

İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olarak İçtihadi Hata Teorisi

As a Reason Eliminating the Responsibility of the Administration: The Theory of Jurisprudential Error

Ahmet Bağrıaçık 

Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi,
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi,
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı,
Osmaniye, Türkiye
ahmetbagriacikk@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 02.07.2024
Kabul Tarihi/Accepted: 17.09.2024
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:
30.10.2024

Öz: Anayasa'nın 2'nci maddesi ve 125'inci maddesinin son fıkrası uyarınca idare kişilere vermiş olduğu zararı ödemekle yükümlüdür. Bu husus aynı zamanda hukuk devleti olmanın da yükümlülüklerindedir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin temel prensipler, içtihatlar ışığında anayasanın amir hükümleri çerçevesinde Fransız idare hukukunun da etkisiyle gelişme göstermiştir. Hatta modern toplum bununla da yetinmemiş ve idarenin kusura dayanan sorumluluğunun da bir adım ötesine geçerek kusura dayanmayan sorumluluğunu da kapsama dâhil etmiştir. Buna rağmen Danıştay, yine Fransız hukukunun etkisiyle, idareye kusurlu hareket edebileceği buna karşın zararı tazmin etmeyeceği bir ayrık alan tanımlamıştır. Her idarenin işleyebileceği türden ciddi ve önemli olmayan bir takım hukuka aykırılıkların yarattığı zararın karşılanmaması gerektiği düşüncesinin tezahürü olan içtihadi hata teorisi, ortaya çıktığı dönemde olduğu gibi günümüzde de hala güncelliğini korumaktadır.

Anayasanın yukarıda bahsedilen hükümlerine aykırı olan ve aynı zamanda subjektif niteliği haiz bu teorinin yargı kararları kapsamında incelenmesine geçmeden önce, içtihadi hata teorisiyle benzeşen, bu sebeple içtihadi hata teorisiyle karıştırılan farklı durumları açıklamak gerekmektedir. Bu çerçevede, işlemin yetki veya şekil unsurlarına aykırı olması halinde işlemin yetkili makam tarafından veya aynı makam tarafından şekle uygun olarak yeniden yapılabilmesinin içtihadi hata teorisiyle bağlantısı ve içtihatlarda sıklıkla yer verilen ağır / basit kusur ayırımının içtihadi hata teorisiyle karıştırılması ve bunun yarattığı problemlerin ele alınması zaruridir. Diğer taraftan, idarenin sorumluluğu ilkesinin benimsenmesine esas oluşturan zararın tazmini hususu, bu teori kapsamında göz ardı edilmektedir. Bu çerçevede içtihadi hata teorisi, yargı mercilerinin vermiş olduğu kararlar kapsamında değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, İdarenin Sorumluluğu, Hizmet Kusuru, İçtihadi Hata Teorisi, Zararın Tazmini

Abstract: In accordance with the last paragraph of Article 125 of the Constitution, the administration is obliged to pay for the damage caused to individuals. In fact, modern society is not satisfied with this and has gone one step beyond the fault-based liability of the administration and included non-fault-based liability within its scope. Despite this, the Council of State, again under the influence of French law, has defined an exceptional area in which the administration can act culpably but not compensate for the damage. The theory of jurisprudential error, which is the manifestation of the idea that the damage caused by some serious or insignificant illegalities that any administration can commit should not be compensated, still maintains its current status today, as it was when it emerged.

Before examining this theory, which is contrary to the above-mentioned provisions of the Constitution and has a subjective nature, within the scope of judicial decisions, it is necessary to explain the different situations that are similar to the theory of jurisprudential error and therefore confused with the theory of jurisprudential error. Next, it should be emphasized that the issue of compensation for damage, which forms the basis for the adoption of the principle of administrative responsibility, is ignored within the scope of this theory. Finally, the theory of jurisprudential error is evaluated and criticized within the scope of the decisions made by the judicial authorities.

