

# HİZMET KUSURU-HAKSIZ FİİL AYRIMI VE YARGI DÜZENİ

## DISTINCTION OF NEGLIGENCE OF DUTY-TORT AND BRANCHES OF JUDICIARY

Çınar Can EVREN\*

**Özet:** İdari yargı sistemini benimsemiş ülkelerde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü idari yargı yerlerine aittir. Bu tür uyuşmazlıkların idare mahkemelerinde çözülmesi, göreve ilişkin bir konu olmanın ötesinde hukuk devleti ile de yakından ilgilidir.

**Anahtar kelimeler:** Yargıtay, Danıştay, hizmet kusuru, idari yargı.

**Abstract:** In those countries which adopt administrative jurisdiction system, disputes arising from administrative acts and actions are to be settled in administrative courts. This is not only an issue of jurisdiction, but also an issue directly related with the rule of law.

**Key Words:** Court of Cassation, Council of State, neglect of duty, administrative jurisdiction.

### Giriş

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak idare kusurlu veya kusursuz olarak verdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Türkiye’de geçerli olan adli-idari yargı ayrımı neticesinde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından genel görevli yargı yeri idare mahkemeleridir. Adli yargı yerleri ancak özel düzenlemelerin varlığı halinde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevlidirler.

İdare hukukunun kendine has ve bağımsız bir hukuk dalı olması, özel hukukta doğup gelişmiş bazı kurumları iktibas etmekle birlikte bu kurumları kendine özgü değişiklikler yaparak bünyesine almasına neden olmuştur. Bu kurumlardan bir tanesi de sorumluluk hukukudur.

\* Ar. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu çalışmada, özel hukuk ve Borçlar Kanunundaki haksız fiile ilişkin düzenlemelerden farklı şekilde gelişmiş olan hizmet kusuruna, eşitler arası ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını uygulayan ve büyük çoğunlukla yargılamada tarafların söz sahibi olduğu usuller kullanan Yargıtay'ın nasıl yaklaştığı incelenmeye çalışılacaktır.

## I. İdarenin Sorumluluğu

Sorumluluk, başkalarına verilen zararın karşılanması yükümlülüğünü ifade eder.<sup>1</sup> Sorumluluğun süjesi, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri olabileceği gibi devlet ve diğer kamu tüzelkişileri de olabilir.

Uygar ülkelerin hiçbirinde idarenin sorumsuz olduğu veya olması gerektiği iddia edilemez. İdarenin sorumluluğu, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir.

İdarenin sorumluluğu ister özel hukuka isterse kamu hukukuna tabi olsun aynı amaca, verilen zararların giderilmesine yönelik olmakla beraber<sup>2</sup>, ait oldukları hukuki rejimler ve uyuşmazlık halinde çözümlenecekleri yargı kolları bakımından farklılık gösterirler.

## II. İdarenin Özel Hukuka ve İdare Hukukuna Tabi Sorumluluğu

Özel hukuk alanındaki sorumluluğun temelini “kusur” oluşturur. Özel hukuktaki kusurun hem hukuka aykırılık gibi nesnel, hem de dikkatsizlik, tedbirsizlik, ihmal gibi öznel yönleri vardır. Özel hukuk alanındaki kusurun, tüzelkişilerden oluşan idarenin sorumluluğunun temeli olması ve ona uygulanabilmesi mümkün değildir.<sup>3</sup> Bu açıdan,

<sup>1</sup> Deschenaux Henri - Tercier Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 1.

<sup>2</sup> Gözler Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 942; Candan Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınevi, Ankara 2005, s. 158.

<sup>3</sup> Balkar Kemal Galip: “İdari Fiillerle Hususi Hukuk Fiillerin Benzerliğinden Doğan Teşhis Hatası ve Bundan Hâsıl Olan Neticeler”, AÜHF Dergisi, Ankara 1956, C. 8, S. 1-4, s. 98, (Teşhis hatası). Yne aynı Müellif bir başka eserinde de memurlarıyla idareyi birbirine bağlayan bağın mahiyeti itibarıyla özel hukuk hükümleri dışında kalan hükümler olduğunu, bu rabıttan doğan güçlüklerin de idare hukuku hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Balkar Kemal Galip: “Hizmet Kusurunun Sınırları”, İHF Mecmuası, İstanbul 1961, C. XXVI, S. 1-4, s. 19, (Hizmet kusuru).

hizmet kusuru, BK madde 41'deki haksız fiilden farklı olup idare hukukuna has, nev'i şahsına münhasır, muhtar, müstakil<sup>4</sup>, orijinal, olaylara göre değişebilen, esnek bir sorumluluk türüdür.<sup>5</sup>

Kamu hukukunda kusura dayanıldığında, kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi sübjektif öğeler aranmadan idarenin sorumluluğuna gidilir. Yani idarenin sorumluluğunun kamu hukukuna uygun biçimde nesnel nitelikte olması gerekir.<sup>6</sup>

İdarenin özel hukuka tabi sorumluluğu, özel hukuk sözleşme ve ilişkilerinden, idarilik vasfını kaybetmiş, mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetlerine ağır biçimde hukuk dışı olarak saldırıda bulunması şeklindeki fiili yol<sup>7</sup> niteliğindeki eylemlerinden ve kanunlarda adli yargıda görüleceği açıkça belirtilmiş uyuşmazlıklardan vuku bulup istisna teşkil eder.<sup>8</sup> Bunun dışında idarenin, idari eylem ve işlemlerinden doğan mesuliyeti, idare hukuku esasları dairesinde ve idari yargıda çözümlenir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi özel hukuka tabi sorumlulukla idare hukukuna tabi sorumluluk ayrımı kendisini, uygulanacak hukuk kurallarında ve uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı düzeninin tespiti gösterir.<sup>9</sup> İdari sorumluluk, kamu hukuku kurallarına tabi olup

<sup>4</sup> Hizmet kusurunun bağımsız niteliğine rağmen Yargıtay “*Dava, davalı Belediye'nin trafik sinyalizasyonu yapımı nedeniyle yaptığı kazı çalışmaları sırasında davacı kablolarına verdiği zararın tazmini istemine ilişkindir. Davalı belediyenin davacıya verdiği zarar özü itibarıyla bir haksız fiil ise de, idarenin bir kamu hizmetinin ifası sırasında üçüncü kişiye verdiği zararlar hizmet kusuru sayılır. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlara ilişkin davalar ise özel hukuk hükümlerine tabi değildir. Bu tür zararların tazmini yönünden idare aleyhine tam kaza davasının idari yargı yerinde açılması gereklidir.*” gerekçesiyle hizmet kusurunun aslında özel hukuktaki haksız fiil ile aynı olduğunu vurgulamıştır. Y11HD: 25.09.2003, E. 03/8842, K. 03/8315, Hukuk Türk, (HT).

<sup>5</sup> Sarıca Ragıp: “*Hizmet Kusuru ve Karakterleri*”, İÜHF Mecmuası, İstanbul 1949, C. XV, S. 4, s. 859.

<sup>6</sup> Gözübüyük Şeref -Tan Turgut: *İdare Hukuku Cilt I*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 799.

