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun sonucu olan idarenin tazmin yükümlülüğü ele alınmıştır. İdarenin, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğu kapsamında ödemesi gereken tazminatın neyi ifade ettiği ve tam tazmin ilkesi karşısında söz konusu tazminatın işlevi ve kapsamı üzerinde durulacaktır.

I. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN UYGULAMA ALANI

A. GENEL OLARAK

Türk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi, kamu hukukundaki adıyla kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulama alanının sistematik bir ayrıma dayanılarak incelendiğini söylemek güçtür. Aynı üst başlık altında, bir taraftan işlemin hukuki niteliği üzerinden bir ayrıma dayalı değerlendirme yapılırken (örn. hukuka uygun idari işlemlerden kaynaklanan zararlar kategorisi gibi), diğer taraftan işlemin ya da eylemin konusu üzerinden (örn. bayındırlık faaliyetlerinden doğan zararlar kategorisi gibi) bir değerlendirme yapılabilmektedir.

Türk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı konusunda tereddüte ya da tahmine yer vermemek için sistematik bir ayrıma ihtiyaç vardır. Alman hukukunda bu ilkenin uygulama alanı mülkiyet hakkına müdahale ve yaşam, sağlık, özgürlük haklarına müdahale olarak ikiye ayrılmıştır. Kaynağı içtihat olan bu ayırım fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tarihsel gelişiminin bir ürünüdür. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda hukuka aykırı müdahaleler de fedakârlığın denkleştirilmesi talebinin konusu olabildiğinden mülkiyet hakkına müdahale; kamulaştırma ve kamulaştırma benzeri müdahale olarak ikiye ayrılarak;

yaşam sağlık özgürlük haklarına müdahaleler ise hem hukuka uygun hem hukuka aykırı müdahaleleri içine alacak şekilde incelenmiştir.

Türk hukuku açısından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, yalnızca idarenin hukuka uygun müdahalelerini içerdığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla beraber, idarenin hukuka uygun müdahaleleri sonucunda meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğünü, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerden kaynaklanan ve yaşam, sağlık ve özgürlük haklarına müdahalelerden kaynaklanan olarak ikiye ayırarak incelemek sistematik açıdan daha uygun olacaktır.

B. İDARENİN MÜLKİYET HAKKINA HUKUKA UYGUN MÜDAHALESİ

İdarenin hukuka uygun eylem veya işlemleriyle kişinin mülkiyet hakkına müdahalesi, bir zarara sebep olursa bu zarar fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca tazmin edilir. Bu tazmin yükümlülüğünün dayanağı, idarenin bazı faaliyetleri için, tıpkı ilkenin kendisinde olduğu gibi içtihat iken; bazı faaliyetlerin tazmini doğrudan anayasadan veya kanundan kaynaklanmaktadır.

1. Anayasal ve Yasal Düzenlemeler Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale

a. Genel Olarak

Mülkiyet hakkına müdahale aslında her daim karşılığında uygun bir bedelinin ödenmesini gerektirir. Fakat mülkiyet hakkına her müdahale ve her bedel ödeme durumu fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalden kaynaklanmaz. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesinin ilk şartı, idarenin müdahalesinin hukuka uygun olmasıdır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahalelerde bu ilkenin uygulanabilmesi için, müdahaleye hukuk kurallarınca izin verilmiş olması gerekir. Müdahalenin hukuka uygunluğu, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için zorunlu şarttır. Ancak müdahaleye konu olan taşınmazın hukuka uygun şekilde edinilmiş olması, denkleştirme açısından zorunlu değildir.

Danıştay yakın tarihli bir kararında,⁶⁶⁴ kırk yılı aşkın süredir kullanılan, idare tarafından elektrik, su ve sair hizmetleri verilen, emlak vergisine tabi kılınan taşınmazın,

⁶⁶⁴ D6D, E.2014/5567, K. 2017/3056, KT. 2.5.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (08.03.2021).

ruhsatsız bir yapı olmasının, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet kavramına ilişkin içtihatları doğrultusunda, davacının söz konusu yapı üzerinde mülkiyet hakkı olmadığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. İmar planında yol olarak ayrılmış kısımda bulunan, tapuda tescilli olmayan dava konusu yapının, imar uygulaması sebebiyle idare tarafından hakkında yıkım kararı alınması üzerine, yapı malikinin kamulaştırma bedeli ödenmeden taşınmazın yıkılamayacağı iddiasının tartışıldığı davada Danıştay, davacının yapı üzerindeki mülkiyet hakkı konusunda meşru bir beklenti içinde olduğunu belirtmiştir. Davanın görüldüğü zamana dek, 775 sayılı Gecekondu Kanunu uyarınca yıkılmamış olan söz konusu yapının, imar planının uygulanması aşamasında yıkılacak olmasının meşru beklentiyle çeliştiğini ileri sürmüştür. Ardından *“yapının ruhsatsız olması nedeniyle kamulaştırma bedelinin ödenmesi mümkün olmamakla birlikte uygulama işleminin tatbikatı aşamasında yapıya ilişkin enkaz bedelinin ödenmesi gerektiği”* sonucuna varmıştır.

Danıştay bu kararında, hukuka uygun şekilde edinilmemiş, fakat uzun yıllar idarenin gösterdiği müsamaha sayesinde kullanılmış olan ruhsata aykırı yapılar için alınan yıkım kararlarında en azından enkaz bedelinin ödenmesi gerektiğine karar vererek esasen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin temelinde yer alan hakkaniyet ve nesafet ilkeleri doğrultusunda hareket etmiştir.

İdarenin kamu yararı amacıyla imar mevzuatına aykırı yapılar hakkında aldığı yıkım kararları, bu yapıların içinde uzun yıllar yaşamış bireyler için bir külfettir. Zira idare elektrik ve su gibi kamu hizmetlerini bu yapılara getirerek, söz konusu duruma olağan bir halmiş gibi müsaade ederek ya da daha doğru ifadeyle göz yumarak fiilen bir mülk sahibi yaratmıştır.⁶⁶⁵ AİHM'in ifadesiyle⁶⁶⁶ *“mülkiyet hakkını fiilen kullanabilmeye yönelik makul ve meşru bir beklentisi”* olan yapı sahibinin, idarenin kamu yararına yönelik hukuka uygun müdahalesi sonucu oluşan zararı, en azından enkaz bedeli ödenerek topluma pay edilmelidir.

⁶⁶⁵ Bkz. AİHM, Önerıldız vs Türkiye Kararı, BN. 48939/99, KT. 30.11.2004; Anat ve Diğerleri vs Türkiye Kararı, BN. 37899/04; AYM, Ayşe Öztürk başvurusu, BN. 2013/6670, KT.10.6.2015, (03.03.2021).

⁶⁶⁶ AİHM, Hamer – Belçika Kararı, BN.216817/03, § 79.

b. Kamulaştırma

İdarenin mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahalelerinin sonucu itibariyle en ağır olanı, şüphesiz hakkın varlığını ortadan kaldıran müdahalelerdir.⁶⁶⁷ Hukuka uygun müdahaleler içinde kamulaştırma, bu durumun en yaygın örneğidir.

Türk hukukunda kamulaştırmanın dayanağı Anayasanın kamulaştırma başlığını taşıyan 46'ncı maddesidir.⁶⁶⁸ Bu maddeye göre, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, kamu yararı amacıyla kişilerin taşınmaz mallarını kanundaki esas ve usullere göre kamulaştırabilir. Kamulaştırma için söz konusu taşınmazların gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesi zorunludur.⁶⁶⁹

Anayasa Mahkemesi de kamulaştırmayı, “*Anayasa’da özel mülkiyetin kamuya geçirilmesi konusunda başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlenmiş olup bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının malikin rızası olmaksızın kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesi*” olarak tanımlamaktadır.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Murat Şaşı, Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin, 2019, s.291.

⁶⁶⁸ Kamulaştırma Madde 46 – (Değişik: 3/10/2001-4709/18 md.) “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir. Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir. Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”

⁶⁶⁹ “Devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilmesi, kamu yararının bulunması, kamulaştırma kararının kanunda gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın, kural olarak peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir.” AYM, E.2015/55, K.2016/45, KT. 26.05.2016, AYM, E.2018/156 K.2019/22, KT. 10/4/2019; AYM, E. 2017/110 K. 2017/133, KT. 26.7.2017.

⁶⁷⁰ AYM, E. 2013/49 K. 2013/125, KT. 31.10.2013; AYM, E. 2017/110 K. 2017/133, KT. 26.7.2017; AYM, E. 2004/25 K. 2008/42 KT. 17.1.2008; Necip Tüfekçi Ve Diğerleri Başvurusu BN. 2013/4774 KT. 24.3.2016; Nilüfer Devrim Başvurusu BN. 2015/11857 KT. 8.5.2019; Azime Şahin Başvurusu BN. 2015/18161 KT. 20.9.2018; Derya Alpdoğan ve diğerleri başvurusu, BN. 2015/6548, KT. 11.10.2018; Yüksek mahkemenin benzer tanımları için bkz. “Kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının, malikin rızası olmaksızın, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir” AYM, E 2010/83, K 2012/169, KT. 01.11.2012 “Temel unsurunun “kamu yararı” olduğu kabul edilen kamulaştırma, özel mülkiyet alanına Devletin bir müdahalesidir” AYM, E. 2013/96, K. 2014/118, KT. 03.07.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

Kamulaştırma, Anayasada düzenlenen haliyle, idare hukukunca fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tipik bir uygulamasıdır. Zira ilkenin bütün koşullarını taşımaktadır. İdarenin, kaynağını anayasadan aldığı bir yetkiyle kişilerin sahip oldukları taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdiren bir müdahalesi vardır. Bu müdahale sonucunda, kişilerin malvarlığında iradeleri dışında bir azalma gerçekleşmektedir. Kamu yararı amacıyla yapılan bu müdahaleye karşı konulamaması eşitliği bozan bir kamu külfetidir. Bu kamu külfeti de, taşınmazların gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesi suretiyle, toplumun geri kalanına pay edilmektedir.⁶⁷¹

Daha açık bir ifadeyle, kamulaştırma ile idare, kamu yararına yönelik faaliyeti doğrultusunda, kişinin mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde bulunan tasarruf hakkına onun rızası aranmaksızın son vermektedir. Bütün bir toplumun ya da o yörede yaşayan, o hizmetten yararlanan ve sair şekilde toplumun bir kısmının yararlanacağı hizmetin yürütülebilmesi karşılığında malikin mülkiyet hakkına bu şekilde bir müdahale, toplumun geri kalanının bu hizmet dolayısıyla katlandığı ya da katlanacağı külfetle orantılı olmayan, makul görülemeyecek ağır bir fedakârlık, özel ve olağanüstü bir zarardır.⁶⁷² Taşınmaz bedelinin gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesi kamu külfetleri karşısında bozulan eşitliğin yeniden kurulmasına hizmet etmektedir.

Söz konusu müdahale, tıpkı kamulaştırma müessesesi gibi anayasal korumaya sahip mülkiyet hakkına yöneliktir. Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35'inci maddesi uyarınca bu hak ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı amacını güden kamulaştırma kurumu da, dolayısıyla mülkiyet hakkı için anayasayla öngörülmüş istisnai bir sınırlama anlamı taşımaktadır. Kamulaştırmanın kamu yararı amacıyla yapılıyor olması, kişinin normal şartlar altında dilediği biçimde kullanma yetkisine sahip olduğu mülkiyet hakkı üzerindeki bu tasarruf serbestisinin, toplumsal bir ihtiyacın karşılanması uğruna feda edilmesine ya da kısıtlanmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırmanın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin yasal görünüm biçimlerinden biri olması, kamu yararı kavramı sayesinde. Öyle ki, Kamulaştırma Kanunu m.23/1'deki düzenlemeye göre,⁶⁷³ taşınmaz üzerinde idarece kamulaştırma

⁶⁷¹ Günday, op.cit., s. 251

⁶⁷² Uluşan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.29.

⁶⁷³ Mal sahibinin geri alma hakkı Madde 23/1: “Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz

amacına uygun hiçbir işlem ya da tesisat yapılmaz veya taşınmaz kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmez ise, malikin taşınmazı geri alma hakkı doğmaktadır. Bu durum, kişinin taşınmaz malı üzerindeki tasarruf iradesine bakılmaksızın idare tarafından elde edilebilmesi için, kamu yararı amacına somut olarak hizmet etme zorunluluğunu; yani, ancak bu şartla kişinin mülkiyet hakkına kamulaştırma yolu ile müdahale edilebileceğini göstermektedir.⁶⁷⁴

Kişinin mülkiyet hakkı ile idarenin kamulaştırma yetkisi arasındaki denge, taşınmazın karşılığının ödenmesi ile sağlanmaktadır. Bu yöntem uluslararası insan hakları hukuku pratiği ile de örtüşmektedir.⁶⁷⁵ Kişinin mülkiyet hakkına, kamu yararı maksadıyla getirilen sınırlama ile katlanmak zorunda kaldığı külfet, hizmetten yararlanan ya da yararlanacak olan diğer kişilerden farklı, özel ve olağanüstü bu zarar, taşınmazın gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesi suretiyle telafi edilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “...mülkiyet hakkının anayasal güvenceye bağlandığı bir hukuk düzeninde kamulaştırma yetkisi kullanılırken, karşılıklı hak ve yararların bağdaştırılması”⁶⁷⁶ gerektiğini ifade etmiştir.

Kamulaştırma, daha önce de ifade edildiği gibi, Alman hukukunda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin yasal bir görünümü olarak incelenmektedir. Öyle ki,

veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.”

⁶⁷⁴ Mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğine ve kamulaştırmanın kamu yararının gerekli kıldığı hallerde yapılabileceğine dair anayasal hükümler karşısında; 6203 sayılı Kamulaştırma Kanununda yer alan “özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda” kamu yararının nasıl somutlaşacağı şüphelidir. Bu durumda kamulaştırmanın “kimin yararı”na hizmet edeceği tartışmaya değerdir. Kaya, neoliberal mülkiyet, kamu yararı, kamulaştırma ve acele kamulaştırma kavram ve kurumlarını değerlendirdiği çalışmasında; liberal yönetim anlayışında piyasa toplumunun temelini, mülkiyet hakkı ve bu hakkın serbestçe kullanımı üzerine kurulu olduğunu belirtir ve ardından bu anlayışta, mülkiyet hakkının toplumun genel çıkarını ifade eden, kamuyu özele karşı koruyan “kamu yararı”nın gerekli kıldığı kamulaştırma uygulamaları ile sınırlandırılabilirdiğini ifade eder. Fakat neoliberalizmle birlikte gelen mülkiyet anlayışındaki değişimin, kamu yararı kavramındaki değişimle birbirine paralel ilerlediğini savunur. Yazara göre, neoliberal yönetim anlayışında kamu yararı, artık toplumun genel çıkarını değil, özel çıkarların hakimiyetindeki rekabetçi piyasayı ifade etmektedir. Bu düzende kamulaştırma da artık, rekabetçi piyasa ortamında özel çıkarların egemenliğini sağlama aracı olarak kullanılmaktadır. Kamulaştırmanın yeni işlevi, özel mülkiyetteki (piyasalaşmamış) taşınmazın eskiden olduğu gibi kamunun kullanımına devrini değil, piyasaya (özel çıkarlara) ve piyasalaşmış kullanıma devrini sağlama olmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma artık piyasalaştırma ve hatta bazı durumlarda tekelleştirme aracı haline gelmiştir. Bkz. Alp Yücel Kaya, “Neo-liberal mülkiyet ve “acele kamulaştırma” nedir?”, *Toplum ve Bilim*, S.122, 2011, ss.194-235.

⁶⁷⁵ Kemal Şahin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı”, *MÜHF-HAD*, C. 19, S. 3, ss.53-146, s.126.

⁶⁷⁶ AYM, , E.1993/8, K.1993/31, K.T.22.9.1993, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, kamulaştırma, kamulaştırmaya benzer müdahale ve dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak üç ayrı kategori altında ele alınır. Türk hukukunda ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bahsedilirken, kamulaştırmanın ayrı bir kategori olarak ele alındığı, özel olarak bu müesseseye değinildiği yerleşik bir anlayış mevcut değildir. Oysa Alman Hukukundaki kamulaştırma ve kamulaştırma özelinde, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ile Türk hukukundaki kamulaştırma kurumunun düzenleniş şekli birbirinden farklı değildir. Kişinin mülkiyet hakkının, kamu yararı amacıyla sınırlandırılması ve bu sınırlamanın bedel karşılığı yapılması, Türk hukukunda da Alman hukukunda da kamulaştırma olarak adlandırılmaktadır.⁶⁷⁷ Dolayısıyla, kaynağını anayasadan alan bu müdahalenin, gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesi şartına bağlı olması, Türk hukukunda da kamulaştırmanın, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin (yasal) uygulama alanlarından biri olduğunu göstermektedir.⁶⁷⁸

c. Kamulaştırma Benzeri Müdahale

Kamulaştırma benzeri müdahale başlığı ile ifade edilmek istenen, idarenin kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edebilmesine imkan veren, mal edinmesini veya kullanmasını sağlayan, devletleştirme, istimval ve geçici işgal kurumları ile hukuki el atma ve düzenleme ortaklık payı uygulamaları şeklinde, kamulaştırma benzeri, mülkiyet hakkına müdahaleyi içeren yasal düzenlemelerdir.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Federal Alman Anayasası madde 14/3: Kamulaştırma, ancak toplumun yararı için olanaklıdır. Kamulaştırma yalnız tazminatın biçim ve ölçüsünü düzenleyen bir yasayla veya bir yasaya dayanarak yapılabilir. Tazminat, toplumun ve ilgililerin yararları adaletli bir biçimde denkleştirilerek belirlenir. Tazminatın miktarı üzerinde anlaşmazlık halinde, adli yargıya kanun yolları açıktır.

⁶⁷⁸ Şahin, op.cit., s.126.

⁶⁷⁹ Kamulaştırma benzeri müdahale kavramının içine; 6306 sayılı, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesindeki, yıkılacak derecede riskli olan yapılar ile bu yapıların bulunduğu alanlardaki dönüşüm uygulamalarının, maliklerin ve ilgililerin rızası aranmaksızın Bakanlıkça resen yapılabilmesine, Bakanlığın, taşınmaz üzerinde önceden yapılmış gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini feshedebileceği ve söz konusu dönüşüm uygulaması kapsamındaki bütün taşınmazların, Hazine adına tescil olacağına ilişkin düzenlemenin de dahil edilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bu yasal düzenleme, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulacağı bir düzenleme değildir. Zira fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi için, hukuka uygun bir müdahalenin olması gerekir. Oysa 6306 sayılı Kanununun, idareye taşınmaz mülkiyeti üzerinde verdiği yetkiler, Anayasa'ya aykırıdır. Kamu yararına yönelik kentsel dönüşüm uygulamaları sebebiyle; malikinin rızası aranmadan, müdahale herhangi bir süreyle sınırlandırılmadan ve bedel ödenmeden yapılan, mülkiyet hakkına yönelik müdahale, Anayasa'ya ve dolayısıyla hukuka aykırı bir müdahale olmaktadır. Kentsel dönüşüm uygulamaları, idarenin taşınmaz mal edinme usullerinden biri olarak yorumlanamaz. Taşınmaz üzerinde malikinin sahip olması gereken tasarruf etme hakkı, idareye

- İstimval, Devletleştirme ve Geçici İşgal Müesseseleri

Başvurulduğunda kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasına sebep olan devletleştirme, istimval ve geçici işgal müesseselerinde yer alan, idarenin bu yolla mal

kanunla sözkonusu düzenlemedeki şartlar altında verilemez. Kentsel dönüşümün yöneldiği kamu yararı amacı karşısında, sözkonusu yapı ve alanlarda maliklerin karar verme sürecine dahil edilmemesinden öte; taşınmaz mülkiyetinin herhangi bir bedel ödenmeksizin Hazineye geçmesi ve planlanan yeni yapılar malike devredilinceye dek geçen, kanunla sınırlanmamış olan süre zarfında, idarenin taşınmaz üzerinde dilediği gibi tasarruf hakkının olması, hukuka uygun bir müdahale değildir. Kişinin, taşınmazı üzerindeki mülkiyet ve buna bağlı haklarını kullanmasını engelleyen bu düzenleme, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında mülkiyetten yoksun bırakma olarak yorumlanabilir. Bkz. Uygulamaların resen yapılması Madde 6/A – (Ek:4/7/2019-7181/25 md.):

“(1) Yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda dönüşüm uygulamaları maliklerin ve ilgililerin muvafakati aranmaksızın Bakanlıkça resen yapılabilir veya yaptırılabilir. Uygulama yapılacak alanın sınırları uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenir.

(2) Bu madde kapsamında; riskli yapı tespit masrafları Dönüşüm Projeleri Özel Hesabından karşılanmak suretiyle Bakanlıkça resen yapılır. Riskli olarak tespit edilen yapıların listesi tebliğ yerine kaim olmak üzere, bu yapıların kapısına asılır ve ilgili muhtarlıkta iki gün süre ile ilan edilir. Riskli yapı tespiti işlemi bu ilan ile maliklere şahsen tebliğ edilmiş sayılır. Riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince iki gün içinde itiraz edilebilir ve itirazlar üç gün içerisinde teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır.

(3) Yapıların tahliyesinin Bakanlıkça verilen süre içerisinde yapılması mecburidir. Verilen sürede yapıların tahliye edilmemesi durumunda, kilitli olan kapıları açmak veya açtırmak da dâhil olmak üzere tahliye ve yıktırmaya yönelik iş ve işlemler, gerektiğinde kolluk kuvvetlerinin de yardımıyla Bakanlıkça yapılabilir veya yaptırılabilir.

(4) Tapuda yapılacak satış, devir, ipotek tesisi işlemleri ile tapu kaydındaki hakların ve şerhlerin terkin işlemleri de dâhil olmak üzere bütün tapu ve kadastro işlemleri, yıkım ve yapıma ilişkin her türlü izin ve ruhsat iş ve işlemleri, diğer idareler nezdinde yürütülecek iş ve işlemler, maliklerin ve ilgililerin muvafakati aranmaksızın Bakanlığın talebine istinaden yapılır.

(5) Uygulama yapılacak alanda bulunan kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlardan dönüşüm uygulamasına dâhil edilecek olanlar ile özel mülkiyete tabi diğer bütün taşınmazlar, Bakanlığın talebine istinaden Hazine adına tescil olunur. Yapılacak yeni yapılar için inşaat ruhsatı Hazine adına düzenlenir ve hak sahiplerine haklarına karşılık gelecek bağımsız bölümlerin devri yapılıncaya kadar kat irtifakı ile kat mülkiyeti Hazine adına kurulur.

(6) Uygulama yapılacak alan sınırları içerisinde bulunan taşınmazlarla ilgili daha önce imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, bu sözleşmelerin taraflarının ve diğer ilgililerin muvafakati aranmaksızın, uygulamaların Bakanlıkça yürütülmesinin uygun görüldüğü tarih itibarıyla feshedilmiş sayılır. Taşınmazların siciline şerh edilmiş olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri Bakanlığın talebi üzerine terkin edilir. Feshedilmiş sayılan sözleşmelere istinaden herhangi bir iş ve uygulama yapılmış ise, bu iş ve uygulamaları yapan müteahhit ile Bakanlık arasında mahsuplaşma yapılır. Kira yardımı ödemeleri hariç olmak üzere, sözleşmenin taraflarından biri tarafından, diğer tarafa herhangi bir ödeme yapılmış ise, taraflar yapılan ödemeleri genel hükümler çerçevesinde karşılıklı olarak birbirlerinden talep etme hakkına sahiptir.

(7) Yapılacak konut ve işyerlerinin niteliği ve büyüklüğü Bakanlıkça belirlenir. Hak sahipliği çalışmaları, hak sahibinin mevcut taşınmazının değeri ile yeni yapıda hak sahibine verilecek konut veya işyerinin değeri gözetilerek yürütülür. Hak sahibinin borçlanmasının gerekmesi durumunda, hak sahibine verilecek bağımsız birim üzerine borç miktarı oranında ipotek tesis edilir. Hak sahibine düşecek bağımsız bölümün/bölümlerin Bakanlıkça belirlenen süreler içerisinde teslim alınmaması durumunda, hak sahibinin bu bağımsız bölüm/bölümler üzerindeki hakkı sona erer; dönüşümden önceki taşınmazının değeri güncellenerek hak sahibi adına açılacak vadeli bir hesaba yatırılır ve durum hak sahibine bildirilir.”

edinmesi veya kullanması karşılığında belli bir tazminat ödemesine yönelik şart, külfette eşitliğin yeniden sağlanması amacına hizmet eder.

Seferberlik, savaş gibi olağanüstü hallerde ihtiyaç duyulması durumunda, malikinin rızası aranmaksızın taşınır malına⁶⁸⁰ bedeli ödemek koşuluyla, idare tarafından el konulması anlamına gelen, bu yönüyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan⁶⁸¹ istimval, müessese olarak anayasal dayanağa sahip⁶⁸² fakat uygulanması için yasal bir dayanağa da ihtiyaç duyulan, istisnai bir uygulamadır.⁶⁸³

Millileştirme de denilen,⁶⁸⁴ kanunla yapılması zorunlu olan devletleştirme,⁶⁸⁵ Anayasanın 47'nci maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, gerçek karşılığı ödemek suretiyle devletleştirilebilecektir. Devletleştirme, kamulaştırmaya nazaran daha ağır bir yükümlülüktür. Kamulaştırmada olduğu gibi devletleştirmede de idareyi harekete geçiren kamu yararındır. Fakat kamulaştırmadan farklı olarak, devletleştirmenin konusunu yalnızca taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı değil, taşınır ve taşınmazlarıyla külli olarak özel iktisadi teşebbüsler oluşturmaktadır. Dolayısıyla kişilerin, kamu yararı uğruna katlanmak zorunda kaldıkları bu ağır külfet,

⁶⁸⁰ Gözler, *İdare Hukuku C. II*, s.927; Türk hukukunda istimval kavramı idarenin, özel hukuk kişilerinin taşınır veya taşınmaz mallarının geçici olarak kullanım hakkına sahip olması anlamında da kullanılmaktadır. Bkz. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, C. I, 10. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 1016; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 6. baskı., İstanbul, Der Yayınları, 2013, s. 1100. Öte yandan yalnızca mal yükümlülüğü değil para ve çalışma yükümlülüğünün de istimval kapsamında bireylere yüklenebileceğini hakkında bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1576.; Akın Düren, *Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazminat Yükümlülüğü*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 100.; Ülkü Azrak, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 59; Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 14.

⁶⁸¹ Baktiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi Ve Uygulama Alanı", *GÜHFD*, C.IX, S.1,2, Y.2004, ss.185-211, s. 189.

⁶⁸² AY 119/5'de yer alan, "Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir." ifadesinin istimval usulüne işaret ettiği ifade edilmektedir. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s.1575.

⁶⁸³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.676; Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.631; Gürsel Kaplan, "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan*, Sayı: 2004/1-2, ss. 167-188, s.171; Günday, op.cit. s.281,282. 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu ile askeri istimvaller, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile de sivil istimvaller düzenlenmektedir. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, op.cit., s. 1101 vd.

⁶⁸⁴ Bkz. Azrak, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, s. 76; Düren, *Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazminat Yükümlülüğü*, s. 91 vd.; Millileştirmenin devletleştirmenin özel bir şekli olduğu hakkında bkz. Ulusoy, op.cit., s.632.

⁶⁸⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.676, Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, s.83

iktisadi teşebbüsün gerçek karşılığı ödenmek suretiyle toplumun geri kalanına pay edilecektir.

Geçici işgal,⁶⁸⁶ idarenin bir kamu hizmetinin (bayındırlık işleri) yürütülmesi sırasında ve süresince⁶⁸⁷ bazı maddeleri, araç – gereçleri istifleyebilmek için ya da örneğin kireç harcı gibi bazı materyalleri hazırlayabilmek için, ihtiyaç duyduğu alanı elde etmesini sağlayan hukuki bir yoldur. Bu hukuki yol sayesinde, özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, idare tarafından geçici olarak el atılmaktadır. Kaynağını anayasadan değil, kanundan⁶⁸⁸ alan geçici işgal kurumu, mülkiyet hakkını sınırlayan olağanüstü bir yol olduğundan, mülkiyet hakkını en az kısıtlayacak şekilde kullanılmalı ve taşınmaz sahibinin zararı karşılanmalıdır.⁶⁸⁹ Geçici işgalde, idarenin kamu yararına yürüttüğü bir bayındırlık işi sebebiyle bir taşınmaz malikinin, katlanmak zorunda kaldığı mülkiyet hakkı kısıtlaması; eşitliği bozan bir kamu külfetidir, toplumun geri kalanıyla paylaşılması gereken tek bir kişiye yüklenmiş ağır bir fedakârlıktır. Dolayısıyla idarenin geçici işgal için, bayındırlık işinin görülürken işgal ettiği boş arsa ve araziler⁶⁹⁰ için ödemekle yükümlü olduğu tazminat, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından kaynaklanmaktadır.

- **Hukuki El Atma ve Düzenleme Ortaklık Payı Uygulamaları**

Kamulaştırma benzeri müdahale başlığı altında, hukuki el atma ve düzenleme ortaklık payı uygulamalarına da ayrıca değinmek gerekmektedir. Zira idare, yasal düzenlemeye sahip söz konusu uygulamalar ile taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı kısıtlamalarına yol açmaktadır. İdarenin hukuka uygun müdahalesiyle sebep olduğu bu mülkiyet hakkı kısıtlamalarında, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama imkânı olup olmadığı sorusunun, cevaplanması gerekmektedir.

⁶⁸⁶ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, Cilt: I*, s.1015; Günday, op.cit., s.283; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.677; Tan, op.cit., s.647; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1583.

⁶⁸⁷ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku, Cilt: I*, s. 1015; Günday, op.cit., 283, 284.

⁶⁸⁸ 3 Şubat 1331 (1915) tarihli Menafii Umumiyyeye Mütteallik Hususat İçin Efrada Ait Arazi ile Taş Ocaklarının Muvakkat Surette İşgali Hakkında Kanun.

⁶⁸⁹ Kaplan, “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi, s.172; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1584.

⁶⁹⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1584; Günday, op.cit., s. 284; Tan, op.cit., s.648.

Hukuki el atma, bir tür kamulaştırmasız el atma halidir. Hukuka uygun kamulaştırmasız el atma olarak da ifade edilebilir. İdarenin kamulaştırma yapmaksızın taşınmaz edinme usullerinden biridir⁶⁹¹.

Hukuki el atmanın iki ayrı görünüm biçimi vardır.⁶⁹² İlki, Kamulaştırma Kanunu'nun 35'nci maddesi⁶⁹³ ve İmar Kanunu'nun 18'inci maddesinde⁶⁹⁴ ifade edilen "düzenleme ortaklık payı" (hamur kuralı⁶⁹⁵) yoluyla (ve hukukiliği konusunda tartışmalar olan kamu ortaklık payı adı altında benzer şekilde yapılan kesintiler ile); idarenin, park, yeşil alan, halka açık otopark, meydan yapımı gibi kamu yararı taşıyan faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla, taşınmaz malikinin rızası aranmaksızın ve karşılığında herhangi bir bedel ödenmeksizin taşınmazın yüzde 40'ına kadar el koyabilmesine imkân veren bir arazi ve arsa düzenleme şeklidir.⁶⁹⁶ Hukuki el atmanın ikinci şekli ise, İmar Kanunu'nun 10'uncu maddesi çerçevesinde, imar planında kamu yararına faaliyetlere ayrılan özel mülkiyetteki taşınmazın, uzun yıllar imar uygulamasına alınmaması ile oluşan fiili kısıtlama halidir.

Anayasa Mahkemesi, 1990 yılında verdiği kararında, düzenleme ortaklık payı uygulamaları ile idarenin uzun süre boyunca harekete geçmeyerek sebep olduğu fiili mülkiyet hakkı kısıtlamalarını, aynı kategori altında incelemeyi reddetmiş, düzenleme ortaklık payı uygulamalarının, kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir⁶⁹⁷. Ardından 2013 yılında verdiği kararda,⁶⁹⁸ kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için, "*kişiyeye ait gayrimenkulün idarece (kamu hizmetinde kullanılmak amacıyla) işgal edilmiş olması ve bu işgalin kanunda öngörülen usul ve esaslara uyularak tesis edilmiş bir kamulaştırma işlemine dayanmadan gerçekleştirilmiş*" olması gerektiğini belirtmiş, yani kamulaştırmasız el atma diyebilmek için, fiili bir işgalin olmasını aradığını göstermiştir.

⁶⁹¹ Mustafa Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı Ve Uygulamaları" *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 3-4, ss. 37 – 83, s.38.

⁶⁹² Şaşı, op. cit., s.314.

⁶⁹³ 4.11.1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, RG. 8.11.1983 - 18215.

⁶⁹⁴ 3.5.1985 tarihli 3194 sayılı İmar Kanunu, RG. 9.5.1985 – 18749.

⁶⁹⁵ Aydın Gülan, *Türk İmar Hukukunda Hamur Kuralı Uygulaması 3194 Sayılı İmar Kanunu nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım*, İstanbul, 2000, Basılmamış Doçentlik Çalışması, s.14.

⁶⁹⁶ Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s.457.

⁶⁹⁷ AYM, E. 1990/7, K. 1990/11, KT. 21.06.1990, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁶⁹⁸ AYM, E.2013/93, K.2013/101, KT. 25.09.2013, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi içtihatları ile birlikte yorumlandığında, hukuki el atma kavramının, düzenleme ortaklık payı kavramını dışarda bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuki el atma, idare tarafından uzun süre boyunca imar uygulamasına alınmayan⁶⁹⁹ ve bu suretle malikinin mülkiyet hakkı öngörülebilir olmayacak şekilde kısıtlanan taşınmazları anlatmak için kullanılmaktadır.⁷⁰⁰ Ancak Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki iradesine rağmen idare hukuku öğretisinde çoğunluk görüşü, hala, hukuki el atma kavramının düzenleme ortaklık payını ifade ettiği şeklindedir.⁷⁰¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taşınmaz üzerinde bulunan uzun süreli kamulaştırma şerhleri ve inşaat yasaklarının, mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi ile ilgili Sporrong ve Lönnroth – İsveç kararında,⁷⁰² ⁷⁰³ kişiyi mülkiyet hakkından yoksun bırakan bu tip önlemlerin, kamu yararı şeklinde meşru bir amaca hizmet etmesinin yeterli olmadığını, amaçla araç arasındaki orantının, toplumsal çıkarla kişinin mülkiyet hakkı arasında âdil bir dengenin kurulması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu uzun

⁶⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 11. Maddenin (*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları ve ilgili idarelerce kamulaştırmalar yapılmaz ise uzlaşma süreci ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra idare aleyhine dava açma süresini söz konusu geçici 11. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamasına ilişkin düzenleme*) iptali talebini incelerken, imar uygulamasıyla getirilen, malikin kamulaştırma bedeline kavuşabilmesi veya söz konusu kısıtlılık hâlinin kaldırılarak mülkiyet hakkından yararlanabilmesi için geçmesi gereken beş yıllık sürenin yürürlük tarihinden itibaren yeniden başlaması durumunun malike aşırı bir külfet yüklediğini ve kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozduğunu, bu haliyle itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olmadığını ortaya koymuştur. AYM, E. 2016/196 K. 2018/34, KT. 28.03.2018.

⁷⁰⁰ Ali Arcak, Edip Doğrusöz, *Kamulaştırmaz El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1992, s. 112; Türker Yalçınduran, “6745 Sayılı Kanun İle Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler İle Hukuki Ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, *AÜHFD*, 66 (2) 2017, ss.491-515, s.493.

⁷⁰¹ Günday, op.cit., s. 277; Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin, 2012, s. 613. Atay, *İdare Hukuku*, s.840; Ulusoy, op.cit., s.635.

⁷⁰² AİHM, Başvuru no: 7151/75, KT.23.09.1982, İsveç'in Stockholm kentinde dava konusu mülklerden birine İl İdare Kurulu tarafından uygulanmakta olan 23 yıllık kamulaştırma izni ve 25 yıllık inşaat yasağı, diğer bir mülke 8 yıllık kamulaştırma izni ve 12 yıllık bir inşaat yasağını nedeniyle Bayan Lönnroth taşınmazı satamamış ve kiracı dahi bulmakta güçlük çekmiştir. Bu süreçte belediyenin planlama politikasında değişiklik nedeniyle taşınmaz üzerindeki kamulaştırma izinleri ve inşaat yasakları kaldırılmıştır fakat söz konusu önlemler sebebiyle başvuruculara (Bayan Lönnroth ve Sporrong Miras Şirketi) herhangi bir tazminat ödenmemiştir. Oğuz Sancakdar, Aihm'in Gayrimenkul Mülkiyeti Ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler Ve Karar Örnekleri, *İzmir Barosu Dergisi*, Y.84, S.3, 2019, ss.511-558, s. 514.

⁷⁰³ Hukuki el atmanın mülkiyet hakkının özüne zarar verecek bir müdahale olduğuna ilişkin bu kararın asıl önemi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gayrimenkul mülkiyeti ve imar hukuku uyuşmazlıklarına yaklaşıma dair üç ana ilkenin, ilk defa 23.09.1982 tarihli Sporrongand Lönnroth/İsveç kararında ortaya konmasıdır.

sürelî kamulaştırma izni ve inşaat yasakları, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaya dahi, hakkın kullanılmasını, barışçıl yararlanılmasını fiilen imkânsız hale getirdiğinden başvuruçulara tazminat ödenmemesini sözleşmenin ihlali olarak görmüştür.

Yargıtay da imar uygulamaları nedeniyle mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalarda idarenin sorumluluğu olmadığı yönündeki içtihadını 2010 yılına dek sürdürdükten sonra, o yıl verilen Hukuk Genel Kurulu kararıyla⁷⁰⁴ içtihat değişikliğine gitmiştir. Kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için, imar planının uzun yıllar programa alınmamasını yeterli kabul etmiştir. İmar planının fiilen hayata geçirilmemesini, mülkiyet hakkının özüne dokunma olarak yorumlamıştır. Kamulaştırmaz el koyma halinin varlığının doğal sonucu olarak, idarenin *hukuka aykırı* eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen maliklerin, idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın mülkiyet hakkının imar uygulamaları ile makul olmayan sürelerce sınırlanmasını, fiili el atma ile eşdeğer gördüğü bu kararında ve içtihat değişikliğinde, karardan anlaşılacağı ve tahmin edilebileceği üzere, AİHM'in Sporrong ve Lönnroth – İsveç kararı etkili olmuştur.⁷⁰⁵ Ancak AİHM, bu türde bir müdahaleyi, mülkiyet hakkından yararlanılmasının engellenmesi olarak görürken, Yargıtay bunu hukuka aykırı olarak mülkiyetten yoksun bırakma, mülkiyet hakkını ortadan kaldırma olarak yorumlamıştır. Bu durumun neticesinde idarenin sorumluluğu anlamında AİHM ile Yargıtay birbirinden farklı sonuçlara varmıştır. AİHM, idarenin bu konudaki sorumluluğunu, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalden doğan bir sorumluluk olarak görürken, Yargıtay fiili el koyma diyerek bu müdahaleyi idarenin hukuka aykırı bir müdahalesi olarak yorumlayıp kusur sorumluluğu kapsamına almıştır.⁷⁰⁶

AİHM, bireysel hak ile kamu yararı arasında adil bir dengenin sağlanması üzerinden hareket etmektedir. Aksi halde, adil dengeyi bozan, ölçsüz bir yüke katlanmak zorunda kalan malike tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir.

Esasında Yargıtay'ın yaklaşımının, yani imar uygulamaları ile taşınmazdan yararlanmanın engellenmesi ile mülkiyet hakkının bütünüyle ortadan kaldıran fiili el atmayı bir tutan yaklaşımın yerine, AİHM'in içtihadı üzerinden gidilerek, fedakârlığın

⁷⁰⁴ YHGK E.2010/5-662 K. 2010/651 KT.15.12.2010, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷⁰⁵ Şaşı, op.cit., s.318.

⁷⁰⁶ Ibid.

denkleştirilmesi ilkesi gereğince bir tazminata hükmedilmesi daha isabetli olacaktır. Zira hukuki el atma, fiili el atmanın aksine hukuka uygun bir müdahaleden kaynaklanır. İdarenin mülkiyet hakkına hukuka uygun bir müdahalesi sonrasında, makul bir süre içinde kamulaştırma yapılmaması sebebiyle zarar ortaya çıkmıştır. Burada idarenin ihmal şeklindeki hizmet kusuru da somut olay özelinde elbette tartışmaya değerdir, ancak hukuka uygun bir müdahaleye dayandığı için, söz konusu uygulamayı fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi başlığı altında değerlendirmenin daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Mülkiyet hakkının imar uygulamaları ile makul olmayan sürelerce sınırlanması, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10'uncu maddesinde belirlenen süre içinde ilgili yerlerin kamulaştırılmaması, o taşınmazın malikine hakkaniyete aykırı şekilde ağır bir külfet yüklemektedir. Hukuki el atmadan doğan, malikin taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin talebi kamu külfetleri karşısında bozulan eşitliğin yeniden sağlanmasına yönelik bir taleptir. Dolayısıyla hukuki el atma davaları da fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanarak çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklardır. Nitekim Danıştay da, 2015 yılında verdiği bir kararında,⁷⁰⁷ imar planlarında kamu hizmetine ayrılan bununla beraber uzun süre imar uygulaması veya kamulaştırma yapılmayan taşınmaz sebebiyle açılan hukuki el atmanın tespiti ve mülkiyet hakkı kısıtlanması nedeniyle taşınmazın bedelinin tazminat olarak ödenmesine yönelik davaları;

“tespit edilen bedelin davacıya ödenmesi suretiyle davacının eşitsiz olarak katlanmak zorunda kaldığı kamu külfetinin idare tarafından tazmini yoluyla kamuya aktarıldığı kamu külfetleri karşısında denkleştirme sağlayan, bu sırada davacının ödenecek bedel karşılığında taşınmaz mülkiyetini idareye tapuda ferağ vererek devretmesini gerekli kılan, başka bir ifadeyle kısıtlanan mülkiyet ile bedelin yer değiştirmesini öngören bir davadır.”

şeklinde tanımlamıştır.⁷⁰⁸

- Düzenleme Ortaklık Payı Uygulamaları

⁷⁰⁷ D6D, E.2014/9614, K.2015/5592, KT.7.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷⁰⁸ Aynı yönde D6D., E. 2014/9614 K. 2015/5592 KT. 7.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

İdarenin planlama yükümlülüğü kapsamında imar planları uygulanıp yerleşim düzenleri; yollar, konut alanları, yeşil alanlar ve sair olarak belirlenirken önceden tarla ve arazi vasfında olan taşınmazların değerlerinde artış meydana gelmektedir.⁷⁰⁹ İdare bu alanlarda planlı bir kentleşme sağlamak ve kamusal alanlar oluşturabilmek için ihtiyaç duyduğu alanı, değer artışı gerçekleşen taşınmazlardan belli bir oranda kesinti yaparak sağlamaya çalışmaktadır.⁷¹⁰ İmar Kanunu'nun 18'inci maddesinde yer alan bu usule düzenleme ortaklık payı adı verilir. Aynı maddeye göre “*düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırk beşini geçemez.*”

Düzenleme ortaklık payı kesintileri, kişilerin mülkiyet hakkına bir müdahaledir. Bu müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılırsa,⁷¹¹ söz konusu müdahale, planlı ve sağlıklı bir kentleşmeyi sağlayabilmek şeklinde tezahür eden kamu yararı amacıyla yapılan ve kanuna dayanan bir sınırlamadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesine göre bu amaçla yapılan, taşınmazda meydana gelen değer artışına bağlı bir orandaki⁷¹² sınırlama taşınmazın kalan kısmında malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini engellemediği için hakkın özüne dokunmamakta ve dolayısıyla mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir.⁷¹³

⁷⁰⁹ Kalabalık, op.cit., s.458.

⁷¹⁰ Suat Şimşek, *Hukuki Unsurları Açısından Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri (Parselasyon)*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 239.

⁷¹¹ AYM, E.1990/7, K.1990/11, 21.06.1990, karşı oy gerekçesi Yekta Güngör Özden, karşı oy gerekçesi Ahmet Necdet Sezer; Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1001; Dop uygulamasına ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Göksel Tütün Aş. – Tr davasında düzenleme ortaklık payı uygulamasının mülkiyet hakkı ihlali olmadığını, düzenleme ortaklık payına tabi tutulan (başvurucunun) arazinin bir kısmının şehir planlaması için idareye devredilmesinin sebep olduğu zararın, bu alanda planlı ve sağlıklı bir kentleşme için yapılan çalışmalar sonucu ortaya çıkan değer artışının karşılığı olarak görülmesi gerektiği şeklinde karar vermiştir. Başvuru no: 32600/03, 22.09.2009.

⁷¹² Anayasa Mahkemesi, hazineye ait satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerler, bedelsiz ve müstakil parsel olarak Hazine adına resen tescil edileceğine dair bir kanun maddesini, “*imar uygulaması sonucu taşınmazın, bedelsiz olarak Hazineye devredilecek kısmına yönelik herhangi bir üst sınır getirilmemesi malikin Hazineye devretmekle topluma terk ettiği ekonomik değer ile imar uygulamasının, taşınmazın geride kalan kısmına sağladığı ekonomik katkı arasında makul bir orantısallığın bulunup bulunmadığına yönelik bir değerlendirme yapılmasına olanak vermemektedir. Bu da malike aşırı bir külfet yüklemekte ve kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozmakta ...*” olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. AYM, E. 2017/89 K. 2018/5, KT. 18.1.2018, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷¹³ AYM, E.190/7, K.1990/11, KT. 21.06.1990; AYM, E.190/8, K.1990/12, KT. 21.06.1990; AYM, E.190/9, K.1990/13, KT. 21.06.1990; AYM E.190/10 K.1990/14, KT. 21.06.1990, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

Düzenleme ortaklık payı uygulaması, idarenin kamu hizmeti sunabilmek için gerekli alanları daha az maliyetle oluşturulabilmesinde, o yöredeki imar planlama faaliyetleri kapsamında taşınmazı değer kazanmış olan kişilerden sunmaları beklenen katkı olarak görülebilir.⁷¹⁴ Ancak bu hukuki kurum uygulanırken sosyal adalet, nimet ve külfetlerde eşitlik, hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda hareket edilmeli, taşınmaz sahiplerinden istenen fedakârlıkla toplumun sağlayacağı fayda arasında denge kurulmalıdır.⁷¹⁵

Danıştay da kararlarında düzenlemeye tabi tutulan bölgelerde taşınmaz maliklerinden alınacak ortaklık paylarının kamu külfetine eşit şekilde katlanmayı sağlayacak oranda olması gerektiğini ifade etmektedir.⁷¹⁶ Dolayısıyla bu hukuki kuruma dayanılarak, kişilerin tek başına ya da düzenleme ortaklık payı alınacak diğer maliklerden farklı ve orantısız bir mali yük altında bırakılması fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine aykırı olacağı gibi kişilerin mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale anlamına gelecektir.

- Memurlara Harcırah Adı Altında Yapılan Ödemeler

Harcırah; 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinin (a) bendine göre, bu kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade etmektedir. Aynı Kanununun 4'üncü maddesi ile de hangi durumlarda kimlere harcırah verilebileceği düzenlenmiştir.⁷¹⁷ Bu düzenlemede yer alan harcırah ödemesinin

⁷¹⁴ Kalabalık, op.cit., s.458, 459.

⁷¹⁵ Yılmaz, op.cit., s.80.