Keywords: Rule of Law, Liability of the Administration, Service Defect, Jurisprudential Error Theory, Compensation for Damage

Extended Abstract

In accordance with the last paragraph of Article 125 of the Constitution, the administration is obliged to pay for the damage caused to individuals. This issue is also one of the obligations of being a state of law. The basic principles regarding the responsibility of the administration have developed under the influence of French administrative law, within the framework of the mandatory provisions of the constitution, in the light of jurisprudence. In fact, modern society is not satisfied with this and has gone one step beyond the fault-based liability of the administration and included non-fault-based liability within its scope. Despite this, the Council of State, again under the influence of French law, has defined an exceptional area in which the administration can act culpably but not compensate for the damage. The theory of jurisprudential error, which is the manifestation of the idea that the damage caused by some serious or insignificant illegalities that any administration can commit should not be compensated, still maintains its current status today, as it was when it emerged.

Before examining this theory, which is contrary to the above-mentioned provisions of the Constitution and has a subjective nature, within the scope of judicial decisions, it is necessary to explain the different situations that are similar to the theory of jurisprudential error and therefore confused with the theory of jurisprudential error. In this context, it is necessary to consider the connection between the jurisprudential error theory of the ability of the transaction to be re-done by the competent authority or by the same authority in accordance with the form if the transaction is contrary to the authority/form elements, and to confuse the grave fault/simple fault distinction, which is frequently included in the jurisprudence, with the jurisprudential theory and to address the problems created by this. Next, it should be emphasized that the issue of compensation for damage, which forms the basis for the adoption of the principle of administrative responsibility, is ignored within the scope of this theory. Finally, the theory of jurisprudential error is evaluated and criticized within the scope of the decisions made by the judicial authorities.

To elaborate briefly, first of all, this theory is subjective. Because creating an insignificant area in which every administration can operate is clearly contrary to the requirements of a state of law, and does not contain any objective criteria while preventing compensation for the damage suffered by the relevant party. In other words, the field of application of this theory can be expanded unlimitedly by judicial decisions. While this theory, which was applied for a while in French law, was abandoned after a while, it still continues to be applied in our country.

According to this theory, administrations may, for example, interpret legislative provisions differently, take action without taking into account a legislative provision, declare a scientific error when an unrealistic health report is refuted by another health report, and do not cover the damage caused by these reasons in accordance with the court decision.

What should happen is that the damage caused by the administration's action should be compensated if the conditions are met within the framework of general liability principles. Is there any action taken by the administration in this context? Is this transaction defective or illegal? Is there any damage that needs to be repaired? Finally, does the damage result from the administration's action? While a damage-oriented approach should be adopted as a requirement of service defect, due to this theory, judicial authorities have to decide how serious the illegal or defective action of the administration is or whether every administration commits such a fault. He is looking for the answer to his question.

As a result of the objective nature of the service defect, it does not matter what emotional state the administration officer was acting with while performing the action. The fact that the administration did not act deliberately or with malicious intent cannot prevent compensation for the damage suffered due to that action. This situation can only affect the amount of compensation to be paid.

The study includes the decisions of both the Council of State and the Regional Administrative Courts. While most decisions of the judicial authorities reject compensation claims based on the jurisprudential error theory, there are also rare decisions stating that the jurisprudential error theory should not be applied in the relevant dispute, and these decisions are also included.

As a result, the legal world and therefore the judicial authorities need to abandon this theory as soon as possible. This determination is a natural consequence of the administration's obligation to pay for the damage it has caused to people, which is one of the most important requirements of being a state of law.

Giriş

Anayasanın 2'nci maddesi uyarınca hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden birisi idarenin kişilere vermiş olduğu zararı ödemek zorunda olmasıdır. Nitekim Anayasa'nın 125'inci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." Benzer şekilde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının ilk cümlesine göre, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...". İdare hukukunun içtihadı nitelikte olmasının somut olarak en önemli göstergelerinden birisi şüphesiz idarenin sorumluluğu alanıdır. Bu kapsamda kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluğa ilişkin ilke ve esaslar Danıştay'ın, -Conseil d'État'ın içtihatlarından esinlenerek- vermiş olduğu kararlar üzerine inşa edilmiştir. Temellerini yargı kararlarının attığı bu alanda idarenin kusur sorumluluğuna gidebilmek için idarenin kusurlu bir işlemi ya da eylemi, bu işlem veya eylemin hukuka aykırılığı¹, kişinin uğramış olduğu zarar ve oluşan zarar ile idarenin faaliyeti arasında nedensellik bağı gibi şartlar mevcut olmalıdır.