<sup>7</sup> Gerek Anayasa gerekse İYUK'da idarilik niteliğini kaybeden eylemler ile idari eylemler arasında herhangi bir fark olmadığı; bu bakımdan bu tür eylemlerin idarilik vasfını yitirdiği bu sebeple idari yargının görevli olmayacağı görüşünün doğru olmadığı; fiili yol teşkil eden eylemlerden ötürü adli yargıya gidilmesinin nedeni olarak, adliye hâkiminin ilgilileri daha iyi koruyacağı görüşü ileri sürülmüştür. Yıldırım Turan: *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 23.

<sup>8</sup> Onar Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I-II-III, İstanbul 1966, s. 1691, (Cilt III).

<sup>9</sup> Adli yargı idari yargı ayrımı ve bunun gerekliliği hakkında bilgi için bkz. Duran Lütfi: “*İdari Yargı Adliyleşti...*”, İHİD, Y. 1982-3, S. 1-3, s. 54 vd. (İdari yargı).

uyuşmazlık halinde idari yargıda çözümlenecek olan mali sorumluluk türüdür.<sup>10</sup> Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>11</sup> da “*kamu hukukunun bir bölümü olan idare hukuku, (devletin özel kişiler gibi hareket ettiği durumlar hariç) devlet ile kişilerin ilişkilerine ait kurallar topluluğu olup, özel hukuk ise, eşit hak ve menfaatlere sahip kişiler arasındaki hukuki ilişkilere ait kurallardan ibarettir. Bu durumun tabi bir sonucu olarak, idare hukuku ilişkin ve anlaşmazlıklarına idare hukuku kuralları, özel hukuk ilişki ve anlaşmazlıklarına ise özel hukuk kurallarının uygulanması gereklidir. ... Hukuk alanında devamlılık (istikrar) ve güven ise temel ilkelere aittir. Onun için anlaşmazlık sebebi idare hukukunu ilgilendiren bir sebep ise bu çelişkiyi önlemek, ikili sonuca varma ihtimalini ortadan kaldırmak, uygulamada yeknesaklığı sağlamak, için de, tasarrufun ait bulunduğu hukuk kurallarının uygulanması zorunludur.*” gerekçesiyle özel hukuk kamu hukuku ve dolaylı olarak adli yargı idari yargı ayırımına değinilmiştir.<sup>12</sup>

İdarenin kamu hukukuna tabi sorumluluğu, özel hukuktaki sorumluluktan etkilenmiş olup, idare hukukunda yazılı bir kural bulunmadığı hallerde özel hukuk hükümlerinden yararlanılacak olsa da, özerktir. Özerklik, sorumluluk ilkelerinin özel hukuk sorumluluğu ilkelerinden farklı olmasıdır.<sup>13</sup> Örneğin, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi nedeniyle idarenin sorumlu tutulmasının bir benzeri özel hukukta mevcut değildir; idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için varlığı gereken zararın nitelikleri de özel hukuktaki zarardan farklıdır. Hatta idarenin sorumluluğunda tazmini gereken zarar hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk noktasında dahi farklılık göstermektedir. Yine sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin davranışı ile zarar arasında bir illiyet bağı olmasa bile idare doğan zarardan sorumlu tutulabilir.

Hizmet kusurunda kamu görevlisi basit kusurundan dolayı sorumlu tutulmayabilirken, özel hukukta istihdam edilenin sorum-

<sup>10</sup> Gözler: s. 952.

<sup>11</sup> YİBK: 05.04.1973, E. 72/6, K. 73/2, aktaran Şener Esat: Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 1997, s. 596.

<sup>12</sup> Yargıtay, Anayasa hükümlerinde adli-idari yargı ayırımının yapıldığını da ifade etmiştir. YHGK: 11.02.1998, E. 98/4-27, K. 98/100, (HT).

<sup>13</sup> Gözler: s. 954; Onar’a göre ise idare hukukunun konusuna giren bir meselenin çözümünde idare hukuku hükümleri yetersiz kalırsa, meselenin hükmünü Medeni Kanun veya Borçlar Kanununda aramaya imkan yoktur. Bu takdirde hukukun ana prensiplerine ve temel kaide-lerine dayanılarak meselenin içtihat yoluyla halledilmesi gerekir. Özel hukuk müesseseleri idare hukuku sahasına nakledilince, bu hukukun potasında ona uygun kalıplara girerek başka bir şekil ve mahiyette ortaya çıkarlar. Onar: s. 112, (Cilt I).

luluğu hafif kusurunun varlığı halinde dahi söz konusu olur. Özel hukukta kusursuz sorumluluk sınırlı ve istisnai hallerde söz konusu olurken idarenin kamu hukukuna tabi sorumluluğunda, herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan idarenin kusursuz sorumluluğuna da gidilebilir; özel hukukta sorumluluk kuralları kanun koyucu tarafından yasalarla belirlenirken, idari sorumluluk alanında bu kurallar içtihatlarla doldurulur. İdarenin sorumluluğu konusundaki ilkelerin yasalarla dondurulmayıp içtihatlarla geliştirilmesi, idarenin sorumluluğu karşısında her somut olayın özelliğine göre idare hukuku kavram ve ilkelerinin tartışılmasını, değerlendirilmesini ve sonuca varılmasını sağlar.<sup>14</sup>

O halde idare hukukunda, özel hukuktaki sorumluluk anlayışından esinlenilerek<sup>15</sup>, kamu yönetimi için, kamu hukuku kuralları göz önünde tutularak, özel hukuktakinden ayrı<sup>16</sup> bir sorumluluk geliştirilmiş olup bu sorumluluğun kendine özgü kuralları vardır.<sup>17</sup> İdarenin sorumluluğunun özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri için getirilen hükümlere tabi tutulmamasının nedeni, özel hukuk alanında olduğu gibi taraflar arasında eşitliğin olmaması, taraflar arasında gerek kamu gücü kullanımı gerekse menfaatler arasında farklılık bulunmasıdır.

<sup>14</sup> Kutlu Meltem: “*Deprem ve İdarenin Sorumluluğu*”, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1999, S. 34, s. 27; Gözübüyük Şeref: “*Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu*”, AÜSBF Dergisi, C. 50, S. 3-4, s. 194, (Terör olayları).

<sup>15</sup> “...davacının zararının BK. 58. maddesindeki bina malikinin sorumluluğunun idare hukuku alanında yansımaları biçiminde uygulanarak kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idarece giderilmesi...” AYİM2D: 12.10.1993, E. 93/555, K. 93/519, aktaran Gözübüyük\Tan: s. 862.

<sup>16</sup> İdarenin sorumluluğunun tespitinde, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk kurallarının uygulanamayacağına ilişkin ilk karar, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 1873 yılında verilen Blanco Kararı’dır. Kararın gerekçesi, yapılan itirazlar ve öğretisel tartışmalar için bkz. Delcrox Xavier - Delcrox Bernard: Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çev. Turgut Candan, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1984, s. 1 vd; Lemothe A. L. G. Dutheillet: “*İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler*”, Çev. Süheyy Derbil, AÜHF Dergisi, Ankara 1960, C. 17, S. 1-4, s. 113; Atay E. Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 561; Çağlayan Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayınları, Ankara 2007, s. 118; Gözler: s. 953.

<sup>17</sup> Gözübüyük Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 289, (Yönetim hukuku); Duran Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları, No. 138, Ankara 1974, s. 10, (Türkiye idaresinin sorumluluğu); Esin Yüksel: Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976, s. 17.