⁷¹⁶ D6D, E. 2015/7485 K. 2016/1247 KT. 22.3.2016; D6D, E. 2015/7596 K. 2016/1251 KT. 22.3.2016; D6D., E. 2015/7554 K. 2016/1245 KT. 22.3.2016; D6D, E. 2015/8042 K. 2016/1258 KT. 22.3.2016; D6D., E. 2015/7916 K. 2016/1255 KT. 22.3.2016; D6D, E. 2015/7484 K. 2016/1246 KT. 22.3.2016; D6D, E. 2015/8041 K. 2016/1257 KT. 22.3.2016; D6D., E. 2015/8039 K. 2016/1256 KT. 22.3.2016; D6D, E. 2015/7609 K. 2016/1252 KT. 22.3.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷¹⁷ Madde 4 –(Değişik: 11/12/1981-2562/2 md.) “*Bu Kanunda belirtilen hallerde: 1. Bu Kanun kapsamına giren kurumlarda çalışan memur ve hizmetliler ile aile fertlerine ve aynı kurumlarda fahri olarak çalışanlara; 2. Memur veya hizmetli olmamakla beraber kurumlarca geçici bir vazife ile görevlendirilenlere; 3. Kadrosuzluk dolayısıyla açığa kalan memurlara ve bunların aile fertlerine; 4. Hizmetlilerden cezaen olmamak üzere vazifelerine son verilenlere ve bunların aile fertlerine; 5. Memur veya hizmetlinin vefatında aile fertlerine, çocuklara refakat ettirilecek memur ve hizmetlilere; 6. Hükümlü, tutuklu veya gözetim altında bulundurulananların sevkinde ya da refakate görevlendirilen erbaş ve erlere; 7. (Mülga: 31/7/2003-4969/1 md.) 8. Milli ve resmi spor temasları dolayısıyla seyahat edecek sporcu ve idarecilere; 9. Birlik halinde yabancı memleketlere gönderilecek Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına ve bunların Türkiye’de bırakacakları aile fertlerine; 10. Aile ile*

muhatapı olan memur kategorisinin yanında, Anayasanın 128'inci maddesinde düzenlenen genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinde asli ve sürekli görevleri bulunan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunundan ayrı ve özel personel kanunlara tabi “diğer kamu görevlileri” de, eğer kendi kanunlarında harcırah ödenmesine ilişkin bir düzenleme veya Harcırah Kanununa atıf varsa bu ödemedden yararlanacaktır.⁷¹⁸

Kısaca ve genel olarak ifade etmek gerekirse harcırah, esas görevli buldukları yerden başka bir yere geçici veya sürekli bir görevle görevlendirilen kamu görevlilerine (ve hizmetlilere) bu yere gidebilmek için yaptığı masraflara, orada belli bir süre boyunca barınabilmek ve beslenebilmek için yaptığı giderlere karşılık olarak verilen paradır.

Harcırah, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin pozitif hukuktaki yansımalarından biridir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde istihdam edilen, kamu hukuku rejimine tabi olarak ve kamusal yönetim usulleriyle yürütülen kamu hizmetlerinde asli ve sürekli bir görevi yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlileri, bu kamu hizmetinin ifası sırasında yer değiştirmek durumunda kalabilmektedir. Bu yer değiştirme esnasında katlanmak zorunda oldukları konaklama, belirli bir süreliğine yeme içme gibi masraflar birer kamu külfetidir. Söz konusu kamu külfetlerine katlanmak zorunda kalmayan diğer kamu görevlileriyle aralarında eşitliği sağlamak adına ve sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak, yapmak zorunda kaldıkları masrafların telafi edilmesi gerekmektedir. Harcırah, kamu görevlilerinin katlandığı söz konusu fedakârlığın denkleştirilmesini sağlamaktadır.

Danıştay da bir kararında harcırahı, “*kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bu külfetin kamu adına paylaşımı*” şeklinde ifade etmiştir. Karara konu olan işlem, görev yaptığı şehirden bir başka şehre naklen atanan memurun bu atama sırasında görev yolluğu ödenmesi için yaptığı başvurunun reddi işlemidir. Ret üzerine memurun açtığı davada, idare mahkemesi davayı süre aşımı nedeniyle usulden

birlikte oturulması yasak edilen bölgelerdeki askeri şahısların aile fertlerine; 11. Bu Kanunda belirtilen özel hallerde askeri öğrenciler ile erbaş ve erlere; Harcırah verilir.”

⁷¹⁸ Örneğin, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 40. Maddesinin d bendine göre “(Ek:17/9/2004-5234/2 md.) (a) fıkrası uyarınca, kendi üniversitelerinin aynı şehirdeki diğer birimlerinden veya aynı şehirdeki diğer yüksek öğretim kurumlarından görevlendirilebilecek öğretim elemanı bulunmaması halinde, başka şehirlerdeki yüksek öğretim kurumlarından ders vermek üzere görevlendirilen öğretim elemanlarına 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre geçici görev yolluğu ve anılan fıkradaki esaslara göre iki katı ek ders ücreti ödenir.”

reddetmiş,⁷¹⁹ temyiz başvurusunda ise Danıştay, idare mahkemesince verilen kararın usule ve hukuka uygun olduğu gerekçesiyle kararı onamıştır.⁷²⁰ Karar düzeltme talebiyle Danıştay İkinci Dairesinin önüne gelen bu davada, harcırah kavramının, görev yeri değişen kamu görevlisinin maddi açıdan karşı karşıya kalacağı külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklı olması nedeniyle, kamu adına paylaşılması amacını taşıyan pozitif bir düzenleme olduğu belirtilmiştir.⁷²¹ Harcırah, “*kamu görevlisinin kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla katlanmak zorunda kaldığı mali külfete, kamunun aktif katılımını sağlayan bir hukuksal argüman*” olarak ifade edilmiştir. Daha önemlisi Mahkeme, söz konusu mali külfetin denkleştirilmesinde farklı anlayışların yerleşmesinin, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir.⁷²²

Aynı şekilde, Danıştay İkinci Dairesi,⁷²³ “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar”ın 4’üncü maddesinde⁷²⁴ yer alan, “*Sözleşmeli personele geçici görev yolluğu dışında harcırah ödenemez*” hükmünün, iptaline karar verirken; öncelikle, kamu hizmetini yürütmekle görevli olan kamu görevlilerinin, kendi istekleriyle ya da re’sen, kanunlarda yer alan kurallar çerçevesinde, buldukları yerden başka bir yere atanmaları sonucunda, bu atamaya bağlı olarak yeni görev yerinde göreve başlayabilmek için, bazı zorunlu giderlere katlandıklarını ifade etmiştir. Ardından yolluk ödemesinin, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, bu hizmet için görevlendirilen kişilerin, katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan bir idari işlem olduğunu, bu ödemenin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan mali kamu külfetinin kamuca karşılanmasını sağladığını belirtmiştir.⁷²⁵

⁷¹⁹ Ankara 9. İdare Mahkemesi, E.2003/516, K.2003/1059, KT.30.9.2003, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷²⁰ D5D, E.2004/656, K.2004/2528, KT.26.5.2004, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷²¹ D2D, E.2004/7942, K.2005/4297, KT.23.12.2005, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷²² Aynı yönde bkz. Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar’ın 2007/12061 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik 4. maddesinde yer alan, “Sözleşmeli personele geçici görev yolluğu dışında harcırah ödenemez” hükmünün iptal edildiği karar bkz. D2D, E.2009/140, K.2013/12270, KT.26.12.2013; aynı yönde D11D, E.2011/1324, K.2017/6167, KT.22.11.2017, “*görev yeri değişikliği nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan külfetin kamuca karşılanması amacıyla sözleşmeli personele harcırah ödenmesi gerek(ir)...*”

⁷²³ D2D, E. 2009/140, K. 2013/12270, KT.26.12.2013, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷²⁴ 2007/12061 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik.

⁷²⁵ Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar’ın 5. maddesi ile Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar’a Ek 3. madde eklenerek, sözleşmeli personelin belirli şartları taşıması koşuluyla naklen atanmalarına yönelik düzenleme getirildiğinden, görev yeri değişikliği nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan külfetin kamuca karşılanması amacıyla sözleşmeli personele harcırah ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir. D11D,

Son olarak Anayasa Mahkemesi, Harcırah Kanunu'nun 33'üncü maddesine eklenen “ve her defasında on gün ile sınırlı olmak” ibaresinin Anayasa'nın 10'uncu ve 18'inci maddelerine aykırılığı iddiasıyla yapılan itiraz başvurusu üzerine verdiği kararda, sosyal hukuk devleti ilkesi üzerinden hareket etmiştir. Mahkeme, geçici görevlendirilme sebebiyle asıl görev yeri dışında konaklamak durumunda kalan kamu görevlilerinin, maddi açıdan karşı karşıya kaldıkları bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle kamuca karşılanması gerektiğini belirtmiş; bu sebeple konaklama giderinin ödenmesini on gün ile sınırlayan söz konusu kuralın, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığına karar vermiştir.⁷²⁶

2. İdari Eylemler Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale

a. Bayındırlık Hizmetleri Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale

Bayındırlık sözcüğü, Türkçede imar kelimesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bayındırlık işleri ise, kamusal bir otorite tarafından üstlenilen, bir kamu tüzel kişisi ya da onun gözetimi ve denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen, taşınmaz mallara ilişkin, kamu yararına yönelik hizmetlerdir.⁷²⁷ Anlaşılacağı üzere, bayındırlık faaliyetleri, kamu hizmetleri içinde yer almaktadır.

İdarenin bayındırlık hizmetleri yoluyla mülkiyet hakkına müdahalesi, yol bakım ve altyapı çalışmaları neticesinde taşınmazın zemin altı seviyede kalması yüzünden değerinin düşmesi gibi⁷²⁸ bayındırlık işlerinin yürütülmesi şeklinde ya da köprülük kavşak yapımı, metro hattı gibi bayındırlık eserlerinin inşası için yolun bir süreliğine kısmen ya da tamamen trafiğe kapatılması gibi sürekli veya arazi nitelikte zararlar

E.2017/1324, K.2017/6163, KT.22.11.2017. Aynı yönde bkz. İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 23.02.2016 gün ve E.2015/143, K.2016/255 sayılı kararı; “görev yeri değişikliği nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan külfetin kamuca karşılanması amacıyla sözleşmeli personele harcırah ödenmesi gerek(ir)...”, <https://www.lexpera.com.tr/>, (03.03.2021).

⁷²⁶ AYM, E.2015/13, K.2015/108; aynı yönde, AYM, E.2004/54, K.2005/24, KT.4.5.2005; AYM, E.2007/31, K.2009/109, KT.9.7.2019, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷²⁷ Metin Kıratlı, “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXVII, 1972, Sayı: 4, ss.53-81, s.55.

⁷²⁸ DDDGK, E.1960/177, K.1962/108, KT.16.02.1962; aynı olayla ilgili benzer kararlar için bkz. DDDGK, E.1960/177, K.1962/188, KT.16.02.1962; DD, S. 87-88, s. 77; Gaziantep BİM, 3. İDD, E.2016/238, K.2017/40, KT.20.01.2017; Gaziantep BİM, 3. İDD, E.2016/277, K.2017/16, KT.05.01.2017; Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2016/489, K.2017/15, KT.05.01.2017; Gaziantep BİM, 3.İDD, E.2016/635, K.2017/130, KT. 21.02.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

şeklinde ortaya çıkabilir.⁷²⁹ Bir başka ifadeyle idarenin hukuka uygun şekilde yürüttüğü bayındırlık faaliyetleri ile kişilerin mülkiyet hakkına müdahalesi; bir taşınmazın inşa edilmesi ya da niteliğinin değiştirilmesi şeklinde olabileceği gibi, bayındırlık eserinin kullanılabilmesi için idarenin bakım ve onarım gibi çalışmaları da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Bayındırlık eserin bulunduğu veya bayındırlık faaliyetlerinin yürütüldüğü yere komşu taşınmaz malikleri, yalnızca bu komşulukları sebebiyle, o bayındırlık eserinden ya da faaliyetinden yararlanacak olan toplumun geri kalanına nazaran özel ve olağanüstü bir zarara uğramaktadır.⁷³⁰ Bu ağır külfetin komşu taşınmaz maliklerinin üzerinden alınarak topluma pay edilmesi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir gereğidir. Ortaya çıkan sürekli⁷³¹ veya arızı⁷³² nitelikte zararların tazmini, idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalinin doğan yükümlülüğüdür.

Türk hukukunda, içtihadi bir ilke olarak idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun kabulü ve tazmin yükümlülüğü ilk olarak bayındırlık faaliyetleri alanında ortaya çıkmıştır. Danıştay, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini ilk kez açıkça ifade ettiği ünlü Ordu Caddesi kararında,⁷³³ bayındırlık işleri sonucunda meydana gelen yapıların sebep olduğu bireysel zararların fedakârlık niteliği taşıdığını ve kamu külfetleri karşısında eşitliğin sağlanabilmesi için, bu zararların telafi edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu karardan sonraki süreçte de önüne gelen yol, köprü vb. bayındırlık işlerinden kaynaklanan bireysel zararların, yine fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği şeklindeki tutumunu devam ettirmiştir.⁷³⁴

⁷²⁹ Kırath, op.cit., s.71.

⁷³⁰ Esin, op.cit., s.139.

⁷³¹ Esin, zararın sürekli nitelikte olması ifadesini, zararın taşınmazın değerini temelli veya belli bir süre azaltacak süreklilikte olması, taşınmaz malın fiziki, maddi durumuna önemli derecede etki yapan bir nitelikte olması gerektiği şeklinde açıklamaktadır. Esin, op.cit., s.140. Buna karşılık öğretide bir kısım yazar, sürekli (daimi) zarar kavramının kalıcı nitelikte bir zararı değil, bayındırlık işinin doğal sonucu olan, kazaen ortaya çıkmamış zararları ifade ettiğini savunmaktadır.; Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1246. Çağlayan, op.cit., s.347; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1259.

⁷³² Öğretide, bayındırlık işlerinden doğan zararlardan arızı nitelikte olmayanların kamu külfetleri karşısında eşitlik esasına dayanılarak tazmin edilmesi gerektiği fakat arızı zararların risk ilkesi kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Fransız idare hukukunda da uygulamanın böyle olduğu aktarılmaktadır. Bkz. Çağlayan, op.cit., s.347; Çağlayan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, s.460, 461. Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1246

⁷³³ DDDGK, E. 1960/177, K. 1962/108, KT. 16.02.1962, DD, S. 87-88, s. 77.

⁷³⁴ D12D, E. 1968/801, K. 1971/1889, KT.15.09.1971, akt. Esin, op.cit., s. 141, 142.

Conseil d'État'nın bayındırlık işlerinden kaynaklanan zararlardan, idarenin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin ihlalden doğan sorumluluğunu tartıştığı ilk karar ise,⁷³⁵ 24 Temmuz 1931 tarihli Commune de Vic-Fezensac kararıdır. Ancak bu olayda Conseil d'État, eşitliği bozan kamu külfetini idarenin tazmin etmesi gerekliliği ilkesini kabul etmekle birlikte, dava konusu olayda yoldaki çınar ağacının yapraklarının bir evin çatısına dökülmesinin, özel ve olağanüstü bir zarar olmadığı yani eşitliği bozan bir kamu külfeti olmadığı gerekçesiyle tazminat istemini reddetmiştir.⁷³⁶

Fransız hukukunda, bayındırlık eserlerinden kaynaklanan zararların tazmini meselesini Conseil d'État, hem zarara uğrayan kişinin idare ve yürüttüğü bayındırlık faaliyeti karşısındaki konumuna hem de zararın niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirmektedir. Uğranılan zararın katlanılması gereken olağan bir kamu külfeti mi, yoksa toplumun geri kalanıyla denkleştirilmesi gereken özel ve olağanüstü bir zarar mı olduğunu belirlerken Conseil d'État'nın, hizmetten yararlananlar ile hizmete yabancı üçüncü kişiler arasında mağdurun sıfatı üzerinden yaptığı ayrımın,⁷³⁷ Türk hukukunda açıkça benimsendiği söylenemez.

Gerek özel olarak bayındırlık eserinin inşası ya da bir bayındırlık işinin yürütülmesi faaliyetlerinde gerekse genel olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesinde elbette ki, o hizmetten aynı zamanda faydalanan ile bu faaliyetten yararlanmayacak olan, hizmete yabancı üçüncü kişi arasında, katlanılan külfet bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Farklılık, hizmetten yararlanacak olan kişinin aynı zamanda o hizmetten fayda sağlayacak olmasından ileri gelmektedir.⁷³⁸ Fakat bu farklılık, daha doğrusu

⁷³⁵ Conseil d'État'nın öncesinde, 28 Pluviose Yıl VIII tarihli (17 Şubat 1800) Kanun bayındırlık faaliyetlerinden kaynaklanan malvarlığı zararlarının tazmini kabul edilmekteydi. Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1019. Bayındırlık işlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar il idare kurulları (conseils de préfecture) tarafından karar bağlanmaktaydı. Karahanoğulları, *op.cit.*, s.19.

⁷³⁶ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1246-1247.

⁷³⁷ Gözler'in aktardığına göre, Conseil d'État bu ayrıma daha çok bayındırlık faaliyetlerinden dolayı mesafe uzaması durumunda gitmektedir. Bireyin, bayındırlık eserinin inşası sebebiyle gideceği konum için öncesine nazaran daha çok yol katetmesi gerekiyorsa, eğer bu yapılan bayındırlık işinin aynı zamanda kullanıcısı ise bu bir özel ve olağandışı zarar değildir. Çünkü o eserin nimetlerinden de faydalanacaktır. Fakat bayındırlık faaliyetinden yararlanmayacak, hizmete yabancı üçüncü kişi ise, mesafe uzaması eşitliği bozan bir kamu külfetidir ve tazmini gerekir. Zira hizmete yabancı bu kişiler yapılan bayındırlık işinin nimetlerinden faydalanmayacakları için külfetine de katlanmaları beklenemez. Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1251, 1252.

⁷³⁸ D10D, E. 2011/7640, K. 2015/3205, KT.23.06.2015, "...bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağanüstü bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir. ...davacı şirketin yenilenen yolun olanaklarından yararlanacağı da dikkate alındığında, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren, kamu külfeti olmaktan çıkan, hizmetten yararlanan davacı şirket

hizmetten faydalanan kişinin uğradığı zararın eşitliği bozan bir kamu külfeti olamayacağı ön kabulü üzerinden hareket etmek, her zaman fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özünde olan hakkaniyet ve nesafete uygun sonuçlar vermeyecektir. Zira kişinin, o hizmetten yararlanıyor olsa dahi, diğer kullanıcılara nazaran daha ağır bir külfetle yüklenme, özel ve olağanüstü zarara uğrama ihtimali her zaman vardır. Dolayısıyla bayındırlık hizmetlerinde ilkenin uygulama alanı belirlenirken, zarara uğrayanın konumundan değil, zararın kaynağı ve toplumun geri kalanı esas alınarak zararın ağırlığı üzerinden yola çıkılmalıdır. Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulup bozulmadığı üzerinde bir kanaate varılırken belirleyici olan, zararın idarenin hukuka uygun bir eylem ya da işleminden kaynaklanması ve bu zararın toplumun ya da hizmetten yararlananların geri kalanı göz önünde bulundurulduğunda daha ağır bir fedakârlığa zorlanmış olmalarıdır.

Zarara uğrayanın sıfatının yanında, idarenin, özellikle bayındırlık işlerinden doğan, kusura dayanmayan sorumluluğu meselesinde Conseil d'État'nın yaptığı ikinci ayırım ise zararın niteliği üzerinedir.

Conseil d'État'nın, bayındırlık faaliyetlerinden idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu söz konusu olduğunda, tazmin edilmesi gerektiğine hükmettiği zarar çeşitleri; iş hacminin azalması, hasılat kaybı, zarara uğramadan önceki haliyle devam edebilmek için ek masraflar yapmak zorunda kalınması gibi birtakım ticari zararlar, taşınmazdan gereği gibi istifade edilmesini zorlaştıran kullanım engelleri, taşınmazın değerinin düşmesidir.⁷³⁹

Türk hukukunda ise bayındırlık hizmetlerinin ifası sırasında mülkiyet hakkına müdahale, daha çok yol yapım çalışmaları sırasında taşınmazda meydana gelen değer kaybı ya da iş hacminin ve yürütülen ticari faaliyetten elde edilen gelirin azalması gibi ticari zararlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Fransız hukukunda çokça örneğine rastlanan, denkleştirilmesi gerekli görülen bir zarar türü olan, taşınmazın kullanımına ilişkin engeller, ne yazık ki Türk hukuk

yönünden özel ve olağanüstü niteliğe dönüşen bir maddi zarar bulunmamaktadır"; D10D, E.2015/556, K.2015/2010, KT.22.04.2015; D10D, E.2012/4517, K.2015/3682, KT.09.09.2015; D10D, E. 2012/6699, K. 2015/3683, KT.09.09.2015; D10D, E.2012/4517, K.2015/3682, KT. 9.9.2015; D10D, E.2011/7640, K.2015/3205, KT. 23.6.2015; D10D, E.2012/6699, K.2015/3683, KT. 9.9.2015; D10D, E.2015/2722, K.2015/4268, KT.12.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷³⁹ Detaylı bir inceleme için bkz Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1248-1252.

öğretisinde ve içtihatlarında bayındırlık hizmetlerinden kaynaklanan topluma pay edilmesi gereken bir kamu külfeti kategorisi olarak tartışma konusu olma olanağı ve uygulama alanı bulamamıştır.

Bu konuyla ilgili olarak tespit edebildiğimiz tek karar, Danıştay'ın 2016 yılında verdiği bir karardır. Bu kararda kullanım engelleri, idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca –fakat ayrı bir zarar kalemi olarak değil, değer kaybı kategorisinin içinde- tazmin etmesi gereken bir zarar olarak yorumlanmıştır. İdarenin karayoluna oto korkuluk yapması ve karayolu yenileme çalışmaları sebebiyle yolun kenarından bulunan taşınmazın değer kaybına uğradığı iddiasıyla açılan davada, idare mahkemesi değer kaybının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. Hükme esas aldığı bilirkişi raporunda, davacıya ait boş arsaya ulaşımın, oto korkuluğun engellemesi sebebiyle, araç ile imkânsız, yaya olarak ise de çok zor hale geldiği, aynı şekilde hayvan otlatma ve zirai ulaşımın da mümkün olmadığı, ayrıca bu çalışma sonucunda bir kot farkı olduğu tespitlerine yer verilmiştir. Danıştay da bu şekilde oluşan değer kaybı kaynaklı maddi zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşmakla birlikte, söz konusu değer kaybının hesaplanmasına ilişkin ölçütler ortaya koyarak, bu kriterlere uygun olarak tazminatın yeniden hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁴⁰

2016 yılında verilen bu karar, Danıştay'ın özel ve olağanüstü zarar başlığı altında sözünü ettiğimiz, davacının iddiaları arasında yer alan, cadde üzerine konulan bariyerlerin işyerine müşteri giriş ve çıkışlarını doğrudan etkilediği ve işyerine araç giriş çıkışı yapılamaması nedeniyle hamaliye giderinin olduğu şeklindeki mesafe uzamasından kaynaklı müşteri kaybı, işyerini kullanım engelleri ve ek masrafların ağır bir fedakârlık olarak görülüp görülmeyeceğine dair detaylı bir tartışma yapmaksızın talep konusu bütün zarar kalemlerini, tazmini gerekli olmayan, katlanılması gereken olağan bir kamu külfeti olarak gördüğü Marmaray kararından⁷⁴¹ sonra, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı ve uygulama alanı adına sevindiricidir.

⁷⁴⁰ D10D, E. 2015/959, K. 2016/354, KT. 21.01.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁴¹ D10D, E. 2008/188, K. 2012/934, KT. 16.03.2012, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

Kamu külfetleri karşısında eşitliği bozan bir zarar türü olarak, taşınmazın değer kaybına ilişkin örnekler Danıştay kararlarında, yeni bir yol, köprü yapımı,⁷⁴² katlı yol,⁷⁴³ köprülü kavşak,⁷⁴⁴ bölünmüş yol⁷⁴⁵ gibi karayolu ulaşım projeleri ve benzeri bayındırlık

⁷⁴² Köprü yapımı nedeniyle yol düzeyinde aşağıda kalan binanın sahibine, evin değer kaybı dolayısıyla, devamlı ve istisnai nitelikte olan bu bireysel zararın kamu külfetleri karşısında eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri uyarınca tazminata hükmedilmesi hk. D12D, E. 1969/801, K. 1971/1889, KT. T. 15.09.1971, Esin, op.cit., s.141, 142; Benzer yönde bkz. D12D, E.1971/1718, K.1973/330, DD, SY. 12-13, S.576,577.

⁷⁴³ D10D, E. 2016/1088, K. 2016/3891, KT. 27.10.2016: “katlı yol inşa edildiği; davacıya ait taşınmazın bulunduğu alanda trafik akışının pik saatlerde mevcut bölünmüş yol ile sağlanamadığı ve tıkanmalara yol açtığı; bu alanda idarece katlı yol yapılmak suretiyle trafiğin rahatlatılması ve farklı seviyede yol çalışması yapılarak her iki yönden gelen trafiğin güvenli bir şekilde akışı sağlanarak can ve mal emniyeti açısından tedbir alınmasının kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı bir yönü bulunmadığı; ancak anılan katlı yol çalışmasından o bölgede oturan ve çalışanlar ile birlikte tüm kamunun yararlandığı, fakat söz konusu katlı yol çalışmasının yalnızca çok az sayıda taşınmazın konum ve niteliğini etkilediği; kamu yararı bulunan bu hizmetten dolayı davacının özel ve olağandışı zararının bulunduğu; yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen bilirkişi raporuna göre, bağımsız bölümde meydana gelen değer kaybının ulaşım yönünden % 2, etkin görünüm ve prestij, estetik ve görünüm yönünden %11, çevre emniyeti, doğal afetler, gürültü kirliliği yönünden de % 2 olduğu; sonuç olarak A1 Mahallesi 255 ada 8 nolu parselde davacı adına kayıtlı taşınmazda keşif tarihi olan 2015/Haziran ayı itibari ile 37.072,00 TL değer kaybı meydana geldiği, bu değer kaybının kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle ...”; D10D, E. 2016/1575, K. 2016/3886, KT. 27.10.2016: “idarece katlı yol yapımı idari eylem niteliğinde olduğundan, idarenin katlı yol yapım eylemi nedeniyle davacıların aralarında değer kaybı meydana geldiği, 11/10/2013 tarihinde hizmete açılan katlı yol nedeniyle meydana geldiği ileri sürülen değer kaybının ödenmesi istemiyle 27/02/2014 tarihinde idareye başvurulduğu, başvurunun reddi üzerine 06/03/2014 tarihinde açılan davada İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesine göre süre aşımı bulunmadığı, davalı idarece yapılmış olan katlı yol inşaatı sonrasında davacılar için taşınmazın arsa olarak değer yitirdiği ve arsa için hesaplanmış olan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.”; D10D, E. 2016/1094, K. 2016/3887, KT. 27.10.2016: “transit trafiğin akışını güvenli ve kesintisiz olarak sağlamak ve yerel trafiğin ana yola katılımını düzenlemek amacı ile yapılan katlı yolun dava konusu taşınmazda meydana getirdiği ileri sürülen değer kaybının ödenmesi istemiyle 08/01/2014 tarihinde davalı idareye başvurulduğu, yapılan başvurunun 14/01/2014 tarih ve 7412 sayılı işlemle reddedilmesi üzerine, 20/01/2014 tarihinde ret işleminin iptali ve değer kaybının ödenmesi istemiyle açılan davada, yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora göre; davacıya ait arsanın 1/1000 ölçekli imar planı paftasında yer aldığı, bitişik nizam dört katlı ticaret alanına rastladığı, arsa üzerinde bulunan binanın kaçak olarak inşa edilmiş ruhsatsız yapı olduğu, ruhsatsız yapı olması nedeni ile binaya ilişkin değer tespiti yapılmadığı, arsanın 249,67 m² yüzölçümüne sahip olduğu, katlı yol yapımı nedeniyle arsada, ulaşım yönünden % 2, etkin görünüm ve prestij, estetik ve görünüm yönünden % 11, çevre emniyeti, doğal afetler, gürültü kirliliği yönünden de % 2 olmak üzere toplamda % 15 oranında değer kaybı meydana geldiği ...” aynı yönde bkz. D10D, E. 2016/1571, K. 2016/3888, KT. 27.10.2016; D10D, E. 2016/1586, K. 2016/3889, KT.27.10.2016; D10D, E. 2016/2410, K. 2016/3890, KT.27.10.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁴⁴ Gaziantep BİM, 3. İDD, E.2016/489, K.2017/15, KT.05.01.2017, “anılan köprülü kavşak ve yol çalışmasından, o bölgede oturan ve çalışanlar ile yolun Diyarbakır-Siirt ve Batman-Bitlis yolunun kesişim noktası olması nedeniyle tüm kamu yararlanmakta iken, söz konusu köprülü kavşak ve yol çalışmasının yalnızca çok az sayıda taşınmazın konum ve niteliğini etkilediği, başka bir anlatımla kamu yararı bulunan bu hizmetten dolayı davacının özel ve olağandışı bir zararının söz konusu olduğu açıktır. Bu durumda, trafik akışının ve yaya geçişinin rahatlatılması amacıyla şehir merkezinde köprülü kavşak ve yol çalışması yapılması sırasında farklı seviyede yol yapılması sonrasında veya başka sebeplerle davacıya ait taşınmazın değer yitirdiği ve oluşan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna

eserlerinin inşası şeklinde veya var olan yolu iyileştirme çalışmaları kapsamında yol düzeyinin yükseltilmesi⁷⁴⁶ şeklinde somutlaşmaktadır.

Söz konusu yeni, alternatif yol yapımı, asfalt dökümü ve benzeri şekillerde yol iyileştirme çalışmaları, köprülü kavşak gibi trafiğin güvenli ve düzenli bir şekilde akışını temin etmeye yarayan çeşitli bayındırlık eseri inşası, idarenin kişilerin taşınmazlarında değer düşüklüğüne sebep olabileceği gibi, bir ticari işletme için, iş hacminin, müşteri sayısının azalması suretiyle gelir kaybına ve faaliyetin sürdürülebilmesi için fazladan masraf yapılma zorunluluğuna yol açabilecektir. Danıştay, birkaç ayrıksı kararı⁷⁴⁷ dışında, bu türden olağanüstü külfetlerle yüklenen tacirin, bayındırlık faaliyetleri sebebiyle uğradığı zararın, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği karşılanması gerektiğine hükmetmektedir.

ulaşılmıştır.”; aynı yönde Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2016/277, K. 2017/16, KT. 05.01.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁴⁵ D10D, E. 2010/16372, K. 2015/174, KT.28.01.2015, Danıştay bu kararında, İdare Mahkemesinin, bölünmüş yol projesi nedeniyle davacının taşınmazında meydana gelen değer kaybının giderilmesi için, idarenin kamu külfetleri karşısında vatandaşların eşitliği ilkesi çerçevesinde tazminat ödemesine hükmettiği kararını onamıştır. DİDDK, E.2013/509, K.2015/454, 19.2.2015 tarihli kararında, davacıya ait taşınmazların davalı idarece yaptırılan bölünmüş yol inşaatı sırasında su kanalının yıkılması nedeniyle sulanamaması sonucu uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davayı, idarenin eyleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İlk Derece Mahkemesi kararını, “*idarenin kusurunun bulunup bulunmadığı hususu yeterince araştırılmadığı gibi ayrıca kusuru bulunmasa bile “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ve “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkeleri çerçevesinde olayda idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunup bulunmadığının da araştırılmadığı*” gerekçesiyle bozmuştur. <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁴⁶ D12D, E. 1966/954, K. 1968/669, KT. 26.03.1968, akt. Esin, op.cit., s. 198; yol düzeyinin yükseltilmesi sebebiyle davacıya ait binanın yol seviyesinden aşağı kalması sebebiyle tazminat ödenmesi gerektiği hk. D8D, E. 2010/4187, K. 2012/429, KT. 8.2.2012; D8D, E.2008/2870, K.2008/4124, KT. 4.6.2008, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁴⁷ D10D, E. 2012/4517, K. 2015/3682, KT. 09.09.2015; “*Davacı şirket tarafından, akaryakıt istasyonunun davalı idarece yürütülen yol çalışmaları sonucunda yol ile bağlantısının kesilmesi ve ulaşımın stabilize köy yolundan verilmesi neticesinde meydana gelen gelir kaybı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararının tazmini istemiyle bakılmakta olan dava açılmış ise de, yol nedeniyle ticari faaliyette bulunan ve bundan kazanç sağlayarak yararlanan davacı şirketin söz konusu zarar kaleminin, aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri sahipleri yönünden de ileri sürülebileceği, bu haliyle, davacı şirket tarafından, uğranıldığı ileri sürülen zarar kaleminin, diğer işyeri sahiplerinden farklı, özel ve olağandışı bir nitelikte olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yapılan yol çalışmaları nedeniyle oluşan genel külfetlere, “kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi” uyarınca herkesin katlanması gerektiği açıktır. Kaldı ki, davacı şirketin yenilenen yolun olanaklarından yararlanacağı da dikkate alındığında, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren, kamu külfeti olmaktan çıkan, hizmetten yararlanan davacı şirket yönünden özel ve olağandışı niteliğe dönüşen bir maddi zarar bulunmamaktadır. Bu durumda, davacı şirketin, davalı idarece mevcut yolun kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yenilenmesi çalışması sırasında ulaşımın kapatılmasından kaynaklanan zararlara katlanması gerektiği hukukun genel ilkeleri ile hak ve nasafet kurallarının bir sonucu olup, idarenin tazmin sorumluluğu açısından gerekli şartlar oluşmadığından, davanın reddi yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.*”; aynı gerekçeyle aynı yönde bkz. D10D, E. 2009/15531, K. 2014/413, KT. 28.1.2014; D10D, E. 2012/6699, K. 2015/3683, KT. 9.9.2015; D10D, E.2015/556, K.2015/2010, KT.22.04.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

Örneğin, yol yapımı sırasında kişinin değirmenine giden su yolunun taş, toprak vs. ile doldurularak bir yılı aşkın süre değirmenin çalışmaz hale gelmesi,⁷⁴⁸ çay yatağının ıslahı için, değirmene su getiren su kavaklarının yıkılması sebebiyle kişinin değirmeni işletemez hale gelmesi,⁷⁴⁹ asfalt yapımı için gerekli olan malzemelerin temini için açılan taş ve kum ocağının faaliyeti süresince çevreye yayılan tozların, kişinin tarlasına ekili pamuğa zarar vermesi,⁷⁵⁰ yol inşaatı sırasında su yatağının kapatılması yüzünden yer fıstığı tarlasının su baskınına uğraması,⁷⁵¹ yol genişletme çalışmaları sırasında hafriyat artığı taş, toprak ve molozların yol kenarındaki bahçesine atılması sonucu bahçedeki ağaçların zarar görmesi,⁷⁵² köprülü kavşak ve yol çalışması ile buna bağlı diğer sebeplerle zemin kotun eksi kota düşürülmesi sonucu işyerinde ticari faaliyette bulunan kişinin elde ettiği gelirlerin azalması,⁷⁵³ sulama barajı inşaatının dolgu ve hafriyat çalışmaları sonucunda alabalık üretim tesisindeki suyun kirlenmesi ve tesisdeki balıkların ölmesi,⁷⁵⁴ sulama kanallarındaki yabancı otları imha etmek için yapılan ilaçlama sebebiyle o civarda bulunan davacıya ait bahçede ekili sebze mahsullerinin zarar görmesi,⁷⁵⁵ barajda su tutulması sonucunda, burada faaliyet gösteren bir şirkete ait hidroelektrik santralin ürettiği enerjinin azalması,⁷⁵⁶ çay üzerinde regülatör inşa edilmesi nedeniyle yatağı ve yönü değişen akarsuyun, tarlaya girip zarar vermesini engellemek için toprak sahibinin ek masraflar yapmak zorunda kalması,⁷⁵⁷ baraj inşası sırasında orada bulunan meyve sebze bahçesinin su yolunun bozulması,⁷⁵⁸ ortasından geçirilen petrol boru hattının döşenmesi sırasında araziye taşkından koruyan engellerin yok edilmesi sebebiyle arazinin su baskınına uğraması⁷⁵⁹ durumlarında, ortaya çıkan zararların Danıştay'a göre idarece tazmini zorunludur.

⁷⁴⁸ D12D, E.1969/3159, K.1971/2352, KT. 25.10.1971, Hüseyin Çelikkol, "İdarenin Objektif Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, S.2, 1985, s.19.

⁷⁴⁹ D12D, E. 1967/85, K. 1968/1070, KT.08.05.1968, akt. Esin, op.cit., s. 194-195.

⁷⁵⁰ D12D, E.1969/2561, K.1972/426, KT.12.2.1972, Esin, op.cit., s..145

⁷⁵¹ D12D, E.2092, K.1970/502, KT. 19.3.1970, Esin, op.cit., s.199, 200.

⁷⁵² D12D, E.1969/3424, K.1972/581, KT. 24.2.1972, Esin, op.cit., s.200; aynı yönde bkz. D12D, E.1970/412, K.1972/711, KT.7.3.1972, Esin, op.cit., s.201.

⁷⁵³ Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2016/238, K. 2017/40, KT.20.01.2017.

⁷⁵⁴ D10D, E. 1989/2476 K.1990/1342, KT.07.06.1990, DD, S. 81, s. 355-357.

⁷⁵⁵ D12D, E. 1966/1597, K. 1967/2192, KT. T. 20.12.1966, akt. Esin, op.cit., s. 186.

⁷⁵⁶ D3D, E.1973/587, K.1974/49, KT.25.01.1974, DD, SY. 16-17, S.99-100.

⁷⁵⁷ D12D, E. 1966/2116, K. 1969/2, KT.06.01.1969, akt. Esin, op.cit., s. 187-188: "İdare amme hizmetinin ifası sebebiyle fertler aleyhine hasıl olan zararları ödemekle yükümlü bulunduğuandan, bu zararın tazmini icap eder."

⁷⁵⁸ D12D, E. 1966/816, K. 1969/347, KT.20.02.1969, akt. Esin, op.cit., s. 188.

⁷⁵⁹ D12D, E. 1969/1479, K. 1971/1313, KT.24.05.1971 akt. Esin, op.cit., s. 184-185.

Bu zorunluluk bazı kararlarda fedakârlığın denkleştirilmesi temeline dayandırılmışken, çoğunlukla bu ilkedan hiç bahsedilmeyip yalnızca kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi gereği idarenin zararı tazmin etmesi gerektiği belirtilmekle yetinilmiştir. Ayrıca özellikle eski tarihli kararlarda, hiçbir sorumluluk ilkesinden söz edilmeyip adalet, eşitlik ve hakkaniyet üzerinden hüküm kurulduğu da gözlenmiştir.

Bu başlık altında son olarak, taşınmazdaki değer artışının kamu külfetleri karşısındaki eşitliğin yeniden kurulmasında dikkate alınıp alınmayacağı meselesinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Taşınmazdaki değer artışının dikkate alınabilmesi için bu artışın yalnızca o özel ve olağanüstü zararlar yüklenen kişi ya da kişilerin taşınmazlarında gerçekleşmiş olması gerektiği düşünülmektedir. Ağır bir külfetle yüklenmemiş olan diğer kişilerin taşınmazlarında da aynı değer artışı meydana geldiyse, diğer bir deyişle değer artışı genel nitelikte ise, bu takdirde ağır külfetle yüklenmiş olan kişi ya da kişilerin telafi edilmesi gereken zararından bu değer artışının düşülmesi, kamu külfetlerine katlanmada eşitsizliğin devam etmesine sebep olur.

Bu mesele, Türk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin açıkça ifade edildiği ilk karar olma özelliğine sahip Ordu Caddesi kararında tartışma konusu olmuştur. Uyuşmazlığın karar düzeltme talebiyle İdari Dava Daireleri Kurulunun önüne gelmesiyle sonuçlanan, Danıştay 12'nci Dairesinin kararında, taşınmazın bu yol yapım çalışması neticesinde değerinin arttığı gerekçesiyle tazminat talebi reddedilmiştir. Olay, karar düzeltme talebiyle İdari Dava Daireleri Kurulunun önüne geldiğinde ise Kurul, bu değer artışının yalnızca dava konusu taşınmaz üzerinde değil, diğer taşınmazlar üzerinde de gerçekleştiğini fakat bu taşınmazların maliklerinin, davacının aksine özel ve olağanüstü bir zararlar yüklenmediğini belirtmiştir. Zarara uğramayan diğer taşınmaz malikleri göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu değer artışının, özel ve olağanüstü zararlar yüklenen davacı taşınmaz maliki için tazminatın reddi gerekçesi yapılmasının eşitsizliğe yol açacağı ifade edilmiştir.⁷⁶⁰ Sonuç olarak Danıştay, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulduğu gerekçesiyle tazminat talebini kabul etmiştir.

⁷⁶⁰ "... Öte yandan mezkur cadde üzerindeki diğer gayrimenkuller meyanında aynı bayındırlık işi dolayısıyla kıymetleri artan fakat hiçbir zarar görmeyenler bulunabileceği gözönünde tutulursa davacı lehine hasıl olan kıymet artışının kendisinin uğradığı zararlamahsubu yoluna gidildiği

Anlaşılabacağı üzere, bütün bu kararların ortak noktası, davanın konusunun risk ilkesinin uygulama alanına girmeyen, hizmetin doğal sonucu olarak vuku bulan, ağır bir fedakârlık olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu kararlarda dava konusu edilen zararlar, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin alt kümesi olduğu düşünülen risk ilkesinden doğan sorumluluk kapsamındaki idarenin hukuka uygun müdahalesiyle sebep olduğu arızî nitelikteki kamu külfetleri değildir. Risk ilkesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özel bir uygulama alanı olduğu yönündeki savunuya karşılık, bayındırlık faaliyetlerinden kaynaklanan malvarlığı zararları bahsinde, risk ilkesinin uygulandığı kararlara yer verilmemesinin nedeni, dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanına giren olaylar üzerinden gitmenin, ilkenin anlaşılmasında, kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde daha faydalı olacağı düşüncesidir.

b. Diğer Kamu Hizmetlerinin İfası Sırasında Mülkiyet Haklarına Müdahale

İdarenin, eylemleriyle kişilerin mülkiyet hakkına hukuka uygun müdahalesi, bayındırlık faaliyetlerinin yanı sıra, geniş anlamda bir kamu hizmetinin ifası, kamu düzenini ve/veya kamu yararını sağlamak adına yürütülen faaliyetler neticesinde ortaya çıkabilir.⁷⁶¹

Bayındırlık hizmeti niteliğinde olmayan, bir kamu hizmetinin ifası sırasında ortaya çıkabilecek ve idarenin kusuru olmasa ya da saptanamasa dahi sorumlu tutulabileceği zararlara örnek olarak Danıştay'ın, 2015 yılında verdiği bir kararı gösterilebilir.⁷⁶²

takdirde davacının bu kabil gayrimenkul sahiplerine nazaran mağdur bir duruma düşmüş olacağını kabul etmek icabeder. Değer artışı ile zararın mahsubu bu itibarla varit olamayacağına ve zararın bayındırlık işinin ifasından ileri geldiği ve devamlı ve istisnai bir mahiyet taşıdığı zahir bulunmasına binaen, yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu zararın idarece tazmin edilmesi tabiidir.”

⁷⁶¹ “...kamu hizmetlerinin ifası sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında ferdî mülkiyete ve fertlere iras olunan hasar ve zararların fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet rabıtası olması şartıyla ayrıca kusur aranmaksızın tazmin edilmesi de hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.” D12D, E. 1975/110, K. 1977/1201, KT. 01.10.1975, DD, S. 28-29, s.677; D12D, E. 1969/3710, K. 1971/96, KT.19.01.1971, akt. Esin, op.cit., s.180; D10D, E.1982/3854, K.1985/1034 KT.20.5.1985; D12D, E.1967/1268, K. 1968/1667, KT. T. 25.09.1968, akt. Esin, op.cit., s.171; D12D, E.1968/374, K.1969/895, KT.8.5.1969, akt. Esin, op.cit., s. 150; D12D, E.1968/1929, K.1969/1739, K.T. 5.11.1969, akt. Esin, op.cit., 136; D12D, E. 1966/2116, K. 1969/2, KT. 06.01.1969, akt. Esin, op.cit., s.187-188.

⁷⁶² D8D, E. 2014/8596, K. 2015/5879, KT. 10.6.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

Belediyenin çöp toplama sahasından atık su sızması nedeniyle kayısı bahçesinde ve kuyuda meydana geldiği ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davayı, idare mahkemesi, davacının kayısı bahçesindeki ağaçlarının kurummasında idarenin kusuru olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Ardından karar düzeltme aşamasında Danıştay, öncelikle idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince zararı tazmin etme yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Devamında, idari faaliyetlerin kuruluş ve işleyişinde bir kusur olmasa dahi, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, genel külfetler dışında fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların, eylemle zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre kusur aranmadan idarece tazmin edilmesinin, hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet gereği olduğunu vurgulamıştır.

Olayda Danıştay, kuyu suyunun idarenin çöp toplama sahasından sızan sular nedeniyle kirlenip kirlenmediğinin, kuyu suyuyla sulanan kayısı ağaçlarının bu nedenle kuruyup kurumadığının, kısacası idarenin kusuru olup olmadığının araştırılması gerektiğini, sonuçta idarenin kusuru olduğu ortaya çıkarsa, kusur sorumluluğu nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğü olacağını ifade etmiştir. Ayrıca kusuru araştırmanın da yeterli olmadığını, idarenin kusuru mevcut değilse veya kusurlu olduğu tespit edilemiyorsa bu durumda da kamu yararına yönelik bir faaliyet olan çöp toplama hizmetinden, toplumun geneli yararlanırken, bu hizmetten kaynaklanan ağır külfetin, özel fedakârlığın davacı bahçe sahibi üzerinde bırakmanın, kamu külfetlerinin dağılımında eşitsizlik meydana getireceğini belirtmiştir. Sonuç olarak, bozulan dengeyi yeniden kurabilmek için, davacının zararının idarece tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu hususlar değerlendirilmeden davanın reddedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷⁶³

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlali sebebiyle idarenin sorumluluğu, kamu hizmetlerinin ifası ile ortaya çıkabileceği gibi, kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi esnasında da doğabilir. Örneğin Danıştay'ın eski tarihli kararlarına sıkça konu olan, sınıra yakın bölgelerde yer alan, özel mülkiyette bulunan arazilere kolluk

⁷⁶³ Aynı yönde bkz. sıtma hastalığı ile mücadele amacıyla idare tarafından yapılan ilaçlama sebebiyle iki ineğinin ölmesi üzerine davacının açtığı davada Danıştay, idarenin kamu yararı amacıyla sunduğu hizmetlerin, idarenin kusuru olmasa da bazı kişilerin veya malların zarar görmesine sebep olabileceğini belirtmiştir. Ardından, “*Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu*” olduğuna hükmetmiştir. D10D, E.1982/3142, K.1983/322, KT. 21.02.1983, DBB.

kuvvetlerince mayın döşenmesi durumu,⁷⁶⁴ kişinin araziyi kullanamaması, arazinin ekilip biçilememesi, araziden mahsul alınamaması, var olan mahsulün telef olması gibi zararlara sebep olmaktadır. Arazi sahibinin ya da araziyi işleyen bu türden zararlarının idarenin hukuka uygun bir müdahalesinden kaynaklandığı açıktır. Bu müdahalenin doğal sonucu, arazinin mayınlar kaldırılana dek kullanılamayacak olmasıdır. Dolayısıyla arazinin kullanılamaması durumu, kamu güvenliğini sağlamak adına alınan önlemlerin zararlı sonuçlarının tek bir kişi üzerinde kalması şeklinde eşitliği bozan bir kamu külfetidir.

Danıştay her ne kadar önüne gelen bu türden olaylarda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini açıkça zikretmemiş, ilke üzerinden detaylı bir inceleme ve açıklama yapmamış olsa bile, söz konusu zarar, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli bütün şartları taşımaktadır ve dolayısıyla idarenin tazmin zorunluluğunun kaynağı fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

3. İdari İşlemler Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale

a. İdarenin Birel İşlemleri Yoluyla Müdahalesi

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince idarenin tazmin yükümlülüğünü doğuran, bireylerin mülkiyet hakkına yapılan hukuka uygun müdahaleler, salt idari eylemler⁷⁶⁵ ya da bir idari işlemin yürütülmesi kapsamında yapılan idari eylemler⁷⁶⁶ yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, doğrudan idari işlemler aracılığıyla da gerçekleştirilebilir.

Anayasanın idarenin sorumluluğunu düzenleyen, “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” şeklindeki 125’inci maddesinde daha önce de ifade edildiği üzere, kusurlu ya da kusura dayanmayan sorumluluk ayrımı

⁷⁶⁴ Bkz. E.1966/2086, K. 1968/283, KT.15.2.1968, Esin, op.cit., s. 147.