Hem doktrinde hem de yargı kararlarında kural olarak, işlemin hukuka aykırı olması ile idarenin hizmet kusuru arasında koşut bir ilişkinin mevcut olmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, yukarıda yer verilen şartların oluşmasına rağmen bazen idarenin sorumluluğuna hükmedilmediğini görmek mümkündür. Buna göre hukuka aykırı bir idari işlemin iptal edilmesi kural olarak idarenin hizmet kusuruna yol açmaktadır². Ancak idari işlemin iptal edilmiş olması tek başına idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilebilmesi için yeterli değildir³. Çünkü idare bazen "her idarenin işleyebileceği

¹ Danıştay'ın kararları incelendiğinde, idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için aranan şartlar arasında hukuka aykırılık unsuruna çoğu zaman yer verilmediğini görmek mümkündür. Sorumluluk için idarenin işlem veya eylemi, bu işlem veya eylemden dolayı bir zararın ortaya çıkmasını ve oluşan zarar ile idarenin işlemi veya eylemi arasında nedensellik bağının varlığı yeterli görülmektedir. "İdarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için idarenin bir işlem veya eyleminin bulunması, bu işlem veya eylemden bir zararın doğması ve idarenin işlem veya eylemi ile meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir." Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2021/5439 (29.12.2021) (Lexpera). Kusurun idarenin sorumluluğu kapsamında özel hukuktan objektif niteliği itibarıyla sıyrıldığı gerçeği, hukuka aykırılık ile eşdeğer görülmesini gerektirmektedir. Nitekim hukuka aykırılık, işlemin objektif hukuk normu karşısındaki durumunu gösterirken kusur failin iç dünyasına ait sübjektif değer yargısıdır. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1989), 199-200. Danıştay'ın konuyla ilgili benzer kararları için bkz., Danıştay 6. Dairesi, K. 2017/9517 (20.11.2017) (Lexpera); Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/2388 (22.6.2021) (Lexpera); Danıştay 6. Dairesi, K. 2021/2933 (03.03.2021) (Lexpera); Danıştay 6. Dairesi, K. 2019/7138 (11.09.2019) (Lexpera); Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/279 (24.01.2013) (Lexpera). Aksi yönde karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/3716 (29.06.2021) (Lexpera); Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/3459 (21.06.2021) (Lexpera).

² Lütfi Duran, "İçtihat Kroniği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33/1-2 (1967), 340-341; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2010), 373; İlhan Özay, *Günışığında Yönetim II - Yargısal Korunma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 211; Kemal Gözler, *İdare Hukuku-C. II* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009), 1062 ve 1065; Süheyy Derbil, *İdare Hukuku* (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959), 230; Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 943 (Yıldırım vd.); Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku-C. I*. (Ankara: Yetkin Basımevi, 2012), 714; Danıştay 8. Dairesi, K. 1986/428 (09.10.1986) (Lexpera).

³ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (Ankara: TODAİE Yayını, 1974), 40; Zabunoğlu, 714; Danıştay 5. Dairesi, K. 2014/996 (13.02.2014) (Lexpera); Konya Bölge İdare Mahkemesi, 5. İdari Dava Dairesi (Konya BİM, X İDD), K. 2020/2260 (04.11.2020) (Lexpera).

*türden olağan nitelikte*⁴ hukuki yanlışlıklar ya da aykırılıklar yapabilir ve bu durum deyim yerindeyse “*mazur görülmedir*”. Bu husus hem doktrinde hem de içtihatlarda “takdirde hata” ya da “içtihadi hata”⁵ olarak nitelendirilmektedir.