### III. Hizmet Kusuru

İçtihatlarla geliştirilmiş olan hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ya da aksaklığı ifade eder.<sup>18</sup>

Danıştay'ın eski tarihli bir kararında belirttiği üzere bir olayda hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için, "... idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetiminin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç veya zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması..." gerekir.<sup>19</sup>

Hizmet kusuruna ilişkin Sarıca'nın yaptığı tanım ise şöyledir:<sup>20</sup> "İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personeline ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır."

Hizmet kusuru, kamu görevlisinin kusurundan bağımsızdır. İdarenin ajanı kusurlu da kusursuz da olsa, idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde bir aksaklık varsa hizmet kusuru vardır.<sup>21</sup> Danıştay bir kararında<sup>22</sup>, bireyin uğradığı zararın tazmini için kamu görevlisine izafe edilecek bir kusurun aranmamasının, idare hukukunda kusuru ayıran en önemli faktörlerden biri olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay ise hizmet kusurunu "hizmetin olağan işleyişi içerisinde idarenin bir ya da daha çok görevlisine düşen (ve fakat salt kişisel kusur olarak tanımlanamayan) yanlışlıklar" şeklinde tanımlamıştır.<sup>23</sup> Oysa hizmet ku-

<sup>18</sup> Günday Metin: İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayınları, Ankara 2002, s. 320, (İdare hukuku).

<sup>19</sup> D10D: 17.10.1983, E. 82/185, K. 83/1984, DBB.

<sup>20</sup> Sarıca: s. 858.

<sup>21</sup> Günday: s. 320, (İdare hukuku).

<sup>22</sup> D12D: E. 68/2424, K. 69/1911, aktaran Gözübüyük\Tan: s. 803.

<sup>23</sup> Y4HD: 11.03.1997, E. 96/12172, K. 97/6014, HT.

surunda kusurlu personeli tespit etmek her zaman mümkün olmadığı gibi bazı durumlarda tespit etme yoluna da gidilmemektedir. Bu durum bir Danıştay kararında şu şekilde belirtilmiştir: *“Hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Fertlerin uğradıkları zararın tazmini için mutlaka ajanlara yani görevlilere izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti aranmaz”*.<sup>24</sup>

İdareye yabancı kişilerin verdiği zararlardan dolayı kural olarak idare sorumlu tutulamaz. Ancak, idarenin bir kamu hizmetini özel kişilere gördürmesi sırasında meydana gelen zararlardan idarenin de sorumlu tutulduğu görülür. Danıştay, idarenin yapması gereken hizmeti özel kişilere yaptırması ve bu hizmet sırasında zararın meydana gelmesinin yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyeceğini; idarenin bu hizmetin görülmesinde sürekli bir gözetim ve denetiminin olması gerektiğini, bu denetimin yokluğunun hizmetin kötü işlemesi sayılacağını ve idarenin bundan sorumlu tutulacağını ifade etmiştir.<sup>25</sup>

Yargıtay, Davalı DSİ Genel Müdürlüğü vekilinin kazaya neden olduğu iddia edilen inşaatın 1996 yılında taşeron şirkete ihale ettiklerini ve inşaatın halen devam ettiğini belirterek sorumluluğun müteahhit şirkete ait olduğunu savunması ve idari yazışmaları delil olarak sunması üzerine, bu savunma karşısında DSİ Genel Müdürlüğü ile anılan şirket arasında eser sözleşmesi olup olmadığının saptanması yönünden anılan sözleşme celbedilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine, bu nedenle eksik inceleme ve araştırma ile davanın DSİ

<sup>24</sup> D12D, 20.01.1970, E. 68/1043, K. 70/104, aktaran Akyılmaz Bahtiyar - Sezginer Murat - Kaya Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 150.

<sup>25</sup> D10D: 16.12.2003, E. 02/7475, K. 03/5193, DBB. *“...İdarenin sorumluluktan kurtulması için üçüncü şahıslarla yapmış olduğu mukaveleler ve yazılı belgeler ancak idare ile bu şahıslar arasında muteber olup, bunlar dışında zarar gören diğer şahıslara sirayet etmeyeceği gibi, bu zararlardan dolayı mukavele yapan şahsa müraacaat ve zararı bu şahıslardan isteme zorunluluğu getirmez...İdare uhdesine tevdi kılınan yol yapım ve bakım hizmeti olarak tezahür eden kamu hizmetinin devamlı murakabesini yapmak zorunda olduğundan, müteahhit firmaca bu hizmet için alınacak ve alınmış tedbirlerin kifayetsiz olup olmadığını bizzat kontrol etmesi gerekir.”* D12D: 20.05.1970, E. 69/187, K. 70/1087; D6D: 18.03.1970, E. 66/2898, K. 70/713, aktaran Çağlayan: s. 218; benzer kararlar için ayrıca bkz. D10D: 28.01.1997, E. 95/7597, K. 97/27; D10D: 27.02.1996, E. 94/8103, K. 96/864; D10D: 09.10.1995, E. 94/2806, K. 95/4243, aktaran Bal Yakup - Şahin Yahya - Karabulut Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 280-285.

Genel Müdürlüğü yönünden kabulünün usul ve yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>26</sup> Yukarıda Danıştay kararında belirtildiği gibi, hizmetin özel kişilere gördürülmesi hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmez ve bu nedenle idarenin bu hizmetin gerekli şekilde yürütüldüğünü sürekli gözetmesi gerekir. Yargıtay bir başka kararında “*Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü karayollarının yapım ve denetiminden sorumlu bir kamu kuruluşudur. Kural olarak da işlem ve eylemleri kamusal nitelikte ve kamu hizmeti kavramı çerçevesindedir. Dava dilekçesinde, davalının denetim görevini usulüne uygun olarak yerine getirmediği ileri sürülmüştür. Ki, bu sorumluluk nedeni, kamu hizmeti ile ilgili ve hizmet kusuruna ilişkindir. İdarenin, hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı; İdari Yargılama Usulü yasası m.2/1-b hükmü uyarınca idareye karşı ve idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir.*” gerekçesiyle aynı hususu vurgulamıştır.<sup>27</sup>

İdarenin kusurlu sorumluluğunda yer alan kusur, hizmet kusuru olarak algılanır ve genel olarak üç halde hizmet kusurunun varlığı kabul edilir. Bunlar, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi veya hizmetin hiç işlememesi halleridir.<sup>28</sup> Yargıtay da benzer şekilde bir kamu hizmetinin yanlış düzenlenmesi, kötü yürütülmesi, kusurlu tertibi sonucunda zarar doğması halinde hizmet kusurunun mevcut olduğunu belirtmektedir.<sup>29</sup> Yargıtay, kamu hizmetinin yönteminin ve bu bağlamda hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, kamu gücüne dayalı, re’sen ve tek yanlı olarak tesis edilen ve idari nitelik taşıyan işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların giderilmesinin<sup>30</sup>; bir kamu kuruluşu tarafından verilmiş olup, yerine getirilmesi gereken bir kararın, plan ve projesine uygun olarak uygulanmaması yüzünden zarar görenlerce (hukuku muhtel olanlarca) açılan davaların<sup>31</sup>; bir kamu kuruluşu tarafından, kamu yasaları uyarınca yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğünün gerek

<sup>26</sup> Y17HD: 28.12.2004, E. 04/6630, K. 04/14233, HT.