⁷⁶⁵ Salt idari eylem kavramıyla, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. maddesi kapsamında, ardında herhangi bir idari işlem bulunmayan, idarenin görevini yerine getirirken doğrudan doğruya başvurduğu eylem kast edilmektedir. Danıştay da salt idari eylemi şöyle tanımlamıştır: “*İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir.*” D10D, E. 2016/1127 K. 2019/4287 KT. 22.5.2019; D10D, E. 2016/3104 K. 2019/150 KT. 10.1.2019; D10D, E. 2015/4426 K. 2018/2369 KT. 4.7.2018; D10D, E. 2015/3392 K. 2018/2256 KT. 27.6.2018; D10D, E. 2015/3111 K. 2018/2156 KT. 21.6.2018; D10D, E. 2015/2281 K. 2018/2014 KT. 4.6.2018, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁶⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 12. maddesi kapsamındaki idari eylemler kastedilmektedir.

yapılmadığı gibi, idari işlem ve idari eylem arasında da bir tercihte de bulunulmamıştır. Bir başka deyişle idarenin kusura dayanmayan sorumluluğundan bahsedebilmenin ilk şartı olan idarenin müdahalesi, bir idari eylemle olabileceği gibi hukuka uygun idari işlemle de gerçekleştirilebilir. Şüphesiz ki mülkiyet hakkına yönelik (hukuka uygun) müdahaleler için de durum farklı değildir.

Kaldı ki, İdari Yargılama Usulü Kanununun 12'nci maddesine⁷⁶⁷ göre de ilgililer, haklarını ihlal eden bir idari işleme karşı doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabileceği gibi, önce iptal davası açıp bu davanın karara bağlanmasının ardından tam yargı davası açabilir. 12'nci maddede iptal davasının karara bağlanması ile kastedilen iptal davasının kabul edilmesi ve işlemin iptali değildir. İlgililer, açtıkları iptal davası esastan reddedilse dahi tam yargı davası açabilirler.⁷⁶⁸ Bu demektir ki, hukuk kurallarına aykırı olmayan bir idari işlemin hakkını ihlal ettiği iddiasıyla ilgililer, idare aleyhine, iptal davasından bağımsız şekilde tam yargı davası açabilirler.⁷⁶⁹ Tam yargı davası açılabilmesi için aranan subjektif ehliyet şartı olan hakkın ihlal edilmiş olması şartı başka, işlemin hukuka aykırı ya da hukuka uygun olması başkadır.

Hukuka uygun bir idari işlemin hak ihlaline sebep olabileceği ve hak ihlali dolayısıyla meydana gelen özel ve olağanüstü zararın tazmin edilmesi gerektiği düşüncesinin altında yatan ilke, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun temeli olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.⁷⁷⁰ Dolayısıyla davacının hakkını ihlal eden ve özel ve olağanüstü zarara uğratan idari işlem hukuka uygun olsa dahi, bu işlemin

⁷⁶⁷ İptal ve tam yargı davaları: madde 12 – “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.”

⁷⁶⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.784.

⁷⁶⁹ Lütfi Duran “İdari İşlemlerden Sorumluluk İptal Davası-Tam Yargı Davası”, *İÜHFİM*, C. 33, S. 3-4, 1967, ss.3-26, s.9.

⁷⁷⁰ Duran, idarenin hukuka uygun işlemlerinden dolayı kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin yanında, risk (muhatara) ve sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde de mali sorumluluğunun doğabileceğini ifade etmiştir. Lütfi Duran “İdari İşlemlerden Sorumluluk İptal Davası-Tam Yargı Davası”, s. 10.

yarattığı hak ihlalden kaynaklanan zararın tazmini idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu çerçevesinde mümkün olacaktır.⁷⁷¹

Nitekim Danıştay da, doğrudan doğruya tam yargı davası açılabilmesinin kanun gereği olduğunu, işlemin hukuka aykırılığının yargı kararı ile saptanmamış olmasının işlem dolayısıyla açılan tam yargı davasının bu nedenle reddini gerektirmeyeceğini belirtmektedir.⁷⁷² Aynı şekilde yüksek mahkemeye göre, bir idari işlemin iptali istemiyle açılan iptal davasının reddedilmiş olması da o işleme dayalı olarak açılacak tam yargı davasının reddedilmesi gerektiği sonucunu doğurmayacaktır.⁷⁷³

b. İdarenin Düzenleyici Kolluk İşlemleri Yoluyla Müdahalesi

İdarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlaline yol açan işlemi, ruhsatın geri alınması, verilen bir faaliyet izninin kaldırılması gibi birel işlem olabileceği gibi genelge, yönetmelik gibi bir düzenleyici işlem de olabilir.⁷⁷⁴

Hukuka uygun bir düzenleyici idari işlem yoluyla mülkiyet hakkına müdahalenin kişileri uğrattığı zararın karşılanması gerektiği konusunda Conseil d'État'nın 22 Şubat 1963 tarihli Commune Gavarnie⁷⁷⁵ kararı öncüdür.⁷⁷⁶ Bu kararda Conseil d'État, belediye başkanının bir yolun kullanımına ilişkin tesis ettiği düzenleyici işlemin, bu güzergâh üzerinde ticaret yapan davacıyı özel ve olağanüstü zarara

⁷⁷¹ Ahmet Yayla, op.cit.,s.76; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.54,55, Ragıp Sarıca, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, *İÜHFM*, Y. 1945, C. 10, S. 3-4, ss.486 – 514, s.508; Esin, op.cit., s.294; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1255 vd.; Armağan, op.cit., s. 134.

⁷⁷² DİDDGK, E.2004/795, K.2007/1820, KT.4.10.2007; aynı yönde bkz. “... doğrudan doğruya tam yargı davası açılabilmesi Yasa gereği olup, işlemin hukuka aykırılığının açılmış bir iptal davasında yargı kararı ile saptanmamış olması işlem dolayısıyla açılan tam yargı davasının da bu nedenle reddini gerektirmediğinden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” DİDDK, E. 2006/1042, K. 2010/1761, KT. 02.12.2010, <https://www.lexpera.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁷³ D5D, E.2007/1088, K.2007/4905, KT.26.09.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

⁷⁷⁴ Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 54.

⁷⁷⁵ Fransa'nın güney batısındaki Gavarnie komünündeki buz yalağına giden iki patika yolu kullanan yayalar ile aynı patika yollardan buz yalağına yürüyerek değil katır üzerinde seyahat etmek isteyenlerin karşılaşması çeşitli kazalara sebebiyet verince, belediye başkanı iki patika yoldan birini yayalara diğerini katırların kullanımına tahsis ederek birinin diğerini kullanımını yasaklamıştır. Bu sebeple katırların geçtiği, yayalara yasak olan yolda bulunan hediyeelik eşya satıcıları hasılat kaybına uğramıştır. 22 Şubat 1963 tarihli kararında Conseil d'État, patika yolların kullanımın ayrılmasına dair düzenleyici işlem hukuka uygun olsa da, katırların kullandığı yolda hasılat kaybına uğrayan satıcıların zararının özel ve olağanüstü olduğunu ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1259.

⁷⁷⁶ Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.54.

uğrattığına ve bu zararın, kusur olmasa dahi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği belediye tarafından tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Esasında Türk hukukunda Danıştay'ın hukuka uygun bir düzenleyici işlemin bireyleri zarara uğratabileceğinin kabulü ve bu zararın giderilmesi gerektiği yönündeki görüşü Conseil d'État'dan öncedir. 10 Mayıs 1961 tarihli, Faralyalı olarak bilinen kararında,⁷⁷⁷ Bakanlar Kurulunun pamuğun azami satış fiyatını belirlediği kararname yüzünden pamuk ticareti yapan ve kararnameden önce yüksek fiyattan aldığı pamuğu daha düşük fiyata satmak zorunda kalan davacının uğradığı zararın tazminine hükmederken, *“amme menfaati mülahazası ve iktisadi bünyenin takviyesi maksadı ile tesis edilen bu tasarruftan kendilerine atfi kabil bir kusurları bulunmayan şahısların zararlarını tazmin etmesi adalet ve nesafet kaideleri icabıdır ”* demiştir.

Anlaşılabacağı üzere Danıştay, bu kararında, idarenin hukuka uygun düzenleyici işleminden kaynaklanan tazmin yükümlülüğünün dayanağını, yalnızca kusura dayanmayan sorumluluk olarak cevaplamıştır. Kamu yararı için yapılan işlemin sebep olduğu zararın kusur olmasa dahi, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği karşılanması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Conseil d'État'nın Commune Gavarnie kararından farklı olarak, açık bir şekilde kamu külfetleri karşısında eşitlikten veya zararın özel ve olağanüstü olması gerekliliğinden söz etmemiştir. Yine de hakkaniyet ve nesafet kavramlarını kullanarak, kusur aramadan sorumluluğa hükmetmesi bu meselede sorumluluk sebebi olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini gördüğüne işaret eder.

Bu karardan birkaç sene sonra, “Akdeniz Nebati Yağlar A.O.”⁷⁷⁸ kararında Danıştay'ın, hukuka uygun düzenleyici işlemlerin sebep olduğu özel ve olağanüstü zararların sorumluluğu için fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini esas aldığı daha belirgin hale gelmiştir. Kararda, Türk parasının değerini korumak ve dış ödeme dengesini sağlamak için, kamu yararı maksadıyla tesis edilen düzenleyici işlemin sonucunda ortaya çıkan külfetin bazı kişilerin üzerinde kalmasının eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleriyle bağdaşmayacağı ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁷⁹

⁷⁷⁷ D8D, E. 1960/6264, K. 1961/1910, KT.10.05.1961, akt. Esin, op.cit., s.294, 295; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 55.

⁷⁷⁸ Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.55.

⁷⁷⁹ “Dış tediye muvazenesinin teminine veya Türk parası kıymetinin korunmasına matuf tedbirlerin hükümetçe alınmasında ve bu tedbirlerin icabı olarak fertlere yeni külfetler yüklenmesinde bunların

Son yıllarda verdiği bir kararında ise, hukuka uygun düzenleyici işleminden doğan zararlarda idarenin sorumluluğunun dayanağının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olduğu açıkça belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuru kararında⁷⁸⁰ atf yaptığı, fakat yayımlanmamış olan bu kararında Danıştay, av yasağı bulunan boz ayıların saldırması sonucu bir büyükbaş hayvanı telef olan davacının zararı ile idarenin yaban hayvanlarını koruma görevi kapsamında boz ayıların avlanmasını yasaklayan kararı arasında illiyet bağı olduğunu belirtmiş; kişilerin bu nedenle uğradığı zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, “*çevrenin ve toplumun genel menfaatine yönelik idari faaliyetten doğan külfetin tek kişi üzerinde bırakılmaması, bu kişinin özel zararının topluma pay edilmesi*” gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁸¹

İdarenin, düzenleyici işlemler yoluyla kişilerin mülkiyet hakkına müdahalesi başlığı altında, Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuru sonucunda verdiği karardan⁷⁸² ayrıca söz etmek gerekmektedir. Karara konu olan olayda, başvuruçuların maliki olduğu ve kiraya verdiği taşınmazın bulunduğu sokak, bu sokakta bulunan İsrail Büyükelçiliğinin güvenliğinin sağlanması amacıyla, Ankara Ulaşım Koordinasyon Merkezinin (UKOME) kararıyla araç ve yaya trafiğine kapatılmış, ardından bölge sakinlerinin başvurusu üzerine UKOME sokaktaki engel ve bariyerlerin kaldırılmasına karar verse de bu karar uygulanmamış, buna ilişkin açılan dava da reddedilmiştir. Sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılmasından yaklaşık beş yıl sonra UKOME, daha önce kaldırılması kararlaştırılan (ancak uygulanmayan) engel ve bariyerlerin mevcut yerinde bırakılmasına karar vermiştir. Bu dönemde başvuruçuların sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması, engel ve bariyerler konulması nedeniyle başvuruçuların kira geliri azalmıştır.

Başvuruçuların, UKOME'nin engel ve bariyerlerin mevcut yerinde bırakılmasına ilişkin işlemine karşı açtığı iptal davası reddedilmiş, kira gelirinde azalma iddiasıyla açtıkları tam yargı davası sürecinde de, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu olup

makable teşmil edilmemesi kaydıyla hukuka aykırı bir cihet bulunmama ile beraber, umumun menfaatini temin sadedinde fertlere yüklenen külfetin bazı kişilere münhasır kalması eşitlik, hak ve nesafet kaideleriyle telif edilemeyeceğinden bu gibi hallerde hakları muhtel olanların vaki zararlarının da Devletçe karşılanması hukuk prensipleri icabındandır.” D12D, E. 1966/769, K. 1966/2715, KT. 05.10.1966, Esin, op.cit., s.296, 297.

⁷⁸⁰ AYM, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, BN. 2014/1546, KT. 02.02.2017.

⁷⁸¹ D10D, E.2009/15474, K.2012/1884, KT. 27.4.2012 (karar yayımlanmamıştır).

⁷⁸² AYM, BN. 2014/1546, KT. 02.02.2017, RG.23.03.2017 - 30016.

olmadığı tartışılmadan, idari işlemin hukuka uygun olduğu ve idarenin kusuru olmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise, güvenliği sağlamak için İsrail Büyükelçiliğinin bulunduğu sokağın, araç ve yaya trafiğine kapatılmasının sağladığı kamu yararı ile kira gelirinin düşmesi nedeniyle başvurucular üzerine yüklediği külfet arasında adil bir dengenin sağlanması gerektiğini belirtmiş ve orantılılık ilkesi gereği kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvurucuların üzerindeki ekonomik yükün tüm topluma pay edilerek kurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile sokağın trafiğine kapatılması tedbiriyle ulaşılmak istenen kamu yararı arasında makul bir denge kuracak nitelik ve yeterlilikte olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu ilkenin, uygulanması için gerekli tüm koşulların varlığı halinde, bir idari işlem ya da eylemin, hukuka uygun olsa dahi, bireylere verdiği zararın tazminini mümkün kıldığını belirtmiştir. İdarenin fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlayarak tazminat elde etme ve bu suretle yükledikleri külfeti dengeleme imkânından yoksun bırakılan başvurucuların, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, hukuka uygun bir (düzenleyici) idari işlemin de zarara sebebiyet verebileceğini ve bu şekilde hukuka uygun idari işlemlerden kaynaklanan hak ihlallerinin, tüm şartları mevcutsa, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Hukuka uygun bir idari işlemin her zaman kamu yararına hizmet ettiği kabulü üzerinden, kamu yararına yönelik bir idari işlemin bir veya birkaç kişiye verdiği zararın kamu tarafından üstlenilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Tüm bu kararlar ışığında, koronavirüs hastalığı nedeniyle, bu süreçte İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile kapatılan veya faaliyetleri kısıtlanılan restoranlar, eğlence yerleri, güzellik merkezleri, kuaförler, alışveriş merkezleri, spor salonları gibi pek çok iş yerinin, bu sebeple uğradığı zarardan idarenin sorumluluğu meselesine de değinmek gerekmektedir.

Koronavirüsün anılan işyerlerinde yayılma hızının, diğer işyerlerine nazaran daha hızlı olduğu varsayımında, dahası idarenin söz konusu tedbirlerinin başta eşitlik ilkesi olmak üzere hukuka uygun olduğu varsayımında;⁷⁸³ bu iş yerlerinin kısıtlamalar ve yasaklar sebebiyle uğradığı ticari kayıp ve müşteri kaybının tazmininde, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Zira çok sayıda insanın ölümüne yol açan ve küresel salgın niteliğinde olan koronavirüs hastalığının yayılmasını önlemek için idarenin aldığı söz konusu tedbirler, birer kamu külfetidir. Toplumun belirli kesimlerinde yer alan kişi gruplarının, katlanmak zorunda bırakıldığı ağır fedakârlıktır. Söz konusu külfet, bütün bir topluma aynı nicelikte yayılmamıştır. Kapatılan ya da faaliyeti sınırlandırılan iş yerleri ve sektörler, diğerlerine nazaran daha büyük bir külfetle yüklenmiştir. Virüsün bulaşıcılık riski aynı iken; bazı iş yerleri ve sektörler hiçbir kısıtlama ya da yasağın öznesi olmadığı gibi, kısıtlama getirilen işyerlerinin bir kısmı da, diğerlerine kıyasla daha dar bir zaman diliminde ya da daha katı kurallara tabi olarak faaliyet göstermek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla koronavirüs salgını sebebiyle, kamu sağlığını korumak için alınan tedbirlerin getirdiği külfet, tüm topluma eşit şekilde dağılmamış, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir. İdarenin söz konusu kamu külfetini toplumun geri kalanıyla denkleştirmeye yükümlülüğü bulunmaktadır. İdari tedbirlerle sağlanması amaçlanan kamu yararı ile subjektif hak arasındaki adil dengenin denkleştirme ile yeniden kurulması gerekmektedir.

⁷⁸³ Çalışma konusunun kapsamı dışına çıkmamak amacıyla, salgının başladığı andan, bu satırların yazıldığı ana kadar alınan tedbirlerin hukuka uygun olduğu varsayılmıştır. Bu varsayımdan hareketle, söz konusu tedbirlerden doğan zararlarda, idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun olup olmayacağı değerlendirilmiştir. Fakat ayrıca belirtmek gerekir ki, koronavirüs sebebiyle idarece alınan tedbirlerin hukuka uygun olduğunu varsaymak dahi zordur. Zira İçişleri Bakanlığı genelgesi ve bu genelgelere dayanılarak alınan kararlar; başta eşitlik, ölçülülük, belirlilik ve kanunilik ilkeleri olmak üzere, çeşitli hukuka aykırılıklar barındırmaktadır. Özellikle, belli yaş grupları ve bazı kronik hastalığı bulunanlar için geçerli sokağa çıkma yasakları, belirli sektörler için faaliyetin tamamen durdurulmasına ilişkin kararlar, seyahat yasakları, haftanın sadece bir ya da birkaç gününü kapsayan genel sokağa çıkma yasakları; kanuni dayanağa sahip olmayan ya da kanuna aykırı olan, eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmayan uygulamalardır. Bunun ötesinde, salgın hastalıklara ilişkin mevzuatın günün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olması sorununun, normlar hiyerarşisinin alt sıralarında yer alan, adsız bir düzenleyici işlem olan genelgelerle çözülmeye çalışılması belirlilik ilkesine uymamaktadır. Bkz. Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y.2020, C.9, S.17, ss.43-146; Çiğdem Sever, “COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y.2020, C.9, S.17, ss.187-237.

c. Yargı Kararlarının Kamu Düzeni Sebebiyle Uygulanmaması Hali

İdarenin, hukuk sınırları içinde hareket etmesine rağmen bireyleri özel ve olağanüstü zarara uğrattığı hallerin bir örneği de yargı kararlarını uygula(ya)maması halidir.

Yargı kararlarının uygulanamaması halleri, hukuki ve fiili imkansızlık ile fiili imkansızlık kavramı içinde de değerlendirilebilecek uygulanması halinde kamu düzeninin bozulması tehlikesi taşıyan kararlar olarak gruplandırılabilir.⁷⁸⁴ Bu haller mahkemeye değil idareye ilişkin olan,⁷⁸⁵ idareye atfedilmesi mümkün olmayan nedenlerden ileri gelen ve bu yüzden mazur görülen,⁷⁸⁶ idarenin yargı kararını uygulamaması değil uygulayamaması halleridir.

Yargı kararlarının uygulanmasında hukuki imkansızlık, pozitif bir hukuk kuralının engellemesi sebebiyle, fiili imkansızlık ise maddi alemdeki engeller sebebiyle yargı kararının uygulanamaması halidir.⁷⁸⁷ Fiili imkansızlığa verilecek en tipik örnek, yıkım kararının iptali için açılan davanın sonuçlanıp iptal edildiği tarihte, yapının yıkılmış olması sebebiyle, iptal kararının uygulanmasının fiilen imkansız hale gelmesidir.⁷⁸⁸ Yurtdışı koruma görevlisi kadrosu için yapılan sınavda başarılı olmasına rağmen ataması yapılmayan bireyin açtığı dava devam ederken, söz konusu görev için aranan en yüksek rütbe olan baş komiserlik unvanını aşmış olması sebebiyle idarenin, bu dava sonucunda verilen iptal kararını uygulayamaması ve Danıştay 1'inci Dairesinden istişari görüş talebinde bulunması üzerine Danıştay'ın, görev için gerekli koşulların iptal kararı verildiği tarihte mevcut olmamasının bu kararın yerine

⁷⁸⁴ Serdar Yılmaz,, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu Ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 148 vd.

⁷⁸⁵ Cemil Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştayın Yaklaşımı*, İstanbul, Legal Yayınları, 2011, s.63.

⁷⁸⁶ Bu durumda idare, yargı kararını uygulama yükümlülüğünden ve bu yükümlülüğün ihlaline bağlanan yaptırımlardan kurtulmaktadır. Yılmaz, op.cit., s.148.

⁷⁸⁷ Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.99.

⁷⁸⁸ Uler, op.cit., s.100.

getirilmesini hukuken imkansız olduğu yönündeki görüşü de⁷⁸⁹ hukuki imkansızlığa örnek verilebilir.⁷⁹⁰

Fransız hukukunda Conseil d'État'nın 1923 tarihli ünlü Couiteas kararı ile literatüre giren, fakat Türk hukukunda karar örneğine rastlanılmayan, kamu düzeninin bozulma tehlikesi durumu da öğretide yargı kararlarının uygulanmamasının mazur görülebileceği bir hal olarak sayılmaktadır.⁷⁹¹

Karara konu olayda, Bay *Couiteas*, arazisini işgal eden kabilelerin tahliyesi için adli yargıda dava açmış ve mahkeme arazinin boşaltılmasına karar vermiştir. Verilen men'i müdahale kararı, yaklaşık sekiz bin işgalcinin direnişi yüzünden uygulanamamıştır. Fransız idari makamları da işgalcileri zorla tahliye etme şeklindeki bir yöntemin kamu düzenini ağır tehlikeye sokacağı gerekçesiyle kararı icra etmeyi reddetmiştir. Bay *Couiteas*'ın kararın uygulanmaması üzerine açtığı tazminat davasında mahkeme, söz konusu tahliye kararının uygulanması halinde kamu düzenini ciddi şekilde bozulma olasılığının yüksek olduğunu, dolayısıyla kamu güvenliğini tehlikeye atmamak için yargı kararını uygulamayan idarenin kusuru olmadığını belirtmiştir. Fakat mahkeme aynı zamanda, kamu yararı adına hareket edilen söz konusu durumda Bay *Couiteas*'ın üzerine yüklenen külfetin aşırı olduğuna ve idare tarafından üstlenilmesi

⁷⁸⁹ “...(K)oruma görevlisi sınavını kazandığı tarihten sonra geçen süre içinde hakkında verilen yargı kararının uygulanması sırasında bu görev için öngörülen en üst rütbe olan başkomiserlik rütbesini de aşan ve halen emniyet amiri rütbesinde bulunan kişinin yurtdışına koruma görevlisi olarak atanmasında hukuki imkansızlık” olduğunu belirtmiştir. D1D, E.1991/54, K.1991/53, KT.04.04.1991, <https://www.kazanci.com.tr/>, (04.03.2021).

⁷⁹⁰ Hukuki ve fiili imkansızlık halleri kimi zaman iç içe geçmiş şekilde bulunmaktadır. Örneğin, Kentbank A.Ş.'nin, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin 28.12.2001 tarihi itibarıyla kaldırılması ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devrine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararı Danıştay 10. Dairesince iptal edilmiştir. Ardından bu kararın uygulanması istemiyle yapılan başvuru Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararı ile reddedilmiştir. Bu kararın yeniden incelenerek kaldırılması talebi de zımnen reddedilmiştir. Bu arada Kentbank A.Ş. fona devrolduktan sonra tasfiye sürecinde iken başka bir banka ile birleşmiş ve tüzel kişiliği sona ermiştir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun iptal kararının uygulanması talebinin reddine dair anılan iki işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, Kentbank A.Ş.'nin, banka olarak tüzel kişiliğini idare hukuku dışındaki yasal düzenlemeler kapsamında yitirmiş olması ve hukuken ve fiilen idarenin işlem tesisi ile önceki hukuksal durumun resen tesis edilmesinin mümkün olmaması, başka bir anlatımla, devir kararının alındığı tarihteki Kentbank'ın hukuki ve mali yapısının tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve fiili imkansızlık bulunması nedeniyle idarenin idari yargı kararını uygulayamadığı sonucuna varmış ve dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. D13D, E.2005/5546 K.2005/5699 KT.29.11.2005, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

⁷⁹¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1256; Çağlayan, op.cit., s.354.

gerektiğine hükmetmiştir. Netice olarak Bay Couiteas'ın zararı kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmiştir.⁷⁹²

Yargı kararının uygulanmaması ile sağlanan kamusal yarar ile, kararın uygulanmaması sebebiyle arazi sahibinin katlanmak zorunda kaldığı ağır külfet arasındaki denge, idarenin tazminat ödemesiyle sağlanmıştır. Tazminat ödenerek zarar topluma paylaştırılmıştır.

Conseil d'État, Couiteas kararı ve sonrasında verdiği buna benzer kararlar ile⁷⁹³ genel olarak yargı kararlarının uygulanmaması halinin bozacağı kamu düzeni ile olay özelinde yargı kararını uygulamama halinde meydana gelebilecek kamu düzeni bozulma tehlikesi arasında bir seçim yapmaktadır. Mahkeme, kararın uygulanması halinde bozulacak olan kamu düzenine, nitelik ve/veya nicelik yönünden daha fazla önem atfetmektedir.

Türk hukukunda ise, Danıştay'ın henüz bu türden bir olay içeren davada hüküm vermemiş olması, tercihinin ne yönde olacağına dair bir tahminde bulunmayı zorlaştırmaktadır. Esasen hukuk devleti ilkesi yargı kararlarını uygulamama hali olarak kamu düzeni gerekçesi sunmaya izin vermez. Aksine, hukuk devletinde yargı kararını uygulamama, bir kamu düzeni problemi olur. Fakat Couiteas kararı gibi son derece istisnai, ciddi ve yakın bir kamu düzeni bozulma tehdidi, çok istisnai hallerde bu yöntemin işletilmesine imkan vermelidir.

Özetle, yargı kararının uygulanamıyor olmasından söz edebilmek için, idarenin kararı uygulayabilmesinin önündeki engellerin aşılamayacak ya da aşılması durumunda, kamu düzeni bozulacak olmalıdır.⁷⁹⁴ Örneğin imkansızlığa klasik bir örnek olarak verilen, görevine son verilmesi ya da görev yerinin değiştirilmesi işlemine karşı dava açan kişinin, davanın işlemin iptaliyle sonuçlandığı tarihte emekli olması durumunun farklı ihtimallere göre değerlendirilmesi gerekir. Yaş haddinden emekli olması bir hukuki imkansızlık hali iken, dava devam ederken kendi isteğiyle emekliye ayrılması

⁷⁹² Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1255 vd. ; Lionel Neville Brown, John Francis Garner, *French Administrative Law*, London, Butterworths, 1967, s.101-102; Çağlayan, op.cit., s.355; Errera, op.cit., s.160.

⁷⁹³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, 1255 vd.

⁷⁹⁴ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan, 2019, s.821.

hali, Danıştay'ın bu yöndeki kararının aksine,⁷⁹⁵ dava sonucunda işlemin iptali kararının uygulanmasını imkansız kılmaz. Zira çalışma yaş sınırı aşılmadıkça, kişinin yargı kararı uyarınca eski görevine devam etmesi mümkündür. Üstelik emeklilik isteğinin, dava konusu yapılan görev yerinin değişmesinin ya da görevine son verilmesi işleminin haksız olduğu düşüncesine bağlı bir tepki olması ihtimali de yüksektir.

Hukuki ve fiili imkansızlık hallerinde yargı kararının idare tarafından uygulanamıyor olması durumu şüphesiz bireyi zarara uğratar. Zira, işlemin hukuka aykırılığı yargı kararıyla tespit edilmiş olmasına rağmen bu işlemin birey üzerindeki hüküm ve sonuçları ortadan kaldırılamamaktadır. Elbette burada kastedilen zarar, iptal davalarında verilen iptal kararının uygulanamaması halinde ortaya çıkan zarardır. Tam yargı davalarında hükmedilen giderim kararının uygulanamaması hali, yani uygulanması konusunda bir olanaksızlık söz konusu olamayacağından bir imkansızlıktan ve bu durumun getireceği bir zarardan söz etmek mümkün değildir.⁷⁹⁶

Hakkındaki idari işleme karşı dava açan kişinin, açık veya zımni olarak⁷⁹⁷, (tesisi isteğe bağlı birel işlemlerde)⁷⁹⁸ iptal kararının etkisinden vazgeçmesi de iptal kararının uygulanamamasının mazur görüleceği hallerdendir. Ancak burada dava sonuçlanmadan önce davadan feragat müessesesinden farklı olarak, dava konusu olan fakat ihlal edilip edilmediği henüz belli olmayan bir hak ya da menfaatten vazgeçme durumu değil; yargı kararı ile ihlal edildiği tespit edilen hak ya da menfaatten ve idarenin bu ihlali giderme yükümlülüğünden vazgeçme durumu söz konusudur.⁷⁹⁹ Böyle bir durumda, iptal kararının uygulanmasında hukuki ya da fiili bir imkansızlık hali yoktur, fakat davacı kendi isteğiyle iptal kararının etki ve sonucundan vazgeçmiş olduğundan, idarenin

⁷⁹⁵ D5D, E.1998/2407, K.1999/222, KT.02/02/1999; aksi yönde bkz. D5D, E.2007/81, K.2009/1103, KT.9.3.2009, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

⁷⁹⁶ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması*, s.821; Hasan Gök, “Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkansızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller”, *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, ss.547-558, s. 548.

⁷⁹⁷ Kişi, kararının uygulanmasından vazgeçtiğini belirterek, lehine olan kararın uygulanmaması talebiyle, idareye yazılı olarak başvurabileceği gibi; açıkça böyle bir talepte bulunmaksızın, kararın gereklerinden (kararın doğurduğu sonuçlardan) farklı bir talepte bulunmak suretiyle de, kararın uygulanmasından vazgeçtiğini ortaya koyabilir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1637

⁷⁹⁸ Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması*, s.823.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, s.822.

kararı uygulamamasının doğurduğu zarardan ve bu zararı giderme yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.⁸⁰⁰

İptal kararının sonuçlarından vazgeçme haricinde, hukuki ya da fiili imkansızlık nedeniyle idarenin iptal kararını uygulayamaması durumunda, düzeltilmediği hukuka aykırı sonuçların sebep olduğu zararın bireyin üzerinde bırakılması hukuk devleti ilkesine ve hakkaniyete aykırı olacağından kusura dayanmayan sorumluluk yoluna gidilmesi gereklidir.⁸⁰¹ Kusura dayanmayan sorumluluk yoluna gidilmesinin nedeni açıktır ki, yargı kararının uygulanamaması halinin idarenin iradesi dışında meydana gelmesidir.⁸⁰²

Nitekim Danıştay'ın önüne gelen bir olayda, naklen atama işlemine karşı açılan davada, söz konusu işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Fakat iptal kararından önce davacının naklen atama öncesi görev yaptığı okulun statüsü kanun hükmünde kararname ile değiştirilmiş ve davacının aynı statüde aynı okulda istihdam edilme imkanı kalmamıştır. Bu sebeple iptal kararının idarece uygulanamamasından doğan zararlarının tazmini istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi tazminata hükmetmiştir. Ardından temyiz başvurusunda Danıştay, açıkça kusura dayanmayan sorumluluktan ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bahsetmemiş olsa bile, ilk derece mahkemesinin tazminata hükmeden kararını onayarak, uygulanması fiilen olanaksız hale gelen karar hakkında izlenmesi gereken yolu göstermiştir.⁸⁰³

Yakın tarihli bir başka kararında ise, ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi BDDK kararı ile TMSF ye devredilen, TMSF kararıyla da başka bir tüzel kişiliğe

⁸⁰⁰ Burada idarenin sorumluluğu olmamasıyla kastedilen iptal kararının uygulanamamasından kaynaklı bir sorumluluğunun olmamasıdır. Yoksa iptal edilen işlemde dolayı uğranılan zararların karşılanması tam yargı davasıyla istemenin önünde engel bulunmamaktadır. Örneğin görevden alınan bir kişinin iptal davası açtıktan sonra başka bir yerde işe girmesi ve artık işlem iptal edilse bile orada çalışmak istemediğini beyan etmesi yahut göreve başlaması için tebligat yapmasına rağmen göreve başlamaması iptal kararını uygulayamayan idarenin sorumluluğunu doğurmaz fakat görevden alma işlemi ile iptal kararına dek geçen sürede yoksun kaldığı mali ve özlük hakları için idarenin sorumluluğuna şüphesiz ki başvurulabilir. Örneğin, idari yargı kararını uygulamak amacıyla kendisine yapılan tebligata rağmen süresi içinde göreve başlamayan davacı ile ilgili olarak idarenin yargı kararının uygulamadığından ve tazmin yükümlülüğünden söz edilemeyeceği hakkında bkz. D5D, E.1990/1550, K.1993/1104, KT. 10.03.1993, <https://www.kazanci.com.tr/>, (01.03.2021).

⁸⁰¹ Kaya, op.cit., s.78.

⁸⁰² “hukuki ve fiili imkansızlık nedeniyle yargı kararının uygulanamaması durumunda kişilerin gördüğü zararda idarenin ya da kamu görevlisinin kusuru olmasa da idarenin sorumlu tutulmasını ifade eden kusursuz sorumluluğu çerçevesinde tazmin yükümlülüğünün doğduğu anlaşılmaktadır.” D13D, E.2015/3343, K.2016/4642, KT.30.12.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

⁸⁰³ D6D, E. 1996/503, K. 1998/2723, KT. 19.11.1998, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

devredilen bankanın, söz konusu kararların iptali için açtığı davada, anılan kararlar iptal edilmiştir. Fakat bankanın TMSF tarafından bir başkasına devri sonrasında ticaret sicilinden terkin edilmek suretiyle tüzel kişiliğine son verildiğinden ve tüzel kişilik sona erdikten sonra verilen yargı kararları hukuki ve fiili imkânsızlıklar sebebiyle uygulanamamıştır. Danıştay, “*Hukuki ve fiili imkânsızlık nedeniyle yargı kararının uygulanamaması durumunda, kişilerin gördüğü zararda, idarenin ya da kamu görevlisinin kusuru olmasa da idarenin sorumlu tutulmasını ifade eden kusursuz sorumluluğu çerçevesinde tazmin yükümlülüğünün doğduğu anlaşılmaktadır.*” diyerek bu durumdan kaynaklanan zararın kusura dayanmayan sorumluluk ilkesi gereğince tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁰⁴

d. İdari İşlemin Geri Alınması

İdari işlemin idare tarafından sona erdirilme halleri olan geri alma ve kaldırma, hukuk aleminde var olan bir idari işlemin geçerliliğine yeni bir idari işlem ile son verilmesidir.⁸⁰⁵ Geri alma işlemi, hukuka aykırı bir idari işlemin, tesis edildiği andan itibaren hukuk aleminden silinmesini sağlayan yeni bir idari işlemdir.⁸⁰⁶ Geri alma ile kaldırma işlemi arasındaki temel fark, işlemin zaman bakımından etkisi üzerindedir. Yürürlükten kaldırma işlemi bu kaldırma işleminin tesis edildiği andan itibaren yani geleceğe etkiliyken geri alma işlemi, geçmişe etki eder, geri alınan işlemin hiç yapılmamış gibi, işlemde önceki hukuka duruma geri dönülmesini sağlar.⁸⁰⁷

Geçmişe yönelik etki ve sonuç doğurduğundan, bir idari işlemin geri alınabilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır. Kişiler için lehe hukuki durumlar yaratan hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması, Danıştay tarafından idari istikrar ilkesinin bir gereği olarak belirli süreyle sınırlandırılmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme bu süreyi her geri alma işlemi için genel geçer, kesin bir süre olarak değil, dava konusu olaya göre makul bir süre olarak belirleme yoluna gitmiştir.⁸⁰⁸ Somut bir ölçüt getirmekten

⁸⁰⁴ D13D, E. 2015/3343 K. 2016/4642, KT. 30.12.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

⁸⁰⁵ Günday, op.cit., s.170,

⁸⁰⁶ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 5, Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.435; Ulusoy, op.cit., s.425; Günday, op.cit., 170.

⁸⁰⁷ Ibid.

⁸⁰⁸ Tan, *İdare Hukuku*, s.297; D8D, E. 1993/2193, K. 1993/4343, KT. 22.12.1993, akt, Günday, op.cit., s.178.

kaçınmış, her somut olayda idari istikrarın oluşup oluşmadığı üzerinden hareket etmiştir.⁸⁰⁹

Öte yandan hukuka uygun ve hak yaratıcı olan idari işlemler geri alınamazken, hak yaratıcı olmayan idari işlemler ise her zaman geri alınabilir.⁸¹⁰ Her zaman geri alınabilecek olan başka bir işlem grubu da, Danıştay'ın 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararı⁸¹¹ gereği,⁸¹² yok hükmünde olan işlemler, idarenin açık hatasının olduğu işlemler ve ilgilinin hilesi veya gerçek dışı beyanına dayanı idari işlemlerdir. Bu hallerde idari işlem her zaman geri alınabilir.

Ancak hukuka aykırı idari işlemin geçmişe etkili olacak şekilde hükümsüz kılınması şeklinde kısaca tanımladığımız geri alma işlemini uygulamak, tanımı kadar kolay değildir. Zira belli bir süre yürürlükte kalan bir idari işlemin, yürürlükte kaldığı süre boyunca hukuka uygun olduğu varsayıldığından bu işleme bağlı birtakım başka işlemler ve eylemler gerçekleştirilmektedir. Söz konusu işlemin geri alınması ile bu işleme bağlı diğer işlem ve eylemlerin hukuk aleminden ve daha önemlisi maddi alemden silinmesi, hiç yapılmamış hale dönülmesi çoğu zaman çok zordur. Dahası, işleme bağlı birtakım sonuçların muhafaza edilmesi ya da işlemin geri alınması ile ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerekebilir.⁸¹³

Örneğin bir vergi müfettiş yardımcısının, vergi müfettişi olmak için girdiği yeterlik sınavında aldığı puanın hesabında maddi hata yapan idarenin, bu hatayı üç yıl sonra fark edip, kişinin vergi müfettişliği unvanını ve buna bağlı haklarını geri alması durumunda ilgili kişinin o zamana dek maaş adı altında aldığı ücret artık bir tazminat olarak görülmelidir.⁸¹⁴ Aksi bir yaklaşımın, işlem geri alınana dek o işte fiilen çalışmış

⁸⁰⁹ Günday, op.cit., s.178. Karş. Gözler, *İdare Hukuku, C.I*, s.1120; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.435, 436; Atay, *İdare Hukuku*, s.555.

⁸¹⁰ Günday, op.cit., s.179; Atay, *İdare Hukuku*, s.555; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.436; Gözler, *İdare Hukuku, C.I*, s.117, 1118; Oğurlu, op.cit., s.178 vd.; Karş. Yıldırım, vd., s.462; Tan, *İdare Hukuku*, s.297; Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, s.40.

⁸¹¹ DİBK, E.1968/8, K.1973/14, KT.22.12.1973.

⁸¹² İdari işlemin geri alınmasına ilişkin genel ilkeler ilk kez Yargıtay'ın 1973 tarihli içtihadı birleştirme kurulu kararıyla ortaya konmuştur. Yanlış intibaktan dolayı geri alma işlemine dek fazla ödenmiş paralar hakkında nasıl bir işlem yapılması gerektiğine ilişkin bu kararda, yokluk, butlan kişinin gerçek dışı beyanı ve hilesi varsa süre sınırı olmaksızın her zaman, bu haller haricinde ise ancak dava açma süresi içinde geri alma işlemi tesis edildiyse fazla ödenen araların geri alınabileceğine hükmetmiştir. YİBGK 27.01.1973, E.1972/6, K.1973/2.

⁸¹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s.447 vd.

⁸¹⁴ Ibid.

olan kişinin çalışmasının yok sayılması, sanki hiç çalışmamış gibi aldığı ücretin geri ödemesinin talep edilmesi durumunun, sorumluluk hukukuyla bağdaşmayacağı açıktır.

Literatürdeki, geri alınan işlem hukuka aykırı olduğu için idarenin kusur sorumluluğuna gidilmesi gerektiği yönündeki görüşe karşın,⁸¹⁵ zarar hukuka aykırı ilk işlemde değil, bu hukuka aykırı işlemin geri alınmasından doğduğundan, idari işlemin geri alınmasından kaynaklanan zararlar için idarenin kusura dayanmayan sorumluluğuna gidilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Hukuk devleti ilkesi gereği, hukuka aykırı işlemin geri alınması, idarenin hem bir yetkisi hem de görevi olup,⁸¹⁶ idareyi hukuk sınırları içine çeken, kamu yararına dönük bir işlemdir. Fakat kamu yararına hizmet eden bu işlem, işlemle ilgili kişiyi, salt geri aldığı işlemi geçmişe etkili olarak hükümsüz kılmasıyla özel ve olağanüstü zarara uğratabilir. Geri alınan sebep olduğu bu ağır fedakârlığın kusura dayanmayan sorumluluğun sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine uygun olarak topluma pay edilmesi idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.⁸¹⁷

Şüphesiz idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, geri alınan hukuka aykırı işlemin tesisinde bu işlemde yararlanan kişinin hilesi ya da gerçek dışı beyanının olmaması gerekir. Aksi “hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddiasında bulunamaz” (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) şeklindeki temel hukuk ilkesine aykırı olacaktır.

Danıştay’ın görüşü de geri almadan kaynaklanan zararların tazmin edilmesi gerektiği yönündedir. Yapılaşmaya elverişli olmayan bir yere önce yapı izni veren fakat yapıma başladıktan sonra izni geri alan idarenin, sebep olduğu zararın, tazmini gerektiğine,⁸¹⁸ imar yönetmeliğinde müsaade edilen kat ve yüksekliğin üstünde bir yapılaşmaya müsaade eden inşaat ruhsatının daha sonra geri alınmasıyla ilgililerin uğradığı zararın, idare tarafından karşılanması gerektiğine,⁸¹⁹ yeni yapılan imar planına uygun bir yapılaşma için önceki imar planına göre verilen fakat yeni plana uygun

⁸¹⁵ Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, s.142-143.

⁸¹⁶ Günday, op.cit., s.170.

⁸¹⁷ Esin, op.cit., s.294.

⁸¹⁸ D6D, E. 1969/3839, K. 1971/1801, KT. T. 31.05.1971, akt. Esin, op.cit., s. 300.

⁸¹⁹ D6D, E.1971/157, K.1972/2693, KT.27.9.1972, DBB.

olmayan inşaat ruhsatının iptalinin tazminat davasına konu olabileceğine⁸²⁰ ilişkin kararları örnek gösterilebilir.

Her ne kadar Danıştay, bu konuda önüne gelen bu olaylarda tazmine hükmederken, ne kusura dayanmayan sorumluluktan ne de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bahsetmiş olsa da;⁸²¹ yüksek mahkemenin, geri alma işlemlerini hukuka uygun bulup, bu nedenle kişilerin katlanmak zorunda kaldığı zararların, idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği yönündeki değerlendirmeleri, fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayalı bir sorumluluk kurgusuna işaret etmektedir.

4. Kanunların Ve Milletlerarası Antlaşmaların Uygulanması Yoluyla Müdahale

a. Kanunların Uygulanması Sebebiyle Müdahale

Kamu külfetleri karşısında eşitliğin idarenin hukuka uygun eylem ve işlemleri nedeniyle bozulması hallerinin incelendiği bu kısımda, kanunların (ve milletlerarası antlaşmaların) uygulanması yoluyla müdahale başlığı ilk bakışta anlamsız gelebilir. Zira kanuni idare ilkesi gereği kanunun olmadığı yerde idare de yoktur. İdare kuruluş ve işleyişi ile kanuna dayanmalı ve kanunun çizdiği sınırlar içinde, ona uygun hareket etmelidir. İdarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı olan, hukuka uygun eylem ve işlemlerinin her biri de, aslında kanuna dayanan ve kanuna aykırı olmayan, kanunun izin verdiği sınırlar dahilinde tesis edilen işlem ve eylemlerdir.

Fakat burada kanunların uygulanması yoluyla müdahale ve dolayısıyla uygulanmasından doğan sorumluluk ile kastedilen, esasında kanun yapma mantığına, yasama organının genel, soyut kişilik dışı kural koyma mantığına uygun olmayan, ismen belirlenmiş bazı kişilere ya da belli bir faaliyete, duruma ilişkin somut, sürekliliği olmayan hukuk kurallarından oluşan ve en önemlisi hak yaratmaktan ziyade

⁸²⁰ D6D, E.1971/1352, K. 1972/3128, KT.14.11.1972, DBB.

⁸²¹ Danıştay'ın geri almanın hizmet kusuru teşkil edeceğine ilişkin bir kararı ise şöyledir; "...davacıyı vilayetler teşkilatında ücretli bir kadroya tayin ederek 5439 sayılı kanunun 2. maddesi gereğince merkezde çalıştırdığı ve bu suretle kendisine ödenen 514 liranın Sayıştay ilamı ve mahkeme kararı ile davacıdan geri alınmasına sebebiyet verdiği anlaşılan davalı bakanlığın kanuna aykırı bulunan bu idari tasarrufunun tazminatı gerektirir bir hizmet kusuru teşkil edeceği..." (D5D, E.1966/4474, K.1967/3844, KT. 14.06.1967, akt. Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, s.143.)

yükümlülük yükleyen kanunların uygulanmasından doğan sorumluluktur. Çünkü bu türden yasama işlemleri, idareye uygulama için bir hareket serbestisi ya da yorum alanı tanımamaktadır.

Örneğin, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kurumu Kanunu'nun geçici 7'nci maddesinde⁸²² yer alan “bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer” şeklinde ya da 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun geçici 7'nci maddesinde⁸²³ yer alan “Bu Kanunun yayımı tarihinde görev yapmakta olan Kurul Başkan ve üyelerinin üyelikleri bu Kanunun yayımı tarihinde sona erer. Bunlar, atandıkları mevzuata göre kalan görev sürelerinin sonuna kadar görev yapmak üzere ekli (5) sayılı liste ile ihdas edilen Kurul Başkanlık Müşaviri kadrolarına hiçbir işleme gerek kalmaksızın⁸²⁴ atanmış sayılır ve Başkan tarafından belirlenen istişarî görevleri yürütür.” şeklinde yasal düzenlemeler ile birel idari işlemin tipik örneği olan atama, doğrudan yasama işlemi ile yapılmıştır.⁸²⁵ Yasama işlemi idarenin kural koyucu ya da uygulayıcı herhangi bir işlem tesis etmesine gerek kalmaksızın birey üzerinde doğrudan etki ve sonuç doğurmuştur.⁸²⁶

Bu durumda konu kapsamında iki sorunun cevaplandırılması gerekmektedir. Birincisi, bu türden yasal düzenlemeler iptal davasına konu olabilir mi sorusu, ikincisi ise söz konusu yasal düzenlemelerden doğan zarardan idare sorumlu tutulabilir mi sorusudur. Esasında her iki sorunun da cevabı, idare ile işlem, idare ile işlemden doğan zarar arasında illiyet bağı olup olmadığı meselesinin çözümünde saklıdır.

⁸²² Geçici Madde 7.- “Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer. Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı kadro ve görevine, bu Kanunda yer alan şartları taşıyanlar arasından, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde beş yıl süre için yeni atama yapılır. Atama yapıncaya kadar, mevcut DİE Başkanı görevine devam eder.”

⁸²³ Geçici Madde 7 – “(1) Bu Kanunun yayımı tarihinde görev yapmakta olan Kurul Başkan ve üyelerinin üyelikleri bu Kanunun yayımı tarihinde sona erer. Bunlar, atandıkları mevzuata göre kalan görev sürelerinin sonuna kadar görev yapmak üzere ekli (5) sayılı liste ile ihdas edilen Kurul Başkanlık Müşaviri kadrolarına hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır ve Başkan tarafından belirlenen istişarî görevleri yürütür. Bu fıkra ile ihdas edilen Kurul Başkanlık Müşaviri kadroları, herhangi bir sebeple boşalması ve herhalde anılan kadrolara atanmış sayılan Başkan ve üyelerin atandıkları mevzuata göre kalan görev sürelerinin sona ermesi hâlinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu fıkraya göre Kurul Başkanlık Müşaviri Kadrolarına atanmış sayılanlara Başkan ve üye olarak mali ve sosyal haklar kapsamında yapılmakta olan ödemelere, atandıkları mevzuata göre kalan görev süreleri sonuna kadar ikinci fıkra çerçevesinde devam edilir.”