Çalışmada öncelikle içtihadi hatanın hangi hallerde söz konusu olduğuna yer verilecektir. Çünkü idari işlemin hukuka aykırı olmasına rağmen idarenin bu sebeple sorumluluğuna hükmedilmediği ayrık durum içtihadi hatayla sınırlı değildir. İdari işlemin yetki veya şekil yönünden hukuka aykırı olması durumunda da idarenin tazmin borcu doğmayacağı kabul edilmektedir. Bu durumun gerekçesi, idarenin aynı idari işlemi hukuka uygun şekil şartlarına uygun olarak veya yetkili kişi ya da organ tarafından tekrarlayabileceği ve böylelikle idari işlemin hukuka uygun hale getirilebileceğidir. Diğer taraftan yine Danıştay’ın içtihadi uyarınca sunulmasında bazı güçlükler barındıran kamu hizmetleri nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için ağır kusurun varlığı şarttır. İdarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğunun doğabilmesi için yapılan hafif / ağır kusur ayrımı da çoğu kez içtihadi hatayla iç içe aktarılmakta ve kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir. Sonuç itibarıyla içtihadi hatanın sayılan diğer hallerden ayrılan yönüne vurgu yapmak gerekmektedir.

Bu kapsamda içtihadi hata nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilmeyen kararlara bakıldığında, Danıştay’ın hizmet kusuru için aranan ve belki de en önemli unsurlardan birisi olan oluşan zararın telafi edilmesi gerekliliğini görmezden geldiği dikkati çekmektedir. Gerçekten, içtihadi hata ile ilgili kararlarda Danıştay, idari işlemin hukuka aykırı olduğunu ve kural olarak hukuka aykırı işlemin hizmet kusuruna sebebiyet verdiğini kabul edip, içtihadi hataya ilişkin ilke ve esaslara değinirken ilgilinin oluşan zararının telafi edilmesi zorunluluğunu ve dolayısıyla Anayasanın 125’inci maddesi hükmünü bir kenara itmektedir. İdari işlemin hukuka aykırı olduğundan bahisle İYUK’un 12’nci maddesi uyarınca hukuka aykırı olduğu iddia edilen idari işlem nedeniyle ister doğrudan uğranılan zararın tazminini isterse işlemin iptali ve uğranılan zararın giderilmesini içeren davalar olsun sonuçta ilgili, malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade eden zararının karşılanması amacıyla tam yargı davası açmaktadır. Çalışma konuyu zararın giderilmesi ekseninde ele almakta ve içtihadi hata teorisini mahkeme kararları eşliğinde bu açıdan eleştirmektedir.

I. Kavram Analizi

İçtihadi hata genel olarak idarenin hukuka aykırı bir idari işlemi söz konusu olmasına rağmen her idarenin işleyebileceği türden kusurun söz konusu olması halinde başvuru içtihadi bir ilkedir. Aynı zamanda kendisi de içtihadi bir ilke olan içtihadi hatanın tanımı mevzuatta yapılmış değildir. Doktrinde, “*takdirde hata*”⁶, “*idari görüş yanlışlığı*”⁷ ya da “*her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık*”⁸ şeklinde de ifade edilen bu kavramı⁹ Danıştay bazı kararlarında tanımlamaya çalışmıştır. Buna göre, “*(...) yargı organlarının, idareye nazaran daha geniş bir yorum ve takdir yetkisine sahip olmasına bağlı olarak, içtihat yoluyla, idarenin bir mevzuat hükmüne verdiği anlamı değiştirmek suretiyle, idareye ne yolda uygulama yapması gerektiğine işaret edebileceği; diğer bir deyişle, mevzuat hükümlerinin idarece iyi niyetle ve ciddi surette farklı yorumlanmasından doğan ve bilahare idari yargı organınca hukuka aykırı şekilde nitelenen işlemlerden dolayı bir tazminat talebine hukukilik*

⁴ Danıştay 8. Dairesi, K. 1993/1389 (16.03.1993) (Lexpera); Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/2661 (26.05.2021) (Lexpera); İzmir BİM, 2. İDD, K. 2020/1636 (26.11.2020) (Lexpera).

⁵ A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I.* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 864; A. Şeref Gözübüyük - Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 187; Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1066 vd.; Günday, 373. Kavramın Fransız hukukundaki karşılığı “*basit değerlendirme hatası*”dır. Fransız Danıştay içtihadi hata görüşünden 1973 yılında vermiş olduğu Driancourt kararıyla vazgeçmiştir. Bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1066 ve 1107.

⁶ Gözübüyük - Tan, 864.

⁷ Yüksek Esin, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas* (Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1973), 371.