<sup>27</sup> Y4HD: 21.05.2003, E. 03/458, K. 03/6581, HT.

<sup>28</sup> D10D: 10.04.2006, E. 05/1870, K. 06/2294, DD, Y. 36, S. 113, s. 306; D10D: 13.02.2006, E. 04/9120, K. 06/1220, DD, Y. 36, S. 113, s. 309.

<sup>29</sup> Y4HD: 01.11.2005, E. 05/3352, K. 05/3429, ayrıca bkz. Y11HD: 05.10.2005, E. 04/11793, K. 05/9308; Y11HD: 03.11.2003, E. 03/9859, K. 03/10310; Y11HD: 22.05.2003, E. 02/12752, K. 03/5333, HT.

<sup>30</sup> Y11HD: 05.04.2007, E. 05/14047, K. 07/5386; Y11HD: 10.11.2003, E. 03/10530, K. 03/10657, HT.

<sup>31</sup> Y1HD: 16.03.2005, E. 05/2442, K. 05/2954, HT.

yapılmasındaki, gerekse kullanılması veya muhafazasındaki kusurdan doğan zararlar, idari karar ve eylemlerden doğan zararlar niteliğinde bulunduğundan onların ödetilmesi isteklerinin<sup>32</sup>; kamu hizmeti görmekle yükümlü olan idarenin bu hizmetin yapım ve onarımı sırasında verdiği zararların<sup>33</sup>; hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının; mecburi bir kamu görevinin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zararların (kamu görevi ile ilgili olup, hizmet kusuru sonucu doğmuş olacağından<sup>34</sup>); bir amme müessesesi tarafından ittihaz edilmiş olan lazimül icra ve kararın tatbik ve icrasından dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılmış olan davaların<sup>35</sup> idare hukuku ilkeleri uyarınca incelenmesi gerektiğine ve bu tür davalara bakmaya idari yargı yerleri görevli olduğundan adli yargı yerlerinin görevsizliğine karar vermektedir.<sup>36</sup> Özetlemek gerekirse, bu tür durumlarda Yargıtay'a göre hizmet kusuru mevcut olduğundan, uyuşmazlıkları çözümleme görevi idare mahkemelerindedir.

Yine Yargıtay kararlarına bakıldığında, yol çalışmasında yolun bozulan kısmını belli edecek şekilde yeterli işaretleme yapmamak<sup>37</sup>, gerekli önlemleri almamak veya aldırılmamak<sup>38</sup>, mevzuata aykırı olarak yapı ve tadilat ruhsatı vermek ve ruhsatlı da olsa sonrasında denetim görevi çerçevesinde binayı yıkmaya veya durdurmaya ilişkin kamusal yetki ve görevinin gereğini yerine getirmemek<sup>39</sup>, topraklama yapmamak, tel örgü çekmemek, gerekli kontrolü yapmamak, dikkat ve özen göstermemek, nitelikli eleman görevlendirmemek<sup>40</sup>, hizmeti hiç yerine getirmemek (kullanma suyu şebekesi ve kullanılmış suları uzaklaştırma kanalizasyon şebekesi kurulmaması...) gibi durumlar hizmet kusurunu oluşturmakta ve bu tür olaylardan doğan uyuşmazlıkları çözümleme görevi de idari yargıya ait olmaktadır.

<sup>32</sup> Y17HD: 28.12.2004, E. 04/6630, K. 04/14233, HT.

<sup>33</sup> Y11HD: 29.04.2002, E. 02/372, K. 02/4037, HT.

<sup>34</sup> Y11HD: 27.09.1999, E. 99/5362, K. 99/7195, HT.

<sup>35</sup> YİBK: 11.02.1959, E. 58/7, K. 59/10, aktaran Şener: s. 364.

<sup>36</sup> Y4HD: 03.04.2008, E. 08/1471, K. 08/4639; Y4HD: 25.12.2007, E. 07/11301, K. 07/16309; Y11HD: 02.11.2004, E. 03/14076, K. 04/10738, HT.

<sup>37</sup> Y19HD: 11.03.2002, E. 02/1368, K. 02/1620; Y11HD: 27.09.1999, E. 99/5362, K. 99/7195, HT.

<sup>38</sup> Y11HD: 08.11.1999, E. 99/7056, K. 99/8935, HT.

<sup>39</sup> Y4HD: 24.03.2003, E. 02/13029, K. 03/3443, HT.

<sup>40</sup> Y4HD: 17.03.2003, E. 02/12690, K. 03/3012, HT.

<sup>41</sup> YHGK: 01.10.1997, E. 97/19-526, K. 97/754, HT.

Anayasa'nın 65. maddesinde devletin görevlerini "mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde" yerine getireceği hükmü yer alır. Bu hüküm karşısında hizmetin hiç işlememesi, mali kaynakların yetersizliği sonucu oluşmuşsa hizmet kusurunun da mevcut olmayacağı düşünülebilir. Danıştay eski tarihli bir kararında<sup>42</sup> "...Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliğiyle sınırlıdır... Dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulması mali ve teknik imkânlarla bağlı olduğundan, bu kabil hallerde doğan zararlardan devleti sorumlu tutmaya hukuken imkân olmadığı..." gerekçesiyle bu görüşü benimsemiştir. Ancak mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlandırmak gerekir. Zira idare, her zaman bu yetersizliği ileri sürerek sorumluluktan kaçınabilir.<sup>43</sup> Nitekim Danıştay daha sonraki bir kararında<sup>44</sup> "yol yapımının maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş olması olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak kabul edilemez" gerekçesiyle eski içtihadını değiştirmiştir. Yargıtay ise "... Yolun buzlu ve kaygan olması, hava soğukluğundan kaynaklanan doğal bir olaydır. Bu tür doğal olaylara karşı tedbir alınması, bir takım imkânlarla ve zamanla ilgilidir. Karayolları gibi hizmet alanı çok geniş olan bir kuruluşun havanın anında soğuması ile oluşabilen buzlanmayı bir anda giderebilmesi olanak dışıdır. Yörenin iklim şartları da buna imkân verecek gibi değildir. Araç sürücülerinin hızlarını hava ve yol şartlarına uygun biçimde ayarlamaları gerekir. Trafik kaza raporunda sürücünün hızını, hava ve yol şartlarına uygun ayarlamadığı da açıkça yazılıdır. Kaza raporunda idarenin de kusurlu olduğuna değinilmiş ise de, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün kusurunun tam izahı yapılamamıştır. Toplanan delillere göre davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün kazada kusurlu görülmesi isabetli değildir. Mahkemece, salt iklim şartlarına bağlı buzlanmanın hizmet kusuru olarak kabulü isabetli değildir." gerekçesiyle davacının rücu talebini reddetmiştir.<sup>45</sup> Söz konusu kararda, müte-rafik kusurun bulunduğunu söyleyebilmek mümkün olmakla birlikte, bilirkişinin verdiği rapordaki görüşün neden dolayı reddedildiği tam olarak açıklanmadan, idarenin elindeki imkânların yetersiz olduğunu

<sup>42</sup> D12D: 27.10.1972, E. 70/5736, K. 72/1282. Günday'a göre, idarenin yürütmeye başladığı bir kamu hizmetini daha sonra mali kaynaklarını gerekçe göstererek bırakması halinde sorumluluğunun devam etmesi gerekir. Günday: s. 323, (İdare hukuku).