⁸²⁴ abç.

⁸²⁵ Turgut Tan, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu” Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan, C. II, Ankara, A.Ü. Yayınları, 2015, ss.1059-1069, s.1062

⁸²⁶ Tan, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, s.1060

Yukarıdaki örnekten hareketle, idare ile Sermaye Piyasası Kurulu Başkan ve üyelerinin üyeliklerinin sona ermesi arasında bir ilişki olmadığı, bir başka ifadeyle görevin sona erdirilmesine ilişkin idareye isnat edilebilecek bir işlemin yani idari işlemin var olmadığı şeklinde idari yargı yolunu kapatan bir yaklaşım, bu görevden almanın eğer yasa anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne gidip iptal edilmezse, ki bu ayrı bir yargı kolunun görev alanında (anayasa yargısı) olan ve daha önemlisi bireyin doğrudan başvuramayacağı⁸²⁷ bir yöntemdir, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Bu türden işlemlerin iptal davasına konu olabileceğine ilişkin bir yorum ise, söz konusu işlemlerin yargı denetimine tabi olmasını yani denetlenebilmesini sağlayacaktır. Nitekim Danıştay da yasal düzenleme ile görevden alma, başka bir göreve atama gibi bireylerin hukuki durumlarını doğrudan etkileyen hükümlerin uygulanmasının, idari davaya konu olabilecek “*fili olarak yerine getirilen bir icrai işlem*”⁸²⁸ olduğu kanaatindedir.

Yakın tarihli bir kararında, davacının, yasal düzenleme gereği, (başka hiçbir işleme gerek olmaksızın) Milli Eğitim Müdür Yardımcılığı görevine son verilip eğitim uzmanı unvanıyla atanması işleminin iptali ve atamaya dayanak teşkil eden 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye yasayla eklenen Geçici 10’uncu maddenin 3’üncü, 4’üncü ve 5’inci bentlerinin Anayasa aykırı nitelik taşıdığından bahisle Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle açtığı davada, ilk derece mahkemesi, idari işlemin var olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş fakat Danıştay “*Yasa’da emredilen hususu uygulamaya koyan ve bağlı yetki içerisinde tesis edilen ... işlemin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğu*” sonucuna ulaşarak idare mahkemesinin kararını bozmuştur.⁸²⁹

Aksi yönde bir değerlendirmenin bireyin hukuki statüsü üzerinde etki ve sonuç doğuran bazı işlemlerin yargı denetimi dışında kalmasına sebep olacağı, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı göz önüne

⁸²⁷ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45/3: “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*”

⁸²⁸ D2D, E.2014/9392 K.2015/3585 KT.01.04.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

⁸²⁹ D2D, E.2018/2523 K.2018/6361 KT.15.11.2018, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

bulundurulduğunda; söz konusu işlemlerin iptal davasına konu edilebilir olması, hak yaratmaktan ziyade yükümlülük yükleyen ve bir hak ihlaline sebep olması olası bu tür işlemlerden doğan zararların da idare tarafından karşılanabileceği yönündeki düşüncenin temelini sağlamlaştırmaktadır.

Şüphesiz kanun koyucu ilgili yasal düzenlemeyi yaparken bu düzenlemenin uygulanmasından doğan zararların tazmin edileceğini açıkça belirtebilir (yahut hukuk devleti ilkesine aykırılığı bir kenara bırakılırsa yasaklayabilir).⁸³⁰ Hatta tazmin şeklini, usulünü, şartlarını ve dayandığı sorumluluk ilkesini açıkça ortaya koymasının önünde de bir engel yoktur. Belirlediği tazmin usulü, şartları ve kapsamı hakkında anayasal ilke ve kurallara aykırılık olduğu kanaatiyle ya da kanundan doğan zararların tazmini için yargı yolunun kapalı olduğuna dair bir düzenleme için anayasa yargısına başvurulmasının önünde bir engel yoktur. Fakat bu başlık altında tartışılacak ve cevap aranacak olan, bireylerin hukuki statüsünü idari işlem tesisine gerek olmadan doğrudan etkileyen yasal düzenlemelerin zarara sebep olma ihtimalinde, izlenecek hukuki yolun yasa da açıkça belirtilmediği hallerde, yasa bir hak ihlaline yol açarsa, bu zararın idarenin sorumluluğuna yol açıp açmayacağı; eğer açacaksa hangi sorumluluk ilkesine dayanılarak tazmin edileceğidir.

Literatürde bu türden kanunların uygulanmasından doğan zararlardan devletin sorumlu olduğu ve bireyin özel ve olağanüstü bir zararının söz konusu olması durumunda bu zararın idare tarafından fedakârlığın denkleştirilmesi esasına göre tazmin edilmesi gerektiği görüşü hakimdir.⁸³¹ Türk yargı kararlarına baktığımızda ise, Danıştay'ın düşüncesi, kanunların uygulanmasından doğan özel ve olağanüstü zararlardan⁸³² idarenin sorumlu olduğu yönündedir.

⁸³⁰ Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1261 vd.; Ragıp Sarıca, “Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes'uliyeti Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1944, Cilt 10, Sayı 1-2, ss.95 – 162, s.151, 152; Cemal Aygen, *Teşri'i Faaliyetinden Dolayı Devletin Hukuki Mesuliyeti*, Ankara, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1955, s.11

⁸³¹ Sarıca, “Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes'uliyeti Meselesi”, s. 159, 160; Aygen, op.cit., s. 96. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 347-349; Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1262.

⁸³² Kanunların uygulanmasından kaynaklanan fakat özel ve olağandışı nitelikte olmayan zararlardan idarenin sorumlu olmayacağı yönünde bkz. D12D, E.1965/3669, K.1966/547, K.T.23.02.1966, DD, S. 100-102, s. 401-403: “Teşrii organınca kanunlarda yapılan değişikliklerin dikkate alınması idarece de bir zaruret olmakla bunların emredilen şekilde uygulanmasından doğan zarardan dolayı idareler sorumlu tutulamaz. Olayda 25.05.1964 tarihinde yürürlüğe giren 7. maddesi ile 5383 sayılı gümrük kanununun 5. Maddesini yürürlükten kaldıran 474 sayılı kanuna istinaden gümrük giriş tarife cetvelindeki nisbetler üzerinden vergi tahakkuk ettirilmiştir. Kanun hükümlerinin tatbikinden doğan

Bu konuda *Duran* tarafından aktarılan⁸³³ 1973 tarihli karar,⁸³⁴ Danıştay'ın kanunları uygulanmasından doğan idarenin sorumluluğunu kabul eden tespit edebildiğimiz ilk karardır. Karara konu olan yasal düzenleme özel yüksekokulların statüsünün değiştirilip resmi yüksekokul haline dönüştürülmesine ilişkindir. Bu yasal düzenleme ile özel yüksekokulda sekreter olarak çalışan kişinin, resmi statüye geçince maaşı da doğrudan etkilenmiş ve kişi maaşı azaldığı için istifa etmiş, sonrasında eski maaşıyla yenisi arasındaki farkın tazmini için dava açmıştır. Danıştay,

“Yasama organınca kamu yararı gözetilerek ve kamu yararını gerçekleştirmek için kanunla yeni bir düzenlemeye gidildiğinde bundan bir kısım vatandaşların zarar görmesi de mümkündür. Ancak böyle yeni bir düzenlemeye gidilirken, genellik ve eşitlik ilkesine uygun surette kanun yapmak görevi ile yükümlü olan yasama organınca, kanuna muhtemel kişi zararlarının ne surette karşılanacağı konusunda hükümler konulmamış olmasından hareketle bir kısım kimselerin vaki zarara katlanması gerektiği sonucuna varmaya imkân yoktur. Kanunun tatbikıyla ilgili idarenin, meydana gelen zararları karşılamaktan kaçınması, idarenin tutumundan doğan bir sorumluluğa vücut vermekte ve idarenin fiili ile ilgili böyle bir tazminat davasının incelenmesi gerekir.”

diyerek esasında açıkça zikretmemiş olsa da, yasa koyucunun genellik ve eşitlik ilkesine uygun kanun yapmakla görevli olduğuna ve kamu yararı için tesis edilen yasanın bir ya da birkaç bireye zarar vermesi durumunda bu zararın idarece karşılanması gerektiğine ilişkin ifadeleri ile hukuka uygun kanunun uygulanmasından kaynaklanan zararların tazminini fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandırdığı söylenebilir.⁸³⁵

Danıştay'ın 1973 tarihli bu kararının ardından günümüze dek, konumuz kapsamında atıfta bulunabileceğimiz ikinci ve son karar, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) üyeleri ile ilgili yasal düzenlemeye karşı açılan davada verilen karardır.⁸³⁶

bu muamelelerden dolayı idare, taminatla yükümlü tutulamayacağından davanın reddine...” Bu kararın diğer bir farkı da birey üzerinde doğrudan etki ve sonuç doğuran bir niteliğinin olmamasıdır.

⁸³³ *Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.XI.

⁸³⁴ D12D, E. 1971/3770, K. 1973/445, KT. 20.02.1973, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 6, S. 3, s. 169-171.

⁸³⁵ Tan, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, s. 1065.

⁸³⁶ DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, KT. T. 29.04.2010, <https://www.lexpera.com.tr/>, (02.03.2021).

4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun geçici 3'üncü maddesi ile “*Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. (...)*” şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Atandığı dönemdeki yasaya göre (Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu) görev süresi altı yıl olan ve yasada yer alan istisnai haller haricinde görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemeyen BDDK üyelerinden bazıları, getirilen değişiklik üzerine görevine son verilince idare mahkemesinde dava açmıştır. Aynı zamanda geçici 3'üncü maddenin Anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuş, kuralın itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi sonucunda Anayasa Mahkemesi kuralı iptal etmiştir.⁸³⁷

Diğer Kurul üyelerinin açtığı dava sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararı üzerine, değişiklikten önce BDDK üyesi ve ikinci Başkanı olan davacı, kalan görev süresini tamamlama veya bunun mümkün olmaması halinde görev süresine ilişkin maddi ve özlük haklarının ödenmesi istemiyle idareye başvurmuştur. Başvurusunun reddi üzerine de, ilgili idarelerin işlemlerinin iptali ve maddi ve manevi tazminat istemiyle ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay 12'inci Dairesi, Anayasa Mahkemesinin kararlarının geriye yürümeyeceğine ilişkin anayasal hüküm gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Temyiz incelemesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, ilk derece mahkemesi kararının, davacının maddi ve manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmını bozmuştur. İdari Dava Daireleri Kurulu bu kararında öncelikle devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumsuzluğunun esas olduğunu fakat bazı hallerde sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüşü desteklemek için, Conseil d'État'nın kanunların uygulanmasından doğan özel ve olağanüstü zararların, kanun koyucunun

⁸³⁷ “... Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır. 4389 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde Kurul üyeliklerine atananlar için görev süreleri dolmadan görevlerinden alınamayacakları öngörülerek güvence getirilmişken bu güvence, iptali istenilen kural ile Başkan dışındaki Kurul üyeleri için ortadan kaldırılmıştır. Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' denilmektedir. Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.” AYM, E. 2003/112, K. 2006/49, KT. 06.04.2006, RG. 29.11.2006 - 26361.

sorumluluğu dışlayan bir iradesi yoksa kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiği hakkındaki ilk kararı olan 1938 tarihli La Fleurette kararına⁸³⁸ atıf yapmıştır. Fakat ardından ,

“Anayasa Mahkemesi anılan kararında Yasa kuralını irdelerken hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğini belirtmiş ve söz konusu kuralın bu özelliklere sahip olmadığını ve bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulamayacağını özellikle vurgulamış olup; sonuçta davacının Yasa kuralı gereği de olsa görevden alınmasının hukuka aykırı olduğunu bu kararıyla açıkça ortaya koyduğundan; bu kural uyarınca görevden alınan davacıya oluşan maddi zararının, davalı idarece hizmet kusuru esasları uyarınca ödenmesi hukuk devletinin gereğidir.”

ifadeleriyle, kanunların uygulanmasından kaynaklanan zararın tazminini idarenin kusur sorumluluğuna dayandırmıştır.

Kararda atıf yapılan Conseil d'État'nın, devletin kanunların uygulanmasından doğan sorumluluğunu ilk kez kabul ettiği La Fleurette kararıyla, Danıştay'ın BDDK kararı arasındaki ilk bakışta anlaşılacak fark, La Fleurette kararında zararın tazmininde kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin, BDDK kararında ise hizmet kusurunun dayanak gösterilmesidir.

İkinci fark, La Fleurette kararının aksine, BDDK kararında zarara sebep olduğu iddia edilen yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılığının tespit edilmiş olmasıdır. Bir başka deyişle zararın hukuka aykırı bir yasadandır doğmuş olmasıdır.

⁸³⁸ Danıştay'ın kararında atıf yaptığı Conseil d'État'nın La Fleurette kararına konu olan olay, doğrudan süttten krema üreten şirketlerin, başka maddelerle karıştırılarak doğal kremaya nazaran daha ucuz mal olan işlem görmüş krema üreten şirketlerle rekabet edememesi ve bunun yarattığı huzursuzluğun neticesinde, doğrudan süttten elde edilmeyen krema üretimi ve satışının bir yasa ile yasaklanmasıdır. Faaliyeti yasa ile yasaklanan, süt yer fıstığı ve yumurtadan işlem görmüş krema üreten La Fleurette isimli şirketin zararının tazmini isteğinin idare tarafından reddedilmesi üzerine açtığı davada Conseil d'État zararın kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiğine, devletin yasama faaliyetlerinden doğan sorumluluğuna karar verirken, iki şartın varlığını aramıştır. Birincisi, yasa koyucunun yasanın uygulanmasıyla meydana gelebilecek zararların tazminini dışlamamış olması ikincisi zararın özel ve anormal olmasıdır. Tan, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, s.1067 vd. ; Aygen, op.cit., s.83; Sarıca, “Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes'uliyeti Meselesi”, s.45 vd. Gözler, *İdare Hukuku, C.II*, s.1264 vd.; Brown, Bell, op.cit., s. 199.

Üçüncü fark ise, BDDK kararının aksine, La Fleurette kararına konu olan yasanın belli ya da belirlenebilir kişi ya da belli bir faaliyete ilişkin, somut, sürekliliği olmayan bir hukuk kuralı olmamasıdır. La Fleurette kararında, doğrudan süttten elde edilmeyen işlenmiş krema ürünlerinin üretimine ilişkin yasak getiren kanun, bu tanımlanan faaliyette bulunan o andaki kişi ya da ortaklıkların yanında geleceği de kapsamaktadır. Yani belli bir sürekliliği vardır. BDDK kararındaki gibi belirli sayıda üyenin yalnızca onlar için geçerli olacak şekilde görevlerine son verilmesi, başka bir göreve atanmaları gibi somut ve kişiye özgü değildir.

Bu farkın bir diğer önemi, ağır fedakârlık meselesindedir. La Fleurette kararına konu olan yasada, faaliyetin yasaklanması, bu faaliyette bulunan ya da bu yasağın etkilediği herkesin zararının özel ve olağanüstü olduğu anlamına gelmez. Söz konusu yasanın verdiği zararın belirli bir ağırlıkta olduğunun ve zarara uğrayanın toplumun bu şekilde etkilenen belirli üyelerinden biri olduğunun ayrıca kanıtlanması gerekir.⁸³⁹ Oysa BDDK kararındaki gibi, sayıca ve hatta ismen belirli bir grup bireye hak yaratmaktan ziyade yükümlülük yükleyen hukuk kurallarının salt varlığı özel ve olağanüstü zarardır. Zira yasa koyucunun kamu yararını gözeterek ve kamu yararı amacıyla yaptığı yasal düzenleme, bu örnekte, belirlenebilir bir kişi grubunu toplumun geri kalanının katlanmak zorunda kalmadığı bir külfetle yüklemektedir. Bu türden yasal düzenlemelerin verdiği zararın özel ve olağanüstü olup olmadığının araştırılmasına gerek olmaksızın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği karşılanması gerekir.

Danıştay'ın söz konusu zarardan idareyi hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle sorumlu tutmasının nedeni, karardan anlaşıldığı üzere, kanun hükmünün anayasaya aykırılıktan dolayı iptal edilmiş olması ve Danıştayca zararlı idarenin işlemi arasında sebep sonuç ilişkisi kurulmuş olmasıdır.

Öncelikle yasal düzenleme anayasaya aykırılıktan iptal edilmiş olsa da, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği şeklindeki anayasal hüküm gereği, idarenin geçmişe yönelik etki ve sonuç doğuracak işlem tesis edebilmesi mümkün değildir. Tersinden ifade edersek, idarenin göreve iade talebini reddetmesi, geriye dönük maaş ve özlük hakları iade etmemesi bir hizmet kusuru değil, anayasal hükmün gereğidir. Elbette bu idari işlem dava konusu edildiğinde ve bu süreçte anayasa

⁸³⁹ Tan, "Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu", s.1068.

mahkemesince yasal düzenlemenin iptali kararı verildiğinde, bu kararın geriye yürümesi hali ayrıdır.⁸⁴⁰

Burada bir eleştiri olarak genel, soyut, kişilikdışı düzenleme içermeyen bu türden yasaların iptali kararlarının geriye yürümesi gerektiği de savunulabilir. Zira süreklilik arz etmeyen bu yasal düzenlemeler geçmişe yürüme yasağının bir istisnası olarak görülmezse iptal kararının da bir anlamı kalmayacaktır.⁸⁴¹ Ancak bu savunu Danıştay'ın söz konusu kararında Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini belirtip ardından doğan zarardan idareyi hizmet kusuru gerekçesiyle sorumlu tutmasının bir gerekçesi olamayacaktır.

İdarenin kusurlu sorumluluğuna kanaat getiren Danıştay'ın diğer dayanağı, *“Olayda ise, davacının görevinin, bizzat Yasada yer alan “...kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer” kuralının idarece uygulanması nedeniyle sona erdiği açıktır.”* ifadesiyle zararlar idarenin işlemi arasında sebep sonuç ilişkisi olduğu iddiasıdır.

Oysa zararın esas sebebi yasal düzenlemedir. BDDK üyesinin görevden alınması ve tekrar göreve başlatılmaması, görev süresi sonuna kadar alması gereken maaş ve özlük haklarına ilişkin talebinin karşılanmaması, bizzat yasanın kendisinden kaynaklanmaktadır. Zira 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun geçici 3'üncü maddesi ile, *“Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. (...)”* şeklinde bir hüküm getirilmiştir.

Bu durumda idarenin hangi işlemi ile zarar arasında sebep – sonuç ilişkisi kurulacaktır? Hangi işlemi hizmetin geç ya da kötü işlemesine yahut hiç işlememesine neden olmuştur? Mahkemenin, idarenin işlemi ile zarar arasında illiyet bağı olduğu iddiasını temellendirebilmek çok güçtür.

Anılan kararda olması gereken, kamu külfetleri karşısında eşitliğin, araya bir idari işlem girmesine gerek kalmaksızın, doğrudan yasal düzenlemenin kendisi

⁸⁴⁰ Ali Ülkü, Azrak, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, ss.151-168, s. 167; Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 2003, s. 77-78.

⁸⁴¹ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2020, s.569; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Beta, 2013, s.262.

sebebiyle bozulduğunun belirtilmesi ve dolayısıyla kanunların uygulanmasından doğan sorumluluk kapsamında, kusura dayanmayan sorumluluk uyarınca idarenin tazminle yükümlü kılınmasıdır.

Fakat ne yazık ki son yıllarda Danıştay bu türden yasal düzenlemelerin iptali ve tazminat istemiyle açılan davalarda, idarenin sorumluluğunu reddeden kararlar vermektedir. Bu kararların çıkış noktası, BDDK düzenlemesine benzer türde bir kanunla,⁸⁴² kanun hükmünde sayılan kadrolardaki kişilerin görevlerinin, maddenin yayımı tarihinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceğine dair düzenleme yapılması, bu hükmün de Anayasa Mahkemesi tarafından hukuki güvenlik hakkının ihlali sebebiyle iptal edilmesidir.⁸⁴³

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, bu maddede sayılan görevlerde bulunup, yine bu madde uyarınca görevleri sona eren bireyler, göreve iade istemiyle idareye başvurmuştur. İdarenin istemi reddinin ardından idari yargıda açılan davalar da reddedilmiştir.⁸⁴⁴ Bu davalarının birinin temyiz yolunda Danıştay, söz konusu maddenin iptali kararının geriye yürümeyeceğini yalnızca Anayasa m.152/3 gereği iptal kararından önce dava açıp itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuranların bu iptalden yararlanabileceğini belirtmiştir. Ardından davacının iptal kararından önce, yasal düzenleme uyarınca İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünden alınıp Eğitim Uzmanı olarak atanmasına karşı idari bir başvuruda bulunmadığı veya dava açmadığından atama

⁸⁴² 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye 6528 sayılı Kanununun 25. maddesi ile eklenen, geçici 10. maddesinin 3. Fıkrası: “ *Millî Eğitim Bakanlığı merkez teşkilatında Talim ve Terbiye Kurulu Üyesi, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, İnşaat ve Emlak Grup Başkanı ve Grup Başkanı kadrolarında bulunanlar ile Bakanlık taşra teşkilatında İl Müdürü, İl Millî Eğitim Müdür Yardımcısı ve İlçe Millî Eğitim Müdürü kadrolarında bulunanların görevleri bu maddenin yayımı tarihinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Bunlardan Talim ve Terbiye Kurulu Üyesi, Müsteşar Yardımcısı ve Genel Müdür kadrolarında bulunanlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına, Grup Başkanı ve İl Müdürü kadrolarında bulunanlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Grup Başkanı ve İl Müdürü kadrolarına, diğerleri ile geçici 3 üncü maddeye istinaden şahsa bağlı Şube Müdürü kadrolarında bulunanlar ise ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Eğitim Uzmanı kadrolarına, hâlen buldukları kadro dereceleriyle hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır. Ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen kadroların herhangi bir sebeple boşalması hâlinde bu kadrolar hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.*”

⁸⁴³ AYM, E. 2014/88, K. 2015/68, KT. T. 13.07.2015, RG. 24.04.2015 - 29424.

⁸⁴⁴ D2D, E.2016/15486 K.2017/2434 KT. 28.3.2017; D2D, E.2016/15265 K.2017/2432, KT. 28.3.2017; D2D, E.2016/4047, K.2017/1769, KT.8.3.2017; D2D, E.2016/15573 K.2017/2211, KT.21.3.2017; D2D, E.2016/13131, K.2018/2318, KT.4.4.2018; D2D, E.2016/15266, K.2017/2213, KT.21.3.2017; D2D, E.2016/15002, K.2017/2435, KT.28.3.2017; D2D, E.2016/13500, K. 2016/5196, KT.29.11.2016; D2D, E.2016/15142, K.2017/2209, KT.21.3.2017; D2D, E.2016/14661, K.2017/2013, KT.15.3.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (12.03.2021).

işleminin kendisi için kesinleştiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak kesinlik kazanan bu işlemin, yasal düzenlemenin iptali kararından etkilenmeyeceği gerekçesiyle, idare mahkemesinin göreve iade işleminin reddine ilişkin işlemin iptaline ve maddi tazminata hükmettiği kararını bozmuştur.⁸⁴⁵

b. Milletlerarası Antlaşmaların Uygulanması Sebebiyle Müdahale

Türk hukukunda usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmalar Anayasanın 90'ncı maddesine göre kanun hükmünde olduğundan, bu türden milletlerarası antlaşmalardan doğan hak ihlallerinden devletin sorumluluğu meselesi, kanunlardan doğan zararların tazmini konusuyla büyük ölçüde benzerdir.

Tıpkı kanunlarda olduğu gibi, milletlerarası antlaşmalarda da antlaşmanın uygulanmasının sebep olacağı bireysel zararların tazmin edileceği ve bunun şekli ve usulü sözleşmede belirtilebileceği gibi, tam tersine tazmini yasaklama yoluna da gidilmiş olabilir. Bu iki ihtimalin dışında daha sık rastlanan, antlaşmanın bireysel zararlara sebep olacağına dair bir öngörüü içermemesi ve dolayısıyla tazmine ilişkin bir hükmün antlaşmada yer almamasıdır.

İlk iki ihtimalde problem yoktur. Antlaşmanın, uygulanmasından doğan bireysel zararların tazminine ilişkin hüküm içermesi durumunda normlar hiyerarşisi uyarınca idarenin bu hükme uyması, zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Doğabilecek bireysel zararların tazmininin antlaşma hükmüyle yasaklanması durumunda ise, kanunlardan farklı olarak anayasal hüküm uyarınca (m.90/son) hükmün anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktır. Devletin sorumluluktan muaf tutulması durumunda idare de idari yargı mercileri de bu hükümlere uymak mecburiyetindedir.⁸⁴⁶

Antlaşmada doğabilecek bireysel zararların tazminine ilişkin herhangi bir hüküm yer almaması ihtimalinde, idarenin sorumluluğundan bahsedilebilir mi, bahsedilebilirse hangi sorumluluk esasına dayanılması gerekir, sorularının cevaplanması gerekir.

Devletlerin ortak iradelerini yansıtan milletlerarası hukukun bir ürünü olan ve ulusal bir mahkeme tarafından hukuka uygunluğu denetlenemeyen bu antlaşmaların

⁸⁴⁵ D2D, E.2016/13131, K.2018/2318, KT.4.4.2018. <https://www.lexpera.com.tr/>, (12.03.2021).

⁸⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1262.

uygulanmasının idarenin kusurlu sorumluluğuna sebep olması düşünülemezdir. Elbette burada idarenin antlaşma hükümlerine aykırı davranması, eksik ya da yanlış uygulaması durumundan değil doğrudan hükmün gereğinin yerine getirilmesinden söz edilmektedir. Öte yandan idari yargı mercilerinin de bir hizmet kusuru değerlendirmesi yapabilmesi, anayasaya aykırılığı iddia edilemeyen, ulusal hukuka uygunluk denetime tabi olmayan milletlerarası antlaşmalar karşısında zaten mümkün değildir.

Literatürde de ifade edildiği gibi, milletlerarası antlaşmaların uygulanmasından doğan bireysel zararların, idare tarafından kusura dayanmayan sorumluluk başlığı altında fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanılarak tazmin edilmesi gerekmektedir.⁸⁴⁷

Conseil d'État'nın konuya ilişkin, milletlerarası antlaşmalardan doğan zararların, devletçe fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak tazmin edileceğine ilişkin kararları bulunmakla birlikte,⁸⁴⁸ Türk hukukunda konuya dair verilebilen tek örnek, Danıştay'ın 1998 yılında verdiği bir karardır.

Karara konu olay, her ne kadar bir milletlerarası antlaşmadan doğan bireysel zarar olarak aksettirilse de esasında idari işleme dayanmaktadır. Şöyle ki, bir Türk vatandaşının Suriye'deki mülküne 1966 yılında Suriye Devleti tarafından el konulması üzerine Bakanlar Kurulu, 1927 Tarihli ve 1062 sayılı Hudutları Dâhilinde Tebaamızın

⁸⁴⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1270; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1262.

⁸⁴⁸ Conseil d'État'nın 1966 tarihli Compagnie générale d'énergie radio-électrique kararı Fransız hukukunda bu konunun ilk örneğidir. "Compagnie Générale D'énergie Radio-Électrique" isimli şirketin mülkiyetindeki radyo istasyonu 2. Dünya savaşı sırasında alman işgal kuvvetlerinin eline geçmiş ve savaş süresinde bu istasyondan yaun yapılmıştır. 1907 tarihli "Lahey Sözleşmesine" göre işgal güçlerinin el koyma nedeniyle verdikleri zararı savaş bittikten sonra karşılanması gerekmektedir. Fakat söz konusu şirket zararını almanyanın başka bir takım uluslararası antlaşmalar imzalaması sebebiyle tazmin edemediğinden Fransız devletine karşı idari yargıda zararının tazmini istemiyle dava açmıştır. Conseil d'État tıpkı kanunların uygulanmasından kaynaklanan zararlardan devletin sorumluluğu meselesinde olduğu gibi burada da zararın devletçe kamu külfetleri karşısında eşitlik esasına dayanılarak tazmin edilebilmesi için, antlaşma tarafından zararın tazmininin yasaklanmamış olması" ile "zararın özel ve anormal" olması şeklinde iki şart belirlemiştir. Fakat davaya konu olayda zarar savaş sebebiyle meydana geldiğinden, zararın anormal fakat özel olmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1271; Çağlayan, op.cit., s. 373. Diğer bir örnek de, Conseil d'État'nın 1976 tarihli Ministre des affaires étrangères c. consorts Burgats kararıdır. Diplomatik muafiyeti bulunan kişiye kiraladığı evin kirasını alamayan ev sahibi, muafiyetten ötürü kiracıya karşı tahliye davası açamamış bunun üzerine zararının tazmini için Fransız devletine karşı dava açmıştır. Conseil d'État, "Compagnie Générale D'énergie Radio-Électrique" kararında ortaya koyduğu iki şartın, antlaşmada devletin tazminden muaf tutulmadığı ve zararın özel ve anormal olduğu şartlarının gerçekleştiği gerekçesiyle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında zararın giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Brown, Bell, op.cit., s. 199; Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1271; Çağlayan, op.cit., s.374.

Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkındaki Kanunun 1'inci maddesine⁸⁴⁹ dayanarak Türkiye'deki Suriye vatandaşlarına ait taşınmazlar üzerine birtakım kısıtlayıcı tedbirlerde bulunmuştur. Ardından iki devlet arasında imzalanan 26 Şubat 1971 tarihli protokolle bu tedbirler kısmen kaldırılmış ve Suriye'deki mülküne el konulan Türk vatandaşına, Türkiye'deki Suriye uyruklu kişilere ait arazi kiralanmıştır. Ancak 1984 yılında çıkarılan bir genelgeyle bu kiralama uygulamasından vazgeçilmesi üzerine Türk vatandaşı, idari yargıda zararlarının tazmini için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, söz konusu emlak sorununun çözümü konusunda Türkiye ve Suriye Hükümeti arasında 9.5.1972 tarihli bir protokol hazırlandığı, ancak bu protokolün onay belgesi teatisinin Başbakanlık talimatıyla durdurulduğu, 9.2.1983 tarihinde imzalanan başka bir protokolün de yürürlüğe konulmadığı gerekçesiyle, sorunun çözümüne ilişkin uluslararası antlaşmaların iç hukukta yürürlüğe girip bağlayıcılık kazanabilmesi için gerekli prosedürün işletilmemesinden ve bu nedenle Türk vatandaşının uğradığı zarardan idarenin kusurlu sorumluluğu olduğu yönünde karar vermiş, bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.⁸⁵⁰

Danıştay'ın bu kararı, olayda idarenin bir işlemi olmadığı bir hükümet tasarrufu söz konusu olduğu, dolayısıyla idarenin kusurundan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, meydana gelen zarar, antlaşmadan ya da idarenin antlaşma kapsamında aldığı bir tedbirden değil, Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin imzalanan uluslararası antlaşmayı birtakım sebeplerle iç hukukta yürürlüğe koymamasından yani bir hükümet tasarrufundan kaynaklandığı için idarenin kusurundan bahsedilemeyecektir.⁸⁵¹ Burada bir sorumluluk ilkesinden bahsedilecekse, bunun fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olması gerektiği, zira milletlerarası antlaşmadan doğan bireysel zararların fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak tazmin edilebileceği ifade edilmiştir.⁸⁵²

⁸⁴⁹ Madde 1: “İdari mukarrerat veya fevkalade veya istisnai kanunlarla Türkiye tebaasının hukuku mülkiyetini kısmen veya tamamen tehdit eden devletlerin Türkiye'deki tebaasının hukuku mülkiyeti dahi Cumhurbaşkanı kararıyla Hükümet tarafından mukabele-i bilmisil olmak üzere kısmen veya tamamen tehdit ve menkulat ve gayrimenkulatına vaziyet olunabilir.” (02/07/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 4. maddesiyle, bu fıkırdaki yer alan “İcra Vekilleri Heyeti” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir.)

⁸⁵⁰ D10D, E. 1997/3728, K. 1998/1374, KT.02.04.1998, <https://www.lexpera.com.tr/>, (12.03.2021).

⁸⁵¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1274.

⁸⁵² Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, s.1274; Çağlayan, op.cit., s.375.

Esasında bu olayda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak zararın tazmin edilebileceğini söylemek zor ve örneğini Fransız hukukunda gördüğümüz milletlerarası antlaşmalardan doğan zararların tazminine ilişkin ilkelere aykırıdır. Zira milletlerarası antlaşmalardan doğan bir bireysel zarardan söz edebilmek için bu zararın antlaşmanın bir tarafça çeşitli sebeplerle uygulanmamasından değil doğrudan milletlerarası antlaşma hükümlerinden, bu hükümler uyarınca idare tarafından alınan tedbirlerden doğmuş olması gerekir. Oysa karara konu olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla milletlerarası antlaşmalardan doğan zararların, fedakârlığın denkleştirilmesi esas alınarak karşılanmasına bir örnek değildir.

Olay, idare mahkemesinin ve kararı onayan Danıştay'ın da belirttiği gibi idarenin kusuruna dayanmaktadır. Ancak olaydaki hizmet kusuru, Danıştay'ın kararında belirttiğinin aksine, Türkiye ve Suriye arasında 1972 tarihinde imzalanan protokolün Türk hükümeti tarafından yürürlüğe konulmaması gerekçesine dayanmamaktadır. Zira bu irade, yürütmenin yabancı ülkelerle arasındaki diplomatik ilişkilerinde sahip olduğu geniş takdir yetkisine dayanmaktadır ve hükümet fonksiyonu kategorisindeki bu iradenin kusurlu bir idari işlem olduğunu söylemek güçtür.

Olaydaki kusur, 1984 yılında çıkarılan 91 sayılı genelge uyarınca kiralama uygulamasından vazgeçilmesi durumudur. Davacı da, söz konusu genelgeyle kiralama uygulamasından vazgeçilmesi üzerine zararlarının tazmini için dava açmıştır. Zira 1062 sayılı kanunun 1'inci maddesinde,⁸⁵³ Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşının taşınmazlarını sınırlayan devletlerin, vatandaşlarının Türkiye'deki taşınmazlarının, idari işlem veya kanunla mukabele bilmisil olarak kısmen veya tamamen sınırlanabileceği, bu taşınmazlardan elde edilen gelirin, taşınmazı kısıtlanan Türk vatandaşlarına zararlarının karşılığında verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla idarenin yasal düzenleme uyarınca, yabancı devletlerde taşınmazları kısıtlanan Türk vatandaşlarının zararlarını karşılama yükümlülüğü olduğu açıktır. İdarenin söz konusu maddedenin

⁸⁵³ 28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun Madde 1 – “İdari mukarrerat veya fevkalade veya istisnai kanunlarla Türkiye tebaasının hukuku mülkiyetini kısmen veya tamamen tahdit eden devletlerin Türkiye'deki tebaasının hukuku mülkiyeti dahi icra Vekilleri Heyeti kararıyle Hükümet tarafından mukabelei bilmisil olmak üzere kısmen veya tamamen tahdit ve menkulat ve gayrimenkulatına vaziyet olunabilir. Vaziyet edilen emvalin varidatı ve ledelicap tasfiyelerinden mütevelit hasılatı, vesaike istinaden isbat edecekleri zarar nispetinde, zarar gören Türk tebasına tevzi olunur.”

kapsamına giren dava konusu olayda, davacının zararını karşılamaması hizmet kusuru olduğunu göstermektedir.

C. İDARENİN YAŞAM VE SAĞLIK HAKKINA HUKUKA UYGUN MÜDAHALESİ

Yaşam ve sağlık hakkına müdahale başlığı altında, idarenin sağlık hizmetleri ve eğitim hizmetleri yoluyla bireyin yaşam ve sağlık hakkına müdahalesi ile kamu görevlilerinin ve kamu hizmetine gönüllü katılanların vücut bütünlüğüne yönelik uğradığı zararlar ele alınacaktır.

Bu kapsamda özel kanunlarla düzenlenen,⁸⁵⁴ kamu görevlilerinin yerine getirdikleri kamu hizmeti nedeniyle yahut sivillerin bir terör saldırısı nedeniyle maruz kaldıkları sağlık sorunları, sakatlık, hastalık, ölüm gibi hallerde gazilere, şehit yakınlarına nakdi tazminat ödenmesi, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından aylık bağlanması, bazı kamu hizmetlerinden ücretsiz ya da indirimli yararlandırılması, öğretim ve sağlık yardımı gibi imkanlar, kamu külfetleri karşısında eşitliğin sağlanması adına yapılmış yasal düzenlemelerdir.

Fakat bu başlık altında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin gözetildiği söz konusu yasal düzenlemeler değil, yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahaleler söz konusu olduğunda ve konu hakkında herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığında yargı mercilerinin ne yönde hareket ettiği incelenecektir.

1. İdarenin Sağlık Hizmetleri Sebebiyle Bireyin Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahalesi

a. Danıştay'ın Sağlık Hizmetleri Alanında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Dışlayan İçtihadı

Dünya Sağlık Örgütünün genel kabul gören tanımıyla “*yalnızca hastalık ya da sakatlığın bulunmaması durumu değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik*

⁸⁵⁴ 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve bu kanuna atıf yapan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu.

hali”⁸⁵⁵ olan, insanın gelişimi ve diğer tüm haklarını kullanabilmesi için zorunlu⁸⁵⁶ sağlık kavramı, aynı zamanda temel bir insan hakkı olan sağlık hakkının konusudur. Zira yine Dünya Sağlık Örgütü’nün ifadesiyle, erişilebilir en yüksek sağlık standardı, hiçbir ayırım olmaksızın her insanın temel hakkıdır.⁸⁵⁷

Anayasanın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17’nci maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56’ncı maddesinde, devletin; “*herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini*” düzenleyeceği ve “*bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek*” yerine getireceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden, tüm vatandaşların yaşama haklarının, devlet güvencesi ve onun pozitif yükümlülüğü kapsamı içinde koruma altında olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 17’nci maddesinde düzenlenen “yaşama hakkı” yalnızca yaşamını sürdürmek anlamında değil, “sağlıklı yaşama hakkı”na da sahip olmak anlamındadır. Zira sağlık hakkının varlığı ve korunması, yaşam hakkı için zorunludur. Bireyin fiziksel, ruhsal ve sosyal sağlığı açısından elverişli koşulların olmadığı bir çevrede yaşam hakkının gözetildiğinden söz etmek mümkün değildir.⁸⁵⁸ Yaşam hakkıyla doğrudan bağının yanında, kötü muamele yasağı, sosyal güvenlik hakkı, kişisel verilerin korunması gibi birçok hakla da yakından ilgilidir.⁸⁵⁹

İdarenin sağlık kamu hizmetini yürütürken, yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlaline yol açtığından söz edebilmek için, bu müdahalenin ağır bir kamu külfeti şeklinde ortaya çıkması gerekir. Başka bir deyişle müdahalenin altından yatan kamu yararı amacının bireysel yararın önüne geçmesi gerekir. Aksi halde, idarenin sağlık hizmetleri yoluyla hukuka uygun her

⁸⁵⁵ <http://www.who.int/about/mission/en/> (12.03.2021).

⁸⁵⁶ Benjamin Mason Meier, The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 37, 101-147, 2005, s. 120.

⁸⁵⁷ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası (22 Temmuz 1946)

⁸⁵⁸ Gürkan Sert, *Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme*, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, 2013, s. 79.

⁸⁵⁹ Dilşad Çiğdem Sever, "Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerde Kullanılması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert), Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, ss.73-103, s.74.

müdahalesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlaline yol açtığını ve idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun söz konusu olduğunu söylemek, idarenin eylem ve işlemleriyle verdiği zararı tazmin yükümlülüğünden çok “*hayat sigortası işlevi*”nin⁸⁶⁰ olduğunu savunmak anlamına gelir.

Danıştay ise bu meselede, bireysel yarar – kamu yararı dengesinden, yaşam ve sağlık hakkına müdahalenin eşitliği bozan bir kamu külfeti niteliğinde olup olmadığı üzerinden hareket etmenin ötesinde, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun sağlık hizmetlerinde uygulama alanı olmadığını savunmakta ve hatta sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlarda idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edilebilmesi için hizmet kusurunu yeterli görmeyip ağır kusurun varlığını aramaktadır.⁸⁶¹ Yüksek mahkeme, sağlık hizmetlerinden doğan zarardan idareyi sorumlu tutabilmek için, zararın idarenin ağır kusuru sonucu meydana gelmiş olmasını şart koşmasının gerekçesini kararlarında, “*sağlık hizmetinin bünyesinde taşıdığı risk*” olarak ifade etmektedir.⁸⁶²

⁸⁶⁰ Ramazan Yıldırım, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, *VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 193-216, s. 206.

⁸⁶¹ Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, s.181; “*bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olduğu*” D15D, E.2013/3352 K.2014/1950 KT.19.3.2014; “*Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.*” D15D, E.2013/12674 K.2014/2459 KT.3.4.2014; “*“İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”* D15D, E.2015/3646 K.2015/5732 KT. 8.10.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (12.03.2021).

⁸⁶² “*İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*” D15D, E.2015/7924 K.2015/9158 KT.24.12.2015; aynı yönde bkz. D15D, E.2015/3646 K.2015/5732 KT.8.10.2015; D15D, E.2013/3199 K. 2014/1168 KT.25.2.2014; D15D, E. 2013/14299 K. 2014/2787 KT.15.4.2014, D10D, 29.12.1999, E. 1997/6600, K. 1997/409, “*bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.*” D15D, E.2014/9364, K.2015/4241, KT.18.06.2015, akt. Aydın Akgül, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu Ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, S.1, ss.269-302, s.281.

Bununla birlikte 2014 yılındaki içtihat değişikliğinden sonra Danıştay, söz konusu ağır hizmet kusuru şartını, tıbbi müdahale ve operasyonlar kapsamında değerlendirilmeyen, “birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan” zararlarda aramamakta, bu zararların idarece tazmin edilebilmesi için basit hizmet kusurunun varlığını yeterli kabul etmektedir.⁸⁶³ Tespit edebildiğimiz tek bir kararının haricinde⁸⁶⁴ hiçbir kararında sağlık kamu hizmeti yürütülürken bireylerin uğradığı zararlardan idareyi kusura dayanmayan sorumluluk esasına göre tazminle yükümlü kılmamaktadır. Bir başka deyişle Danıştay kararları gereği, sağlık hizmetlerinin sebep olduğu zararın tazmin edilebilmesi için idarenin en azından kusurlu olması gerekmektedir. İdarenin kusurunun, duruma göre ağır kusurunun, bulunmadığı hallerde uğranılan zararın idarece tazmini mümkün değildir.

Öyle ki, çocuk felci aşısı uygulanmasının ardından, çocuk felci (paralitik poliomyelit) geçiren davacının uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davada, söz konusu komplikasyonun aşıya bağlı olduğu adli tıp raporuyla sabit olmasına rağmen Danıştay, maddi ve manevi tazminat istemini fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında kabul eden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bozma gerekçesinde ise, bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetlerini yürüten idarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun bulunması gerektiği yönündeki içtihadını hatırlatarak, aşıdan kaynaklanan komplikasyonda, idarenin ağır hizmet kusuru bulunmadığını, bu nedenle kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminat

⁸⁶³ D15D, E.2013/4017 K.2014/2694 KT.10.4.2014; aynı yönde bkz. D15D, E.2013/3761 K.2014/395 KT.31.1.2014; D15D, E.2013/3865 K.2014/1691 KT. 12.3.2014; D15D, E.2013/3891 K.2014/153 KT.23.1.2014; D15D, E.2013/4115 K.2014/2897 KT. 17.4.2014; D15D, E.2013/3865 K.2014/1691 KT.12.3.2014; D15D, E.2013/4017 K.2014/2694 KT.10.4.2014; D15D, E.2013/3952 K.2014/2048 KT.20.3.2014; D15D, E.2013/11061, K.2014/2456, KT.3.4.2014; D15D, E.2013/3918, K.2014/2944, KT.17.4.2014. Danıştay’ın 2014 yılından önce bu yönde verdiği istisnai tek karar için bkz. D10D, E.2005/3719, K.2007/4316, KT.24.09.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (12.03.2021).

⁸⁶⁴ D10D, E.2004/9232, K.2007/2720, KT.18.05.2007; “İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için de önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye “atuf ve isnat kabiliyeti” devam ettiğinden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da, kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu nedenle beklenmeyen haller nedeniyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu açıktır. Buna göre idare mahkemesince, dava konusu olayda zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminine karar verilmesi gerekirken, zararın hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği yolunda karar verilmesi yerinde olmamakla birlikte, maddi ve manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kararda, sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.”

hükmetmenin hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁸⁶⁵ Ardından ilk derece mahkemesinin ısrar kararı üzerine İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen bu olayda, Kurul, ağır hizmet kusuru yaklaşımından ayrılmamış ve aşuya bağlı rahatsızlığın, aşının uygulanmasından yani hizmetin işleyişinde kaynaklanmadığını, dolayısıyla idareye atfedilebilecek bir kusur olmadığını belirtmiş ve kusura dayanmayan sorumluluğa başvurulamayacağı yönündeki iradesini,

“idarece önceden öngörülmesi ya da önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar gelişmesi riskini içinde barındıran sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmak suretiyle de idareye tazmin yükümlülüğü yüklenmesi mümkün bulunmadığından, davacının uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre karşılanması gerektiği yönündeki ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir. ”

şeklindeki ifadesiyle açıkça ortaya koymuştur.⁸⁶⁶

Danıştay’ın yerleşik içtihadına, komplikasyon meselesi üzerinden örnek verirken, bir kararına ayrıca değinmek gerekmektedir. Söz konusu kararda, sezaryen yöntemiyle doğum sonrasında, öngörülemeyen ve önlenemeyen bir komplikasyon meydana gelmesinde idareye ve personeline atfedilebilecek herhangi bir kusur olmadığını, adli tıp raporuyla ortaya konduğunu ifade ettikten sonra, *“davacının uğradığı zarar ile idarece sunulan sağlık hizmeti arasında herhangi bir illiyet bulunmadığı,”* gerekçesiyle idarenin kusur sorumluluğuna hükmeden kararı bozmuştur⁸⁶⁷. Karar, hüküm yönünden önceki kararlarıyla tutarlı olsa da, gerekçe bakımından yanlışlıklar barındırmaktadır. Zira bu türden zararlarda da, idarenin yürüttüğü sağlık hizmeti ile ortaya çıkan zararlı sonuç arasında sebep sonuç ilişkisi mevcuttur. İdarenin bu olayda tazmin yükümlülüğünün doğmamasının nedeni, illiyet bağının olmaması değil, ağır hizmet kusurunun olmamasıdır.

Danıştay sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlarda, uzun yıllardır sürdürdüğü kusura dayanmayan sorumluluğu ve tıbbi müdahale ve operasyonlar bakımından, ağır olmayan hizmet kusurunu dışlayan bu yaklaşımında,

⁸⁶⁵ D15D, E.2014/8649 K.2015/410 KT.29.1.2015; aynı yönde bkz. D15D, E.2014/8633, K.2015/4625, KT. 25.06.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

⁸⁶⁶ DİDDK, E.2016/1293 K.2018/2379 T. 16.5.2018. aynı yönde bkz. DİDDK, E. 2016/778 K. 2018/2380 KT.16.5.2018, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

⁸⁶⁷ D15D, E. 2016/7912, K. 2017/841, KT. 21.02.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

faaliyetin özünde taşıdığı riski, bu faaliyetten yararlananın da bildiği varsayımıyla ve göze aldığı bu zarara kendisinin katlanması gerektiği anlayışıyla hareket etmektedir. Bu yaklaşımı, kusura dayanmayan sorumluluk esasını kabul etmemesi açısından –kısmen- makul görülebilirse de hizmet kusurunu aşır ağır hizmet kusuru aramasını haklı göstermeye yetmemektedir.⁸⁶⁸

Öte yandan, literatürde sağlık hizmetlerinden kusura dayanmayan sorumluluk başlığı altında değerlendirilen,⁸⁶⁹ bir başka deyişle Danıştay’ın sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlarda, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunu kabul ettiği şeklinde yorumlanan iki Danıştay kararından ayrıca söz etmek gerekmektedir.