⁸ Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1066.

⁹ Hem doktrinde hem de içtihatlarda yaygın olarak kullanılması sebebiyle içtihadi hata kavramı tercih edilmiştir.

*atfedilemeyeceği; dolayısıyla bu hallerde idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmayacağı (...)*¹⁰ kabul edilmektedir. Danıştay'a göre, "Yasaların yorumunda ve olayların değerlendirilmesindeki fark nedeniyle oluşan hukuka aykırılık olarak da nitelendirilebilen ve "içtihatî hata" ya da "takdirde hata", "her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık" gibi tanımlarla ifadesini bulan bu "istisnai" hallerde, işlemin sonuçta hukuka aykırı görülmesi, idarenin tazminle yükümlü kılınması sonucunu doğurmaz."¹¹ olarak tanımlanmaktadır.

Bu ilkenin sağlıklı olarak incelenebilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir idari işlem olmasına rağmen idarenin sorumluluğuna hükmedilmeyen diğer ihtimallere yer vermek gerekmektedir. İdari işlemin yetki veya şekil unsurlarından birindeki sakatlık nedeniyle iptal edilmiş olmasının kural olarak idarenin sorumluluğunu gerektirmeyeceği kabul edilmektedir¹². Çünkü aynı işlem yetkili kişi ya da kurum tarafından veya hukuka uygun şekil kurallarına uyularak tekrar yapılabilecek ve böylece bir zararın varlığından bahsedilemeyecektir. Nitekim Danıştay, "(...) idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının yetkili makamca yeniden işlem tesisine engel oluşturmayacağı (...) (bu sebeple) idarenin tazmin borcunu doğuracak bir hukuki sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna (...)"¹³ varmıştır. Buna karşın vakıf üniversitesinde belirli süreli hizmet sözleşmesi ile görev yapan öğretim görevlisinin sözleşmesinin yetkili olmayan makam tarafından feshedilmesi nedeniyle işlemin iptali ve uğradığı zararın tazmin edilmesi amacıyla açtığı davada Danıştay, "(...) mütevelli heyet başkanı tarafından tesis edilen dava konusu işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiğ(i) (...)" ifade ettikten sonra, "Belirli süreli iş sözleşmelerinin feshedilmesine ilişkin işlemlerin, yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idari yargı mercilerince iptal edilmesi durumunda, yetkili idari makam ya da organ tarafından, yeniden bir karar alınması gerekmektedir. İptal kararının hukuksal sonucu olarak yetki yönünden hukuka aykırı bulunan sözleşmenin feshedilmesi işlemi ortadan kalmış olsa da, idare ile ilgili arasındaki belirli süreli iş sözleşmesi sonlandırıldığından (...) bu işlem nedeniyle ilgilinin uğramış olduğu zararın, Anayasanın 125. maddesi uyarınca karşılanması gerek(tiğine)"¹⁴ karar vermiştir. Dolayısıyla yetkisiz makam tarafından yapılan ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen her idari işlem yetkili makam tarafından aynı içerikte tekrar yapılamayabilir. Bu çerçevede idari işlemi yetki veya şekil unsuru yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi halinde açılan tam yargı davasında kategorik bir değerlendirmeye davayı reddetmek yerine her uyuşmazlığı kendi dinamikleri çerçevesinde ele alarak çözüme kavuşturmak gerekmektedir. Nitekim iptal edilen idari işlemin tekrar aynı içerikte yapılmasının mümkün olmaması durumda ilgilinin yetki yönünden iptal edilen idari işlem nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi zorunluluktur.

Giderilmesi gereken zarar, idari işlemin yetkisiz makam tarafından yapılması nedeniyle iptal edilmesinden ziyade işlemin icrası sırasında meydana gelmiş olabilir. Özay'ın aktardığı üzere¹⁵, yol üzerinde bulunan bir kayanın ilgili belediye yerine valilik tarafından alınan kararlar kaldırılmasına karar verilmiş ve işlemin icrası sırasında o bölgede iş yeri bulunan kişi zarar uğramıştır¹⁶. Sonuç itibarıyla idari işlemin yetki veya şekil yönünden hukuka aykırılığının tespiti durumunda her halükârda o işlemin yetkili makamca tekrar yapılabileceği ihtimali üzerinden gidilerek ortaya çıkan

¹⁰ Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/2661 (26.05.2021) (Lexpera).