<sup>43</sup> Günday: s. 324, (İdare hukuku).

<sup>44</sup> D10D: 13.09.1993, E. 93/724, K. 93/3146, DBB.

<sup>45</sup> Y17HD: 28.03.2007, E. 07/848, K. 07/1020, HT.

ileri sürerek zarardan sorumlu tutulamayacağını ifade etmek, hizmet kusurunun mantığına aykırıdır. Zira idarenin yolları açması mümkün değilse bile en azından olabilecek muhtemel kazalara karşı yolu belirli bir süre için kapalı tutma yetkisi mevcuttur. İdare özel hukuk kişilerinden farklı olarak, kamu hizmetini yerine getiren veya denetleyen olarak her zaman kamu gücü kullanma yetkisine sahiptir.

#### IV. Yargıtay'ın Hizmet Kusuruna İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay kararları incelendiğinde, aslında idare hukukunun konusu olup, idari yargıda çözümlenmesi gereken ve yasalarla da herhangi bir istisna getirilmemiş olan<sup>46</sup> bir takım uyuşmazlıkların yine Yargıtay'ın çeşitli mülhazaları nedeniyle adli yargıda çözümlendiği görülür. Biz burada, kamu iktisadi teşebbüslerinin (KİT), Karayolları Trafik Kanunu (KTK) uyarınca idarenin taşıtlarının (TCDD'nin işletmesinde olan trenlerin) verdiği zararlardan doğan uyuşmazlıklar üzerinde duracağız. Bunlar dışında, mevcut yasal düzenlemeler karşısında özellikle Yargıtay'ın kişisel kusur gerekçesiyle ve çeşitli kıstaslar geliştirerek kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna karar verdiği içtihatları da olmakla birlikte hizmet kusuru-şahsi kusur ayrımı incelenmeyecek olduğu için bu çalışmada söz edilen son konuya değinilmemiştir.

Yağmur sularının yetersiz ve bakımsız bulunan davalıya ait kanalizasyon sistemiyle tahliye edilemediğinden, biriken suyun davacının işyerine girerek malzemelerine zarar verdiği gerekçesiyle, tazminat istemine ilişkin açılan davada Yargıtay, uyuşmazlığın niteliğine göre, somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bakımından öncelikle, davalı İSKİ Genel Müdürlüğünün hukuki statüsünün irdelen-

<sup>46</sup> 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde 11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile yapılan değişiklik ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6110 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde idarenin araçlarının veya işlem ve eylemlerinin verdiği zararlardan doğan davaların adli yargıda çözümleneceği belirtilmiştir. Bu durum karşısında artık idari işlem ve eylemlerden doğan zararların büyük kısmının karşılanması için açılacak davalarda görevli yargı yeri adli yargı olacaktır. Yargıtay'da bu konularda içtihat mahkemesi haline gelecektir.

mesi gerektiğini belirtmiş, Davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı bulunan, bir kamu kurumu olduğunu tespit etmiş ve "İSKİ ...Özel Hukuk hükümlerine göre idare edilen bir kamu kuruluşu olması yanında, ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte; yaptığı işler itibarıyla de ticarethane sayılmakta ve sonuç itibarıyla de çok açık biçimde tacir sıfatını taşımaktadır. İSKİ'nin, TTK. 3. maddesinde sayılan haksız fiilinden kaynaklanan eldeki davanın, hizmet kusuru bulunduğundan bahisle İdari Yargı yerinde görüleceğinin ileri sürülmesi mevcut yasal düzenleme ve eylemsel uygulama karşısında da geçerli bir görüş olarak benimsenemez. ... Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan sadır olan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusu olduğu halde, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu özel hukuk hükümleri ve ilkeleri uyarınca belirlenmelidir. Durum bu olunca, tacir sıfatını taşıyan davacı ile yine açıklanan nedenlerle tacir olduğu kabul edilen davalı İSKİ arasındaki haksız fiilden kaynaklanan davaya adli yargı yerinde bakılacağına kuşku bulunmamaktadır." gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuş ve uyuşmazlığı çözümlenmekle görevli olarak adli yargı mercilerini görevli görmüştür.<sup>47</sup> Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak güçtür. Yargıtay, İSKİ'nin ticari esaslara göre faaliyette bulunan bir kamu tüzel kişiliği olduğunu belirtmiş ve görevlerini yerine getirirken verdiği zararlardan dolayı özel hukuk hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. İSKİ'nin yerine getirdiği faaliyet, devletin eskiden beri yürüttüğü idari kamu hizmetlerindedir. Ayrıca olayda zarar, İSKİ ile abone arasında imzalanan sözleşmenin yerine getirilmemesinden değil, İSKİ'nin kendi bünyesi içinde yürüttüğü hizmeti hatalı sunması veya gerekli bakım ve özeni göstermemesi nedeniyle doğmuştur. İSKİ'nin ticari esaslar uyarınca

<sup>47</sup> YHGK: 03.10.2007, E. 07/497, K. 07/694, ayrıca bkz. Y7HD: 24.05.2005, E. 05/1689, K. 05/1633; Y11HD: 04.03.2002, E. 02/1050, K. 02/1866; Y4HD: 11.04.2002, E. 02/3862, K. 02/4545; Y4HD: 15.12.1997, E. 97/7679, K. 97/11957; Y4HD: 03.10.1996, E. 96/7639, K. 96/8728, HT.

faaliyette bulunması O'nun kamu hizmetini sunmak için hazırladığı alt yapının eksikliğinden doğan zararlar açısından da adli yargıya tabi olması sonucunu doğurmaz. Zira hizmet kusuru, hizmetin hiç, eksik veya zamanında yerine getirilmemesidir. Bu nedenle olayda hizmet kusurunun varlığı söz konusudur ve hizmet kusurundan dolayı açılan davalarda görevli yargı yeri idare mahkemeleridir.