İlk olarak, Hıfzıssıhha Enstitüsünde hademe olarak çalışan kişinin görevi sırasında yığın halindeki ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu yaralanması olayında, Danıştay, “(...) davacının (...) olayda kendisine atfı mümkün bir kusur bulunmadığı (...) idareye atfı mümkün bir hizmet kusuru mevcut olmasa dahi, zararın objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmini gerekeceğinden” şeklinde hüküm kurmuştur.⁸⁷⁰

Karara konu olayda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulunduğu idarenin sağlık kamu hizmetleri yoluyla bireyin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesi yoktur. Sağlık hizmetlerinde görev alan kişinin, ki görev aldığı alan çekirdek sağlık hizmeti değil yan hizmetlerdir, görevi esnasında kendisinin ya da idarenin kusuru olmaksızın uğradığı zarar bir mesleki risktir. Bizim bu başlık altında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı ile kastımız ve Danıştay’ın da ağır hizmet kusuru şartını oluşturduğu içtihat, hizmetten yararlananların uğradığı zararlardır.

⁸⁶⁸ Aksi yönde bkz. Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, ss. 244-255, s.250.

⁸⁶⁹ Esin, op.cit. s.180.

⁸⁷⁰ “Refik Saydam Hıfzıssıhha Enstitüsünde hademe olarak tavla hizmetlerinde çalışan davacının (...) serum hayvanları için ot alırken, yığın halindeki ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırıldığı (...) hayatını çalışarak kazanamayacak derecede arızalandığı ve olayda kendisine atfı mümkün bir kusur bulunmadığı (...) olayda idareye atfı mümkün bir hizmet kusuru mevcut olmasa dahi, zararın objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmini gerekeceğinden (...)” D12D, E. 1968/1296, K. 1969/1401, KT.08.07.1969, akt. Esin, op.cit. s. 180.

İkincisinde ise Danıştay, hasta nakil hizmeti sırasında ambulansı kullanan kişinin kusuru sebebiyle meydana gelen ve ölümle sonuçlanan kazanın sebep olduğu zararın idarece karşılanması gerektiği yolundaki hükmünü, “(...) idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında vuku bulan olay sonucu davacıların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların idarece tazmini gerekmektedir (...)” şeklinde ifade etmiştir.⁸⁷¹

Bu kararda, bir kamu görevlisinin görevi sırasında üçüncü kişilere verdiği zararın tazmini, her ne kadar, “idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında” ifadesi ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandırılmış gibi görünse de, olayda çok açık bir şekilde hizmet kusuru vardır.⁸⁷² Danıştay’ın hüküm tesis ederken neden hizmet kusuru kavramını kullanmadığı, amme hizmetlerinin ifası üzerinden hareket ettiği anlaşılmamakla beraber, kendi içtihadıyla da uyuşmayan bu gerekçeye sahip kararı, yüksek mahkemenin sağlık hizmetlerinden idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunu kabul ettiği şeklinde yorumlamak zorlama olacaktır.

Danıştay’ın kusura dayanmayan sorumluluğa hükmettiği bir başka kararında⁸⁷³ ise dava, hastanenin kapısı önünde bekleyen kişinin başına saç dolap rafı düşmesi sonucu ölümü sebebiyle uğranılan zararın tazmini talebiyle açılmıştır. Yüksek Mahkeme, olayla zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı mevcutsa, idarenin kamu hizmeti faaliyetlerinden kusuru olmasa dahi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği, özel bir zarara uğrayan kişilerin zararından sorumlu olduğuna işaret etmiştir.

⁸⁷¹ “(...) İdari hizmetlerin kuruluşunda ve işleyişinde mevcut kusurlardan dolayı idarenin sorumlu olacağı aşikar bulunduğu gibi, kamu hizmetlerinin ifası sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında ferdi mülkiyete ve fertlere iras olunan hasar ve zararların fiille zararlı sonuç arasında illiyet rabitası olması şartıyla ayrıca kusur aranmaksızın tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir. Nitekim Anayasa’nın 114 üncü maddesinin son fıkrasında kusur dahi aranmadan ‘İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür.’ yolundaki hüküm de bu esasın anayasal bir ifadesidir. Bu itibarla (...) idarenin istihdam ettiği şoförün kusurlu hareketi sonunda fakat amme hizmetlerinin ifası sırasında vuku bulan olay sonucu davacıların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların idarece tazmini gerekmektedir (...)” D12D, E. 1969/3710, K. 1971/96, KT. 19.01.1971, akt. Esin, op.cit. s. 181.

⁸⁷² Betül Çatak Iruz, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 49; aynı yönde görüş için bkz. Zuhâl Bereket Baş, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, 2004, s. 80.

⁸⁷³ D10D, E. 1982/3852, K. 1983/1515, KT. 15.06.1983, DBB.

Sonuçta uğranılan zarara karşılık ölen kişinin yakınlarına idarece tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Kararda hizmetten yararlanan kişinin uğradığı zarar için, fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanılarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiş olsa da, olay sağlık hizmetlerinin özüne ilişkin değildir. Danıştay'ın ağır hizmet kusuru kriterini uyguladığı, bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetleri, kanaatimizce hastane önünde bekleyen kişinin başına beklenmedik şekilde saç dolap rafı düşmesi değildir. Hizmetten yararlananın, bu riski, sağlık hizmetinden yararlanmak isterken göze aldığı söylenemez. Bu hizmetten sağladığı bireysel yararın karşısında böylesi bir zarara katlanması beklenemeyeceği gibi, bu zarar tıbbi teşhis ve tedavi gibi çekirdek sağlık hizmetleriyle sağladığı bireysel yararın doğrudan sonucu da değildir. Dahası söz konusu zarar, sağlık hizmetlerine özgü bir durumun ya da faaliyetin sonucu da değildir. Dolayısıyla bu karar, Danıştay'ın ağır hizmet kusuru içtihadının aksi yönünde verdiği bir karar olarak yorumlanamayacaktır.

b. Alman Hukukunda Bireyin Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahalede Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi

Danıştay'ın sağlık kamu hizmetleri alanında idarenin kusura dayanmayan bir sorumluluğu olmayacağı yönündeki yaklaşımının aksine; Alman hukukunda, idarenin sağlık hizmetleri yoluyla bireyin yaşam ve sağlık hakkına müdahalesinden doğan zararlar, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamında görülmektedir.

Alman Alman Federal Mahkemesi, 19 Şubat 1953 tarihli ilke kararıyla,⁸⁷⁴ yaşam ve sağlık haklarına devletin müdahalesinden doğan zararlar bakımından, fedakârlığın denkleştirilmesi talebinde bulunulabilmesinin önünü açmıştır. 8 Nisan 1874 tarihli Aş Kanunu (Reichsimpfgesetz) gereğince, zorunlu suçiçeği aşısını yaptıran davacının, aşının öngörülebilir ve olağan etkileri dışında sağlığının zarar görmesine dayanan davada, Alman Federal Mahkemesi, ilgili kanunda tazminat düzenlemesinin yer almaması karşısında, davacının tazminat talebini fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanarak kabul etmiştir. Mahkeme bu davada, fedakârlığın denkleştirilmesi

⁸⁷⁴ BGH, Urteil vom 19. 2. 1953 - III ZR 208/51, NJW 1953, 1217, ayrıca bkz. BGH, Urteil vom 18. 3. 1957 - III ZR 212/55; BGH, Urteil vom 15. 12. 1958 - III ZR 232/57; BGH, Urteil vom 6. 6. 1966 - III ZR 167/64, beck-online.beck.de.

sorumluluğuna hükmederken yaşam ve sağlık hakkının “yaratılış ve doğa gereği” (Schöpfung und Natur)⁸⁷⁵ maddi haklarla içerik açısından en azından eşit değerde olduğuna karar vermiştir.⁸⁷⁶

Alman Alman Federal Mahkemesi, 18 Mart 1957 ve 23 Kasım 1959 tarihli kararlarıyla, sağlık ve yaşam hakkı söz konusu olduğunda, manevi etki biçimindeki dolaylı devlet zorlamalarını, doğrudan zorlama araçlarıyla bir tutarak, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun uygulama alanını birey lehine genişletmiştir. Bu kararlarda, tüberküloz aşısı yaptırmaya teşvik etmek için devlet tarafından dağıtılan kitapçıkta, aşının hiçbir tehlike içermediği belirtilmesine rağmen, kitapçıkta tavsiyeye uyup çocuğuna tüberküloz aşısı yaptıran fakat sonrasında çocuğunun sağlığı zarar gören davacının genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan kaynaklanan tazminat istemi kabul edilmiştir.⁸⁷⁷ Mahkemeye göre, böyle bir kitapçık, velilerin vicdanına hitap ederek çocuklarını aşılatmaya zorlamaktadır ve ayrıca devletin tavsiyelerine göre hareket eden bireylerin devlete karşı duydukları güvenin mutlaka korunması gerekmektedir.

Öte yandan bu ve benzeri şekilde bireyin yaşam ve sağlık hakkına devlet zorlamasının, gönüllülük esasına tabi bir fiile ilişkin olması, eğer söz konusu olan riskli bir faaliyet ise, genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu altında tazminat istemini ortadan kaldırmayacaktır. şöyle ki, Alman Federal Mahkemesi, çocuğunu yaptırılması zorunlu olmayan suçüçeği aşısına gönüllü olarak götüreren ve bu esnada kendisi suçüçeği hastalığına yakalanan bir velinin, maruz kaldığı sağlık zararlarının tazmin yükümlülüğünü, genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna dayandırmaktadır.⁸⁷⁸

şüphesiz yasal olarak zorunlu bir müdahaleye maruz kalanlar bu zorlama sebebiyle uğradığı zararlar için fedakârlığın denkleştirilmesi talebinde bulunabilmektedir. Alman Federal Mahkemesi bu yönde iradesini ilk kez *Salvarsan Kararında*⁸⁷⁹ ortaya koymuştur. Davacının o tarihteki yasal düzenlemeye göre tedavisi zorunlu olan cinsel hastalığının tedavisi sırasında felç geçirmesi nedeniyle uğradığı

⁸⁷⁵ BGH, 20.12.1952 - II ZR 141/51, beck-online.beck.de.

⁸⁷⁶ Bkz. supra, dn.164.

⁸⁷⁷ Bkz. supra, bölüm 1-I, C-3-c.

⁸⁷⁸ BGH, 6. 6. 1966, NJW 1966, 1859 beck-online.beck.de.

⁸⁷⁹ BGH, 26. 9. 1957, NJW 1957, 1923.

zararın, genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu altında tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Alman hukukunda daha önce de ifade edildiği gibi, idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğundan bahsedebilmek için, fedakârlık sınırının aşılmış olması gerekir. Toplumun geri kalanıyla eşit olmayan ve fedakârlık sınırını aşan külfet, sağlık hizmetleri bağlamında müdahalenin kendisinden kaynaklanabileceği gibi, müdahaleye bağlı neticelerden yani müdahalenin etkisinden de doğabilir.

Özel zorlamalar, salt zorlamanın kendisinin ağır bir fedakârlığa sebep olduğu hallerdir. Örnek olarak, Alman Federal Mahkemesinin 13 Şubat 1956 tarihli Thorotrast kararı⁸⁸⁰ verilebilir. Karara konu olayda, yaralı bir asker zorunlu olarak henüz deney aşamasında bulunan bir tedavi yöntemine tâbi olmak zorunda kalmış ve bunun neticesinde siroza yakalanmıştır. Bu davada özel zorlama, Cerrahi Üniversite Kliniğinin kamu yararına yaralılar üzerinde ilaçların ve tedavi yöntemlerinin denendiği revirine gitme emridir. Bu özel zorlama hali fedakârlığın denkleştirilmesi istemini kabul edilebilir kılmıştır.

Zorunlu aşı uygulaması ise genel bir zorlama halidir, idarenin müdahale yetkisi anayasa veya kanundan kaynaklanmaktadır. Birey bu tür zararlara, aksine bir hukuki düzenleme yoksa, tazminatsız olarak müsamaha göstermek zorundadır. Örneğin, aşıdan sonra kendini iyi hissetmemek ve ateş “zorlama için tipik” ve “müdahaleye uygun” (zwangtypisch und eingriffadäquat) kabul edilir. Buna karşın, bu ölçüyü aşan zararlar – örneğin aşılarından sonra kasılmalar ve felçler, eklemlerin katılaşması ve benzeri – bireyleri eşit olmayan bir biçimde etkiler ve ağır fedakârlık olarak sınıflandırılır. Bu örnekler, genel zorlama durumlarında ağır fedakârlığı zorlamanın kendisinin değil, müdahalenin sonuçlarının ortaya çıkarttığını göstermektedir. Demektir ki, genel zorlama hallerinde fedakârlığın denkleştirilmesi isteminde bulunabilmek için gerekli fedakârlık sınırı, ortaya çıkan zararlara artık “zorlama için tipik” ve “müdahaleye uygun” olarak sınıflandırılmadıkları zaman aşılmış sayılır. Ancak söz konusu sınırın tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Hangi zararın müdahalenin tipik ve olağan zararı hangisinin ağır bir fedakârlık olduğu yargı mercilerince belirlenmektedir.

⁸⁸⁰ BGH, 13.02.1956 - III ZR 175/54, NJW 1956, 629, beck-online.beck.de.

Yargı mercileri, fedakârlık sınırının aşılmış olduğunu belirlerken, kanunun amacını (ratio legis) göz önünde bulundurur.⁸⁸¹ Kanunun amacının tespiti açısından, Alman Federal Mahkemesinin aşından dolayı meydana gelen zararlar ile ilgili ilk kararı,⁸⁸² esaslı bir öneme sahiptir. Daha önce de aktarıldığı üzere,⁸⁸³ Alman Federal Mahkemesi, zorunlu suççuğün aşısından sonra vücudunda kalıcı hasar meydana gelen çocuğun uğradığı zararın, yasa koyucunun katlanılmasını öngördüğü, olağan bir zarar olmadığını belirtmiştir. Çocuğun maruz kaldığı zararlar böylece kanunun amacına dahil kabul edilmemiş ve tazminata tâbi ağır fedakârlık olarak sınıflandırılmıştır.⁸⁸⁴

c. Fransız Hukukunda Sağlık Hizmetleri Alanında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Fransız hukukunda da, sağlık hizmetlerinden doğan bazı zararlarda, idarenin kusursuz sorumluluğu uygulama alanı bulmaktadır. Zorunlu aşılar, kan ve kan ürünleri nakli, tedavi için zorunlu fakat sonucu tam olarak bilinmeyen riskli tedavi yöntemleri, klasik tedavi yöntemleriyle hastanın iyileşmesinin mümkün olmadığı hallerde uygulanan, olağan uygulama dışında ve tehlikeli tıbbi yöntemler ile bireye verilen zararlar ve akıl hastalarının deneme çıkışları sırasında üçüncü kişilere verdiği zararların, idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸⁵

4 Mart 2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunuyla, zorunlu aşılar ile kan ve kan ürünleri naklinden doğan zararlardan, idarenin, kusuru olmasa dahi sorumlu olduğu düzenlenmiştir.⁸⁸⁶ Yasal düzenlemeler ile zorunlu tutulan ve uyulmaması halinde, idari para cezası yaptırımını uygulanan zorunlu aşı uygulamalarında, idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edebilmek için, zararlar aşı arasında illiyet bağı olması yeterlidir.

⁸⁸¹ Bkz., supra, bölüm 1-I, C-3-c.

⁸⁸² BGH, 17. 6. 1953 NJW 1953, 1217, beck-online.beck.de.

⁸⁸³ Bkz., supra, bölüm 1-I, C-3-c.

⁸⁸⁴ Aşı zararlarının tazmininde, temeli Prusya Devletleri Genel Kanununa Giriş kısmındaki (Einl. Pr.ALR) 74 ve 75. Paragraf hükümlerine dayanan genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi üzerinden değil, özel olarak düzenlenmiş fedakârlığın denkleştirilmesi hali olan, aşından zarar görenlerin tazminat istemlerini düzenleyen Enfeksiyon ve Salgın Hastalıklar Kanunu (IfSG) §§ 60 ve devamı hükümleri uygulanır. Sağlık ve ekonomik açıdan maruz kalınan zarar neticeleri için Enfeksiyon ve Salgın Hastalıklar Kanunu § 60 fıkra 1 Cümle 1 uyarınca Federal Sosyal Sigortalar Kanununa göre tazminat ödenir. Söz konusu Özel düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce, bu gibi istemler genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemine göre tazmin edilmekteydi.

⁸⁸⁵ Çağlayan, op.cit., s.282 vd.

⁸⁸⁶ Cihan Yüzbaşıoğlu, *İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk*, İstanbul, On İki Levha, 2020, s.377 vd.

Uygulanması zorunlu olmayan aşılar sebebiyle uğranılan zararın tazmininde ise idarenin kusuru aranmaktadır.⁸⁸⁷

Kan ve kan ürünleri naklinden doğan sorumluluk konusunda, Conseil d'État 26 Mayıs 1995 tarihinde verdiği üç ayrı kararında (N'Guyen, Jouan, Pavan) ilk kez, kan ürünleri aktarım merkezlerince sağlanan kan ürünlerinin kötü kalitede olması sebebiyle, söz konusu merkezlerin kusuru olmasa dahi, kan nakledilen hastanın uğradığı zarardan (AİDS bulaşması gibi), sorumlu olduğuna hükmetmiştir.⁸⁸⁸ Yüksek mahkemeye göre, kan aktarım merkezlerinin sağladığı ve nakil için kullanılacak kanın, nakledilecek bireye verebileceği her türlü zarardan uzak olması idarenin yükümlülüğüdür.⁸⁸⁹ Bu yüzden kusursuz dahi olsalar meydana gelen zarardan sorumludurlar. Conseil d'État'nın bu içtihadının ardından 4 Mart 2002 tarihli Fransız Toplum Sağlığı Kanunu ile kan ve kan ürünleri nakli sebebiyle hepatit C virüsü bulaşan kişilerin uğradığı zararın, kusuru ispatına gerek olmaksızın, idare tarafından karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.⁸⁹⁰

İdarenin, “teşhis ve tedavi için zorunlu, fakat sonucu tam olarak bilinmeyen riskli tedavi yöntemleri”nden doğan özel ve olağanüstü zararlardan kusursuz sorumluluğu, 9 Nisan 1993 tarihli *Bianchi* kararında Conseil d'État tarafından kabul edilmiştir. Klasik tedavi yöntemleriyle hastanın iyileşmenin mümkün olmadığı hallerde uygulanan, kişinin yaşamını tehdit etmeyen ancak “olağan uygulama dışında ve tehlikeli tıbbi yöntemler” ile bireye verilen özel ve olağanüstü zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğu ise 21 Aralık 1990 tarihli *Consort Gomez* kararıyla Lyon istinaf mahkemesi tarafından açıkça ortaya konmuştur⁸⁹¹. Her iki halde de, hastanın klasik tedavi yöntemleriyle iyileşmesinin mümkün olmadığı durumlarda uygulanan sonucu tam olarak bilinmeyen riskli ve olağanüstü tedavi yöntemlerinin sebep olduğu zararın özel ve anormal şekilde ağır olması aranmaktadır.⁸⁹²

1967 yılında *departement de la Moselle* kararında Conseil d'État, akıl hastalarının topluma kazandırılabilmesi için belli bir süreliğine hastaneden çıkmalarına

⁸⁸⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1193.

⁸⁸⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1181.

⁸⁸⁹ Yüzbaşıoğlu, op.cit., s.374, 375.

⁸⁹⁰ Yüzbaşıoğlu, op.cit., s.375.

⁸⁹¹ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1191-1192. Klasik, daha önceden denenmiş, sonuçları bilinen tedavi yöntemleri idarenin kusursuz sorumluluğuna değil ancak kusurlu sorumluluğuna yol açacaktır. Çağlayan, op.cit., s. 284.

⁸⁹² Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1191,1192.

izin verilen deneme çıkışı uygulaması sırasında, akıl hastalarının dışarda geçirdiği sürede üçüncü kişilere verdiği zararı, idarenin kusur olmasa dahi tazmin etmesi gerektiğine hükmederek idareyi bu alanda da kusursuz sorumlu kılmıştır.⁸⁹³

Fransız hukukunda son olarak, sağlık hizmetini yürütmekle görevli kişilerin bu faaliyet sebebiyle üçüncü kişilere verdiği zarar da idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamındadır. Zira Conseil d'État *Epoux B.*, kararında Aids hastalarının tedavisinde görevli hemşirenin, görevi sebebiyle kendisine bulaşan virüsü, eşine de bulaştırması olayında, eşin uğradığı zararın idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁹⁴

d. Alman ve Fransız Hukukundan Hareketle, Türk Hukukunda Sağlık Hizmetlerinde Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahalede Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi

Alman ve Fransız hukukundaki kusura dayanmayan sorumluluğun, sağlık hizmetlerindeki uygulama alanıyla, Türk hukuku kıyaslanacak olursa, öncelikle Fransız ve Alman Hukukunun aksine, aşı zararlarında kusura dayanmayan sorumluluk esasının kabul edilmediği tespit edilmektedir. Gerçi Fransız hukukunda, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu olduğu yönünde hüküm kurulan, “zorunlu” aşı zararlarıdır. Türk hukukunda ise, yapılması yasayla zorunlu hale getirilmiş bir aşı yoktur.⁸⁹⁵ Fakat

⁸⁹³ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1190.

⁸⁹⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1193; *Epoux B.*, 20.12.1990

⁸⁹⁵ Zorunlu aşı uygulamasının yasal bir dayanağı olması gerekir. Zira aşı uygulaması, kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale niteliği taşır. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa göre, ilk dört ay aşuları (m.89), çiçek (m.88, m.90-93.) ve kuduz hastalığına (m.96) ilişkin aşılar zorunludur. Ancak çiçek hastalığına ilişkin dünyada uzun yıllardır herhangi bir vakaya rastlanılmadığından, 1980 yılından beri Türkiye’de önleyici çiçek aşısı uygulanmamaktadır. Kuduz aşısı ise önleyici olarak değil, hastalık kişide ortaya çıktıktan sonra tedavi amaçlı uygulandığından Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının tümü için zorunlu bir aşı olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Gerçi, Kanunun 64’üncü maddesinde, 57’nci maddede sayılan hastalıklar (Kolera, veba, lekeli humma, karahumma, paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümümatı, çiçek, difteri, beyin humması, uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, ruam, kızıl, şarbon, felci tıflı, kızamık, cüzam, hummai racia ve malta humması) dışında, bir hastalığın yayılması ya da böyle bir tehlikenin baş göstermesi halinde, kanundaki tedbirlerin, bu hastalık için de uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 64’madde hükmüne rağmen, 57’nci maddede sayılan hastalıkları *numerus clausus* olarak yorumlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, yürürlükteki 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda hangi hastalıklar için zorunlu aşı uygulamasının yapılacağı sınırlı sayıda belirtilmiştir. Genel bir aşı zorunluluğu getirilmemiştir. 2015 yılında verdiği kararlarında, bebeklik dönemi aşuları için 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun dayanak olamayacağını belirtmiştir. (Bkz. Halime Sare Aysal, B. No: 2013/1789, 11.11.2015, §§ 68-69. Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiye Erva Kızılsu, B. No: 2013/7246, 23/3/2016; AYM, Muhammed Ali Bayram, B. No: 2014/4077, 29/6/2016; AYM, Salih Gökalp Sezer,

Alman hukukunda yasayla zorunlu kılınmış olmasa da manevi etki biçimindeki dolaylı devlet zorlamalarına dayanan aşılama faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği idarece tazmin edilmektedir. Danıştay ise, yukarıda aktarılan,⁸⁹⁶ idare tarafından çocuk felci aşısı yapılmasının ardından, aşıya bağlı olarak felç geçiren davacının tazminat istemini reddeden kararlarından anlaşılacağı gibi, gönüllü aşı uygulamalarında idarenin sorumluluğunu kabul etmemektedir.

Danıştay, gönüllü aşı uygulamalarından kaynaklanan zararlarda olduğu gibi enjeksiyon uygulamalarından kaynaklanan zararlarda da aynı yaklaşımını sürdürmektedir. Enjektörde edilen ağı kesici iğne nedeniyle yürüme bozukluğu yaşayan davacının, zararının kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesine karar veren ilk derece mahkemesi kararı; Danıştay tarafından, riskli bir hizmet olan sağlık hizmetlerinden idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edebilmek için hizmet kusurunun bulunması gerektiği, ancak olayda idareye atfedilebilecek bir kusur olmadığı, meydana gelen durumun, enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olduğu gerekçesiyle bozulmuştur.⁸⁹⁷

Kan ve kan ürünlerinin aktarımdan kaynaklanan zararlardan da, Fransız hukukundaki uygulamanın aksine Danıştay idareyi kusursuz sorumlu tutmayı reddetmektedir. Hizmet kusuru esasından hareket ederek, kan ürünleri naklinde idareye atfedilebilecek bir kusur, aksaklık, dikkat ve özen eksikliği, denetim yükümlülüğünü yerine getirmeme gibi bir durum söz konusu ise sorumluluğa

B. No: 2014/5629, 21/11/2017). Dolayısıyla, Türk hukukunda önleyici nitelikte aşılamanın zorunlu tutulabilmesi için, yasakoyucunun bu konuda açık bir düzenleme yapmasına ihtiyaç vardır. Örneğin, bu satırların yazıldığı günlerde var olan koronavirüs pandemisinde ya da başka bir salgın tehlikesi vuku bulduğunda, Anayasa Mahkemesinin aşı zorunluluğunun dayanağı açısından, Umumi Hıfzıssıhha Kanununun yukarıda değinilen hükümlerini yetersiz görmesi karşısında, açık ve yeterli ayrıntıyı içeren bir yasal düzenleme yapılmadığı müddetçe, herhangi bir aşı zorunlu tutulamayacaktır.

⁸⁹⁶ Bkz. supra, Bölüm 3-I, C-1-a

⁸⁹⁷ D15D, E.2015/9957 K.2016/3880 KT.30.5.2016 aynı yönde D15D, E.2015/5835 K.2016/586 KT.4.2.2016; “yapılan enjeksiyon sonrasında davacının sağ bacağına meydana gelen hasar nedeniyle ilacı reçete eden doktor ve enjeksiyonu uygulayan sağlık personelinin kusuru bulunmadığı, meydana gelen durumun enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirilmesi nedeniyle olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı, bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmininin ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği, bu nedenle kusursuz sorumluluk ilkesinden hareketle davacının manevi tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen idare mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet görülmemiştir.” D15D, E.2013/14299 K.2014/2787 KT.15.4.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

hükmetmektedir.⁸⁹⁸ Fakat hizmet gereği gibi yerine getirilmiş olmasına rağmen zarar meydana geldiyse, idarenin kusuru yoksa veya ispatlanamıyorsa bu zarara, zarar göreninin katlanması gerekecektir.⁸⁹⁹ Zira Danıştay, kan nakli esnasında HIV virüsü bulaşan davacının uğradığı zarardan, Sağlık Bakanlığı'nın denetim görevini yerine getirmedeğinden bahsedilemeyeceğinden hukuken sorumlu olmadığı, bu durumda idareye atfedilebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmadığından idarenin tazmin yükümlülüğü olmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁰⁰

Esasında sağlık kamu hizmetleri alanında idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun uygulama alanı olup olmadığı konusunda bir sonuca varabilmek için öncelikle cevaplanması gereken soru, hangi sağlık hizmetlerinde ortaya çıkacak olan zararın bir kamu külfeti şeklinde olacağıdır.

Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinin -eğer ortada bir kusur yoksa- idarenin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun bir müdahalesi olduğu konusunda kuşku yoktur. İdarenin bu hukuka uygun müdahalesinin sebep olduğu zararın kamu külfeti olması için ise, bireyin uğradığı zararın kamu yararına feda edilmiş olması, bireysel yarar karşısında üstün konumdaki kamu yararı için uğradığı zarara katlanmak zorunda kalmış olması gerekir. Ancak bu halde kamu yararı uğruna katlanmak zorunda kaldığı zarar bir kamu külfeti anlamı kazanır ve idare tarafından tazmin edilmek suretiyle toplumun geri kalanıyla denkleştirilir. Sağlık hizmetlerinin bir bütün olarak, Danıştayın deyiimiyle “bünyesinde risk taşıyan faaliyetler” olduğu gerekçesiyle, idarenin bu hizmetlerden kusursuz sorumlu olduğunu savunmak bu yüzden anlamlı değildir. Çünkü bireysel yarar karşısında kamu yararının ağır bastığı bir sağlık hizmeti hukuka uygun şekilde yürütülürken, kamu yararı için katlanılan bir kamu külfeti şeklinde bireysel zarara yol açabilir. Bu durumda idarenin kamu külfetleri karşısında eşitliğin ihlalinden sorumluluğu doğar.

⁸⁹⁸ Hemodiyaliz seansları esnasında tespit edilen Anemi nedeniyle kan aktarımı yapılan kişinin Aids virüsü kapmasında idarenin kusuru olduğu ve bu virüs yüzünden ölümü sebebiyle uğradığı zararın idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu olduğu hakkında bkz D10D, E. 1997/5590, K. 1999/6207, KT. 22.11.1999, aktaran Bereket Baş, “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu”, s. 225.

⁸⁹⁹ Yüzbaşıoğlu, op.cit., s.378, 379.

⁹⁰⁰ D15D, E.2016/9796 K.2017/1269 KT.20.3.2017 aynı yönde D15D, E.2014/3218 K.2015/600 KT.5.2.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

Bu sebeple önce sağlık ile ilgili her tür hizmetin risk taşıyıp taşımadığı sorusunu cevaplandırmak, ardından bireysel yararın dışında ve en az onun kadar kamu yararına da hizmet eden sağlık hizmeti türlerini belirlememiz gerekmektedir.

Öncelikle sağlık ve yaşam hakkını ilgilendiren her hizmetin risk taşıdığını söylemek doğru olmayacaktır. Zira kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesi, hasta mahremiyetini ilgilendiren işlem ve eylemler yaşamı ve sağlığı tehdit eden riskli faaliyetler değildir. Bu sebeple sağlık hizmetlerinde ikili bir ayırım yapılabilir. Klinik araştırmalar, tıbbi teşhis, tedavi, müdahale hizmetlerini çekirdek sağlık hizmeti olarak; tıbbi hizmet kapsamı dışında kalan sağlık kişisel verilerinin toplanması, sağlık kurumlarında can ve mal güvenliğinin sağlanması gibi hizmetler bu çekirdek alanın dışında yan hizmetler olarak sınıflandırılabilir. Ardından yan sağlık hizmetlerinin “bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri” kapsamına dahil olmadığı ve bu nedenle Danıştay’ın sağlık hizmetlerine ilişkin kusursuz sorumluluğu dışlayan içtihadının bu türden zararlar için geçerli olmadığı, yan hizmetler sebebiyle kamu yararı uğruna katlanılan ağır bir fedakârlık ortaya çıkmışsa bunun idare tarafından kusur şartı aranmaksızın tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

Nitekim Danıştay, yukarıda da sözü edilen yan sağlık hizmetlerinde basit hizmet kusuru şartını arayan fakat kusursuz sorumluluğu kabul etmeyen içtihadıyla çelişen; ancak savunumuzu destekleyen bir kararında bu sonuca varmıştır. Ameliyat sırasında vücut ısısını ayarlamaya yarayan ısıtıcı aletin bozulması ve bu arıza (fazla ısınma) yüzünden vücutta yanma meydana gelmesi gerekçesiyle açılan davada, idarenin hizmet kusuru olmasa da sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir. Danıştay, idare mahkemesinin idareyi hizmet kusuru sebebiyle sorumlu tutmasını hukuka aykırı bulmuş, fakat tıbbi cihaz arızasından kaynaklanan zararın, aniden ortaya çıkan ve önlenemeyen bir “beklenmeyen hal” olduğuna sonucuna ulaşmıştır. Hizmetin içinde meydana geldiği için idareye atıf ve isnat edilebilir olan bu zarardan, “*idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da kusursuz sorumluluğu(nun) devam etmekte*” olduğuna ifade etmiştir.⁹⁰¹. Ancak söz konusu karar, Danıştay’ın sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul ettiği, şu ana dek ulaşabildiğimiz ilk ve tek karardır. Bu sebeple

⁹⁰¹ D10D, E. 2004/9232 K. 2007/2720 KT. 18.5.2007, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

Danıştay'ın yan sağlık hizmetleri alanında idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunu dışladığı yaklaşımını bütünüyle terk ettiğini ileri sürmek için henüz erkendir.

Öte yandan, niteliği gereği riskli olan çekirdek ya da başka bir ifadeyle esas sağlık hizmetlerinin, hizmetten yararlananın sağladığı bireysel yararın yansira bu hizmet sebebiyle uğradığı zararın da her daim salt bireysel olduğunu, hiçbir çekirdek sağlık hizmeti zararının, kamu külfeti şeklinde ortaya çıkmayacağını söylemek, doğru olmayacaktır. Nitekim Fransız ve Alman hukukunda da çekirdek sağlık hizmetlerinin bir kısmının kusura dayanmayan sorumluk kapsamında tazmin imkanının olması, bu hizmetlerin yürütülmesindeki kamu yararının bireysel yarara üstün gelmesi ve dolayısıyla bireyin yaşam ve sağlık hakkının kamu yararı için feda edilmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bireyin, uygulanacak olan müdahale, öngörülebilir riskler, bunların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar hakkında bilgilendirilmiş ve onayının alınmış olması da bu türden sağlık hizmetleri sonucunda ortaya çıkan zararın kamu külfeti olmadığını söylemeye yetmeyecektir. Çünkü ortaya çıkan sonucun öngörülmeleyen bir sonuç olma olasılığı her zaman vardır. Böyle bir durumda bireyin bilmediği ve dolayısıyla rıza göstermediği zararlı sonucu tek başına üstlenmek zorunda bırakılmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği açıktır.⁹⁰²

Çekirdek sağlık hizmetleri içinde yer alan, kamu sağlığı vurgusunun olduğu zorunlu aşilar; zorunlu olmasa dahi devletin yapılmasını teşvik ettiği ve güven ortamı yarattığı gönüllü aşilar, kan ve kan ürünleri aktarımı, ilaç, tıbbi cihaz, tedavi yöntemi ve benzeri üzerine klinik araştırmalar,⁹⁰³ Alman hukukundaki Salvarsan kararında olduğu gibi, tedavisi yasal olarak zorunlu tutulan hastalıklara yönelik tıbbi müdahaleler, akıl hastalarının bakımı, tedavisi ve muhafazası kamu yararının bireysel yarar karşısında üstün tutulduğu hallerdir. Daha doğru bir ifadeyle, kamu yararının ağır bastığı ve dolayısıyla ortaya çıkan zararın da bir kamu külfeti haline geldiği durumlardır. Bu yüzden söz konusu tıbbi müdahalelerden doğan zararın idarenin kusurundan kaynaklanmasa veya kusuru ispatlanamasa dahi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği tazmin edilmesi gerekmektedir.

⁹⁰² Yüzbaşıoğlu, op.cit., s.389.

⁹⁰³ Klinik ilaç araştırmalarında idarenin kusursuz sorumluluğu için bkz. Makbule Mine Turhan, Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.311 vd.

Nitekim literatürde de, AIDS, deli dana gibi tehlikeli bulaşıcı hastalıkların,⁹⁰⁴ nükleer tıp uygulamalarının⁹⁰⁵ sebep olduğu bireysel zararların ve akıl hastalarının bakımı ve tedavisi sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararların⁹⁰⁶ hakkaniyetin ve sosyal devlet ilkesinin gereği olarak zarara uğrayan kişilerin üzerine bırakılmayıp idare tarafından tazmin edilmesinin kamu külfetlerinin dengelenmesini sağlayacağı savunulmaktadır.⁹⁰⁷

Aksini iddia eden yazarlara rağmen, sağlık kamu hizmetlerinde idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu kabul edildiğinde, salt bireysel yarar sağlayan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlı sonuçların da idare tarafından üstlenilmesi gerekmemektedir. Sağlık hizmetleri alanında kusura dayanmayan sorumluluğunu kabul etmemek, söz konusu kabulün idarenin sorumluluğunu peşinen bir hayat sigortası işlevine dönüştüreceğini savunmak,⁹⁰⁸ kusura dayanmayan sorumluluğun özüne aykırıdır.

Kusura dayanmayan sorumluluk idare ile hiçbir ilgisi olmayan zararlardan yine de idareyi sorumlu tutmak ve tazminat ödemeye mahkûm etmek anlamına gelmemektedir. Kusura dayanmayan sorumluluk, idarenin eylem veya işlemiyle arasında illiyet bağı bulunan, eşitliği bozan bir kamu külfeti haline gelmiş zararlı sonuçlardan idarenin kusur şartı aranmaksızın sorumlu tutulması halidir. Sağlık hizmetleri alanındaki bazı işlem ve eylemler, hizmetten yararlanana sağladığı faydanın ötesinde, çoğunlukla kamu sağlığını korumak şeklinde kamusal bir yararı barındırmaktadır. Sağlık faaliyetleri sonucu ortaya çıkan zararın, bireysel zararın ötesinde, eşitliği bozan bir kamu külfeti haline gelmesi durumlarında idarenin kusura dayanmayan sorumluluğuna başvurmak, dolaylı bir hayat sigortası olarak değil,⁹⁰⁹ kamu

⁹⁰⁴ Ahmet Yayla, op.cit., 118.

⁹⁰⁵ Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Y. 12, S. 46, 47, 1982, ss. 16-22, s.22.

⁹⁰⁶ Ahmet Yayla, op.cit., s.60, 61; Güran, op.cit., s. 22.

⁹⁰⁷ Ahmet Yayla, op.cit., s.119, 120; Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V. Sempozyum, (Ankara 12-13 Mart 1982)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, ss. 77-87, s. 85, 86; aynı yönde görüş için bkz. Bereket Baş, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, s. 81; Akgül, op.cit., s.287, 288.

⁹⁰⁸ Sağlık hizmetleri alanında kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin devleti dolaylı yoldan bir hayat sigortası uygulamasına zorlayacağı görüşü için ayrıca bkz. Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler*, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, ss. 244-255, s.250, 251.

⁹⁰⁹ Ibid.

yararı için ağır külfetler yüklenen bireyin katlandığı fedakârlığın, tazmin edilmesi⁹¹⁰ yorumlanmalıdır.

2. Eğitim Hizmetleri Sırasında Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahale

Hukuk devleti ilkesi gereği, kusurlu sorumluluk kusura dayanmayan sorumluluktan önce gelir kuralı idarenin her faaliyetinde geçerlidir. Dolayısıyla eğitim faaliyetleri sırasında hizmetin kullanıcılarının uğradığı zararın tazmini meselesini çözüme kavuşturmak için önce idareye isnat edilebilecek bir kusur olup olmadığı araştırması yapılması gerekmektedir.

İdarenin eğitim hizmetlerindeki kusuru hizmetin yürütülüşündeki bir aksaklık, eksiklik şeklinde ortaya çıkabileceği gibi idarenin eğitim hizmetinden yararlananlara karşı gözetim ve denetim görevini yerine getirmemesi şeklinde de olabilir. Fakat Danıştay, hizmetten yararlanırken aynı zamanda idarenin gözetim ve denetimi altında olması gereken bireylerin, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan zararlarını -birkaç ayrıksı kararı dışında- fedakârlığın denkleştirilmesi esasını dayanak göstererek kusursuz sorumluluğa göre tazminine hükmetmektedir.

Okul bahçesinde basketbol oynayan öğretmenin geri geri gitmek suretiyle öğrenci ile çarpışması sonucu öğrencinin yaralanması olayında,⁹¹¹ teneffüs sırasında sınıf arkadaşının attığı kalemin gözüne isabet etmesi sonucu öğrencinin sağ gözünde görme kaybı meydana gelmesinde,⁹¹² sınıf arkadaşının ders esnasında gözüne fırlattığı cisim sonucunda öğrencinin yaralanmasında,⁹¹³ lise bahçesinde oyun oynayan öğrencinin kale direğinin üzerine düşmesi sonucu ölümü olayında⁹¹⁴ Danıştay; idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu denetim ve gözetim görevinden bahsetmekte, fakat

⁹¹⁰ Denkleştirme ifadesi bilinçli olarak kullanılmamıştır. Bkz. infra, bölüm 3, II-B.

⁹¹¹ D8D, E. 2015/14517, K. 2017/896, KT.16.2.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

⁹¹² D8D, E. 2013/10872, K. 2015/1077, KT.20.2.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

⁹¹³ D8D, E.2014/4787, K. 2015/1716, KT.11.3.2015 “*idarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren okulda ders saati içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri gereğidir. Bakılan davada, Ağrı İli XI Lisesi 10/E sınıfı öğrencisi olan davacının, gözüne sınıf arkadaşının kalem atması sonucunda yaralandığı açık olup idarenin bu zararın oluşumunda doğrudan etkisi bulunmamakla birlikte, öğrencinin okul idaresinin gözetim ve denetiminde bulunduğu süre zarfında gerekli gözetim ve denetim görevini yapmaması nedeniyle meydana gelen olayda davalı idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.*” <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

⁹¹⁴ D8D, E.2012/1845, K.2016/3093, KT. 28.3.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

olayda idarenin kusuru olmamasına rağmen hukukun genel ilkeleri ile hak ve nesafet kuralları gereği idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.

Danıştay, idarenin gözetim sorumluluğunu;

“idarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren okulda ders saati içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri gereğidir.”

şeklinde ifade ederek aslında denetim ve gözetim sorumluluğunun yerine getirilmemesi halini bir kusursuz sorumluluk nedeni saymaktadır.

Oysa idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi bir kusura dayanmayan sorumluluk hali değil, kusurlu sorumluluk halidir. Zira bu, idarenin bir ödevidir. Mevcut bir ödevin yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi hizmet kusuru teşkil eder. Dolayısıyla bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre değil, kusurlu sorumluluk kuralları uyarınca tazmin edilmesi gerekir. Ardından zarara sebep olan öğrenciye karşı kusuru oranında rücu davası açılabilir.

Neyse ki Danıştay’ın, eğitim hizmeti esnasında gözetim ve denetim sorumluluğunun yerine getirilmemesi halini hizmet kusuru olarak tanımladığı isabetli kararları da mevcuttur. Öğrencinin öğle tatili esnasında okul içerisinde merdiven boşluğundan düşmesinde,⁹¹⁵ turizm otelcilik meslek lisesi öğrencisinin, bir öğretmenevinde staj yaptığı dönemde aynı yerde staj yapan başka bir öğrenci tarafından

⁹¹⁵ Her ne kadar İdare Mahkemesi’nce davalı idarenin kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmişse de, ilkökul öğrencileri için tehlike oluşturabilecek merdiven boşluklarının bir metreye yakın genişlikte yapılmasına rağmen bu boşluklarla ilgili gerekli koruma önlemlerini almayan ve öğrenciler üzerinde bu boşluklardan kaynaklanabilecek riskler noktasında gerekli gözetim ve denetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyerek uyumsuzluk konusu olaya sebebiyet veren davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. D8D, E.2010/935 K.2013/1620, KT.1.3.2013, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

bıçaklanarak ölümünde,⁹¹⁶ eğitim ve öğretim faaliyetleri esnasında öğrencilerin güvenliğinden birinci derecede sorumlu olmasına rağmen gerekli önlemleri almayan, gözetim ve denetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyerek sebep oldukları zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre değil, idarenin hizmet kusuru bulunduğu için kusurlu sorumluluk ilkesine göre tazmin edileceğine karar vermiştir.

İdare, eğitim kamu hizmetlerini hukuka uygun şekilde ve olağan seyrinde yürütürken, hizmetten yararlananların özel ve olağanüstü bir zarara uğramasına sebep olursa ancak o zaman bu zararın meydana gelmesinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği sorumlu olacaktır.

Dolayısıyla idarenin eğitim ve öğretim faaliyetlerini yerine getirirken fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalinden doğan bir sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, denetim ve gözetim görevi de dahil olmak üzere hizmetin yürütülüşünde ve işleyişinde herhangi bir ihmal, eksiklik ya da aksaklığın söz konusu olmaması gerekir. Faaliyet hukuka uygun şekilde yerine getirilirken, hizmetten yararlananların bir zararının ortaya çıkması gerekir. Bu zararın da olağan ve hizmetten yararlananların sıklıkla karşılaşılabileceği bir zarar değil, özel ve olağanüstü olması gerekir.

Meydana gelen zararda, idarenin kusuru olup olmadığının ve dolayısıyla hangi tür sorumluluğun uygulanacağına belirlenmesinde, okul içinde böyle bir zararın yaşanması olasılığının düşüklüğü ve en önemlisi hem hizmeti sunan hem de yararlananlar tarafından böylesi bir zararın meydana gelebileceğine dair öngörülebilir bir durumun olmaması, ölçü kabul edilebilir. Zararın meydana gelebileceğine dair öngörülebilir bir durum söz konusuysa, ki örneğin öğrencilerin birbirleriyle kavga edebileceği ya da gerekli güvenlik tedbirleri alınmazsa merdivenlerden düşebileceğine dair bir öngörünün olması gerektiği açıktır, bu durumda zararın özel ve olağanüstülüğü değerlendirilmesinin ötesinde ve öncesinde, hizmet kusurundan söz edilecektir.

⁹¹⁶ “Eğitim ve öğretim faaliyetini bir kamu hizmeti olarak yürütmekle görevli olan idarenin üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmek amacıyla öğrencilerin güvenliğinden de birinci derecede sorumlu olduğu, dava konusu olayda ise staj eğitimi sırasında iki öğrenci arasında idareye ait bina içerisinde gerçekleşen olaya görevlilerce müdahale edilerek ölüme kadar giden olayın önlenemediği, görevlilerin gözetim ve denetim görevlerini eksik yaptıkları, bu nedenle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.” D8D, E.2011/4976 K.2015/3234, KT.13.4.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

Faaliyetin yürütülmesi sırasında olabilecek her türlü aksaklık, hizmetten yararlananların yaşam ve sağlığını tehdit edebilecek haller, gündelik hayatta karşılaşılması zor riskli aktiviteler ve sair öngörülebilir durumlar hakkında gerekli tedbirler alınmış; buna rağmen bir ya da birkaç öğrenci, diğer öğrencilere nazaran ağır bir zarara uğramış ise, ancak o zaman fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalden söz edilebilir. Ancak öğrencilerin gündelik hayatta da sıklıkla karşılaşabileceği kazalar, eğitim faaliyetinden doğan özel ve olağanüstü zarar olarak nitelendirilemez.

Nitekim Alman hukukunda, bir öğrencinin beden eğitimi dersi esnasında ip ağ üzerinde kollarını gererek asılması sonucu yaralanması halini Alman Federal Mahkemesi, okula özgü bir tehlike olarak görmemiş, her öğrencinin doğal olarak içinde bulunduğu “genel yaşam riski” olarak değerlendirmiştir. Bu görüşü doğrultusunda, söz konusu zarar ağır bir fedakârlık olmadığından tazminat talebini reddetmiştir.

Türk hukukunda Danıştay’ın, tam anlamıyla hukuka uygun şekilde yürütülen bir eğitim öğretim faaliyetinden kaynaklanan özel ve olağanüstü zararın tazminine ilişkin hüküm kurduğu bir kararını tespit edilememiş olsa da, bu durum eğitim öğretim faaliyetlerinin hiçbir zaman fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlaline yol açmayacağı anlamına gelmemektedir. Yukarıda ifade edilen koşulların, daha doğru bir ifadeyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dair genel şartların gerçekleşmesi halinde bu tür sorumluluğun uygulanması mümkündür.