¹¹ Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/302 (25.01.2013) (Kazancı); Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/2661 (26.05.2021) (Lexpera).

¹² Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1063-1065; Derbil, 229-230.

¹³ Danıştay 10. Dairesi, K. 1996/5781 (04.10.1996) (Lexpera). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, K. 1995/5773 (20.11.1995) (Lexpera); Danıştay 12. Dairesi, K. 2015/3314 (21.05.2015) (Lexpera); Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/620 (23.02.2021) (Lexpera).

¹⁴ Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/3482 (26.05.2022) (Lexpera). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/976 (18.02.2022) (Lexpera).

¹⁵ Özay, 211-212.

¹⁶ Olayın aktarılış şekline söz konusu zararın salt idari eylemden değil bir idari işlemin icrası olan idari eylemden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

zararın Anayasanın 125'inci maddesi hükmü uyarınca giderilmesi zorunluluğu göz ardı edilmemeli ve her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

İçtihadî hata ile benzerlik gösteren diğer bir husus ise idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için söz konusu hizmet kusurunun belirli bir ağırlıkta olmasının öngörülmesidir¹⁷. İdarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasının gerekçesi, bazı hizmetlerin sunumunda yaşanan güçlükler ve bu hizmetler nedeniyle basit kusur halinde dahi sorumluluğa hükmedilmesi halinde idarenin ve personelinin çekingen davranacağı düşüncesidir. Ancak Danıştay'ın hangi hizmetler bakımından idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için ağır hizmet kusurunu aradığına dair net bir içtihat geliştirdiğini ifade edebilmek mümkün değildir¹⁸.

Özel hukuka bakıldığında özellikle haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması halinde kusurun türünün önemi yoktur. Başka bir deyişle, haksız fiilden sorumluluk için kusurun derecesi önemli değildir. TBK'nın 49'uncu maddesinden¹⁹ yola çıkarak kusurun ağır ya da hafif olması veya kast ya da ihmali davranışla gerçekleştirilmiş olması tazminat sorumluluğunun doğuşu bakımından önem arz etmemektedir. Bu husus ödenmesi gereken tazminat miktarının hesabında dikkate alınmaktadır²⁰. İdare hukukunda ise tıbbî yardım, akıl hastalarının tedavisi, can kurtarma faaliyetleri, itfaiye ve kolluk gibi faaliyetlerin yürütülmesi sırasında yaşanan güçlükler nedeniyle kusurun bir derece ağır olmasını, idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için gerekli olduğu ifade edilmektedir²¹. Dolayısıyla idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için ağır kusur şartının arandığı durumlar ile içtihadî hata nedeniyle idarenin sorumlu tutulamayacağı haller birbirinden tamamen ayrı hususlardır. Ancak Danıştay ve özellikle Bölge İdare Mahkemeleri bazı kararlarında içtihadî hata nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmetmezken "*saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli*"²² olması gerektiğine karar vermektedir. Gözler'in de ifade ettiği üzere²³, kaynağını Fransız hukukundan alan ağır kusur kıstası, sunumunda güçlükler yaşanan hizmetler için getirilmiş olup sıradan kamu hizmetlerinin ifası sırasında yapılan hukuka aykırılıklar nedeniyle oluşan hizmet kusuru için de benimsenmesi, ağır / basit kusur ayrımının gerekçesinin anlaşılmasına işaret etmektedir²⁴.

Danıştay uygulamasında ağır kusur çoğu kez, idarenin sorumluluğuna ve zararın telafi edilmesi gerektiğine hali hazırda karar verilen uyuşmazlıklarda bir niteleme argümanı olarak kullanılmaktadır²⁵. Kadrosunun bulunduğu üniversiteden başka bir üniversitede eğitim gören kişinin eğitim gördüğü üniversiteye geçici görevlendirme talebinin reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali ve maddi / manevi tazminata karar verilmesini talep ettiği uyuşmazlıkta Danıştay 8. Dairesi, işlemin iptaline karar verdikten sonra, "*İdari işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığın ve aykırılığın her zaman hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyeceği; saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği (...) olayda idareyi tazminle yükümlü kılacak bir ağırlıkta idareye atfı ve izafesi kabil bir kusurun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı (...)*"²⁶ gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar vermiş ve DİDDK ilgili kararı onamıştır. Sunulan hizmet eğitim kamu hizmetidir. Sunulması sırasında güçlük yaşanacak bir hizmet alanı söz konusu değildir. Yapılan

¹⁷ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1996), 251.