Yargıtay, yukarıdaki karara konu olaya benzer bir nedenle açılan davada vermiş olduğu bir başka kararda<sup>48</sup> "*Dava, davalı idareye ait ana su borusunun patlaması sonucu davacıya ait işyerini su basması sonucu zarar gördüğü maddi olgusuna dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davalı İSKİ'nin ... özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kamu kuruluşu olduğunun kabulü gerekir. ... İSKİ'nin abonelerinden kullanma suyu ve atık sular için talep ettiği bedel konusunda çıkan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu benimsenmişken (YHGK: 16.10.1996 E.1996/13 - 346, K.1996/699) aynı kurumun şahıslara karşı haksız eyleminden dolayı idari yargının görevli olduğunu söylemek 2560 sayılı Yasanın uygulanmasında çelişki yaratacağından benimsenemez. Bu durumda tacir olan İSKİ ile davacı arasında haksız fiilden kaynaklanan davaya bakma görevinin Adli Yargıya ait olduğu*"na karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararında da eleştirilebilecek noktalar vardır: Zarar, zarar görenle İSKİ arasındaki bir sözleşme ilişkisine dayanmayıp idarenin hizmet kusurundan doğmuştur. İSKİ'nin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde tacir sayılması ile kamu hizmeti sunarken yerine getirmesi gereken sorumluluklarını ihmal etmesi farklı hususlardır. Bunlardan ilki (idarenin özel hukuk kişisi olarak hukuki bir ilişkiye girmiş olması nedeniyle) ticari ilişki sayılıp uyuşmazlık halinde adli yargı mercileri görevli olabilecek iken, ikinci durumda İSKİ'nin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini, hizmetin gerektirdiği yükümlülüklerle aykırı yürütmesinden doğan bir zarar söz konusudur ve hizmet kusurundan doğan uyuşmazlıklarda idari yargı görevlidir. Yargıtay bu kararında görülen hizmetin kamu hizmeti olduğunu açıkça vurgulamış olmakla birlikte kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zararın özel hukuk hükümlerince giderilmesi gerektiğini söylemektedir. Daha önce ifade edildiği gibi İSKİ ile

<sup>48</sup> Y11HD: 01.03.1999, E. 98/9893, K. 99/1706, ayrıca bkz. Y11HD: 27.11.1997, E. 97/7681, K. 97/8619, HT.

davacı arasında akdedilen abonman sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların (bedel konusunda doğan) adli yargıda çözümlenecek olması (İSKİ'nin ticari esaslar uyarınca faaliyette bulunması ve yapılan sözleşmelerin bir mal veya hizmet alımı olarak kabul edilmesi nedeniyle) hizmetin yerine getirilmesi sırasında doğan zararların da adli yargı yerlerinde çözümlenmesini gerektirmez. Benzer şekilde Anayasa ile öngörülmüş bulunan adli-idari yargı ayrımı, "...2560 sayılı Yasa'nın uygulanmasında bütünlük sağlanması gerekir..." düşüncesiyle göz ardı edilmemelidir. Yargıtay'ın bu görüşünün kabulü, aynı zamanda aynı zarara ilişkin davaların birden fazla yargı düzeyinde görülmesi sonucu hüküm uyumsuzluğuna neden olabilecek ve sorumluluğu ve tazmin borçlarının paylaşılmasını zorlaştırabilecek niteliktedir.<sup>49</sup> Ortada bir kamu hizmeti varsa hizmetten yararlananlar, özel işletmelerin müşterileriyle münasebetlerini düzenleyen özel hukuk kurallarına değil; idare hukukunun kanunî durum kurallına göre haklarını arayacaklar ve borçlarını yerine getireceklerdir. Kamu hizmeti olan bir durum karşısında haksız fiil, haksız rekabet gibi hususlarda uygulanan özel hukuk kuralları değil; hizmet kusuru, nasafet, beklenmeyen durumlar gibi idare hukukuna özgü kurullar uygulanmalıdır.<sup>50</sup>

Hizmet kusuru haksız fiil olarak nitelendirilirse ve aslında doğan zararın personelin haksız fiilinden doğduğu kabul edilirse, bu durumda hizmet kusuru amacından sapmış olur. Zira hizmet kusuru sadece ve ilk etapta tazminat talebinin görevliden idareye yönlendirmesini sağlayan usuli bir hüküm olarak değerlendirilirse bu durumda kamu görevlisini yeterli şekilde eğitmeyen, denetlemeyen, seçiminde gerekli özeni göstermeyen idarenin mevcut kusuru perdelenebilecektir.

Hizmet kusurunun haksız fiil olarak nitelendirilmesini engelleyen bir başka neden ise, haksız fiil halinde kişinin hafif kusurunun varlığı halinde dahi sorumluluğu söz konusu olmasına rağmen, hizmet kusurunda hafif kusurun varlığının personelin sorumluluğunun varlığı için yeterli görülmemesi gerekliliğidir. Örneğin bir hastanede,

<sup>49</sup> Duran Lütfi: Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar II, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1985, C. 18, S. 3, s. 48, (Mülâhazalar II).

<sup>50</sup> Derbil Süheyp: "Kamu Hizmeti Nedir ?" , AÜHF Dergisi, Ankara 1950, C. 7, S. 3-4, s. 30.

personel sayısının da yeterli olmaması nedeniyle, doktorlara hastane nöbeti yerine (idareye bu konuda bir takdir yetkisi verilmesi şartıyla), sadece ev nöbeti zorunluluğu getirildiği durumlarda mesai saatleri dışında hastanede meydana gelen acil bir olay sonucu doğan zarardan, evinden çağırılan ve hastaneye makul sürelerde ulaşan doktorun herhangi bir kusuru olduğu söylenemez. Zira hukuki bir zorunluluğu olmadığı müddetçe bir doktorun 24 saat hastanede kalması beklenebilir. Aynı zamanda öteden beri uygulanmakta olan ev nöbeti uygulamasını devam ettiren başhekimin de kendisine verilen takdir yetkisini kullanarak uygulamayı bu şekilde devam ettirmesini sorumluluk nedeni olarak kabul etmek zordur. Bunun yanında doktorların 24 saat hastane nöbeti tutmalarına karar verilmesi halinde nöbeti tutan doktor bu defa ertesi gün tüm gün izinli sayılacak, özellikle personelin az olduğu yerlerde, hasta yoğunluğunun daha fazla yaşandığı gündüz vakitlerinde hastane bir doktor daha az olarak hizmet vermek durumunda kalacaktır. Böylesi bir durumda kim sorumlu olacaktır? Hastaneye evinden gelen doktor mu; ev nöbeti uygulamasını sürdüren başhekim mi; hastaneye yeterli sayıda personel istemeyen bakanlık mı? Tüm bu sorulara bir cevap verebilmek zordur. Ancak hizmet kusuru-haksız fiil ayrımı konusunda şu söylenebilir: Kamu hizmeti özel kişilerin yerine getirdiği faaliyetler gibi kişisel yararların tatminine ilişkin bir faaliyet olmayıp, kamu yararının sağlanmasına yönelik bir faaliyettir. Ayrıca idare ile personeli arasındaki ilişki de Borçlar Kanunu madde 55’de düzenlenen istihdam edenin sorumluluğu ile açıklanabilecek nitelikte değildir. Bu ilişki akdi olmayıp kanuni niteliktedir ve bir statü ilişkisidir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen zararlar (kişisel kusur halleri saklı kalmak kaydıyla) hizmetle bütünleşmiş olup bir kamu görevlisine izafe edilebilecek nitelikte değildir. Bu nedenle de hizmet kusurundaki kusur objektif nitelikte olup sübjektif nitelikte olan haksız fiil ile açıklanamaz.