3. Kamu Görevlilerinin ve Kamu Hizmetine Gönüllü Katılanların Yaşam ve Sağlık Hakkına Müdahale

a. Kamu Görevlilerinin Görevleri Sırasında Yaşam ve Sağlık Haklarının İhlali

Kamu görevlilerinin uğradığı zararlar esasında dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında değildir. Zira kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini hukuka uygun şekilde yürütürken maruz kaldıkları zararlar, idare tarafından herhangi bir kusur şartı aranmaksızın giderilmesi gerektiği anlamına gelen mesleki risk ilkesine dayanılarak tazmin edilmektedir. Fakat defaatle ifade edildiği gibi risk ilkesinin esası fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Dolayısıyla bu türden zararlar eşitliği bozan bir kamu külfeti şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Mesleki risk ilkesi esasında, literatürde aksi iddia edilse de,⁹¹⁷ yalnızca “bünyesinde risk taşıyan” kolluk hizmetleri, sağlık hizmetleri gibi kamu hizmetleri için değil bütün kamu hizmetleri için uygulanabilir. Zira herhangi bir kamu hizmetinin özünde risk taşıyor olup olmaması idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü ilgilendirmektedir.⁹¹⁸ İdarenin alması gereken önlemlerin yoğunluğu ile alakalıdır.⁹¹⁹ Başka bir deyişle, faaliyetin az riskli ya da daha çok riskli olması, idarenin o hizmetleri kamu görevlilerinin herhangi bir zarar uğramadan ifa edebilmeleri için alması gereken önlemleri farklılaştıracaktır ama bu idarenin bir yükümlülüğüdür. Söz konusu yükümlülüğünü hizmetin niteliğine uygun şekilde yerine getiremiyorsa hizmet kusuru olduğu anlamına gelmektedir.

Mesleki risk bağlamında bünyesinde risk barındıran ya da barındırmayan şeklinde bir ayrıma gitmek; kolluk faaliyeti yürüten kamu görevlisinin görevi sırasında uğradığı zarar tazmin edilirken, eğitim faaliyeti yürüten kamu görevlisinin uğradığı zararın tazmin edilememesi sonucunu doğurur ki kamu görevlilerinin görevi sırasında ya da görevi nedeniyle uğradığı zararlar arasında bu ayrımı haklı kılacak bir neden yoktur. Olması gereken hizmetin hukuka uygun şekilde ifası sırasında zarara uğrayan tüm kamu görevlilerinin mesleki risk ilkesi kapsamında zararlarının idarece tazmin edilmesidir.⁹²⁰

Kaldı ki bir kamu hizmeti hukuka uygun şekilde yürütülürken, hizmeti ifa eden kamu görevlisinin zarara uğraması bizatihi o hizmetin belli ölçüde tehlikeli olduğu anlamına gelmektedir.⁹²¹ Dolayısıyla hizmetin ifası sırasında meydana gelen zararın, o kamu hizmetinin özünde risk taşımadığı gerekçesiyle mesleki risk ilkesi kapsamında tazmin edilmemesi, bu ilkenin varlığına da aykırı olacaktır.

Mesleki risk ilkesinin genel esası olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üzerinden değerlendirme yapıldığında ise⁹²², riskin yoğunluğunun idarenin sorumluluğuna etki edeceğini söylemek daha anlamsız hale gelmektedir. Çünkü fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde aslolan zararın özel ve olağanüstü bir kamu

⁹¹⁷ Atay, *İdare Hukuku*, s.764; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1251 vd.; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s.294, 295; Gözler, *İdare Hukuku C.II*, s.1194.

⁹¹⁸ Ahmet Yayla, *op.cit.*, s.108.

⁹¹⁹ Ahmet Yayla, *op.cit.*, s.166.

⁹²⁰ Günday, *op.cit.*, s.380.

⁹²¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 1242

⁹²² Karş. Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.51-54.

külfeti şeklinde tezahür etmesidir. Riskli bir hizmeti yürüten kamu görevlisinin uğradığı zarar da, daha az riskli bir hizmeti yürüten kamu görevlisinin uğradığı zarar da eşitliği bozan bir kamu külfetidir.

Toplumun tamamının ya da hizmetle ilgili kısmının o kamu hizmetinin nimetlerinden yararlandığı, hizmeti yürüten geri kalan kamu görevlilerinin böyle bir zarara uğramadığı düşünüldüğünde, zararın özel ve olağanüstü nitelikte olduğu anlaşılacaktır. Eşitliği bozan bir kamu külfeti olma niteliği bakımından kamu görevlileri arasında riskin yoğunluğu veya derecesi üzerinden bir ayrımı haklı kılacak bir neden görünmemektedir.

Öte yandan yürütülen kamu hizmetinin Danıştay'ın ifadesiyle “bünyesinde risk taşıyan” faaliyetlerden olması da, hizmeti yerine getiren kamu görevlilerinin uğradığı zararı özel ve olağanüstü nitelikte olmaktan çıkarmaya yetmez. Zararın özelliği ve olağanüstülüğü belirlenirken ayırt edici olan, o kamu hizmetinin bünyesinde risk taşıyıp taşımadığı değildir. Önemli olan söz konusu kamu hizmetinin olağan seyrinde, belirlenebilir bir kişi grubuna, hizmetten yararlanan kesime kıyasla kamu yararı için katlanmasının beklenemeyeceği bir zarar verilmiş olmasıdır. Kamu hizmetinin riskli niteliği belirleyici bir kıstas olmadığı gibi, söz konusu zarara uğrayanın o hizmeti ifa eden kişi olması da zararın niteliğini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla ister riskli bir faaliyet olsun ister olmasın, kamu görevlisinin görevinin ifası sırasında veya ifası sebebiyle uğradığı, özel ve olağanüstü zararların geniş anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği idare tarafından tazmini gerekmektedir.⁹²³

Nitekim Danıştay da, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı emrinde çalışan polis memurunun çalıştığı birime alınan elektronik cihazların taşınması esnasında, 850 kg ağırlığındaki cihazın üzerine düşmesi sonucu yaralanmasından,⁹²⁴ sözleşmeli olarak görev yapan hemşirenin, bir hastadan kan alımı sırasında enjektör ucu ile kolundan yaralanarak kırım kongo kanamalı ateşi hastalığından vefatından,⁹²⁵

⁹²³ Aksi yönde Öğretide kamu görevlilerinin kamu hizmetinin bir parçası durumunda olduğu ve bu sebeple hizmet nedeniyle doğacak külfetleri kaçınılmaz bir şekilde yüklenmiş oldukları gerekçesiyle bu alanda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanamayacağı da ifade edilmektedir. Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 67.

⁹²⁴ D10D, E.2011/10527 K.2015/2350 KT.18.5.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹²⁵ D15D, E.2015/6230 K.2017/7584 KT.19.12.2017, “İdari hizmetlerin kuruluş ve işleyişindeki mevcut kusurlardan dolayı meydana gelen zararların, idarece tazmini gerektiği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere verilen

toplum sağlığı teknisyeninin bir hastanın sevki sırasında meydana gelen trafik kazası sonucu yaralanmasından,⁹²⁶ İl Özel İdaresinde çalışan hizmetlinin, valilik konağındaki onarım çalışmasına yardım ettiği sırada yerde bulunan betonu almak için eğildiğinde gözüne demir parçasının batması sonucu yaralanmasından⁹²⁷ idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Danıştay anılan kararlarında, bir kamu hizmetinin ifası sırasında, *görevin getirdiği genel külfetler dışında*, kamu görevlilerinin uğradıkları özel zararların illiyet bağının kurulması koşuluyla idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Aksi halin, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesinin eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kurallarıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir.⁹²⁸

b. Kamu Hizmetine Gönüllü Katılanların Uğradığı Zararların Tazmini Meselesi

Kamu görevlilerinin görevi esnasında veya görevi sebebiyle uğradığı zararların fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanılarak idarece tazmin edilmesi gerekliliğinin ardından, kamu hizmetine gönüllü katılanların uğradığı zararların idare tarafından tazmin edilip edilmeyeceği, edilecekse sorumluluk esasının ne olacağı meselesine değinmek gerekmektedir.

Kamu hizmetine gönüllü katılanlar kavramı, idare hukukunda yetkilerin verilmiş yetkiler olmasının bir istisnası olarak, Anayasayla ya da kanunla yetkili kılınmamış kişilerin yaptıkları eylem ve işlemlere, hukuki güven ve idari istikrar ilkeleri uyarınca iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında geçerlilik tanıyan fiili ajan teorisinin⁹²⁹ bir görünümüdür. Olağanüstü durumlarda, bir yangının söndürülmesi, göçük altında kalan depremzedelerin kurtarılmasına yardım edilmesi gibi zaruret ve aciliyet hallerinde kamu görevlisi olmayan kişilerin kamu hizmetinin yürütülmesine katılımı fiili ajan teorisinin

zararların, eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de gerekmektedir. Başka bir anlatımla, idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür.”

⁹²⁶ D15D, E.2016/8641 K.2017/7588 KT.19.12.2017, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹²⁷ D10D, E.2010/736 K.2014/2129 KT.7.4.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹²⁸ Aynı yönde bkz. D12D, E.1967/1778, K.1968/2449, KT. 25.12.1968, Esin, op.cit., s.178.

⁹²⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1016,1017.

içinde zaruri memur kavramı ile açıklanmaktadır.⁹³⁰ Kamu hizmetine gönüllü katılanlar ile kastedilen de zaruri memur teorisinin uygulama alanına giren kişilerdir.

Bu kişiler yürütülmesi zorunlu bir kamu hizmetine fiilen katılarak,⁹³¹ bu hizmeti yürütmekle görevli olan kişilerin uğrayabileceği zararları üstlenmektedir.⁹³² Daha doğru bir ifadeyle bu zararı göze almaktadır. Dolayısıyla tıpkı kamu görevlilerinin hukuka uygun şekilde yürüttükleri kamu hizmetleri sırasında uğradığı zararlardan özel olarak mesleki risk ilkesi, genel olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği idarenin sorumlu olması gibi, kamu hizmetine gönüllü katılanların uğradığı zararlardan da aynı şekilde idarenin kusursuz sorumlu tutulması gerekmektedir.⁹³³

Söz konusu kişilerin kamu hizmetlerinin yürütülmesine gönüllü katılımları esnasında uğradıkları zararlardan idarenin sorumlu olup olmayacağı meselesi Fransız hukukunda yıllar önce risk ilkesi temelinde idarenin sorumlu olacağı yönünde çözüme kavuşturulmuşken,⁹³⁴ Türk hukukunda Danıştay'ın bu konuda yerleşik bir içtihadının olduğunu söylemek güçtür.⁹³⁵

Danıştay'ın kamu görevlisi olmadığı halde hizmetin yürütülmesine katılanların, bu esnada uğradıkları zararda idarenin kusurunu aradığı eski tarihli kararları olduğu gibi,⁹³⁶ kusura dayanmayan sorumluluk ilkesini uyguladığı kararları da mevcuttur.⁹³⁷ Söz konusu kararlarından birinde, bir köy okulunun bahçe düzenlemesi çalışmalarına katılan öğretmenin bu çalışma esnasında gözüne yabancı cisim saplanması nedeniyle bir gözünü kaybetmesi olayında Danıştay; eğitim öğretim faaliyetlerinin yapıldığı alanların bu hizmete uygun hale getirilmesinin öğretmenlerin görevi olmasa da, özellikle kırsal

⁹³⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, s.752-754.

⁹³¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1017

⁹³² Melike Özge Çebi Buğdaycı, "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Kapsamında Mesleki Risk İlkesi," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı*, C..5, S.1, ss.595-620, 2020, s.612.

⁹³³ Karş. Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s.51-54; Düren, "Katılanların uğradıkları zararda, gerçekten kamu hizmetinin yerine getirilmesi ile zarar arasında bir nedensellik bağının varlığı kuşku götürmez. Ancak kamu yararı uğruna katılan özel, ağır, olağanüstü bir fedakârlıktan çok, hizmetin tehlikeli nitelik taşıması, her zaman hizmetin doğası gereği bu tür zararlara yol açma olasılığı bulunması, zararın tazmininde dayanığın tehlike sorumluluğu olmasını gerektirir." Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, 321; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s.67.

⁹³⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1203 vd.; Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, s. 64; Ayanoğlu, *Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 63-64,

⁹³⁵ Tan, op.cit., s.509.

⁹³⁶ D12D, E.1965/411, K.1967/1591, KT.16.10.1967, Esin, op.cit., s.169, 170; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1210; Gündüz, op.cit., s.126.

⁹³⁷ Tan, op.cit., s.509; Gündüz, op.cit., s.126.

kesimde maddi olanakların ve personel sayısının yetersizliğinden ötürü gönüllü olarak öğretmenler tarafından üstlenildiğinin bilinen bir gerçek olduğunu belirtmiş, ardından öğretmenin bu nedenle uğradığı zararın “*nimet-külfet dengesinin bir gereği olarak*” kamu tarafından üstlenilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁹³⁸ Anlaşılacağı üzere Danıştay kamu hizmetine gönüllü katılanların uğradığı zararlardan idarenin sorumlu olduğu şeklinde hüküm kurduğu, tespit edebildiğimiz bu son kararında, açıkça zikretmemiş olsa da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini esas almıştır.⁹³⁹

II. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SONUCU: İDARENİN ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Hukuki sorumluluğun doğal sonucu ve yaptırımı olan tazmin yükümlülüğü,⁹⁴⁰ zarar verici olay hiç gerçekleşmemiş olsaydı zarara uğrayan kişinin ekonomik, fiziksel ve ruhsal durumu nasıl olacak idiye, o hale yani eski hale geri getirebilmek için, sorumlu tutulan kimsenin, sorumlu tutulduğu oranda, yapması gereken fiilleri, çoğunlukla da ödemesi gereken para borcunu ifade etmektedir.⁹⁴¹ Zira tazminat hukukunun amacı, Roma hukukundan farklı olarak,⁹⁴² zarar verici olaydan önceki halin yeniden tesisidir.⁹⁴³ Telif ilkesi (Ausgleichsprinzip) olarak adlandırılan⁹⁴⁵ bu anlayış tazminat hukukunun amacı ve temel ilkesidir.⁹⁴⁶

⁹³⁸ D10D, 28.03.2005, E.2002/4, K.2005/1362, Gündüz, op.cit., s.126.

⁹³⁹ Ibid.

⁹⁴⁰ Esin, op.cit., s. 441; Yenice, Esin, op.cit., s. 107.

⁹⁴¹ S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.581.

⁹⁴² Roma hukukunda, günümüz hukukuna hakim olan tazminatın cezalandırıcı fonksiyonu olmadığı yönündeki anlayış, tam manasıyla benimsenmiş değildi. Örneğin *Actio legis aquiliae*, önceleri sadece köle ve sürü hayvanlarına, sonrasında *actiones utiles* olarak her türlü mala verilen zararların karşılanması amacıyla açılan praetor davası olmasına rağmen bir tazminat davası değil, ceza davası niteliğindedir. W. W. Buckland, A. D. McNair, *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline*, Cambridge, 1936, s. 267-268.

⁹⁴³ Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) § 249/1. fıkrası, “Zararı tazminden sorumlu olan kişi, eğer tazminat sorumluluğunu ortaya çıkararak hal hiç gerçekleşmeseydi, mevcut olabilecek konumu tesis etmekle sorumludur.” hükmünü içermektedir. BGB § 249: “(1) *Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.*”

Hem borçlar hukuku doktrininde⁹⁴⁷ hem de idare hukuku doktrininde⁹⁴⁸ bazı yazarlar genel kabulün aksine manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonu olduğu yönünde görüş bildirse de, kusura dayanmayan sorumluluk söz konusu olduğunda manevi tazminatın cezalandırma işlevinin olmadığı konusunda hemfikirdirler.⁹⁴⁹ Zira kusura dayanmayan sorumlulukta, tazmin yükümlülüğünün sebebi, kusurlu bir davranış değil, zarar görenin zarara katlanmasını beklemenin hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesidir. Dolayısıyla ortada kınanmayı ve cezalandırılmayı gerektiren bir davranış yoktur.

İdarenin tazmin yükümlülüğü, idarenin geniş anlamda kamu hizmeti faaliyetlerini yerine getirirken, kusurlu ya da kusura dayanmayan eylem ve işlemleri neticesinde bireylere (faaliyetin muhatabı olan kişi veya üçüncü kişilere yahut kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlisine) verdiği malvarlığı ve/veya kişi varlığı zararlarını karşılamakla mükellef olduğu anlamına gelir.

Danıştay da idarenin tazmin yükümlülüğünü “*ilgililerin hukuken korunan maddi ve manevi değerlerinde zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan durumla önceki durum arasında öngörülen fark*”⁹⁵⁰ olarak tanımlamaktadır. Söz konusu yükümlülüğün doğabilmesi için, “*ortada bir zararın ve zarara yol açan idareye yüklenebilir bir eylemin (ya da işlemin), zararlar eylem arasında nedensellik bağının ve hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin*

⁹⁴⁴ Genel kural bu olmakla birlikte, hukukumuzdaki bazı tazminat hükümleri, cezalandırıcı işleve sahiptirler. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.58/f.II’de yer alan rekabetin sınırlandırılması hâlinde tazminat yükümlülüğüne ilişkin düzenleme de bir medenî ceza niteliğindedir. Zira bu hükme göre, “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*

⁹⁴⁵ Lange, Schiemann, op.cit., s.9 vd.

⁹⁴⁶ Lange, Schiemann, op.cit., s. 9-11; Klaus Budewig, Markus Gehrlein, *Das Haftpflichtrecht nach der Reform*, München, Verlag, C.H. Beck, 2003, Rn. 3; Niklaus Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, Freiburg, Universitätsverlag, 1999, Rn. 34; tazminatın amacı hakkındaki farklı görüşler için bkz. Josef Esser, Eike Schmidt, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, s.169 vd.

⁹⁴⁷ Hatemi, op.cit., s.102.

⁹⁴⁸ Sevgili Gençay, op.cit., s.246.

⁹⁴⁹ Yargıtay, manevî tazminatın cezalandırıcı bir amaca sahip olmadığını, 1966 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde açıkça belirtmiştir. Bkz. Yarg. İBK., 22.6.1966 t., E. 1966/7, K. 1966/7 (Bu karar için bkz. Resmî Kararlar Dergisi, 1966, s. 21-28. Danıştayın manevi tazminatın cezalandırıcı bir amaca sahip olup olmadığı hususunda yerleşik bir içtihadı henüz yoktur.

⁹⁵⁰ D10D E.2000/3288, K.2001/4668, KT.10.12.2001, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

bulunması” gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁵¹ İdareyi bu yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamanın aracı, idare hukukuna özgü bir dava türü olan tam yargı davalarıdır.

B. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN İHLALİ SEBEBİYLE İDARECE ÖDENEN TAZMİNATIN ANLAMI

Alman hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi, bir zarar tazminatı talebi (Der Schadensersatzanspruch) değil, denkleştirme talebi (Der Ausgleichsanspruch) olarak görülmektedir.⁹⁵² Söz konusu iki tazminat istemi (Der Entschädigungsanspruch) arasında ayırım yapılmaktadır.⁹⁵³ Bu kavramsal farklılığın nedeni, fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatının, kamu yararı uğruna feda edilen bireysel haklar için ödenen bir tazminat olmasıdır. Esasen fedakârlığın denkleştirilmesinde bireyin zarar görmesi göze alınan hakkı, gerçek manada bir “zarar” olarak değil, denkleştirilmesi gereken bir maddi kayıp olarak görülmektedir.⁹⁵⁴ Başka bir ifadeyle fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatının işlevi kamusal ve bireysel menfaatlerin dengelenmesi olduğu için mahkemece hükmedilen tutar, zararın tamamen telafi edilmesinden ziyade

⁹⁵¹ DİDDK., E. 2015/1477 K. 2017/3254 KT. 26.10.2017; aynı ifade için bkz. DİDDK, E.2015/1172 K.2017/3252 KT.26.10.2017; DİDDK, E.2013/2411 K.2015/1784 KT.13.5.2015; DİDDK, E.2015/3752 K.2016/2422 KT.8.6.2016; aynı ifade için bkz. DİDDK., E.2015/3751 K.2016/2420 KT.8.6.2016, DİDDK, E.2008/11, K.2009/3108, KT.17.12.2009; “İdareler kural olarak yürüttükleri kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdürler. İdari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Ancak, ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararın zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, mücbir sebeplerden kaynaklanması, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulamaması, idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması gibi durumlarda idarenin tazmin yükümlülüğü ortadan kalkar.” D10D, E.2017/200 K.2018/177 KT.29.1.2018; aynı ifade için bkz. D8D, E.2012/6635 K.2016/3384 KT.6.4.2016; aynı ifade için bkz. D10D, E.2015/169 K.2015/3224 KT.23.6.2015; D15D, E.2013/198 K.2014/2665 KT.10.4.2014; D8D, E.2012/2091 K.2013/1589 KT.28.2.2013; D8D, E.2012/6523 K.2013/1972 KT.14.3.2013, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹⁵² Ferschl, op.cit., s.134; Horst, op.cit., s.18; Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Ein Lehrbuch*, 2. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1986, s. 595; Papier, Shirvani, op.cit., rn.106; Michael Burmann, Rainer Heß, Katrin Hühnermann, Jürgen Jahnke, *Straßenverkehrsrecht. Kommentar*, (StVG § 16 Sonstige Gesetze), rn.37, 26. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020; BGH, Urteil vom 23. 10. 1952 - III ZR 231/51, NJW 53, 184 (185); BGH, Urteil vom 19. 2. 1953 - III ZR 208/51, NJW 1953, 857 (859); BGH, Urteil vom 9. 4. 1953 - III ZR 77/52, NJW 1953, 1060 (1061); BGH, Urteil vom 30. 9. 1954 - III ZR 134/54, NJW 1954, 1802 (1803); BGH, Urteil vom 13. 2. 1956 - III ZR 175/54, NJW 1956, 629 (630); BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55, NJW 1957, 21 (22); BGH, Urteil vom 31. 1. 1966 - III ZR 118/64, NJW 1966, 1021 (1024); BGH, Urteil vom 26-01-1989 - III ZR 192/87; NJW 1989, 2127.

⁹⁵³ Akyılmaz, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, s. 171; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1303.

⁹⁵⁴ Bu kavramsal farklılık, 2017 yılına dek, Alman Federal Mahkemesi, fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunda manevi tazminat istemini ret gerekçesi olarak kullanılmıştır ve literatürde bu dışlamanın sebebi olarak savunulmuştur. Dörr, op.cit. s.147.

kamusal yarar ile kişisel hak arasında adil denge kurmaya hizmet etmektedir.⁹⁵⁵ Denkleştirme tazminatı, hem etkilenen kişinin ihtiyaçları hem de kamunun ihtiyaçları dikkate alınarak, mağdurun katlandığı ağır fedakarlığın adil ve uygun şekilde denkleştirilmesine yönelik olduğundan, çoğu durumda zararın tamamen denkleştirilmesi zorunlu değildir. Fakat fedakârlığın denkleştirilmesi talebi, eğer haksız fiile dayalı – hukuka aykırı– müdahaleler nedeniyle ise, zararın tamamı denkleştirilmektedir.⁹⁵⁶

Türk hukukunda ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlali sebebiyle açılacak tam yargı davalarında hak ihlaline uğradığını iddia eden davacının, zararının karşılanmasına ilişkin talebi bir tazminat talebidir. Sorumluluk hukukundaki diğer tazminat taleplerinden ve dolayısıyla idarenin kusur sorumluluğuna dayanılarak açılan tam yargı davalarındaki tazminat talebinden kavram olarak bir farkı yoktur.

Bununla birlikte idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan tazmin yükümlülüğünün sebebi tıpkı Alman hukukundaki gibi kamu yararı ile hak seviyesine ulaşan bireysel menfaatler arasında dengenin kurulması, kamu yararı uğruna feda edilen kişisel hakkın, tazmin yoluyla topluma pay edilerek denkleştirilmesidir. Zarar tazminatı, zararının tamamen tazmin edilmesine hizmet ederken, denkleştirme tazminatı mevcut bir hakka yapılan müdahalenin denkleştirilmesi ile ilgilidir.⁹⁵⁷ Denkleştirme tazminatı, hem etkilenen kişinin ihtiyaçları hem de kamunun ihtiyaçları adil bir şekilde göz önüne alınarak, sadece mağdurun dezavantajlarının adil ve uygun bir bedelle denkleştirmesine yönelik olduğundan, zararın tamamen karşılanmasını zorunlu kılmamaktadır.⁹⁵⁸ Buna karşılık idarenin kusurlu sorumluluğunda zarar görenin menfaatiyle zarar verici müdahalede bulunanın menfaati arasında denge kurulmaya çalışılmamaktadır. Daha doğrusu, zarar verici müdahalede bulunanın menfaati dikkate alınmamaktadır. Önemli olan idarenin kusurlu davranışıyla zarara uğrayan mağdurun zarardan önceki haline kavuşturulmasıdır. Bu sebeple uğranılan zarar tam olarak hesaplanmakta ve idare tarafından tazmini beklenmektedir.

⁹⁵⁵ Bunun yanında, isteme hak kazanan kişi, genel medeni haklara göre tazminata faiz uygulanmasını talep edebilir. Prütting, Hanns, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, *BGB Kommentar*, 12. Aufl., Hermann Luchterhand Verlag, 2017, BGB, § 291, Rn. 2.

⁹⁵⁶ Römmermann, op.cit., s.55.

⁹⁵⁷ Römmerman, op.cit., s. 54

⁹⁵⁸ Bu görüş doğrultusunda Alman hukukunda bkz. BGH, 9./ 10. 6. 1952 - GS Z 2/52, NJW 1952, 1176; BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55, NJW 1957, 21; BGH, Urteil vom 28. 1. 1957 - III ZR 141/55, NJW 1957, 630; BGH, Urteil vom 31. 1. 1966 - III ZR 118/64, NJW 1966, 1021.

Burada ifade edilmek istenen tıpkı Alman hukukunda 2017 yılı öncesinde olduğu gibi bir ayırımın kabul edilip, manevi tazminat isteminin de aynı şekilde reddedilmesi gerekliliği değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan tazminatın kusur sorumluluğundaki tazminatın anlamından farklılığıdır.

Kusura dayanmayan sorumlulukta idarenin hukuka uygun müdahalesiyle verdiği zararlar içinde, yalnızca özel ve olağanüstü olan zararlar tazmin edilir. Olağan zararlar denilen örneğin yol yapım çalışması sebebiyle araç yolu güzergâhının değişmesi ve mesafe uzaması gibi, kamu yararına yapılan bir faaliyetin getirdiği ve herkesin katlanmak durumunda kaldığı zararların tazmin edilmemesi bu sorumluk türünün ve karşılığındaki tazmin yükümlülüğünün kusur sorumluluğundan farkını göstermektedir. Zira kusur sorumluluğunda idarenin hukuka aykırı davranarak verdiği her türlü zararın tazmini gerekir. O işlem ya da eylem hiç yapılmasa idi birey ne durumda olacak idiyse o halin iadesi amaçlanır. Buna karşılık kamu külfetleri karşısında eşitliğin ihlali nedeniyle doğan zararın tazmininde amaç yürütülen kamu hizmetiyle sağlanan kamu yararı ile yine kamunun yaptığı fedakârlıkların, katlandığı yüklerin denkleştirilmesidir.

Fakat önemle belirtmek gerekir ki, denkleştirme esasen, zarar verici olaydan, bu olay sebebiyle elde edilen maddi faydanın düşülerek mahsup edilmesi anlamına gelmektedir.⁹⁵⁹ Dolayısıyla denkleştirme, tazminatın özüne ilişkin değil, zararın hesaplanmasına ilişkin bir kavramdır.⁹⁶⁰ Denkleştirme talebi, bir “tazminat” değil, “karşılık”tır.⁹⁶¹ Denkleştirme talebinin, hakkaniyet ilkesinin ön planda olduğu, hakkaniyetin izin verdiği ölçüde talep edilebilen bir hak olduğu savunulmaktadır.⁹⁶²

Denkleştirme, zarar ile denkleştirilebilecek yani zarar ile aynı denklikte olan ve zarara sebep olan olay ile arasında illiyet bağı kurulabilecek bir yararın varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Bu sebeple fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulunduğu hallerde, eşyaya ilişkin zararlar ile yaşam ve sağlık hakkı ile vücut

⁹⁵⁹ Zorluoğlu Yılmaz, op.cit., s.179.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ Türk ticaret hukuku literatüründe de aynı şekilde yorumlandığı konusunda bkz. A. İpek Sarıöz Büyükalp, “Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği Ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2019, Cilt 21, Sayı 2, ss. 523 – 581, s.534.

⁹⁶² Ibid. s.530, 536.

bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar arasında bir ayırım yapılmalıdır.⁹⁶³ Zira eşya zararlarında bir denkleştirmeden söz etmekte hiçbir tereddüt bulunmazken, vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahalenin denkleştirilebileceği yani aynı denklikte olduğu bir kamu yararından bahsedilemeyecektir.

Yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü üzerinde uğranılan bir zararın, elde edilen herhangi bir kamusal menfaat ile aynı şekilde değerlendirilmesine ve meydana gelen zarar ile kamusal fayda arasında adil bir denkleştirmeden söz edilmesine imkan yoktur. Bu nedenle fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunda, kamu yararına hizmet eden bir faaliyet söz konusu olsa dahi, bu faaliyet yaşam hakkının, sağlık hakkının yahut vücut bütünlüğünün ihlaline sebep olmuşsa, meydana gelen zararın tamamen tazmin edilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar idare hukukunda kamu yararına “üstünlük” niteliği bahsedilmişse de, korunması gereken en yüksek menfaat olan yaşam hakkının; kamu yararı ile aynı değerde ve dengede bulunması ve kamu yararı ile bir denkleştirmeye konu olması mümkün değildir. Bireyin yaşam ve sağlık hakkının, vücut bütünlüğünün ihlaline kamu yararı uğruna katlanması beklenemez. Bu değerlerin ihlaline sebep olan ve salt bu nedenle özel ve olağanüstü nitelikteki zarar, sözkonusu zarara idarenin hukuka uygun müdahalesi sebep olmuş olsa dahi, denkleştirmeye tabi tutulamaz. Bu durumda zarar tazminatından söz edilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla, çalışmada idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamına dahil olduğu savunulan risk ilkesinin uygulandığı durumlarda, meydana gelen yaşam ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlaline yönelik zararlar, kamu yararı ile denkleştirilmesi değil, tamamen tazmin edilmesi gereken zararlardır.

⁹⁶³ Borçlar hukukunda TBK m.71/4 üzerinde yapılan değerlendirmelerde, söz konusu fıkranın uygulama alanı bulacağı hallerde meydana gelen zararlar arasında yapılması savunulan aynı şekildeki ayırım için bkz. Akkayan Yıldırım, op.ci.t., s.215 vd.; Zorluoğlu Yılmaz, op.ci.t., s.194 vd.

C. TAM TAZMİN İLKESİ KARŞISINDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNDEN DOĞAN ZARARLARIN TAZMİNİ MESELESİ

Fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, kural olarak denkleştirmeye, istisnaen tam tazmine tabi tutulan zararın, olağan değil, özel ve olağanüstü zarar olduğu, bu yönüyle fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun, idarenin her türlü zararın tazminini gerektiren kusur sorumluluğundan ayrıldığı yukarıda ifade edilmiştir.

Peki bu durum, sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden biri olan tam tazmin ilkesi ile nasıl bağdaştırılacaktır?

Tam tazmin ilkesi, taleple bağlı kalınmak şartıyla, zarara sebep olan müdahalede bulunanın, zarar görenin tüm ve gerçek⁹⁶⁴ zararını karşılaması anlamına gelmektedir.⁹⁶⁵

⁹⁶⁴ “Doktrin ve uygulamada genellikle zararın netleştirilmesi (mahsup denkleştirme teorisi vs. gibi) terimlerle deyimlendirilen bu işleme göre önce zararın hesaplanması ve sonra tazminatın belirlenmesi gerekir. Zira Türk, İsviçre Borçlar Kanununda tüm zararın mutlak olarak tazminini gerektiren bir hüküm mevcut değildir. İsviçre de olduğu gibi Türk Hukukunda da tazminatın tutarı hiçbir zaman gerçek zararı aşamaz. Diğer bir ifade ile uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder. BK.nun 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminatın azami miktarı zararı aşamaz; ona eşit ve hatta bazan da ondan aşağı olabilir. Bu itibarla hâkim zararın gerçek miktarını göz önünde bulundurmak suretiyle tazminatı belirlemekle yükümlüdür.” Y4HD,E.1981/13394,K.1982/274,KT.12.1.1982; Y4HD, E.1982/1406, K.1982/2552 KT.11.03.1982; Y4HD, E.1981/13394 K.1982/274 KT.12.01.1982; Y4 HD, E. 1979/9779, K. 1979/13899 KT.12.12.1979; Y4HD, E. 1978/3173 K. 1978/15053 KT. 29.12.1978; “bir zararın oluşması, ona neden olanın tazminat yükümlülüğünü doğurur. Tazminat miktarı zarar belirlenirken, zarar görenin gerçek zararının esas alınması zorunludur. Burada ilke şu olmalıdır. Zarar doğurucu eylem, zarar görenin malvarlığında ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da, o miktarda olmalıdır. Eş söyleyişle, oluşan gerçek zarar ne kadarsa, tazminat da o kadar olacaktır, ödenecek tazminat o miktarda olmalıdır ki, eğer zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin malvarlığı ne durumda olacak idiyse, ödenecek tazminatla, aynı durum tesis edilebilirdi.” YHGK, E.2003/19-152, K.2003/125, KT. 5.3.2003, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹⁶⁵ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 315 vd.; Haluk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1996, s. 63-64; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.862; Gözler, *İdare Hukuku, C. II*, s.1420; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.642.

“... Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan "tam tazmin" ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenle, somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılması, hakkaniyete daha uygun düşer. Bu düşünceden hareketle, Borçlar Yasası'nun 43 ve 44. maddelerinde, bazı olgular, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiş ve somut olayda bunların varlığı halinde, hâkime tazminattan indirim yapma, gereğinde tamamen reddetme yetkisi tanınmıştır.” YHGK, E. 2004/4-207, K.2004/226, KT. 14.4.2004,

Hakim tarafından belirlenecek tazminat tutarı, “zenginleşmeye yol açmayacak şekilde”⁹⁶⁶, zarar görenin malvarlığındaki azalmaya karşılık gelmelidir.⁹⁶⁷

Esasında tam tazmin, maddi tazminat kavramına daha uygun, belli ölçüde standart bir uygulamayı sağlayacak bir ilkedir. Manevi tazminatın niteliği gereği, manevi acıların objektif şekilde maddi karşılığını belirlemenin mümkün olmaması karşısında tam tazmin ilkesinin uygulanabilirliğinden bahsetmek zordur.⁹⁶⁸

İdari yargılama hukukunda tam tazmin ilkesi, öncelikle, dava açıldığı anda gerçek zarar miktarının belirlenemeyecek durumda olması halinde, dava sonuçlanıncaya dek, yargılamanın her aşamasında talep sonucuna etki edecek her türlü bilgi ve belgeden yararlanılabilmesine imkan tanımaktadır.⁹⁶⁹ Öte yandan bu ilke, gerçek zararın belirlenebilmesi için zarar görenin dava konusu idari işlem ya da eylem sayesinde elde ettiği gelir varsa (yasal düzenlemeler gereği yapılan sosyal yardımlar, ödenen tazminatlar gibi⁹⁷⁰) bunların tazminat tutarından düşürülmesini⁹⁷¹ ya da malvarlığına ilişkin zararlarda malın hurda değeri,⁹⁷² yıpranma payı⁹⁷³ gibi kalemlerin tazminat miktarı belirlenirken hesaba katılmasını gerektirmektedir. Ayrıca üçüncü kişinin ya da zarar görenin bizzat kendisinin zararın arttırmasına sebep olması halinde bu katkı oranında idarenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılması lazımdır. Zira tazminat bir zenginleşme aracı değildir.⁹⁷⁴ Bu husus hem adli yargıda hem de idari

⁹⁶⁶ D15D, E.2015/6230 K.2017/7584 KT.19.12.2017; D15D, E.2014/5891 K.2017/6196 KT.1.11.2017; D15D, E.2011/14417 K.2015/1132 KT.25.2.2015; D15D, E.2011/16575 K.2015/6073 KT.15.10.2015; D15D, E.2013/10619 K.2015/1554 KT.17.3.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹⁶⁷ Müzeyyen Eroğlu Durkal, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S.131, ss.179-210, s. 195; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.862; Oğuzman, Öz, C.II, s. 85, 86; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s. 583

⁹⁶⁸ Eroğlu Durkal, op.cit., s.195.

⁹⁶⁹ Eroğlu Durkal, op.cit., s.197.

⁹⁷⁰ 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ve Aylık Bağlanması Hakkında kanununun 6. maddesinde “*Yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar gözönünde tutulur.*” bu husus açıkça vurgulanmıştır.

⁹⁷¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 1328.

⁹⁷² “...yanan aracın hurda değeri araştırılıp hükmedilecek tazminattan indirilmesi gerektiği halde mahkemece bu husus araştırılmaksızın karar verildiği...” D10D, E.1996/3010, K.1996/5902, KT. 08.10.1996, D10D, E.2001/171, K.2001/190, KT.23.01.2001, D10D, E.1998/1073, K.1998/983, KT.03.03.1998, Atay, Odabaşı, op.cit., s.196 vd.

⁹⁷³ D6D, E.2004/4923, K.2005/6609, KT.26.12.2005; D10D, E.1996/5785, K.1998/508. KT.04.02.1998; Ayrıca bkz. D10D, E.1994/7359, K.1995/3559, KT.12.07.1995, D12D, E.1965/3579, K.1967/2505, KT.14.09.1966, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021); Akyılmaz, “*İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*”, s.184,

⁹⁷⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1379.

yargıda pek çok kez ifade edilmiştir.⁹⁷⁵ Kısacası, tam tazmin ilkesi gereği, tazminata hükmedilirken gerekli bütün indirim ve ilavelerin yapılarak idarenin ödemesi gereken miktar kesin ve tam olarak ortaya konmalıdır.⁹⁷⁶

Alman hukukunda da, fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatı hesaplanırken, yukarıda bahsedilen tazminat tutarını arttıran ve azaltan kalemlere benzer şekilde, Medeni Kanundaki menfaatin mahsubu prensipleri uygulanmaktadır, zira mağdurun sadece ağır fedakârlığının denkleştirilmesi öngörülmektedir ve haklarına devlet tarafından müdahale olmasaydı, içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma gelmesi öngörülmemektedir.⁹⁷⁷ Bunun yanı sıra mağdur, katlanmak zorunda kaldığı ağır fedakârlığın yanında, aynı müdahale ile özel bir menfaat elde etmişse, devletin tüm vatandaşlarına eşit bir şekilde tanıdığı refahı aşan söz konusu özel menfaat⁹⁷⁸ devletin sorumluluğunu azaltacaktır.⁹⁷⁹

Türk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı kusura dayanmayan sorumlulukta, gerçek zararın tam tazmini ilkesinden anlaşılması gereken, yukarıda ifade edilen eklenmesi ya da düşülmesi gereken kalemlerin de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesiyle bağdaştığı ölçüde⁹⁸⁰ dikkate alınarak, özel ve olağanüstü zararların eksiksiz şekilde tazminidir.⁹⁸¹

Gerçek zararın tam tazmininin şekli ise, özel hukuktan farklı olarak idari yargılama hukukunda yalnızca nakden tazmindir. İdarenin tazmin borcu, eski halin

⁹⁷⁵ D10D, E.2002/2036 K.2004/91 KT.12.1.2004; D10D, E.2015/3353 K.2016/61 KT.7.1.2016; DİDDK, E.2015/2735 K.2016/3524 KT.21.12.2016; Y20HD, E.2016/2882 K.2016/8351 KT.4.10.2016; Y20HD, E.2015/2515 K.2016/4252 KT.11.4.2016; Y20HD, E.2015/2509 K.2016/4251 KT.11.4.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

⁹⁷⁶ Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, s.199.

⁹⁷⁷ Gerhard Heuser, *Die Rechtsnatur des Aufopferungsanspruchs*, Marburg, 1969, s.156.

⁹⁷⁸ BGH, 9./ 10. 6. 1952 - GS Z 2/52, NJW 1952, 1176; BVerwG vom 13.11.1958, NJW 1959, 643; Paul Günter Horst, *Querverbindungen zwischen Aufopferungsanspruch und Gefährdungshaftung einerseits und Aufopferungsanspruch und Eingriffserwerb andererseits*, Berlin, De Gruyter, 1966, s.20.

⁹⁷⁹ Römmermann, op.cit., s.55

⁹⁸⁰ Yaşam ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlaline yönelik zararların, kamu yararı ile denkleştirilmesi değil, tamamen tazmin edilmesi gereken zararlar olduğu yukarıda belirtilmişti. Bkz. supra, bölüm 3, II-B.

⁹⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 22.10.2014 tarih, E.2014/94, K.2014/160 sayılı kararında, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların miktarının belirlenmesinde Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını, fakat idarenin sorumluluk esasları yönünden böyle bir zorunluluğun olmadığını, dolayısıyla “idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre” belirleneceğini ifade etmiştir.

iadesi, zararın aynen telafisi şeklinde değil yalnızca para borcu şeklinde olduğundan,⁹⁸² davacının kamu külfetleri karşısında eşitliğin yeniden sağlanmasına yönelik istemi, zararının parasal karşılığı şeklinde olmalıdır. Alman hukukunda da idari faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmin şekli nakden tazminat olduğu gibi,⁹⁸³ fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun hukuki sonucu da, tek seferde veya tekrarlanarak ödenecek⁹⁸⁴ bir para tutarıdır.⁹⁸⁵

D. TAZMİNATIN KAPSAMI

Alman hukukunda tazminatın kapsamı doğrudan zararlardır. Yaşam, sağlık ve özgürlük hakkına yapılan müdahalelerde tıbbi tedavi ve bakım maliyetleri,⁹⁸⁶ eğitim ve öğretim için ek maliyetler, kalıcı işgücü kaybı, kazanç kaybı, meslek ve ilerlemedeki diğer dezavantajların yanı sıra evlilik beklentilerinin azalmasından kaynaklanan mali dezavantaj, doğrudan zarar kapsamında yer almaktadır.⁹⁸⁷ Daha önce de ifade edildiği gibi, Alman hukukunda manevi zararlar, uzun süre, fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğunun kapsamına alınmamıştır. Alman Federal Mahkemesi, BGB § 253/2 uyarınca⁹⁸⁸ manevi tazminat istemlerini 2017 yılına dek, kesin olarak reddetmiştir.⁹⁸⁹

⁹⁸² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s.1752; Akyılmaz, “*İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*”, s.168; “*Dolayısıyla bir zararın aynen telafisi ve eski halin iadesi yolları bulunmayan idari yargıda, tazminat davası açan ilgililerin, tazminin istedikleri zararı para olarak ve Türk lirası cinsinden tanımlamaları zorunludur*” D10D, E.1993/4139, K.1994/5234, KT. 28.10.1994.

⁹⁸³ Wolff, Bachof, Stober, Kluth, op.cit., s.126.

⁹⁸⁴ BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55; NJW 1957, 21; Ossenbühl, Cornils, *Staatshaftungsrecht*, s.146.

⁹⁸⁵ BGH, Urteil vom 19. 2. 1953 - III ZR 208/51, NJW 1953, 857; BGH, Urteil vom 13. 2. 1956 - III ZR 175/54, NJW 1956, 629; BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55; BGH, Urteil vom 31. 1. 1966 - III ZR 118/64, NJW 1966, 1021; Maurer, op.cit., § 28, Rn. 15; Ossenbühl, Cornils, *Staatshaftungsrecht*, s.146 vd.

⁹⁸⁶ Maurer, op.cit., § 28, Rn. 15; Ferschl, op.cit., s.141.

⁹⁸⁷ BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55; NJW 1957, 21; Ferschl, op.cit., s.141.

⁹⁸⁸ Alman hukukunda 1900 yılında Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) kabulüne dek çoğu eyalette, kişilik değerlerinin para ile ölçülebilir olmadığı gerekçesiyle manevi tazminat fikri benimsenmemişti. BGB'nin yürürlüğe girmesiyle “*Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.*” şeklinde, “vücut bütünlüğü ve sağlığın zarar görmesi ve özgürlükten yoksun bırakma halinde oluşan zararlarda, zarar maddi olmasa dahi hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilir.” anlamına gelen bir hüküm getirilmiştir. Anlaşılabacağı gibi manevi tazminat belli koşullar altında kabul edilmiştir. Ardından 2002 yılında yapılan değişiklikle bu düzenleme (BGB § 847/1) yürürlükten kaldırılmış ve yerine BGB § 253/2 ile “*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.*” şeklinde, “vücut bütünlüğüne, sağlığa, özgürlüğe veya cinsel tercihe yönelik ihlaller nedeniyle tazminat verilecekse, zarar maddi olmasa dahi, hakkaniyete uygun bir tazminat talep edilebilir.” anlamına gelen hüküm

Ancak, 1 Ağustos 2002’de BGB § 253/2’nin yeniden düzenlenmesi ile birlikte, Federal Alman Mahkemesi de içtihadını değiştirmiştir. 2017 yılındaki bu içtihat değişikliği ile birlikte, Alman hukukunda, yaşam, sağlık ve özgürlük haklarına müdahale durumunda, idarenin tazmin yükümlülüğünün maddi kayıplarla sınırlandırıldığı anlayış sona ermiştir.⁹⁹⁰

Türk hukukunda tazminatın kapsamı ise, genel olarak maddi ve manevi tazminat şeklindedir. Maddi ve manevi tazminatın içeriğine dahil olan zarar türleri ise aşağıda açıklanacaktır.

1. Maddi Tazminat

a. Genel Olarak

Bir kimsenin malvarlığının irade dışı azalmasına ya da malvarlığında meydana geleceği kesin olan bir artışın engellenmesine (aktifinin azalması, mahrum kalınan kar veya pasifinin artması⁹⁹¹) maddi zarar,⁹⁹² bu zararın zarardan sorumlu olan kişi tarafından karşılanması yükümlülüğüne maddi tazminat denilmektedir.⁹⁹³

Şahıs varlığına ilişkin değerler kural olarak malvarlığına dahil olmamakla birlikte, eğer söz konusu değerlerin ihlali malvarlığına olumsuz etki ediyorsa, maddi

getirilmiştir. Federal Alman Mahkemesi bu hükmü kişi varlığı haklarını da içine alacak şekilde geniş yorumlamaktadır. BGH, Urteil vom 14. 2. 1958 - I ZR 151/56, NJW 1958, 827, beck-online.beck.de; Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2013, s.356; Maximilian Fuchs, *Deliktsrecht*, 7. Aufl., Springer, 2009, s. 205 vd.

⁹⁸⁹ BGH, Urteil vom 13. 2. 1956 - III ZR 175/54, NJW 1956, 629; BGH, Urteil vom 15. 10. 1956 - III ZR 226/55, NJW 1957, 21; BGH, Urteil vom 31. 1. 1966 - III ZR 118/64, NJW 1966, 1021, <https://beck-online.beck.de/>, (11.03.2021); ayrıca bkz. Ossenbühl, Cornils, *Staatshaftungsrecht*, s.146 vd.; Ferschl, op.cit., s.141.

⁹⁹⁰ BGH Urteil vom 07.09.2017 (III ZR 71/17) NJW 2017, 3384, <https://beck-online.beck.de/>, (11.03.2021); Johlen/Oerder, op.cit., rn. 216 ; Thorsten Kingreen, “Schmerzensgeld für Verletzungen bei rechtmäßigem Behördenhandeln”, JURA-Kartei online, Berlin, Boston, De Gruyter, 2010, <https://www.degruyter.com/document/database/JK/entry/JK-2018-4-9/html>, (01.03.2021).

⁹⁹¹ Oğuzman, Öz, C.II, s.39 vd.

⁹⁹² Bereket Baş, op.cit., s.352, 353; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1304; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1280; Atay, Odabaşı, op.cit., s.188 vd.; Atay, *İdare Hukuku*, s.715; Tan, op.cit., s.515; Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2006, s. 304-305; Ayanoglu, Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, s.29.

⁹⁹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1304.

zarar kapsamında değerlendirilmektedir.⁹⁹⁴ Örneğin kişilik hakkı içinde yer alan vücut bütünlüğünün ihlali halinde yapılan tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından veya geçici ya da sürekli kaybindan doğan zararlar,⁹⁹⁵ işten geri kalma⁹⁹⁶ malvarlığının azalmasına sebebiyet verdiği için maddi zararın kapsamına dahildir.

Maddi zarar, ölüm nedeniyle meydana gelen zarar, cismani zarar ve mala ilişkin zarar olarak gruplandırılabilir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlali, idarenin kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında yaşam ve sağlık hakkına müdahalesinden kaynaklanıyorsa cismani zararlar; mülkiyet hakkının ihlalinden kaynaklanıyorsa mala ilişkin zararlar maddi zararın kaynağı olacaktır. Söz konusu ilkenin uygulama alanı bulduğu idarenin hukuka uygun faaliyetlerinde maddi zararlar çoğunlukla, taşınır ya da taşınmaz malın hasara uğraması, değerinin azalması ya da kullanılamaz hale gelmesi, gelir kaybı, müşteri kaybı şeklinde fiili zarar ya da yoksun kalınan kar şeklinde kendini göstermektedir.