Yargıtay’ın KİT’lerin zarar doğuran faaliyetlerine ilişkin verdiği kararlara yeniden dönecek olursak, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu 1959 tarihli bir kararında<sup>51</sup> “*Amme Kanunları hükümlerince yapılmış*

<sup>51</sup> YİBK: 11.02.1959, E. 58/17, K. 59/15, aktaran Şener: s. 369.

olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma mükellefiyetleri de yine amme kanunlarından doğan mükellefiyetlerden olduklarından bu mükellefiyetlere aykırı davranma mahalleri de idari karara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmaması mahiyetini arz ettiğinden dolayı bunlardan doğan zararlar dahi idari karar ve fiillerden doğan zararlar olduğu cihetle söz konusu zararların tazminine dair davalar dahi yukarıda bildirilen Kanun hükmünce tam kaza davasıdır.” gerekçesiyle KİT’lerin statü ve hukuki rejimlerini göz önüne almadan ASKİ, İSKİ, TCDD gibi kuruluşların yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri, hizmetin gereklerine uygun şartta yerine getirmemesinden doğan zararların hizmet kusuru sayılıp tam yargı davasına konu olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>52</sup>

Yargıtay bir başka kararında “...bir kamu kurumu tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrumunu sel basan, su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmal yüzünden tarlasını sular basıp, tarlası kullanılamaz hale gelen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp, o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari eylemdir. O halde bu fiillerden doğan zararların ödettirilmesi istekleri, 2557 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi hükmünce bir tam yargı davasıdır ve bu davalara bakmaya idari yargı yeri görevlidir.” gerekçesiyle yukarıda yer verilen İSKİ kararından farklı olarak kamu hizmetinin görülmesi sırasında doğan zararların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>53</sup> Ancak Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar dahi eleştirilebilir. Şöyle ki “bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp, o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari eylemdir.” şeklindeki Yargıtay gerekçesi, idari hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında yapılan hareket ve fiillerin çeşitliliği ve bunların her birinin belli bir idari kararla bağlantısını kurmak ve ilgili karar ve

<sup>52</sup> Duran’a göre bayındırlık eser ve tesislerinin varlık ve işletilmesinden doğan sorumluluk ve tazmin borcu, sözleşmeye veya başka bir ilişkiye değil, tümü ile kamu hukukuna dayalı objektif ve genel hukuki durumlardan kaynaklanır. Duran: s. 49, (Mülâhazalar II).

<sup>53</sup> YHGK: 04.04.2007, E. 07/4-141, K. 07/188, HT.

usulle uygunluğunu saptamanın zorluğu karşısında çoğu kez oldukça zordur.<sup>54</sup> İdari eylemler çoğunlukla idari işlemler sonucunda yapılan fiiller olsalar da idari işlem tesis edilmeden de doğrudan idari eylem şeklinde fiillerin bulunması mümkündür. İdari eylem kavramı niteliği gereği gerek yargı kararlarında ve gerekse doktrinde geniş yorumlanır. Bu hususun kabul edilmemesi, idarenin araç, gereç ve personelinin verdiği pek çok zarardan, özellikle tehlike sorumluluğu söz konusu olduğunda, sorumlu tutulamamasına veya adli yargıda sorumlu tutulmasına neden olabilir. Yine benzer şekilde idari karar üzerine alınması gerekirken alınmayan önlemler de olumsuz davranış olup idari eylem olarak kabul edilmektedir. Yani idari işlem sonucu alınması gereken bir tedbirin alınmaması da idari eylem sayılır. Aksi görüşün kabulü, yani idari eylemin ancak idari işleme dayanması halinde idari yargı denetimine tabi olacağını savunmak, idari yargının görev alanını bir hayli daraltacaktır.

Yine Yargıtay'ın "... üstün yolun Devlet Demir Yolu olduğu, bu bakımdan da hemzemin geçidin düzenlenmesinin adı geçen kuruluşa ait bulunduğu, bu sorumluluğu yerine getirmemekle hizmet kusuru işlediği hususu yer almaktadır. Gerçekten Devlet Demir Yolunun işlettiği araç itibariyle üstün geçiş hakkı bulunduğu ve hemzemin geçitteki düzenlemenin onun tarafından yapılması gerektiği tartışmasızdır. Ne var ki...*her kamu hizmeti yapan kurumun hizmet kusurunun bulunması durumunda bundan doğacak uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümleneceği sonucunu doğurmaz. ... Bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceği 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasınının 106. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bakımdan davaya konu olan olayda 2918 sayılı yasa hükümleri çerçevesinde çözüm getirilmesi gerekmektedir. Anılan yasanın 2. maddesinde hiçbir ayrık durum gözetilmeden kanunun Karayollarında meydana gelen trafik olaylarında uygulanacağı belirtildikten başka,*

<sup>54</sup> Devlet Üretim Çiftlikleri Genel Müdürlüğü'nün işletmekte olduğu bir çiftlikte artezyen kuyusu açılması sonucu davacının kuyusunun kurumasından doğan zararın tazmini istemiyle açtığı davada Yargıtay, idarenin daha önceden aldığı bir karara bağlı olarak artezyen kuyusunu açtığını bu nedenle doğan zararın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir (Y4HD: 07.02.1983, E. 83/271, K. 83/1159). Ancak Duran bu kararı, idari eylemin idari işleme dayanarak tesis edildiğini söylemekle birlikte zararın oluşmasında idari işlemin herhangi bir etkisinin olmadığını, zararı doğuran olayın idarenin kuyu açmak şeklinde gerçekleşen eylemi olduğunu vurgulayarak eleştirmiştir. Duran: s. 49 vd, (Mülâhazalar II).

bu kural biraz daha genişletilerek aynı maddenin (a) ve (b) fıkralarındaki durumlarda da uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda, karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, akaryakıt servis istasyonları gibi yerler ile birlikte ve özellikle karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerlerde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı yasanın 3. maddesinde yasanın uygulanmasında göz önünde tutulması gereken tanımlar içinde «Demiryolu geçidi» (hemzemin geçit) tanımı da verilmiş bunun karayolu ile demiryolunun kesiştiği bariyerli ve bariyersiz geçit olduğu ifade edilmiştir. Açıklanan yasal düzenleme itibariyle, karayolu üzerinde meydana gelen eylemlerden doğan olayların yarattığı uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olacağı yasanın düzenleniş biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. Hemzemin geçit karayolu ile tren yolunun kesiştiği bir geçit olarak, o kesimin veya o noktanın Devlet Demir Yoluna ait olduğu sonucunu doğurmayacağı gibi, o noktada meydana gelen eylemin karayolu dışında oluştuğu sonucunu da doğurmaz. Bu bakımdan hukuka aykırı eylemin 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası kapsamında yer alan karayolu üzerinde meydana geldiği kabul edilmeli ve uyuşmazlığın çözüm yerinin aynı yasa gereğince Adli Yargıtay sonuçlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Kaldı ki dairemizin kuruluşundan bu yana, bu tür uyuşmazlıklar adli yargı yerinde bakılıp çözümlenmiş aynı görüş Hukuk Genel Kurulunun 9.2.2000 günlü ve 2000/4-59 esas, 2000/72 kararı ile de benimsenmiştir. Yeni ve değişik bir yasal düzenleme olmadan bu güne kadar istikrarlı biçimde yürüyen bir uygulamanın değiştirilmesi hukuki istikrarı ortadan kaldırır. Açıklanan nedenlerle ... Görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle verdiği ve uyuşmazlığın çözümlenmesinde adli yargının görevli olduğunu belirttiği kararları<sup>55</sup> da eleştirilebilir: Yargıtay, kararında zararın hizmet kusurundan meydana geldiğini ifade etmekte ancak zararın 2918 sayılı KTK’nun 106. maddesi uyarınca adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmekte ve bunun nedeni olarak da adı geçen Kanun’un 2 ve 3. maddelerini göstermektedir.<sup>56</sup> Oysa Kanun’un 2. maddesine bakıldığında kapsam

<sup>55</sup> Y4HD: 02.11.2002, E. 02/12730, K. 02/13291, ayrıca bkz. Y4HD: 20.10.2003, E. 03/6438, K. 03/11935; YHGK: 24.04.2003, E. 02/14764, K. 03/5288; Y4HD: 02.11.2002, E. 02/12730, K. 02/13291; Y4HD: 12.06.2000, E. 00/5627, K. 00/5666, HT.