Maddi tazminatın amacı, malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesi olduğuna göre, maddi tazminat zarar verici olay sonrası oluşan durum ile söz konusu olay hiç gerçekleşmemiş olsaydı malvarlığının bulunacağı durum karşılaştırılarak hesaplanacaktır. Ancak zarar verici olayın hiç gerçekleşmemiş olması ihtimalindeki malvarlığı değeri, daha doğrusu malvarlığındaki eksilme hesaplanırken, yalnızca önceki hal değil gelecekte oluşacak durum da dikkate alınacaktır.⁹⁹⁷ Bu bakımdan gelecekte etkisini göstereceği kesin olan zararlar da, örneğin vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle bedensel zarara uğrayan kişinin belirli meslek ya da iş kollarında faaliyet gösteremeyecek olması durumu, tazmin borcu kapsamına dahil edilecektir.⁹⁹⁸

Öte yandan yüksek enflasyon oranları ve dava süreleri göz önünde bulundurulduğunda⁹⁹⁹ olması gereken, malvarlığındaki eksilmenin hüküm tarihi esas

⁹⁹⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s.1717; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 589; Oğuzman, Öz, C.II, s.40, 41; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s.1280.

⁹⁹⁵ Oğuzman, Öz, C.II, s.41; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.845.

⁹⁹⁶ D12D, E.1966/1965, K.1968/1471, KT.27.6.1968, Esin. op.cit., s.34.

⁹⁹⁷ Y4HD, E.1973/13954, K.1975/2496, KT.27.02.1975,

⁹⁹⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, s. 1716; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1191; bkz. D10D, E.1997/721, K.1999/5266, KT. 20.10.1999; D10D, E.1996/4835, K.1998/703, KT.18.02.1998.

⁹⁹⁹ Oğuzman, Öz, C.II, s.87, 88; Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, *Danıştay Dergisi*, S. 94, Y.28, S.94, 1998, ss. 3-10, s. 7.

alınarak hesaplanmasıdır.¹⁰⁰⁰ Yargıtay ise zarar tarihinin dikkate alınması ve hüküm tarihi ile zararın gerçekleştiği tarih arasında faiz hesabı yapılması gerektiği görüşündedir¹⁰⁰¹. Vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar bakımından ise, TBK m.55 esas alınmaktadır.¹⁰⁰²

İdare hukuku ve idari yargılama hukuku bakımından maddi zararın kapsamı, maddi tazminatın nasıl hesaplanacağı gibi konularda detaylı bir düzenleme bulunmadığından uygulamada TBK hükümlerinden faydalanılmaktadır.¹⁰⁰³ Danıştay tazmini gereken zararı hesaplarken, taleple bağlılık kuralı gereği, davacı tarafından talep edilen tutarı dikkate alarak ilk derece mahkemesinin hükmettiği tazminat miktarının, hüküm tarihindeki gerçek karşılığını Devlet İstatistik Enstitüsü'nün üretici fiyat endeksini esas alarak hesaplamaktadır.¹⁰⁰⁴

b. Malvarlığına Yönelik İhlallerden Doğan Maddi Tazminat

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalden doğan malvarlığı zararları, bu ilkenin en geniş uygulama alanını oluşturur. Çoğunlukla bayındırlık faaliyetlerinin sonucunda ortaya çıkan maddi zarar; malvarlığındaki bir değer kısmen ya da tamamen yok olması, değerinin azalması, gelir kaybı şeklinde fiili zarar olarak ya da ekonomik değeri olan bir hakkın bir süreliğine ya da sürekli olarak kullanılamaması gibi yoksun kalınan kar şeklinde meydana gelmektedir. Menkul ya da gayrimenkul mallara ilişkin özel ve olağanüstü bu zararlar, maddi tazminat yoluyla hukuka uygun idari faaliyetin sağladığı kamusal yarar ile denkleştirilmektedir.

Örneğin, yol çalışması sebebiyle yolun kenarından bulunan taşınmazın uğradığı değer kaybı,¹⁰⁰⁵ yol ve köprülü kavşak yapımı sırasında bu güzergahta kalan işyerinin

¹⁰⁰⁰ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 265; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, op.cit., s.602; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.822, 823; Çağlayan, op.cit., s.236.

¹⁰⁰¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.822, 823; Y4HD, E.1982/7190, K.1982/11637, KT.23.12.1982

¹⁰⁰² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.822, 823.

¹⁰⁰³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1305.

¹⁰⁰⁴ D10D, E. 1995/6440, K. 1997/4796, KT.24.11.1997, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

¹⁰⁰⁵ D10D, T. 21.01.2016, E. 2015/959, K. 2016/354 D12D, T. 15.09.1971, E. 1969/801, K. 1971/1889; D10D, T. 27.10.2016, E. 2016/1088, K. 2016/3891 D10D, T. 27.10.2016, E. 2016/1575, K. 2016/3886 D10D, T. 27.10.2016, E. 2016/1094, K. 2016/3887 D10D, T. 27.10.2016, E. 2016/1571, K. 2016/3888; D10D, T. 27.10.2016, E. 2016/1586, K. 2016/3889; D10D, T. 27.10.2016, E. 2016/2410, K. 2016/3890 D8D, E.2008/2870, K.2008/4124, KT.4.6.2008, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

kullanılmaması sebebiyle uğranılan gelir kaybı,¹⁰⁰⁶ “işyerinin bir süre kapalı kalması sonucu gelir kaybı ve yoksun kalınan kar”,¹⁰⁰⁷ arazi sulamak için kullanılan göletin, idarenin kanal inşaatı sırasında ortadan kaldırılması nedeniyle uğranılan zarar,¹⁰⁰⁸ akarsu sulama projesi kapsamında yapılan bent yüzünden taşınmazları su basması nedeniyle uğranılan zarar,¹⁰⁰⁹ yol yapımındaki drenaj çalışması sebebiyle yok kenarındaki arazide yetişen bitkinin zarar görmesi nedeniyle uğranılan zarar,¹⁰¹⁰ Danıştay’ın da kabul ettiği üzere, maddi tazminat yoluyla toplumun geri kalanıyla denkleştirilmesi gereken ağır fedakârlıklardır.

c. Yaşam ve Sağlık Hakkı İhlallerinden Doğan Maddi Tazminat

Fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu kapsamında, yaşam ve sağlık hakkının ihlali sebebiyle uğranılan zararlar, tıbbi müdahale, tedavi ve bakım giderleri, çalışma gücünün kaybı ya da azalması, ekonomik ve mesleki alanda ilerlemenin güçleşmesi şeklinde bedensel zararlardır.

Bu türden zararlar hesaplanırken, daha önce de ifade edildiği üzere kişi, böyle bir olay hiç meydana gelmeseydi ne durumda olacak ne tür harcamaları yapmayacak ve nasıl bir hayat standardına sahip olacak idiye o duruma döndürülmeye çalışılmaktadır. Örneğin çalışma gücünün kısmen kaybı durumunda, azalmanın oranına göre, söz konusu azalma meydana geldiği için uğradığı emek ve zaman kaybı, başka bir iş yapabilme yeteneği, eski hale dönebilmek için ya da sırf bu hal sebebiyle yapılan tedavi

¹⁰⁰⁶ Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2016/238, K. 2017/40, KT. 20.01.2017, “... anılan köprülü kavşak ve yol çalışmasından, o bölgede oturan ve çalışanlar ile yolun Batman İli (D.Bakır-Mardin) Ayr.-Bismil-Batman (GAP) ile Batman- (Silvan-Kozluk) Ayrımı yolunun kesişim noktası olması nedeniyle tüm kamu yararlanmakta iken, söz konusu köprülü kavşak ve yol çalışmasının yalnızca çok az sayıda taşınmazın konum ve niteliğini etkilediği, başka bir anlatımla kamu yararı bulunan bu hizmetten dolayı davacının özel ve olağanüstü bir zararının söz konusu olabileceği açıktır. Bu durumda, trafik akışının ve yaya geçişinin rahatlatılması amacıyla şehir merkezinde köprülü kavşak ve yol çalışması yapılması sırasında projeye uyum amaçlı olarak zemin kotun eksi kota düşürülmesi sonrasında veya yol yapım ve köprülü kavşak çalışmasına bağlı diğer sebeplerle dava konusu dükkanda yürütülen ticari faaliyetten elde edilen gelirlerde azalma nedeniyle oluşan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” Aynı olayla ilgili benzer yönde karar için bkz. Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2016/489, K. 2017/15, KT. T. 05.01.2017; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, E.2016/227, K.2016/601, KT. 28.12.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰⁰⁷ D8D, E.1985/795, K.1986/428, KT. 9.10.1986.

¹⁰⁰⁸ Bal, Şahin, Karabulut, op.cit., s.248, 249.

¹⁰⁰⁹ Ibid., s.250, 251.

¹⁰¹⁰ Ibid., s.293, 294.

ve bakım masrafları dikkate alınacaktır.¹⁰¹¹ Bu değerlendirme aynı işi yapan fakat sağlığı yerinde olan emsali üzerinden olacaktır. Bedensel zararı sebebiyle iş hayatında veya sosyal yaşamında daha fazla efor sarf etmesi gerekip gerekmediği ayrıca değerlendirilecektir.¹⁰¹² İdarenin bu zarar verici davranışıyla ilgili olmayan zarar görende önceden var olan ya da dava esnasında hayatın doğal akışında yahut mesleğin olağan koşullarında ortaya çıkmış olan eksilmeler ve hasarlar dikkate alınmayacak yahut tazminat miktarından düşülecektir.

Yaşam ve sağlık hakkına idarenin hukuka uygun müdahalesinden doğan maddi tazminat hakkının hesaplanmasına ilişkin kurallar bu şekilde olmakla birlikte, Danıştay'ın sağlık hizmetlerinde yaşam ve sağlık hakkına müdahalelerde kusura dayanmayan sorumluluk ilkesinin uygulanmasına imkan vermeyen yaklaşımı sebebiyle¹⁰¹³ bu türden faaliyetleri söz konusu olduğunda fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanarak maddi tazminata hükmettiği bir kararı bulunmamaktadır. İdarenin kamu görevlilerinin ve kamu hizmetine gönüllü katılanların yaşam ve sağlık hakkına müdahalesi durumunda ise Danıştay, gerekli diğer şartların varlığı halinde idareyi kusursuz sorumluluk kapsamında maddi tazminata mahkum etmektedir.

d. Faiz Uygulaması

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlali sebebiyle açılan tam yargı davalarında, davacı tarafından hükmedilecek maddi tazminata faiz işlemesi talebinde bulunulmuşsa faiz verilip verilmeyeceğine, eğer verilecekse hangi tarihten itibaren verileceğine yargı mercii karar vermektedir.¹⁰¹⁴ Söz konusu faiz, dava sonucunda hükmedilecek olan maddi tazminat miktarına ilişkindir ve 3095 sayılı Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre belirlenecektir.¹⁰¹⁵ Türk yargı sistemi gerçeğinde davaların sonuçlanmasına kadar geçen sürenin uzun olması, hükmedilecek tazminat tutarına faiz işletilmediği takdirde yüksek enflasyon oranları karşısında tazminatın malvarlığındaki

¹⁰¹¹ D10D, E.1995/934, K.1996/5933, KT.10.10.1996, <https://www.lexpera.com.tr/>, (13.03.2021).

¹⁰¹² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1323.

¹⁰¹³ Bkz. supra, bölüm-I, C-1-a.

¹⁰¹⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1332.

¹⁰¹⁵ D10D, E.1997/3198, K.1999/4799, KT.12.10.1999, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

eksilmeyi karşılayamaması, maddi tazminatın tam tazmin amacını gerçekleştirememesine sebep olacaktır.¹⁰¹⁶

Faize ilişkin esas sorun, başlangıç tarihinin ne olacağıdır. Danıştay bu meseleyi önce olay tarihini esas alarak çözmüş olsa da, sonrasında görüşünü dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiği şeklinde değiştirmiş¹⁰¹⁷ son olarak faizin işletilmeye başlayacağı anı idareye başvuru tarihi olarak belirlemiştir.¹⁰¹⁸ Fakat idarenin başvuru reddettiği tarihi esas aldığı kararları¹⁰¹⁹ karşısında faizin başlangıç anı konusunda yerleşik bir uygulamasının olduğundan söz etmek güçtür.¹⁰²⁰

Danıştay'ın hükmedilecek maddi tazminata işletilecek olan faizi idareye başvuru tarihinden ya da idarenin başvuru reddettiği tarihten itibaren başlatması eleştiriye açıktır. Zira tazminat faizi borçlunun temerrüdü ile ilgili değildir, olay tarihi ile ödeme

¹⁰¹⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1332.

¹⁰¹⁷ Akyılmaz, *İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*, s.201.

¹⁰¹⁸ D10D, E.1994/7359, K.1995/3559, KT.12.7.1995, D10D, E.1994/3258, K.1995/2379, KT.3.5.1995, “En basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında faiz; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurularına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Yasaya göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir. (...) idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi itibarıyla yasal faiz uygulanması Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir.” D10D, E. 2008/4286, K. 2008/9585, KT. 30.12.2008; aynı yönde kararlar için bkz. D15D, E.2013/4135, K.2014/3970, KT.21.04.2014; D15D, E.2014/7136, K.2015/413, KT.30.05.2015; D10D, E.2009/3519, K.2009/73, KT. 22.01.2009.

Maddi tazminat bakımından faizin başlangıcı olarak karar tarihinin esas alınması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. D10D, E.2009/8454, K.2009/7726, KT.21.07.2009; yine önceki tarihli bazı kararlarında Danıştay, tazminat için faizin başlangıcı olarak idarece açık veya zımnen cevap verilmeyerek başvuru reddettiği tarihi esas almaktaydı. D10D, E. 1982/1267, K. 1982/1445, KT. 26.05.1982; D10D, E. 1989/2476, K. 1990/1342, KT.07.06.1990; D11D, E.2007/2109, K.2008/7719, KT. 16.09.2008, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰¹⁹ D10D, E.1991/2327, K.1992/4491, KT.21.12.1992; D10D, E.1989/2476, K.1990/1342, KT.7.6.1990; D15D, E.2017/645, K.2017/3143, KT.30.05.2017; D10D, E.1994/3258, K.1995/2359, KT.3.5.1995; D15D, E.2016/5967, K.2016/5606 KT.22.11.2016; faizin idareye başvuru tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği yönündeki içtihat için bkz. D10D, E.1994/7359, K.1995/3559, KT.12.7.1995; D10D, E.1996/10292, K.1998/1190, KT. 18.3.1998; DİDDGK, E.2002/616, K.2003/350, KT. 22.5.2003; DİDDGK, E.2001/822, K.2004/358, KT. 18.3.2004; D10D, E.2007/8532, K.2008/1231, KT. 18.3.2008; D15D, E.2015/5823, 2015/8715, KT.10.12.2015; idarenin başvuru redd tarihinden itibaren başlaması gerektiği yönündeki içtihat için bkz. D10D, E.1991/2327, K.1992/4491, KT.21.12.1992; tazminat davası açıldığı tarihten itibaren başlaması gerektiği yönündeki içtihat için bkz. İDDGK, E.2003/591, K.2005/2154, KT.16.6.2005; D6D, E.2004/4923, K.2005/6609, KT.26.12.2005, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰²⁰ Öte yandan İYUK madde 9 düzenlemesi uyarınca, idareye başvurulmaksızın görevsiz yargı düzeninde dava açılması ve bu yargı düzeninde verilen görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine idari yargı mercii önünde açılan davalarda hükmedilen tazminata işletilecek yasal faizin başlangıcının, görevsiz yargı yerinde davanın açıldığı tarih olduğu kabul edilmektedir. Bkz. D15D, E. 2016/93, K. 2016/2088, KT. 28.03.2016.

arasındaki alacaktan yoksun kalmaktan doğan, alacağın geç ödenmesi sebebiyle oluşan ek zarardır.¹⁰²¹ Söz konusu ek zarar da zararın idarenin hukuka uygun müdahalede bulunduğu yani zararın doğduğu andan itibaren oluşmaktadır. Dolayısıyla zararın doğduğu günden yani idarenin müdahalede bulunduğu günden itibaren hesaplanması gerekmektedir.¹⁰²² Maddi tazminatın yöneldiği amaç gerçek zararın tazmini ise, hükmedilecek tazminat miktarına işletilecek olan faizin de olay anından itibaren hesaplanması gerekir ki, katlanılan fedakârlığın gerçek bir denkleştirilmesi yapılabilir.

2. Manevi Tazminat

Manevi zararın anlamı ve kapsamı, manevi tazminatın kabul edilebilirliği ve eğer kabul edilecekse kapsamının ne olacağı, üzerine hala tartışmaların sürdüğü görüş birliğine varılamamış meselelerdir.

Maddi zarar kısaca, zarar gören kişinin iradesi dışında malvarlığındaki eksilme olarak tanımlandığına göre manevi zarar en basit şekliyle zarar gören gerçek ya da tüzel kişinin¹⁰²³ şahıs varlığı değerlerinde iradesi dışındaki eksilme olarak ifade edilebilir.¹⁰²⁴

¹⁰²¹ Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, 202.

¹⁰²² Daha detaylı bilgi için bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1333, 1334. Akyılmaz, *İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*, 202.

¹⁰²³ Şartları olduğu takdirde kişilerin onur, şeref ve saygınlığına yönelik meydana gelen manevi zararlar da idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında yer alacaktır. Tüzel kişiler için de ticari itibar ve saygınlıklarının zarar görmesi halinde manevi tazminat söz konusu olacaktır. Danıştay “...tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Bu itibarla, ekonomik faaliyetleri azaltan veya ortadan kaldıran olaylar da kişiliği ihlale yönelik nitelik taşır. (...) İdare hukuku çerçevesinde, bir tüzel kişiliğin manevi zararından söz edilebilmesi için idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğuna yol açan eyleme bağlı olarak tüzel kişiliğin itibarının zedelemesi veya tüzel kişiliğin faaliyetlerinin açıkça olumsuz biçimde etkilemesi halinde, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun varlığı kabul edilebilir. Dava konusu uyuşmazlık bu açıklamalar çerçevesinde irdelendiğinde, ...malvarlığı zarar gören davacı şirketin, bu olay nedeniyle işyerini kapatıp başka bir adreste faaliyette bulunmak zorunda kaldığı göz önüne alındığında, terör eylemine bağlı olarak ticari itibarının ve faaliyetlerinin olumsuz şekilde etkilendiği anlaşıldığından; terör eylemi nedeniyle işyeri zarar gören davacı şirkete, olay ve idareye başvuru tarihinin 5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarih olduğu da dikkate alınarak sosyal risk ilkesi uyarınca manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.” ifadelerine yer vererek manevi zararların da kusursuz sorumluluk gereğince tazmin edilmesine karar vermiştir. Danıştay’ın tüzel kişilerin mal varlıklarının zarar görmesinden dolayı manevi zarara uğrayabileceklerini ve idarenin kusuru bulunmasa da bu zararlarından sorumlu olacağını kabul ettiği görülmektedir. D13D, 2007/10326, K.2008/8324, KT.26.12.2008; D10D, E.1994/6009, K.1995/6222 KT.29.11.1995, Bal, Şahin, Karabulut, op.cit., s.400-402; D13D, E.2005/1819, K.2005/4728, KT.26.09.2005.

¹⁰²⁴ Lange, Schiemann, op.cit., s. 53; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.600; Hatemi, op.cit., s.102.

Danıştay manevi zararı, “Manevi zarar kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi, günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır.”¹⁰²⁵ şeklinde tanımlamaktadır. Anlaşılacağı üzere Danıştay, vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle hissedilen üzüntüyü, fiziksel ve duygusal acıyı, kişilik haklarına müdahaleden dolayı yaşanan üzüntü ve sıkıntıları manevi zarar olarak görmekte ve şartları mevcut olduğu takdirde vücut bütünlüğü ya da kişilik hakları ihlal edilen kişi lehine manevi tazminata hükmetmektedir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayalı sorumlulukta manevi zarar, idarenin hukuka uygun olarak yürüttüğü kamu hizmetleri esnasında, kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi kişilik hakları ve manevi değerleri üzerinde olumsuz etki yaratması durumunda söz konusu olacaktır. Bu durumda duyulan acı, üzüntü ve sıkıntının telafi edilmesi gerekecektir.

Manevi zararın telafisinde gerçek zararın belirlenmesi manevi zararın tanımının yapılması ve içeriğinin belirlenmesinden daha zordur. Her olayın farklılığı ve hissedilecek acı ve üzüntünün de değişeceği bir yana, birbirine çok benzeyen iki olayda da manevi zarara uğrayan kişilerin birbirlerinden farklı kişisel, ruhsal ve sosyal durumları da manevi zararın boyutlarını farklılaştıracaktır.

Maddi zarara kıyasla manevi zararın hem tespiti, hem de tespit edilmiş olsa dahi söz konusu manevi eksilmenin zarar verici olay hiç yaşanmamış gibi tamamen giderilmesi oldukça zordur.¹⁰²⁶ Hissedilen acı, üzüntü ve sıkıntıyı doğrudan giderme imkanı olmadığı ya da yetersiz kaldığı için, zorunlu olarak manevi zararın parasal karşılığı belirlenmekte,¹⁰²⁷ mahkeme tarafından takdir edilen bu parasal karşılıkla zarar

¹⁰²⁵D10D, E.2007/3301, K.2008/1939, KT.29.4.2008, DD, Y.2008, S.119, s. 329-332; Yine bir Danıştay kararında; “Manevi tazminat, elem ve ızdırap duyulması, haysiyet ve şerefın rencide edilmesi, manevi değerlerin ve yaşama zevklerinin azalması nedeniyle uğranılan manevi zararlarla sınırlı olmayıp, hukuka aykırı herhangi bir olumsuz tavır ve eylem nedeniyle ilgilinin günlük yaşamını etkileyecek ölçüde üzüntü ve sıkıntı duyulması şeklindeki manevi zararların da giderilmesi amacını taşımaktadır.” D.10. D. 20.11.2007 tarih ve E.2005/7545, K.2007/5333 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 sy. 118, s. 324. Dan.15.D.,12.12.2013, E. 2013/4237, K. 2013/10653; Dan.10.D., 23.06.1997, E. 1997/3996, K. 1997/2544, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰²⁶Eroğlu Durkal, op.cit., s.182.

¹⁰²⁷ “...başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir...” D15D, E.2016/7286 K.2018/8110 KT.5.12.2018; D8D, E.2013/6880 K.2016/3325 KT.4.4.2016; D8D, E.2012/7167 K.2016/3092 KT.28.3.2016; D15D,

verici olay nedeniyle hissedilen manevi zarar esasında tazmin edilmemekte, zarar gören kişi belli bir miktar para ile tatmin edilmektedir.

Gerçek manevi zarar aslında hiçbir zaman tam olarak ölçülemeyen, para yoluyla denkleştirilmesi mümkün olmayan bir niteliktedir.¹⁰²⁸ Zira Anayasa Mahkemesinin de bir kararında belirttiği gibi,

“Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir. Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir.”¹⁰²⁹

Nitekim Danıştay da manevi tazminatın malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olduğunu, olay nedeniyle duyulan acıyı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığını ifade etmektedir.¹⁰³⁰

Maddi tazminata hükmedilmiş olup olmamasının manevi tazminat hesabından ve hükmedilmesi üzerinde hiçbir etkisi yoktur.¹⁰³¹ Zira her iki zarar da birbirinden farklı ölçütlere dayanılarak değerlendirilen, amacı, kapsamı ve konusu birbirinden farklı zarar türleridir.¹⁰³²

E.2013/3858 K.2014/1868 KT.18.3.2014; D5D, E.2011/963 K.2014/2068 KT.14.3.2014; D10D, E.2009/602 K.2014/1038 KT.21.2.2014; D5D, E.2011/962 K.2014/2069 KT.14.3.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰²⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1311

¹⁰²⁹ AYM, E.1968/33, K.1969/12, KT.11.02.1969, RG: 02.07.1969 - 13238.

¹⁰³⁰ “...manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar.” D15D, E.2015/534 K.2016/990 KT.18.2.2016; D12D, E.2015/5640 K.2017/3288 KT.15.6.2017; D10D, E.2016/1573 K.2018/2097 KT.19.6.2018; D15D, E.2014/6640 K.2018/8514 KT. 26.12.2018; D15D, E.2013/4453 K.2016/3196 KT. 5.5.2016; D15D., E.2015/5835 K.2016/586 KT. 4.2.2016; DİDDK., E.2015/547 K.2016/417 KT. 25.2.2016; D15D, E. 2015/3233 K. 2016/989 KT. 18.2.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰³¹ Akyılmaz, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, s.204, 205; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.603.

¹⁰³² D12D, E.2011/5 K.2013/1923 KT. 20.3.2013, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

Manevi tazminat, manevi zararın zarar gören kişi üzerindeki etki süresi, sürekliliği, yoğunluğu¹⁰³³, zarar görenin fiziksel, ruhsal ve sosyal durumu¹⁰³⁴, yaşadığı acı, üzüntü ve sıkıntının yaşamının geri kalanına etkisi dikkate alınarak hesaplanmaktadır¹⁰³⁵. Uğranılan manevi zararın kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmaktadır¹⁰³⁶.

Parayla ölçülebilir nitelikte olmayan fakat parayla tatmin edilmekten başka çare olmayan manevi tazminatta, hem dava sonuçlanıncaya kadar katlanılan manevi acılar hem de sonrasında hissedilmeye devam edilecek olan manevi zararlar üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır. Bunun yanında, kişide henüz oluşmamış olmakla birlikte, zamanla çekeceği veya katlanacağı kesin olan manevi zararlar da tazminat kapsamındadır. Aksi halde zaten ihlali para ile tazmin edilebilir olmayan bir değer sahibinin tatmin de edilememesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Manevi tazminat tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi, zenginleşmeye yol açamayacak ölçüde, acı ve üzüntünü aşmayacak, tam karşılayabilecek tutarda olmalıdır. Danıştay, manevi tazminat miktarını belirlerken *“bir yandan ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, ancak ilgilinin zenginleşmesine yol açmayacak”*¹⁰³⁷ olmasına dikkat etmektedir.¹⁰³⁸

¹⁰³³D10D, E.1990/3954, K.1992/1362, KT. 10.04.1992; D10D, E.1991/2441, K.1992/4584, KT.28.12.1992; D8D, E.1989/839, K.1990/1180, KT.23.10.1990, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰³⁴D8D, E.1989/839 K.1990/1180, KT.23.10.1990, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰³⁵Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s.1311. “...Manevi tazminat olarak zarar gören kişiye verilecek olan miktar zarar görenin sosyal durumu ve zarar verici eylemin niteliği göz önüne alınmak suretiyle her müstakil olayda mal varlığında açıkça bir zenginleştirme husule getirmeyecek oranda taktir ve tesbit edilmelidir.” D10D, E.1983/4042, K.1983/1823, KT.05.10.1983.

¹⁰³⁶D10D, E. 2013/8240 K. 2015/5389 KT. 30.11.2015; D10D, E. 2015/4254 K. 2016/1847 T. 7.4.2016; D10D, E. 2010/10801 K. 2014/2980 KT. 14.5.2014; D10D., E. 2009/8745 K. 2014/773 KT. 12.2.2014; D10D., E. 2012/7133 K. 2015/3791 KT. 16.9.2015; D15D., E. 2013/3907 K. 2014/1441 KT. 5.3.2014; D10D, E. 2010/16644 K. 2015/231 KT. 29.1.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (11.03.2021).

¹⁰³⁷D14D, E. 2018/4442 K. 2018/6452 T. 2.11.2018; D14D, E.2018/1052 K.2018/6453 KT.2.11.2018; D10D, E.2013/8240 K.2015/5389 KT. 30.11.2015; D14D., E. 2018/2798 K. 2018/6454 KT. 2.11.2018; D10D, E.2014/5792 K.2016/706 KT. 11.2.2016, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

¹⁰³⁸Hükmedilecek tazminatın, bir zenginleşme aracı haline gelmemesi, felaketi özlenir hale getirmemesi gerektiği meselesi başka; olay nedeniyle duyulan manevi acının maddi karşılığının, mağdurun ekonomik durumuna göre belirlenmesi gerektiği meselesi başkadır. İkinci anlayış, sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri açısından eleştiriye ve tartışmaya değerdir.

Danıştay, idarenin -sağlık hizmetleri dışında- vücut bütünlüğüne yönelik hukuka uygun müdahalelerinin maddi zarara neden olacağına ve dolayısıyla maddi tazminat sorumluluğu bulunduğuna yönelik görüşünün yanında ve ondan bağımsız olarak bu türden müdahalelerin manevi zarara sebebiyet vereceğini ve idarenin manevi tazminat yükümlülüğü olduğunu istikrarlı şekilde ifade etmektedir. Fakat Danıştay, yaşam ve sağlık hakkına yönelik hukuka uygun müdahaleler söz konusu olduğunda, risk ilkesinin kapsamına dahil olmayan dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlali hallerinde idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmemekte, idarenin kusuru yoksa tazmin sorumluluğu bulunmadığı yönünde karar vermektedir.¹⁰³⁹ Dolayısıyla manevi tazminat sorumluluğuna hükmettiği zararlar da, risk, sosyal risk ve mesleki risk ilkelerinin Danıştay'a göre uygulama alanı bulduğu hallerde var olan zararlardır.¹⁰⁴⁰ Bu hallerin de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamına dahil olduğunu savunuyor olsak da, Danıştay bu yönde bir görüş geliştirmedeğinden, ne yaşam ve sağlık hakkına ilişkin ne de malvarlığına yönelik hukuka uygun müdahaleler ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlalinin, manevi tazminat sorumluluğuna sebep olacağı şeklinde açık bir ifadesi bulunmaktadır. Aksine bayındırlık faaliyetlerinden kaynaklanan bireyin malvarlığına hukuka uygun müdahalenin bir manevi zarara sebep olmayacağı ve manevi tazminat hakkı olmadığı görüşündedir. Zira yol yapım çalışmaları sebebiyle taşınmazı değer kaybına uğrayan davacının, manevi zararı bulunmadığı gerekçesiyle, manevi tazminat talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yalnızca bayındırlık faaliyetlerinden doğan zararlarda değil mala yönelik tüm zararlarda Danıştay, manevi tazminata hükmedebilmek için idarenin kusurunu aramaktadır.¹⁰⁴¹ Bir başka deyişle mala yönelik zararlarda yalnızca kusurlu sorumluluk halinde manevi tazminata hükmetmektedir.

Alman Alman Federal Mahkemesi de, 2017 yılındaki içtihat değişikliğine dek, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı yaşam ve sağlık hakkına yönelik ağır külfete maruz kalanın zararının manevi olmayacağı görüşündeydi. Oysa yaşam ve sağlık hakkına yönelik hukuka uygun müdahalelerde, zarar görenin manevi bir zararının

¹⁰³⁹Bkz. bölüm 3-I, C-1-a.

¹⁰⁴⁰D10D, E.2001/4795 K.2003/696 KT.25.2.2003; D10D, E.2016/570 K.2016/1837 KT.31.3.2016; D10D, E.2004/7285 K.2007/212 KT.29.1.2007; D10D, E.2009/9198 K.2014/770 KT.12.2.2014; D15D, E.2011/5918 K.2015/6072 KT.15.10.2015; DİDDK, E.2013/4602 K.2014/1220 KT.26.03.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (09.03.2021).

¹⁰⁴¹Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, s.1344.

kesin olarak mümkün olmadığı, şeklinde bir ön kabul doğru değildir. Manevi zarar idarenin kişilik haklarına müdahalesinin hukuka aykırı olması halinde ortaya çıkabileceği gibi hukuka uygun müdahalesi sonucunda da gerçekleşebilir. Önemli olan bireyin manevi değerlerinde acı, üzüntü, sıkıntı gibi olumsuz etkiye eksilmeye sebep olmasıdır. Dolayısıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ihlali, eğer manevi bir eksilmeye sebep olmuşsa, bu da özel ve olağanüstü zarar kavramına dahildir ve manevi zararların da tazmini gerekmektedir.

SONUÇ

Sorumluluğun ilk olarak kusursuz sorumluluk olarak ortaya çıktığı, sorumluluk ile irade arasında ilişki kurabilecek bilgi ve fikir seviyesine erişilemediğinden, iradeye önem atfedilmemiş olan Roma hukuku bir kenara bırakılırsa; modern hukuk sistemlerinde sorumluluk ilk olarak, kusur sorumluluğu olarak ortaya çıkmıştır.

Çalışmada, kusur sorumluluğu anlayışının ardından gelen kusursuz sorumluluk fikrinin ise, kusur sorumluluğunun aksine, kamu hukukundan türediği tespit edilmiştir. Zira kıta Avrupasında, özel hukukta kusursuz sorumluluğa ilişkin, ilk hukuki düzenleme olarak kabul edilen ve ilerleyen yıllarda, diğer Avrupa ülkelerindeki kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelere öncü olan, Prusya Demiryolları Kanunu, 1838 tarihli iken; Alman hukukunda, hem devletin sorumluluğuna ilişkin hem de fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğuna ilişkin ilk yasal düzenlemeleri barındıran Prusya Devletleri Genel Kanunu, Prusya Demiryolları Kanununun birkaç on yıl öncesinde, 1794 tarihinde çıkarılmıştır. Prusya Devletleri Genel Kanununun 74 ve 75'inci paragrafları, devletin sorumluluğunu kusur şartına bağlamamıştır. Bu paragraflarda,

devletle birey arasında çıkan menfaat çatışmalarında, bireyin hak ve çıkarlarının kamu yararı karşısında gerileyeceği, fakat buna karşılık olarak devletin kamu yararı için fedakârlıkta bulunanlara uygun bir bedel vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla kamu hukukunda kusursuz sorumluluk fikrinin, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üzerinde şekillendiği ve özel hukuktaki objektif sorumluluk anlayışından daha önce ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar Türk hukuku bu hususta aksine bir gelişim sergilemiş olsa da, bir başka deyişle Türk hukukunda kusursuz sorumluluğun kökleri özel hukuk karakterli Mecelle'ye kadar uzansa da, tarihsel perspektifte genel olarak kusursuz sorumluluk teorisinin kamu hukuku kökenli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Öte yandan çalışmada, yerleşmiş ve yaygın kullanım şekli “kusursuz sorumluk” olsa da, bu kavramın, idare hukukunda kusur şartı aranmayan sorumluluk türünü tam olarak karşılayamadığı da ayrıca vurgulanmıştır. Zira bu sorumluluk türü, idarenin kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulmasından öte, kanınabilirlik meselesinin tartışma konusu olmadığını, kusur ile ilgilenilmediğini ifade etmektedir. Kusursuz sorumluluk kavramı, Sanayi Devrimi sonuncunda makineleşme ve kentleşme ile birlikte gelen “kaza”ların tazmininde, kusuru ispat güçlüğü sebebiyle ortaya çıkmıştır. Kusursuz sorumluluğun ortaya çıkış gerekçeleri, aynı zamanda bu sorumluluk türünün işlevini göstermektedir. Daha açık bir ifadeyle, kusursuz sorumluluk, idarenin geniş anlamda kamu hizmetlerini hukuka uygun şekilde yürütürken bireylerin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünden öte, idarenin bu faaliyetleri yürütürken bireylere verdiği zararları, gerekli diğer şartların yanında, kusuru ispatlanamasa dahi tazmin yükümlülüğünü olduğunu ifade etmektedir. Bu bakımından, sorumluluk ilkelerinin ikili ayrımında, kusur sorumluluğunun karşısında kusursuz sorumluluk kavramının değil, kusura dayanmayan sorumluluk kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır. Bu şekilde bir kullanım, yani idarenin kusuru ile ilgilenilmeyen bu sorumluluk türünün, “kusura dayanmayan sorumluluk” olarak ifade edilmesi ve yalnızca kusurun yokluğu halini değil, kanıtlanamadığı halleri de kapsadığı şeklinde yorumlanması; idarenin “kusursuz” sorumluluğunun giderek bir tür kamusal sigorta sistemine dönüştüğü eleştirisini de bertaraf edecektir. Zira idarenin faaliyet alanındaki zarar riskinin, sosyal dayanışma anlayışının gelişmesiyle birlikte, giderek sosyalize olması yani risklerin sosyalizasyonu meselesi; kusura dayanmayan sorumluluğun yukarıda belirtilen anlam ve yorumuyla

birlikte değerlendirildiğinde, idari sorumluluğun kamusal sigorta sistemine evrildiği eleştirisi anlamsız kalacaktır.

Çalışmada, idare hukukunda kusura dayanmayan sorumluluğun ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kökeninin Alman kamu hukukuna dayandığı saptanmıştır. İlkenin ilk pozitif temeli, yukarıda sözü edilen 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanununun “*Genel Hukuk Esasları*” (*Allgemeine Grundsätze des Rechts*) başlığı ve “*Devletin Vatandaşları ile İlişkileri*” (*Verhältnis des Staats gegen seine Bürger*) alt başlığı altındaki 74 ve 75’inci paragraflardır. Esasında idare hukukunda sıkça sözü edilen hazine teorisi ve bu teoride sözü edilen “katlan ve tazminat iste” (*dulde und liquidiere*) deyişi, sözü edilen paragrafların, yani bireylerin üstün tutulan kamu yararı karşısında hak ve menfaatlerinin zarar görmesine katlanma zorunluluğunu ve buna karşılık tazminat talep edebilme hakkını içeren yasal düzenlemelerin kısa ifadesidir. O dönemde geçerliliği doğal hukuk öğretisine, tebaanın doğal hukuk esasına dayanarak meşru olarak kazandığı öznel haklara (*iura quaesita*) dayanan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, günümüz Alman hukukunda geçerliliği, gelenek hukukuna dayandırılmakta ve anayasal düzeyde olduğu kabul edilmektedir. İçtihatlarla anlamı ve uygulama alanı geliştirilen bu ilke, yüzyıllara yayılan hukuk gelişimin bir sonucudur. Kamu yararı ile kamu yararı karşısında daha az “değerli” olan bireysel hak arasındaki ihtilafların çözülmesi düşüncesi, hukuk tarihi açısından modern devletin oluşumuna koşuttur.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, idarenin, geniş anlamda yani kolluk faaliyetleri de dahil olmak üzere, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve organizasyonu sırasında, sahip olduğu üstün kamu gücüne dayanarak yaptığı hukuka uygun bir müdahale ile bireyi ya da bazı bireyleri katlanmak zorunda bıraktığı özel ve olağanüstü zararı tazmin sorumluluğunu ifade etmektedir. Çalışmada, söz konusu ilkenin uygulama alanı bulacağı idarenin hukuka uygun müdahalesinin, idari bir eylem ya da idari işlem şeklinde tezahür edebileceği vurgulanmıştır.

Öte yandan, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, kamu hukukunda daha çok kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kavramıyla karşılanırsa da, esasında iki kavram arasında anlam olarak bir fark bulunmadığı savunulmuştur. Zira özel hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde fedakârlıkla kastedilen, eşit iki bireyden birinin

diğerinin mal veya şahıs varlığına hukuka uygun bir müdahalede bulunmasıdır. Denkleştirilmesi gereken de, hakkına müdahalede bulunulanla ile müdahalede bulunan arasında bozulan menfaat dengesinin yeniden kurulmasıdır. Yani müdahaleye maruz kalan kişinin katlandığı fedakârlığın, müdahalede bulunan tarafından tazmin edilmesidir. Kamu hukukunda kullanılan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde yer alan kamu külfeti kavramı da, özel hukuktaki fedakârlık kavramıyla karşılanandan başka bir şey değildir. Buradaki tek fark, çıkar çatışmasının iki eşit birey arasında değil, kamu yararı için hareket ettiği varsayımı üzerinden kamu gücü ayrıcalığıyla donatılmış idare ile birey arasında olmasıdır. Meydana gelen zarara özel hukukta bireyin katlanma sebebi, kanunun müdahalede bulunanın menfaatini zarara uğrayanın menfaatinden üstün tutması iken, kamu hukukunda, kamu yararının bireysel yarardan üstün olmasıdır. Bireyin katlanmak zorunda kaldığı bu zarar, sorumluluk hukuku anlamında bir fedakârlık, idari sorumluluk hukukuna özgü olarak ise, eşitliği bozan bir kamu külfetidir. İdari sorumluluk hukukunda denkleştirme yerine eşitlik ilkesi, fedakârlık yerine kamu külfeti kavramı kullanılarak belki de kamu hukuku perspektifi daha iyi yansıtılmak istenmiştir. Fakat söz konusu kavram farklılığı ilkenin özüne tesir etmemektedir. Çalışmada zaman zaman kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kullanılmış olsa da, genellikle fedakârlığın denkleştirilmesi kavramı tercih edilmiştir. Bunun sebebi, söz konusu ilkenin kamu-özel ayrımı olmaksızın bir bütün olarak sorumluluk hukukunda mevcut olduğu, idare hukukundaki bu ilkenin özel hukuktan bağımsız bir gelişimin ürünü olmadığı ve büsbütün ayrı bir anlam ifade etmediği düşüncesidir.

Danıştay'ın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden bahsettiği, özellikle eski tarihli kararlarında bu ilkeyi tanımlarken ve açıklarken “hakkaniyet”, “nesafet”, “adalet”, kavramlarından yararlanması ve hatta bazen söz konusu ilkenin ikame kavramları olarak kullanması da çalışmada ayrıca eleştirilmiştir. Çünkü hakkaniyet, nesafet ve adalet kavramları idari sorumluluk hukukunda başlı başına bir sorumluluk sebebi değildir, bunların olsa olsa sorumluluk ilkerinin uygulanmasını kolaylaştıran gerekçeler olduğu savunulabilir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özünde adalet, hakkaniyet ve nesafet ilkelerinin olduğu şüphesizdir. Ancak bu ilkeler, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin sahip olduğu özelliklerin tümünü bünyesinde barındırmamaktadır. Zira idare hukukunun içtihadi karakteri sayesinde anlamı ve

kapsamı yargı kararlarıyla şekillendirilen bu sorumluluk sebebinin, kendine has özellikleri vardır. İdari yargı mercilerinin “hakkaniyet”, “nesafet”, “adalet” kavramlarını, birini diğerinden ayırmaya yetecek bir tanım yapmadan, birbirinden farklı olayların çözümünde, gerekçeyi destekleme amacıyla kapsayıcı bir yaklaşımla birlikte kullanması, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin anlamı, kapsamı ve teorik temellerinin tereddüte yer vermeyecek şekilde belli sınırlar ve kurallar üzerine kurulmasına engel olmaktadır. İlkenin temel karakteristik özelliklerinin ve kapsamının yerleşmesini, uygulamanın belli ölçüde standartlaşmasını engellemektedir. Kamu külfetleri karşısında eşitliği sağlamanın hakkaniyet ve nesafet gereği olması başka, kendine özgü şartları olan bu sorumluluk sebebinin yerine hakkaniyet ve nesafet ilkelerinin kullanılması başka şeydir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin karakteristik özelliklerinden en önemlisi, zararın özel ve olağanüstü olması ya da kamu hukukuna özgü olarak eşitliği bozan kamu külfeti niteliğinde olmasıdır. Esasında kusura dayanan sorumlulukta da zarar özel ve olağanüstüdür. Özel ve olağanüstülüğün, zararın bir niteliği olarak ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. İdarenin zarara hukuk sınırları dışına çıkmasıyla sebebiyet vermesi, o zararı özel ve olağanüstü yapmaktadır. Bu nedenle kusura dayanan sorumlulukta zararın özel ve olağanüstü olması şeklinde bir şart aranmamaktadır. İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemine maruz kalmış ve zarara uğramış olmak, birey için bizzatı ağır bir fedakârlık, özel ve olağanüstü zarar demektir. İdarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun asıl sorumluluk sebebi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde ise, özel zarardan kasıt, idarenin faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkan zararın belli ölçüde bireyselleştirilebilir, teşhis edilebilir olmasıdır. Olağanüstülikle kastedilen ise, zararın yaşamın olağan akışında toplumu oluşturan bireylerin katlanmasının beklenemeyeceği bir ağırlıkta olmasıdır. Nimet-külfet dengesini bozmayan, kamu hizmeti sunulurken herkesin belirli ölçüde katlanmak durumunda kaldığı, telafi edilebilecek ve uyum sağlanabilecek, toplum halinde yaşamın gereği olarak görülen zararlar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Özel ve olağanüstü zarar, aynı zamanda eşitliği bozan kamu külfeti anlamına gelmektedir. Çünkü topluma yayılmış, kamu hizmetinin yürütülmesi için, herkesin ya da toplumun büyük bir kısmının katlanması gereken ya da bir ya da tespit edilebilir sayıda kişinin üzerine yüklenen fakat tolere edilebilir olan birtakım yükümler genel ve/veya olağan kamu külfetini oluşturur. Genel

ve/veya olağan kamu külfetinden farklı olarak, eşitliği bozan kamu külfeti, bir kişi ya da belirlenebilir kişi grubuna yüklenen ve toplumun geri kalanıyla aradaki eşitliği bozacak ölçüde ağır bir fedakârlıktır. Eşitliği bozan kamu külfeti, idarenin bireylere eşit yük yüklemeyen bir müdahalesiyle oluşur, bireyi ağır bir fedakârlık yapmaya zorlar ve özel ve olağanüstü bir zararı beraberinde getirir. Zararın eşitliği bozan kamu külfeti haline gelmesi, kesin sınırları çizilebilecek objektif bir nitelik olmaktan uzaktır. Hangi eşiğin aşılmasıyla zararın katlanması beklenilebilecek olağan bir kamu külfeti olmaktan çıkıp, özel ve olağanüstü niteliğe büründüğünü tespiti yarayacak objektif bir kıstas yoktur. Şüphesiz dava konusu her olayda mahkeme durumun özelliklerine göre buna karar verecektir. Ancak çalışmada özellikle vurgulanan, tek bir kişinin değil, belirlenebilir, teşhis edilebilir sayıda kişinin zarara maruz kalmasının da, o zararın özel kabul edilmesi için yeterli kabul edilmesi gerektiğidir. Önemli olan zarara uğrayanların belirlenebilir olması ve daha mühim olanı hizmetin diğer yararlanıcılarıyla kıyaslandığında bu kişilerin katlandığı külfetin adil bir denge arz etmemesidir. Danıştayın kararlarında çoğunlukla yaptığı gibi, zararın özel olması şartının, yalnızca tek bir kişinin zarara uğraması şeklinde yorumlanması, gerçekçi olmadığı gibi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanını da önemli ölçüde daraltmaktadır. Bu şekildeki dar yorumun, bireyin idare karşısındaki konumu düşünüldüğünde, hangi hukuk öznesine ve hangi hukuk ilkesine hizmet edeceği sorgulanmalıdır.

Öte yandan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin risk ilkesi ile arasındaki ilişki ayrı bir değerlendirmeye muhtaçtır. Çalışmada bu husus üzerinde özellikle durulmuştur. Zira fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Türk ve Fransız hukukunda risk ilkesinin yanında ikinci bir ilke olarak kabul edilmektedir. Fakat Alman hukuku bu ikili ayrımı yabancıdır. Alman hukuk düzeninde idarenin kusuruna dayanmayan sorumluluğu yalnızca fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üzerinden kurgulanmaktadır. Fransız ve Türk hukukunda risk ilkesine dayanılarak tazmin edilen zararlar, Alman hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi içinde yer almaktadır. Esasında olması gereken Türk hukukunda da kusura dayanmayan sorumluluğun fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi üzerinden kurgulanmasıdır. Zira idarenin kusura dayanmayan sorumluluğu, risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak iki ayrı ilke üzerine değil, tek bir ilke üzerine kuruludur. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, risk ilkesini de içine alan, kusura

dayanmayan sorumluluğa başvuru için geçerli, tek sorumluluk ilkesidir. Bireyin uğradığı zararın sebebi, idarenin tehlikeli faaliyetleri ya da kullandığı tehlikeli yöntemler olsa dahi, sorumluluğun sebebi idarenin geniş anlamda kamu hizmetini yürütürken verdiği özel ve olağanüstü zarardır yani fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğudur. Kamu hizmetinin kendisinde ya da sunuluş sürecinde zarar riski bulunması, sorumluluğunun sebebini değiştirmez. Söz konusu risk gerçekleştiğinde doğan zararın, bireylerin biri ya da birkaçı üzerinde kalmasına engel olan, risk ilkesinden öte ve daha önce fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Çünkü bünyesinde zarar riskli barındıran bu faaliyetler ya da yöntemlerin, risk gerçekleştiğinde sebep olduğu zarar, toplumun üyeleri arasındaki yararlar yükümler dengesini bozan ağır bir fedakârlık ve dolayısıyla toplumun geri kalanıyla denkleştirilmesi zorunlu, özel ve olağanüstü zararlardır. Başka bir ifadeyle yaratılan risk ilkesi kategorisinde özel ve olağanüstü zarara sebep olan riskli faaliyet iken, idarenin sorumluluğunun sebebi bu zararın eşitliği bozan bir kamu külfeti şeklinde ortaya çıkmış olmasıdır. Bu nedenle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, risk ilkesini de kapsayan bir ilke olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmada, risk ilkesinin özel hukuktaki tehlike ilkesinin kamu hukukundaki görünümü olduğu ve dolayısıyla tıpkı özel hukuktaki tehlike ilkesi gibi, idare hukukundaki risk ilkesinin de ayrı ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden farklı bir ilke olduğu şeklinde olası bir eleştiriye yanıt, yine özel hukukla idare hukukundaki hukuk öznelerin konumundaki farklılık ve hukuk düzenlerindeki kuralların meşruiyet kaynağı üzerinden verilmiştir. Şöyle ki, özel hukukta ayrıca ve açıkça kanunla düzenlenmediği müddetçe, bireysel menfaatler arasında bir üstünlük ilişkisi bulunmamaktadır. Özel hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi esasının uygulandığı hallerde, hukuk düzeni hem müdahaleye hem de müdahale sonucuna izin vermektedir. Ancak müdahalede bulunanın elde ettiği fayda ile müdahale sonucundan zarar görenin katlandığı fedakârlığın denkleştirilmesi, dengelenmesi gerekmektedir. Tehlike esasının uygulandığı hallerde ise, kanun koyucu tehlikeli faaliyetin yürütülmesine izin verirken, zararlı sonuca izin vermemekte, eğer bu faaliyet bir zarara sebep olursa tehlikeli faaliyeti yürütülen kişiye bir sorumluluk yüklemektedir. Söz konusu sorumluluk da bireysel menfaatlerin denkleştirilmesi anlamına değil, zararın tazmin edilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla özel hukukta, tehlikeli faaliyetin zararlı sonucuna izin

verilmediğinden uğranılan zarar bir fedakârlık değildir. Bu sebeple denkleştirmeye değil tazminata tabidir. İdare hukukunda ise kamu yararı bireysel yarardan üstündür. İdare hukukundaki risk ilkesinde, bünyesinde zarar riski barındıran faaliyet, geniş anlamda kamu yararına hizmet eden bir kamu hizmetidir. Bu tehlikeli fakat kamu yararına olan faaliyet yürütülürken bir kişi ya da kişi grubu zarar görürse bu zararın giderilmesi, üstün tutulan kamu yararı ile bireysel yararının denkleştirilmesi anlamına gelmektedir. Başka bir anlatımla, idare hukukunda tehlikeli kamu hizmeti faaliyetinin zararlı sonucuna hukuk düzenince izin verilmemiş olsa dahi, tehlikeli faaliyetin kendisi kamu yararına dönük olduğundan, hukuka uygun şekilde yürütüldüğü müddetçe, birey için kural olarak kamu yararına bir fedakârlıktır ve denkleştirmeye tabidir. Fakat burada savunulan, niteliği ya da yöntemi gereği tehlikeli faaliyetleri belirten risk ilkesi kategorisinin bütünüyle terkedilmesi gerektiği değil, bu ilkeyi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir alt kümesi olarak konumlandırmak gerektiğidir. Risk ilkesinin uygulama alanı aynı zamanda ve her daim fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kapsamındadır. Risk ilkesinin bir alt küme olarak konumlanmasının tek nedeni idarenin faaliyetlerin ya da yönteminin tehlikeli olmasıdır.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bu çalışmada, Alman hukukundan esinlenilerek, idarenin, bireylerin malvarlığı hakkına hukuka uygun müdahalesi ve yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesi şeklinde ikili bir ayırım altında incelenmiştir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı, genellikle bireylerin geniş anlamda mülkiyet hakkına idarenin hukuka uygun müdahalesi olarak anlaşılmaktadır. Bu kapsamda çoğunlukla idarenin bayındırlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların karşılanmasını sağlayan bir ilke olarak yorumlanmaktadır. Fakat bireylerin yaşam ve sağlık hakkına idarenin hukuk uygun müdahalesi de, eşitliği bozan bir kamu külfeti boyutuna ulaştığında, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kapsamına girmelidir. Çalışmanın, “idarenin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun müdahalesi” başlığı altında, sağlık hizmetleri ve eğitim hizmetleri yoluyla bireyin yaşam ve sağlık hakkına hukuka uygun idari müdahale ile kamu görevlilerinin ve kamu hizmetine gönüllü katılanların vücut bütünlüğüne yönelik uğradığı zararlar ele alınmıştır. Bu türden zararların, bu konuda özel bir yasal düzenleme olmasa dahi, özel ve olağanüstü bir nitelikse ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince idare tarafından karşılanması gerektiği savunulmuştur.

Bu kapsamda Danıştay'ın, sağlık hizmetlerinde idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunu ve dolayısıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini dışlayan içtihadı ayrıca değendirilmiştir. Zira idarenin sorumluluğu bakımından Fransız ve Alman hukukundaki uygulamanın çok gerisindedir. Sağlık hizmetlerinin bir bütün olarak, Danıştay'ın deyiimiyle “bünyesinde risk taşıyan faaliyetler” olduğu gerekçesiyle, idarenin bu hizmetlerden kusursuz sorumlu olduğunu savunmak anlamlı değildir. Çünkü bireysel yarar karşısında kamu yararının ağır bastığı bir sağlık hizmeti, hukuka uygun şekilde yürütülürken, özel ve olağanüstü bir bireysel zarara yol açabilir. Bu zarar, idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunu doğurur. Dolayısıyla peşinen bir dışlamanın yerine, sağlık faaliyetlerinde söz konusu sorumluluk ilkesinin uygulama alanının olup olmayacağını, müdahalenin yöneldiği amaç ve zararın niteliği üzerinden incelemek gerekir. Bunun için de öncelikle, bireysel yararın dışında ve en az onun kadar kamu yararına da hizmet eden sağlık hizmeti türleri tespit edilmelidir. Bu doğrultuda, tıbbi hizmet kapsamı dışında kalan, sağlık kişisel verilerinin toplanması, sağlık kurumlarında can ve mal güvenliğinin sağlanması gibi hizmetler yan hizmetler olarak sınıflandırılmıştır. Yan hizmetler yürütülürken meydana gelen özel ve olağanüstü zarardan idarenin sorumluluğunun doğacağı, kaldı ki “bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri” kapsamına dahil olmadığı için, Danıştay'ın sağlık hizmetlerine ilişkin kusura dayanmayan sorumluluğu dışlayan içtihadının, bu türden zararlar için geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Çekirdek sağlık hizmeti olarak adlandırılan klinik araştırmalar, tıbbi teşhis, tedavi, müdahale gibi hizmetlerde ise, eğer bu kategoriye dahil hizmetin yürütülmesinde kamu yararı bireysel yarar karşısında ağır basıyorsa ve meydana gelen zarar özel ve olağanüstü bir nitelik arz ediyorsa, idarenin fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu doğacaktır. Bu kapsamda, çekirdek sağlık hizmetleri içinde yer alan, kamu sağlığı vurgusunun olduğu zorunlu aşilar, zorunlu olmasa dahi devletin yapılmasına teşvik ettiği ve güven ortamı yarattığı gönüllü aşilar, kan ve kan ürünleri aktarımı, ilaç, tıbbi cihaz, tedavi yöntemi ve benzeri üzerine klinik araştırmalar, tedavisi yasal olarak zorunlu tutulan hastalıklara yönelik tıbbi müdahaleler, akıl hastalarının bakımı, tedavisi ve muhafazası kamu yararının bireysel yararın önüne geçtiği hallerdir. Bu hallerde meydana gelen özel ve olağanüstü zararın idarenin kusurundan kaynaklanmasa veya kusuru ispatlanmasa dahi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği tazmin edilmesi gerekmektedir. Sağlık hizmetleri alanında

kusura dayanmayan sorumluluğu dışlamak için sıkça kullanılan, idarenin sorumluluğunun bir hayat sigortası işlevi olmadığı yönündeki sav, yukarıda sözü edilen bazı sağlık hizmetlerinin yararlanana sağladığı faydanın ötesinde, kamu sağlığını korumak şeklinde kamusal bir yararı barındırması karşısında, tekrar değerlendirilmeye muhtaçtır.

Çalışmada son olarak, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğunun sonucu olan tazminatın, kusura dayanan sorumluluktaki tazminatın anlamından farklı olduğu tespit edilmiştir. Kusur sorumluluğundaki zarar tazminatı, zararının tamamen tazmin edilmesine hizmet etmekte, zarara uğrayanın zarardan önceki haline kavuşturulması amacıyla zarar tam olarak hesaplanmaktadır. Oysa fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan tazminat, bireyin kamu yararı uğruna katlandığı ağır külfetin, toplumun geri kalanının katlandığı olağan külfetlerle denkleştirilmesine hizmet etmektedir. Fedakârlığın denkleştirilmesi tazminatının işlevi, kamusal ve bireysel menfaatlerin dengelenmesi olduğu için mahkemece hükmedilen tutar, zararın tamamen telafi edilmesinden ziyade kamusal yarar ile subjektif hak arasında adil denge kurmaya yarayacaktır. Kusura dayanmayan sorumlulukta idarenin hukuka uygun müdahalesiyle verdiği zararlar içinde, yalnızca özel ve olağanüstü olan zararlar tazmin ediliyor olması, olağan kamu külfetlerinin tazminat kapsamına dahil olmaması da bu sorumluluk ilkesi ile menfaatlerin denkleştirilmesinin amaçlandığını ortaya koymaktadır.

Ancak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulduğu hallerde, eşyaya ilişkin zararlar ile yaşam ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Çünkü eşya zararlarında bir denkleştirmeden söz etmekte hiçbir tereddüt bulunmazken, vücut bütünlüğüne yönelen bir müdahalenin denkleştirilebileceği yani aynı denklikte olduğu bir kamu yararından bahsedilemeyecektir. Korunması gereken en yüksek menfaat olan yaşam hakkının ve onunla bağlantılı olan sağlık hakkı ve vücut bütünlüğünün, kamu yararı ile aynı değerde ve dengede bulunması mümkün değildir. Bireyin yaşam ve sağlık hakkının, vücut bütünlüğünün ihlaline, kamu yararı uğruna katlanması beklenemez. Bu sebeple fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğunda, kamu yararına hizmet eden bir faaliyet söz konusu olsa dahi, bu faaliyet yaşam hakkının, sağlık hakkının yahut vücut bütünlüğünün ihlaline sebep olmuşsa, meydana gelen zararın, tamamen tazmin edilmesi gerekmektedir.

Söz konusu denkleştirme ya da tam zarar tazminatı hesaplanırken, eşitliği bozan kamu külfetine maruz kalan kişinin ya da kişi grubunun, özel ve olağanüstü maddi zararlarının yanında, manevi zararlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Ancak Danıştay yalnızca, sağlık hizmetleri dışında kalan, vücut bütünlüğüne yönelik hukuka uygun müdahalelerde manevi tazminata hükmetmektedir. Yani fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin özel bir uygulama alanı olarak konumlanan risk, sosyal risk ve mesleki risk ilkelerinin uygulandığı hallerde, bireyin bu müdahale ile manevi zarara uğrayabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu kapsama dahil olmayan, geniş anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanına giren hallerde, eşitliği bozan kamu külfetinin manevi tazminat sorumluluğuna sebep olacağı şeklinde açık bir ifadesi bulunmamaktadır. Aksine Yüksek Mahkeme, bayındırlık faaliyetleri yürütülürken idarenin bireyin malvarlığına hukuka uygun müdahalesinin bir manevi zarara ve manevi tazminata sebep olmayacağını düşünmektedir.

Oysa risk, sosyal risk ve mesleki risk ilkeleri haricinde; idarenin hukuka uygun müdahalesiyle sorumluluğu söz konusu olduğunda, zararın yalnızca özel ve olağanüstü maddi zarar olabileceğini, zarar görenin manevi bir zararının hiçbir koşulda mümkün olmadığı şeklinde bir ön kabul doğru değildir. Önemli olan müdahalenin bireyin manevi değerlerinde acı, üzüntü, sıkıntı gibi olumsuz etkiye eksilmeye sebep olmasıdır. Dolayısıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanına giren hal ya da durum, eğer manevi bir eksilmeye sebep olmuşsa, bu manevi zararların da tazmini gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

ACEMOĞLU Daron, CANTONI Davide, JOHNSON Simon, ROBINSON James A.,
“From Ancien Régime to Capitalism: The Spread of the French Revolution as a

- Natural Experiment”, *Natural Experiments Of History*, ed. James A. Robinson, Jared M Diamond, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- ADAY Nejat, *Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000.
- AKGÜL Aydın, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu Ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, S.1, ss.269-302.
- AKGÜNDÜZ Ahmed, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı, Özel Hukuk-II, C. 3*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012.
- AKINCI Müslüm, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.
- AKKAYAN YILDIRIM Ayça, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemesi Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, *İÜHFİM*, Cilt:70, Sayı:1, Yıl: 2012, ss. 203-220.
- AKTAN Hamza, “Damân”, *Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C.VIII, İstanbul 1993, ss. 450-453.
- AKTEPE ARTIK Sezin, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, *TBB Dergisi*, 2018, S.134, ss.257-292.
- AKYILMAZ Bahtiyar, *Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991.
- AKYILMAZ Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, *Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.6, ss.165-219.
- AKYILMAZ Baktiyar, “Sosyal Risk İlkesi Ve Uygulama Alanı”, *GÜHFD*, C.IX, S.1,2, Y.2004, ss.185-211.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat Sezginer, KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.

- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat Sezginer, KAYA Cemil, *Açıklamalı İçtihatlı İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.
- ALDER John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, 4. Edition, Palgrave Macmillan, 2002.
- Ali ARCAK, Edip DOĞRUSÖZ, *Kamulaştırmaz El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1992.
- ALPER Gizem, *İşletme Nedeniyle Tehlike Sorumluluğu (Tbk M. 71)*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, İ. D. Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- ALTOP Atilla, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler*, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, S.1-2, 2005.
- ANTALYA Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.
- ARAL Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- ARMAĞAN Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- ATAMER Yeşim, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1996.
- ATAMER Yeşim, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2001.
- ATAY Ender Ethem, "İdarenin Sorumluluğu", *Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara, 2006, ss.1061- 1098.
- ATAY Ender Ethem, ODABAŞI Hasan, *Teori Ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.
- ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

- ATEŞ Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- AUST Manfred, JACOBS Rainer, PASTERNAK Dieter, *Enteignungsentschädigung*, 7. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2014.
- AYANOĞLU Taner, "Kolluk Faaliyetleri Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi", *İHİD*, Cilt: XVI, Sayı: 1, 1995, ss.5-10.
- AYANOĞLU Taner, *Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994.
- AYDIN Mehmet Âkif, "Haksız Fiil", *Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C.15, İstanbul 1997.
- AYDOĞDU Murat, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- AYGEN Cemal, *Teşri'i Faaliyetinden Dolayı Devletin Hukuki Mesuliyeti*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1955.
- AZRAK Ali Ülkü, "Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXVIII, Sayı 2, ss.367-381.
- AZRAK Ülkü, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- AZRAK Ali Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, ss.135-145.
- AZRAK, Ali Ülkü, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, ss.151-168.
- BALDUS Manfred, Bernd Grzeszick, Sigrid Wienhues, *Staatshaftungsrecht: Das Recht Der Öffentlichen Ersatzleistungen*, 4.Auflage, C.F. Müller, 2013.
- BAL Yakup, ŞAHİN Yahya, KARABULUT Mustafa, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Ankara, Seçkin, 2003
- BALTA Tahsin Bekir, *İdare hukukuna Giriş*, Ankara, TODAİE Yayınları, 1970.

- BAŞOĞLU Başak, “Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, S: 2, Yıl: 2015, ss. 29-56.
- BAŞOĞLU Başak, “Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması”, *Hasan Erman’a Armağan*, İstanbul, Der Yayıncılık, 2015, ss. 161-184.
- BAŞPINAR Recep, “Tam Yargı Davaları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara, 1986, ss.481- 511
- BAYSAL Başak, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- BECKER Florian, “The Development Of German Administrative Law”, *George Mason Law Review*, Vol. 24:453, ss.453-476.
- BELGESAY M. R., “Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.12 S.2-3, 1946, ss. 561-608.
- BELL John, BOYRON Sophie, WHITTAKER Simon, *Principles of French Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2008.
- BEREKET BAŞ, Zuhul, Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- BEREKET BAŞ Zuhul, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, 2004.
- BERGER Adolf, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Vol. 43, American Philosophical Society, 1968.
- BERGER Bernhard, *Allgemeines Schuldrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2008.
- BIGNAMİ Francis, "Comparative Administrative Law," ed. Mauro Bussani and Ugo Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, 2012, ss.145-170.
- BİLGİN Pertev, *Kamulaştırma Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.

- BOZER Ali, *Sigorta Hukuku Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri*, 2. Bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2009.
- BOZKURT Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839 - 1939)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2010.
- BRADLEY A. W., EWING K. D., *Constitutional And Administrative Law*, 14. Edition, Pearson Longman, 2007.
- BRINKER Jürgen, *Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz: Differenzierungsdefizite, Ressourcenverwendungspläne und das Wertproblem*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.
- BRODÖFEL Anne-Christina, *Geigel Der Haftpflichtprozess*, 28. Auflage, C.H.Beck, 2020.
- BRONKHORST H.J., “The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities”, *The Action for Damages in Community Law*, ed. Ton Heukels, Alison McDonnell, Kluwer Law International The Hague, Boston, 1997, ss.153-166.
- BROWN Lionel Neville, GARNER John Francis, *French Administrative Law*, London Oxford University Press, 2003.
- BRUGGEMEIER Gert, “Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia”, *European Review of Private Law* 21 (2013), ss.923, 957.
- BRUGGEMEIER Gert, “Industrialisation, Risks And Strict Liability: The Diverse Paths Of German And Us Law”, *Opinio Juris in Comparatione*, Vol. I, n. I, 2014, ss.1-21.
- BUCAKTEPE Adil, Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17-18, S.26-27-28-29, ss.93-122.
- BUCKLAND W. W., MCNAIRA. D., *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936.

- BUDEWIG Klaus, GEHRLEIN Markus, *Das Haftpflichtrecht nach der Reform*, München, Verlag, C.H. Beck, 2003.
- BURMANN Michael, HEß Rainer, HUHNERMANN Katrin, JAHNKE Jürgen, *Straßenverkehrsrecht. Kommentar*, 26. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020.
- CANATAR Mehmet, BAŞ Yaşar, “Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi”, *OTAM*, S.IX, 1998, ss.111-116.
- CANE Peter, *Administrative Law*, 5. Edition, Oxford University Press, NewYork, 2011.
- CARROLL Alex, *Constituonal And Administrative Law*, 4. Edition, Pearson Longman, 2007.
- CİN Halil, AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2015, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015.
- CREIFELDS Carl, et al., “*Rechtswörterbuch*” C.H. Beck, 2014.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, *Tarihsel ve Teorik Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayınevi, 2007.
- ÇATAK IRIZ Betül, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- ÇEÇEN Anıl, *Adalet Kavramı (Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine Bir Deneme)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- ÇEKİN Mesut Serdar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- ÇELİKEL Aysel, ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2020.
- ÇELİKKOL Hüseyin, “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, S.2, 1985.
- ÇITAK Halim Alperen, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- ÇITAK Halim Alperen, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

- DELCROS Xavier, DELCROS Bertrand, *Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi, Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu*, Çev. Turgut Candan, Ankara, Danıştay Yayınları, No: 39, 1984.
- DERBİL Süheyp, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, 1959.
- DERBİL Süheyp, *İdare Hukuku, C.I, İdari Kaza- İdari Teşkilat*, 3. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara, 1950.
- DESCHENAUX, Henri, TERCIER, Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983.
- DETTERBECK Steffen, Kay WINDTHORST, Hans-Dieter SPROLL, *Staatshaftungsrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2000.
- DETTERBECK Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 13.Auflage, Verlag C.H.Beck, 2015.
- DEUTSCH Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., Köln, Heymann, 1996.
- DEVELLİOĞLU Ferit, *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lugat*, İstanbul, Aydın Kitabevi Yayınları, 1962.
- DICEY Albert Venn, *Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution*, 10. Aufl., London, Macmillan 1959.
- DIETZ Florian, *Technische Risiken und Gefährdungshaftung*, , Köln – Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2006.
- DOĞAN YENİSEY Kübra, *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2014.
- DORR Oliver, “§ 5 Deutschland” ed. Oliver Dörr, *Staatshaftung in Europa: Nationales und Unionsrecht*, Göttingen, Walter de Gruyter, 2014, ss.121-155.
- DU PLESSIS Paul, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, 4. Edition, Oxford University Press, 2010.
- DURAN Lütfi, “İdari İşlemlerden Sorumluluk İptal Davası-Tam Yargı Davası”, *İÜHF.M.*, C. 33, S. 3-4, 1967, ss.3-26.
- DURAN Lütfi, “Mahkeme Kararları Kroniği”, *İÜHF.M.*, C. 28, S. 2, ss.542-554.

- DURAN Lutfi, Atatürk Döneminde Danıştay, *İHİD*, y.2, s.1981, sy.3, ss.19-39.
- DURAN Lutfi, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, 1964.
- DURAN Lutfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yayınları, No. 138, Ankara, 1974.
- DÜREN Akın, *Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazminat Yükümlülüğü*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- DÜREN Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1979.
- Editors Law Review, (1957) "Sovereign Responsibility and the Doctrine of Sacrifice (Aufopferungsanspruch)," *University of Chicago Law Review*: Vol. 24, Issue 3, Article 4, ss.513-533.
- EHLERS Nadja, *Die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung in Deutschland* (Dissertation), Universität Potsdam, 2014.
- EISENHARDT Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6th ed, C.H. Beck, 2013.
- ERBGUTH Wilfried, GUCKELBERGER, Annette, *Allgemeines Verwaltungsrechts: mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht*, 9. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2018.
- ERDOĞMUŞ Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- EREN Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ERHÜRMAN Tufan, "Birleşik Krallık İdare Hukukunda Ultra Vires", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61 (2012), ss.599-646.
- ERKUT Celal, *Hukuka Uygunluk Bloku / İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996.
- ERKUT Celal, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2004.

- ERNST Werner, ZIHKAHN Willy, BIELENBERG Walter, KRAUTZBERGER Michael, *Baugesetzbuch*, 2020, C.H. Beck, 2020.
- EROĞLU Hamza, *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 5. Baskı, Ankara, 1985.
- EROĞLU DURKAL Müzeyyen, "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S.131, ss.179-210.
- EROĞLU DURKAL Müzeyyen, İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019; 23(1), ss.159-189.
- ERRARA Roger, "The Scope And Meaning Of No-Fault Liability In French Administrative Law" *Current Legal Problems*, 39.1, 1986, ss.157-180.
- ESİN Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973.
- ESSER Josef Esser, SCHMIDT Eike, *Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil: Teilband 2*, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000.
- ESSER, Josef , Schmidt, Eike, *Schuldrecht, Lehrbuch, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 6. Aufl., Heidelberg, 1984.
- FERSCHL Klaus, *Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch: seine Entwicklung und Entwicklungsmöglichkeiten*, (Dissertation), Universität Passau, 1991.
- FIKENTSCHER Wolfgang, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2006.
- FORSTHOFF Ernst, *Lehrbuch Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, München 1973.
- FUCHS Maximilian, *Deliktsrecht*, 7. Aufl., Springer, 2009.
- GINSBURG Tom, "Yazılı Anayasalar ve İdari Devlet: İdare Hukukunun Anayasal Karakteri Üzerine", çev. Nuray Sümer, Gökhan Sümer, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, ss. 481-493.
- GİRİTLİ İsmet, BİLGEN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, *İdare Hukuku*, 6. Bs., İstanbul, Der Yayınları, 2013.

- GİRİTLİ İsmet, BİLGİN, *İdari Kaza (Teksir)*, İstanbul 1972.
- GÖK Hasan, “Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkansızlık Nedeniyle Uygulanamadığı Haller”, *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, ss.547-558.
- GÖRELİ İsmail Hakkı, *Devlet Şurası*, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.
- GÖREN Zafer, “Sosyal Devlet”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, ss.1-49.
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 236, 2013, ss.15-120.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku C.I*, 2. Baskı Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku, C.II*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2009.
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, Turgut Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I*, 9. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, Turgut Tan, *İdare Hukuku, c.II*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Yönetim Hukuku*, 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A.P., *Hukuki Mesuliyet bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, Üçüncü Baskı, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1977.
- GRZESZICK Bernd, “§ 45 Grundrechtshaftung”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, hrsg. Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers, De Gruyter, 2010.
- GUNTER Paul Horst, *Querverbindungen zwischen Aufopferungsanspruch und Gefährdungshaftung einerseits und Aufopferungsanspruch und Eingriffserwerb andererseits*, Berlin, De Gruyter, 1966.
- GURLIT Elke, “Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen” *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Dirk Ehlers, Hermann Punder (Hrsg.), 15. Aufl., Berlin, De Gruyter, 2015.

- GÜLAN Aydın, Türk İmar Hukukunda Hamur Kuralı Uygulaması 3194 Sayılı İmar Kanunu nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım, (Basılmamış Doçentlik Çalışması) İstanbul, 2000.
- GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013.
- GÜNDÜZ Fatma Ebru, Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.4, 2015, ss.110-138.
- GÜRAN Sait, ‘Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması’, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, ss. 151-170.
- GÜRAN Sait, ‘‘Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu’’, *Danıştay Dergisi*, Y. 12, S. 46, 47, 1982, ss. 16-22.
- GÜRAN Sait, ‘‘Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu’’, *Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V. Sempozyum, (Ankara 12-13 Mart 1982)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, ss. 77-87.
- GÜRBÜZ Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk (Meşru Hukukun Temel Unsurları)*, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2013.
- GÜRTEK Kadir, *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- GÜVEL Övünç, ‘‘Roma Hukukunda Sorumluluk’’, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, s.375-404.
- HABERSACK Mathias, (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV*, 8. Aufl., 2020, C.H. Beck.
- HACIMURATLAR Zeliha, İdarenin Sorumluluğu: Kusura Dayanan Sorumluluktan Kusura Dayanmayan Sorumluluğa Gidiş (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- HÄHNCHEN, Susanne, *Obliegenheit und Nebenpflichten*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2010.
- HARKE Jan Dirk, *Besonderes Schuldrecht*, Berlin, Springer, 2011.
- HATEMİ Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.

- HEIDENHAIN Martin, *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff*, Berlin, Duncker&Humblot, 1965.
- HEUSER Gerhard, *Die Rechtsnatur des Aufopferungsanspruchs*, Marburg, 1969.
- HEUSSEN Benno, HAMM Christoph (Hrsg), *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch*, 11. Auflage, C.H.Beck, 2016.
- HIMSTEDT Jana, “§ 11 Öffentliche Ersatzleistungen vor den Zivilgerichten” *Verwaltungsrecht in der Klausur*, Nikolas Eisentraut (Hrsg.), Berlin, De Gruyter, 2020.
- HOFLING Wolfram, “Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht”, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, ed. Robert Alexy et. al., Berlin, De Gruyter, 2002.
- HOGENSCHURZ Johannes, *Die Entwicklung des Prinzips der Aufopferungshaftung in den zivilrechtlichen Notstandsfällen: am Beispiel der Schadensersatzpflicht des § 904 S. 2 BGB*, Bonn, 1997.
- HUFEN Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, 6. Auflage, München, C.H.Beck, 2005.
- IPSEN Jörn, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2011.
- İMRE Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- İMRE Zahit, *Doktrinde Ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 14, Sayı 3-4, 1948 , ss.755 – 849.
- İMRE Zahit, *Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1981, Cilt 45, Sayı 1-4, ss.401 – 420,
- İNCEOĞLU Murat, KURTULAN, Gökçe: “TBK m. 71/F.4 Hükmüne Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk”, *İKÜHFD*, Cilt: 15, S: 2 (Özel Sayı: Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt: II), 2016, ss. 45-60.
- JELLINEK Walter, *Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Berlin, Springer, 1929.

- JOHLEN Heribert, OERDER Michael, *Münchener Anwalts Handbuch Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2017.
- JOUSSEN Jacob, *Schuldrecht I- Allgemeiner Teil*, Verlag W. Kohlhammer, 2008.
- KALABALIK Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- KAPLAN Gürsel, “Danıştay Ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.55, S.2, ss.117 – 141.
- KAPLAN Gürsel, “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ayferi Göze’ye Armağan, Sayı: 2004/1–2, ss. 167–188.
- KAPLAN Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- KAPLAN Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 19, Kitap:1, 2004, ss. 173–199.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, *Roma Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- KARAHANOĞULLARI Onur, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi”, *Üstad Dergisi*, sayı 2, 2017, ss.60-63.
- KARAHANOĞULLARI Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- KARAHANOĞULLARI Onur, *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan, 2019.
- KARAHANOĞULLARI Onur, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- KARST Judith, *Der Fiskus im liberalen Rechtsstaat*, Münster, Lit Verlag, 2016.

- KARAKOÇ Yusuf, Mecelle (Mecelle-i Ahkâm Adliyye), *Güncel Hukuk Dergisi* Şubat 2012/2-98, <http://www.guncelhukuk.com.tr/dergiden/mecelle-mecelle-i-ahkam-adliyye.html>, (02.03.2021).
- KASAPOĞLU TURHAN Mine, İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2019; 9(1), ss.1-40.
- KAYA Alp Yücel, “Neo-liberal mülkiyet ve “acele kamulaştırma” nedir?”, *Toplum ve Bilim*, S.122, 2011, ss.194-235.
- KAYA Cemil, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştayın Yaklaşımı*, İstanbul, Legal Yayınları, 2011.
- KELLER Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 5. Auflage*, Bern, Verlag, 1993.
- KEMMLER Iris, “Allgemeiner Aufopferungsanspruch und öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch”, *JA* 2005, ss. 659-661.
- KILIÇ Halim, Osmanlı Devleti’nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Şûra-yı Devlet (1868 - 1876), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- KILIÇOĞLU Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- KINGREEN Thorsten, “Schmerzensgeld für Verletzungen bei rechtmäßigem Behördenhandeln”, *JURA-Kartei online*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2010, <https://www.degruyter.com/document/database/JK/entry/JK-2018-4-9/html>, (01.03.2021).
- KIRATLI Metin, “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXVII, 1972, Sayı: 4, ss.53-81.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, HATEMİ Hüseyin, SEROZAN Rona, ARPACI Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1984, Cilt 2, Sayı 2, ss.175-305.

- KONZEN Horst, *Aufopferung im Zivilrecht: Beitrag zu den Lehren vom bürgerlich-rechtlichen und arbeitsrechtlichen Aufopferungsanspruch*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1969.
- KORKUSUZ Refik, “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması Ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 – 29 Mayıs 2009)*, Ankara, 2009.
- KOTZ Hein, WAGNER Gerhard, *Deliktsrecht*, München, Vahlen, 2017.
- KRATZLMEIER Fabian, “Die Systematik des Staatshaftungsrechts”, *JURA* 2018(12), ss.1239-1250.
- KRUGER Helmut, *Die Abhängigkeit der Amtshaftungsklage von der erfolgreichen Durchführung der Nichtigkeits- bzw. Untätigkeitsklage im Recht der EWG (Art. 215 Abs. 2 EWGV)*, Berlin, Duncker Humblot, 1976.
- KUGELMANN Dieter, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl., Springer, 2012.
- KUNNECKE Martina, *Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison*, Berlin, Springer-Verlag, 2007.
- LANGE Hermann, SCHIEMANN Gottfried, *Schadenersatz*, 3. Aufl., Heidelberg, Mohr Siebeck, 2003.
- LARENZ Karl; *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987.
- LEGE Joachim, § 7 Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung: Enteignung zweiter Klasse?, *Die Enteignung Historische, vergleichende, dogmatische und politische Perspektiven auf ein Rechtsinstitut*, hrsg. Otto Depenheuer, Foroud Shirvan, Berlin, Springer, 2018, ss.221-234.
- LEWIS Clive, *Judicial Remedies in Public Law*, 5. Ed., London, Sweet & Maxwell, London, 2014.
- LORENZ Dieter, *Verwaltungsprozeßrecht*, Berlin, Springer, 2000.
- LUCHINGER Niklaus, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, Freiburg, Universitätsverlag, 1999.

- MARSCH Nikolaus “§ 7 Frankreich”, ed. Oliver Dörr, *Staatshaftung in Europa: Nationales und Unionsrecht*, Göttingen, Walter de Gruyter, 2014, ss.195-226.
- MAUNZ Theodor, DURIG Günter, *Grundgesetz: Kommentar*, C.H.Beck, 2020.
- MAURER Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, München, C.H.Beck, 2002.
- MCBRIDE Nicholas J., BAGSHAW Roderick, *Tort Law*, 6th ed., London, Pearson, 2018.
- MCKENDRICK Ewan, *Force Majeure and Frustration of Contract*, CRC Press, 2013.
- MCMAHON Bryan M. E., “The Reaction of Tortious Liability to Industrial Revolution”, *Irish Jurist*, Vol. 3, No. 1, 1968, ss.18-32.
- MEIER Benjamin Mason, “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health”, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 37, 2005, ss.101-147.
- MERTEN Detlef, “Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen”, *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, ed. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzik, Berlin, Springer, 2019, ss.177-302.
- MULLER Bernd, *Verwaltungsrecht Schnell Erfasst*, Springer-Verlag, Berlin, 1995.
- MUCH Walter, *Die Amtshaftung: Im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Vittorio Klostermann, 1952.
- MURATOĞLU Tahir Muratoğlu, *Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- NIESLER André, “Aufopferung und Enteignung vom ALR bis zur WRV”, *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Band 8, 2006/2007, ed. Thomas Vormbaum, Berlin, BWV Verlag, 2007.
- NOMER Haluk Nami, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1996.
- OĞURLU, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara 2003.

- OĞUZ Cemal, “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, *GÜHFD, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009*, ss.209-217.
- OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- OKANDAN Recai G. Okandan, *Roma Amme Hukuku*, İstanbul, 1944.
- OKAY TEKİNSOY Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni*, İstanbul, On İki Levha, 2011.
- OLIPHANT Ken “Rylands v Fletcher and the emergence of enterprise liability in the Common Law”, *European Tort Law 2004*, eds. Helmut, Koziol and Barbara C., Steininger, Tort and Insurance Law Yearbook, New York, Springer, pp. 81-120.
- ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- ORTAYLI İlber, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2000.
- OSSENBUEHL Fritz, “Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?”, *NJW*, 1983.
- OSSENBUEHL Fritz, CORNILS Matthias, *Staatshaftungsrecht*, 6. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2013.
- OZANSOY Cüneyt, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4, Mayıs 1990*, Ankara, ss.73-87.
- OZANSOY Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.
- ÖDEN Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2003.

- ÖZ M. Turgut, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- ÖZAY İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınevi, İstanbul 1996.
- ÖZDEMİR Necdet, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963.
- ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, *Danıştay Dergisi*, Y.1, S.1, 1971, ss.22-32.
- ÖZMUMCU Seda, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, ss.145-171.
- ÖZYÖRÜK Mukbil, *İdare Hukuku Ders Notları (Teksir)*, Ankara 1972/1973.
- PEINE Franz-Joseph, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., C.F. Müller, 2014.
- PRUTTING Hanns, WEGEN Gerhard, WEINREICH Gerd, *BGB Kommentar*, 12. Aufl., Hermann Luchterhand Verlag, 2017.
- PÜRDE Aykut, Sebepsiz Zenginleşme Teorisinin İdare Hukukunda Uygulanabilirliği Ve Teorinin İdarenin Sorumluluğu Alanındaki Görünümü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- RADO Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- RUFFERT Matthias, “Article 12 GG”, *Beck’scher Online-Kommentar Grundgesetz*, hrsg. Volker Epping, Christian Hillgruber, 31. Ed., München, Verlag C.H.Beck, 2016.
- RUFNER Wolfgang, “Sechster Teil: Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatzund Entschädigungsleistungen”, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, ed. Hans-Uwe Erichsen, Wolfgang Martens, Berlin, De Gruyter, 2016.
- SAMUEL Geoffrey, *Law Of Obligations And Legal Remedies* Routledge-Cavendish; 2nd Edition, 2013.
- SANCAKDAR Oğuz, “Aihm’in Gayrimenkul Mülkiyeti Ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler Ve Karar Örnekleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y.84, S.3, 2019, ss.511-558.

- SANCAKDAR Oğuz, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.
- SARICA Ragıp, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, *İÜHFM*, Yıl 1945, Cilt 10, Sayı 3-4, ss.486-514.
- SARICA Ragıp, “Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes'uliyeti Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1944, Cilt 10, Sayı 1-2, ss.95-162.
- SARICA Ragıp, *İdari Kaza*, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949.
- SARIÖZ BÜYÜKALP A. İpek, “Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği Ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2019, Cilt 21, Sayı 2, ss. 523 – 581.
- SARSIKOĞLU Şenel, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016.
- SAYIN KORKMAZ Bengi, *Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014.
- SCHENKE Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsprozessrecht*, 15. Aufl, Heidelberg, C.F. Müller, 2017.
- SCHIEMANN Gottfried, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, hrsg. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 13. Auflage, Köln, 2011.
- SCHIWY Peter, *Impfung und Aufopferungsentschädigung* Vol. 12, Berlin, Duncker & Humblot, 2018
- SCHMIDT Rolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, Grasberg bei Bremen, Rolf Schmidt Verlag, 2015.
- SCHOLZ Georg, TREMML Bernd, *Staathaftungs und Entschädigungsrecht*, 5. Auflage, München, Vahlen Franz, 2002.
- SCHULZE Reiner, *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, 8. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2014.
- SCHWARZ Andreas B. *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çev. Bülent Davran, İstanbul, 1948.

- SCHWARZE Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Band I & II*. 2. Aufl.; Baden-Baden, Nomos, 2005.
- SEROZAN Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.
- SERT Gürkan, *Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme*, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, 2013.
- SEVER Dilşad Çiğdem, "Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert), Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, ss.73-103.
- SEVER Dilşat Çiğdem, "COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y.2020, C.9, S.17, ss.187-237.
- SEVER Dilşat Çiğdem, Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, *TBB Dergisi*, 2017, S.133, ss.163-210.
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, "Danıştay 10. Dairesinin 09.07.2013 Tarih ve E. 2012/9046, K.2013/5913 Sayılı Kararı Sorumluluk – Manevi Tazminat - Yaptırım Fonksiyonu", *5.İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Karar İncelemeleri" 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada / İstanbul*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, ss. 241-252.
- SHULMAN Harry, FLEMING J. James, OSCAR S. Gray, GIFFORD Donald G, *Cases and Materials on the Law of Torts*, 4. bs., New York, Foundation Press, 2003.
- SOMER Pervin, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, İstanbul, Derin Yayınları, 2008.
- SOMMERMANN Karl-Peter, "Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit" *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, ed. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzik, Berlin, Springer, 2019, ss.1735-1770.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Özlem, "Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri", Ankara, İmaj Yayıncılık, 2002.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Özlem, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- SÖĞÜTLÜ Özlem, *Roma Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2020.

- STONE Ferdinand F., “Chapter 5: Liability for Damage Caused by Things”, *International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. XI: Torts*, chief ed. André Tunc, Mohr, 1972.
- SUNAY Zühal Aysun, *Türk Anayasa Hukukunda Anayasa Başlangıç Kısımları*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- SÜTKEN Elvan, “Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları İle İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4 S.2, 2009, ss.109-131.
- SÜTKEN Elvan, *Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- ŞAHİN Kemal, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı”, *MÜHF – HAD*, C. 19, S. 3, ss.53-146.
- ŞAŞI Murat, *Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Yetkin, 2019.
- ŞENLEN Süheyla, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, *AÜSBFD*, C.49, S.3-4, 1994, ss.401-413.
- ŞİMŞEK Suat, *Hukuki Unsurları Açısından Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri (Parselasyon)*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- ŞİRİN Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y.2020, C.9, S.17, ss.43-146.
- TAHİROĞLU Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- TAN Turgut, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu” Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan, C. II, Ankara, *A.Ü. Yayınları*, 2015, ss.1059-1069.
- TAN Turgut, *İdare Hukuku*, 9. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.
- TAN, Turgut; *İdari İşlemin Geri Alınması*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

- TANDOĞAN Haluk, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı”, *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları II. Sempozyumu*, Sevinç, Ankara, 1975.
- TANDOĞAN Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981.
- TANDOĞAN HALUK, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı Ve Akdi Mesuliyet)*, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961.
- TANÖR Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul, Öncü Kitabevi, 1969.
- TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2020.
- TEKİNAY, S. Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz kitabevi, 1993.
- TETİK Ahmet Talha, *Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Beta, 2013.
- TJEPKEMA MICHIEL, “Between Equity and Efficiency: the European Union's No-Fault Liability” *Review of European Administrative Law*, 6.1, 2013, ss.7-37.
- TURHAN Makbule Mine, *Kamu Hukuku Açısından Klinik İlaç Araştırmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, “Almanya’da İdari Yargının Tarihi Gelişimi” *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, C.2, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 65, 2020.
- ULER Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- ULUSAN İlhan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi” *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Y.1977, C.43, Sayı 1-4, ss.101-130.
- ULUSAN İlhan, “Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Yargıtay Dergisi*, C.12, S.1-2 (1986), ss.57-76.

- ULUSAN İlhan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012.
- ULUSAN İlhan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, *Journal Of Yaşar University*, Yıl 2013, Cilt 8, ss.2897-2906.
- ULUSOY Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- UMUR Ziya, *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul, 1983.
- URAN Peri, Anayasaların Başlangıç Kısımları, *İÜHFİM*, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss.223-248.
- ÜÇİŞİK Güzin, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Ankara 2009.
- ÜÇÖK, Coşkun, BOZKURT Ahmet, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- ÜNLÜÇAY Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, *Danıştay Dergisi*, S.94, Y.28, S.94, 1998, ss. 3-10.
- VAN DAM Cees, *European Tort Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2013.
- VON DANWITZ Thomas, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin, Springer-Verlag, 2008.
- VON MUNCH Ingo, KUNIG Philip, *Grundgesetzkommentar*, 6 Aufl., 2012.
- WADE H. W. R., FORSYTH C. F., *Administrative Law*, 11. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- WAGNER Gerhard, “Strict Liability in European Private Law” *Handbook Of European Private Law*, eds. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann, Forthcoming, 2011, <https://www.researchgate.net/>, (02.03.2021).

- WAGNER Gerhard, *Strict Liability*, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol.1, ed. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann, Andreas Stier, 2012, ss. 1607-1615.
- WOCKEL Holger, *Grundzüge des deutschen Staatshaftungsrechts*, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht, 2006.
- WOLFF Hans J., BACHOF Otto, STOBBER Rolf, KLUTH Winfried, *Verwaltungsrecht, Bd. 1*, 11. Aufl., München, 1999.
- WOLFF Hans J., BACHOF Otto, STOBBER Rolf, KLUTH Winfried, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010.
- WURTENBERGER Thomas, “Kontrolle von Verwaltungshandeln ab 1806: Justizstaat versus Administrativjustiz”, *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, ed. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzik, Berlin, Springer, 2019, ss.31-50.
- YALÇINDURAN Türker, “6745 Sayılı Kanun İle Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler İle Hukuki Ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, *AÜHFD*, 66 (2) 2017, ss.491-515.
- YASİN Melikşah, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Sempozyum No: 1 ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler*, İstanbul, Marmara Üniversitesi, 2007, ss. 244-255.
- YAŞAR Hasan Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *İÜHFM C. LXVI*, S.1, 2008, s. 201-220.
- YAYLA Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 1979, ss. 45-60.
- YENİCE Kazım, ESİN Yüksel, *Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983.

- YILDIRIM Ramazan Yıldırım, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, *VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 193-216.
- YILDIRIM Turan, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, ss. 1520-1538.
- YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, ÇAKIR Hüseyin Melih, OKAY TEKİNSOY Özge, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha, 2020.
- YILMAZ Mustafa, “İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı Ve Uygulamaları” *MÜHF – HAD*, C. 16, S. 3-4, ss.37-83.
- YILMAZ Serdar, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu Ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- YILMAZ Süleyman, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, *AÜHFD*, C.59, S.3, Ankara, 2010, ss.551-578.
- YÜCEL Özge, *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- YÜCESOY Ayşe Aslı, “Şûrây-ı Devlet (1868-1876)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:2, 2017, ss.187-216.
- YÜZBAŞIOĞLU Cihan, *İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk*, İstanbul, On İki Levha, 2020.
- YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHF Yayını, 1993.
- ZENTHOFER Jochen, *Staatshaftungsrecht*, Richter Verlag, 4. Auflage 2009.
- ZIMMERMANN Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 1992.
- ZIPPELIUS Reinhold, *Allgemeine Staatslehre*, 17. Baskı, München, C. H. Beck, 2017.

ZİLELİOĞLU Hilal, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”,
AÜHFD, Yıl: 1987, Cilt: 39, Sayı: 1-4, ss.241-264.

ZORLUOĞLU YILMAZ Ayça, *Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat*, Ankara, Yetkin, 2020.

İNTERNET ERİŞİM KAYNAKLARI

beck-online.beck.de

www.lexpera.com.tr

<https://www.jstor.org>

<https://home.heinonline.org/>

www.lexisnexis.com

<http://www.kazanci.com>

<https://www.degruyter.com/>

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

<https://beck-online.beck.de>

<http://legalbank.net/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>

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

<https://link.springer.com/>

<https://legal.com.tr/kitaplik>

ÖZGEÇMİŞ

| | | | |
|-------------------------------|--|-------|--|
| Adı, Soyadı | AYŞE ASLI | | ALÇIN |
| Doğum Yeri ve Yılı | | | |
| Bildiği Yabancı Diller | İNGİLİZCE | | ALMANCA |
| ve Düzeyi | C1 | | B2 |
| Eğitim Durumu | Başlama | - | Kurum Adı |
| | Bitirme Yılı | | |
| Lise | 2004 | 2008 | İZMİR BORNOVA ANADOLU LİSESİ |
| Lisans | 2008 | 2012 | ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ |
| Yüksek Lisans | 2012 | 2015 | ANKARA ÜNİVERSİTESİ SBE KAMU HUKUKU (2012-2013 Yatay geçiş) BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ SBE KAMU HUKUKU (2013-2015) |
| Doktora | 2015 | hâlen | BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ SBE KAMU HUKUKU |
| | - | | |
| Çalıştığı Kurum(lar) | Başlama | - | Çalışılan Kurumun Adı |
| | Ayrılma Yılı | | |
| | 1. | 2013 | hâlen |
| | | | Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Araştırma Görevlisi |
| Yayınlar: | <ul style="list-style-type: none"> - İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat (2016)., Seçkin, ISBN:9789750235849, Türkçe(Bilimsel Kitap), (Yayın No: 4201569) - Kabahatler Hukuku Yazıları – I, Bölüm Adı:(İdari Yaptırımların Yargısal Denetiminde Görevli Yargı Kolu Sorunu) (2017)., On İki Levha, Editör:Zeynel Temel Kangal, ISBN:9786051525075, Türkçe(Bilimsel Kitap), (Yayın No: 4201571) - “Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü” <i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, 26(1), 127-147., Doi: 10.15337/Suhfd.364727 (Yayın No: 4297163) - “Şûrây-ı Devlet (1868-1876)” <i>İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i> (Yayın No: 4201556) - “İptal Davaları Bağlamında Dolaylı Ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme” <i>Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>, 23(38), 173-203. (Kontrol No: 4297176) - “Vergi Hukukunda Arama ve Arama Sürecindeki İşlemlerde Kamu Yararı Kavramı” <i>Türkiye Barolar Birliği Dergisi</i>(135), 83-116. (Kontrol No: 4201563) | | |
| İletişim (e-posta): | | | |
| Tarih İmza Adı Soyadı | Ayşe Aslı Alçın | | |