<sup>56</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2000 tarihli bir kararının karşı oyunda, demiryolunun 2918 sayılı Yasa’nın 2. madde; trenin de 106. madde kapsamına girmediği, 106. maddede kastedilenin idarenin karayolunda hareket eden motorlu araçları olduğu, Karayolları Trafik Kanununda tanımı yapılan “araç”ın özelliğinin karayolunda kullanılabilmesi olduğu bu

içine hemzemin geçitlerinde girdiği açıkça ifade edilmemiştir<sup>57</sup>. Yine benzer şekilde Yargıtay'ın dayandığı 3. madde hükmü de kanunun uygulanacağı alanları göstermeye yönelik bir hüküm olmayıp sadece Kanunda yer alan kavramların tanımlarını yapmaktadır. Aynı zamanda Yargıtay'ın bu kabulü karşısında, devlete ait bir uçağın karayolunda bulunan bir araca çarpması sonucunda da aynı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Bunun yanında Yargıtay'ın istikrar ilkesinden bahsederek sürekli aynı kararı vermesi ise, Türk Hukuk sisteminde geçerli olan yargı düzeni ayrımına aykırıdır.

### Sonuç

Yukarıda da ifade edildiği gibi<sup>58</sup> yapılan son yasal düzenlemelerle idari işlem ve eylemlerden doğan birçok uyuşmazlık, daha önce Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatları dolayısıyla idari yargı yerlerinin görev alanına sokulurken, adli yargının denetimine bırakılmıştır. Bir uyuşmazlığı çözüm görevinin kanunla adli yargı yerlerine bırakılması o uyuşmazlığın hukuki niteliğini değiştirmez. Yani bir idari işlem veya eylemden doğan uyuşmazlığın kanunla adli yargı yerlerinde görüleceğinin düzenlenmesi zararı doğuran eylem veya işlemin idarilik vasfının kaybına neden olmayacaktır. Hal böyle olunca adli yargı yerleri önlerine gelen uyuşmazlıkları idare hukuku ilke ve özelliklerini göz önünde bulundurarak çözümlenmelidirler.

Birden fazla yargı düzeninin bulunduğu memleketlerde görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çıkması her zaman olasıdır. Bu durum uygulamada aynı konuda birbirinden farklı kararların çıkmasına ve bu nedenle de hakkın yerine getirilmesine engel olabilir.

nedenle de bu tür uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Y4HD: 12.06.2000, E. 00/5627, K. 00/5666, benzer bir karşı oy gerekçesi için ayrıca bkz. Y4HD: 22.06.2000, E. 00/5863, K. 00/6153, HT.

<sup>57</sup> 6099 sayılı Kanunla Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde yapılan değişiklik ile "Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır." hemzemin geçitte meydana gelen kazalardan doğan zararların tazmini de artık kanun gereği adli yargı yerlerinde görülecektir.

<sup>58</sup> Bkn. 46 no'lu dipnot.

İdari yargı ve idari uyumsuzluklar adli yargı ve özel hukuk uyumsuzluklarından farklı niteliktedir ve bunların adalete uygun bir tarzda çözümlenebilmesi için ihtisaslaşmış idari yargı yerlerince incelenmeleri gerekir. Adli-idari yargı ayrımını benimsemiş ülkelerde, idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların adli yargıda mı yoksa uzmanlık mahkemeleri olan idari yargı yerlerinde mi çözümleneceği sorunu, göreve ilişkin teknik bir husus olmanın ötesinde hukuk devletinin gerçek anlamda yerine getirilip getirilmediğiyle de ilgilidir<sup>59</sup>.

#### KAYNAKLAR

- Akyılmaz Bahtiyar - Sezginer Murat - Kaya Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Atay E. Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Bal Yakup - Şahin Yahya - Karabulut Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Balkar Kemal Galip: "Hizmet Kusurunun Sınırları", İHF Mecmuası, İstanbul 1961, C. XXVI, S. 1-4, (Hizmet kusuru).
- Balkar Kemal Galip: "İdari Fiillerle Hususi Hukuk Fiillerin Benzerliğinden Doğan Teşhis Hatası ve Bundan Hâsil Olan Neticeler", AÜHF Dergisi, Ankara 1956, C. 8, S. 1-4, (Teşhis hatası).
- Candan Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınevi, Ankara 2005.
- Çağlayan Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kursesiz Sorumluluğu, Asil Yayınları, Ankara 2007.

<sup>59</sup> Günday Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, Ankara 1997, C. 14, s. 347, (İdari yargının görev alanı). Bu bağlamda, Güran, yasama organının idari nitelikteki uyumsuzlukları istediği yargı düzenine değil idari yargı içinde yer alan mahkemelerden istediğine bırakma yetkisine sahip olduğu söylemektedir. Güran Sait: "Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı, Ankara 1989, C. 6, s. 55, dipnot 48.

Delcros Xavier - Delcros Bertnard: Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu, Çev. Turgut Candan, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1984.

Derbil Süheyp: "Kamu Hizmeti Nedir ?" , AÜHF Dergisi, Ankara 1950, C. 7, S. 3-4.

Deschenaux Henri - Tercier Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983.

Duran Lütfi: "İdari Yargı Adlileşti...", İHİD, Y. 1982-3, S. 1-3, (İdari yargı).

Duran Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu-Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri- Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları, No.138, Ankara 1974, (Türkiye idaresinin sorumluluğu).

Duran Lütfi: Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar II, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1985, C. 18, S. 3, (Mülahazalar II).

Esin Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976.

Gözler Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

Gözübüyük Şeref -Tan Turgut: İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Gözübüyük Şeref: "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", AÜSBF Dergisi, C. 50, S. 3-4, (Terör olayları).

Gözübüyük Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, (Yönetim hukuku).

Günday Metin: "İdari Yargının Görev Alanınının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, Ankara 1997, C. 14, (İdari yargının görev alanı).

Günday Metin: İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayınları, Ankara 2002, (İdare hukuku).

Güran Sait: "Anayasa Mahkemesinin 1982 anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı, Ankara 1989, C. 6.

Kutlu Meltem: *"Deprem ve İdarenin Sorumluluğu"*, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1999, S. 34.

Lemothe A. L. G. Dutheillet: *"İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler"*, Çev. Süheyye Derbil, AÜHF Dergisi, Ankara 1960, C. 17, S. 1-4.

Onar Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I-II-III, İstanbul 1966, (Cilt I-II-III).

Sarıca Ragıp: *"Hizmet Kusuru ve Karakterleri"*, İÜHF Mecmuası, İstanbul 1949, C. XV, S. 4.

Şener Esat: *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Seçkin Yayınları, Ankara 1997.

Yıldırım Turan: *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul 2008.