¹⁸ Günday, 373.

¹⁹ TBK m. 49: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*"

²⁰ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 320-321.

²¹ Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1086.

²² Danıştay 8. Dairesi, K. 1993/1389 (16.03.1993) (Lexpera); Danıştay 8. Dairesi, K. 2017/1409 (07.03.2017) (Lexpera); Danıştay 8. Dairesi, K. 2017/1795 (20.03.2017) (Lexpera).

²³ Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1106-1108.

²⁴ Gözler'e göre, Fransız hukukunda ağır-basit kusur ayrımı giderek önemini kaybetmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1087 vd. İdarenin sorumluluğuna hükmetmek için ağır kusur şartının aranmasının Anayasanın 125'inci maddesi hükmüne aykırı olduğu ve ayrıca bu ayrımın yapılmasının her durumda mümkün olmadığı yönünde eleştiri için bkz. Bahtiyar Akyılmaz – Murat Sezginer – Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 506; Yıldırım vd., 941-943.

²⁵ Danıştay 10. Dairesi, K. 1995/4255 (09.10.1995) (Lexpera); Danıştay 5. Dairesi, K. 2018/15974 (02.10.2018) (Lexpera).

²⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), K. 2021/3503 (30.12.2021) (Lexpera).

yargılama sonucunda işlemin iptaline karar verilmiştir. Tazminat talebiyle ilgili olarak somut veriler ışığında ilgilinin mevcut bir zararı olup olmadığına tetkik edilmesi gerekirken kategorik bir değerlendirmeye ve üstüne sunulan hizmet nedeniyle sorumluluğa hükmedebilmek için kusurun bir derece ağır olması gerektiğine karar vermek hatalıdır. Benzer şekilde, hakkında açılan disiplin soruşturması sonucu bir yarıyıl üniversiteden uzaklaştırma kararı verilen öğrencinin bu işleme karşı açtığı dava sonucu işlemin iptal edilmesi üzerine oluştuğunu iddia ettiği zararının tazmini talep etmiş ve yine Danıştay'ın 8'inci Dairesi bu talebi reddetmiştir²⁷. Ret kararında mahkeme "(...) işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur, idare 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. İdare Mahkemesince iptal edilerek Dairemizce onanan söz konusu işlem takdir yetkisine dayalı olduğundan ve idarenin takdir yetkisine dayalı işlemlerinden ötürü her zaman tazminatla yükümlü tutulmasına idare hukuku ilkelerine göre olanak bulunmadığı (...)" değerlendirmesine yer vermiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta mahkeme, iptal edilen işlem nedeniyle üniversite eğitimi aksayan ilgilinin zarara uğrayıp uğramadığına, zarar mevcut ise bu zararla iptal edilen işlem arasında bir nedensellik bağı mevcut olup olmadığına bakmak yerine, hizmet kusurundan bahsedebilmek için sakatlığın ağır ve önemli olmasına odaklanmıştır. Sorumluluk hukuku alanında zararın tazmin edilebilmesi için sakatlığın ya da hukuka aykırılığın "önemli" olması gerektiğine dair bir kriter mevcut değildir. Aynı şekilde idarenin yapmış olduğu işlemin sakat ya da hukuka aykırı olduğunun tespitinde önemli / önemsiz sakatlık ayrımı da söz konusu değildir. Bu değerlendirme olsa olsa ödenmesi gereken tazminatın miktarına ilişkin yapılacak değerlendirmede göz önüne alınabilir. Kararda ayrıca, üniversitenin takdir yetkisine dayalı bir işlemin mevzu bahis olduğu vurgulanmış ve takdir yetkisine dayalı işlem ile idarenin sorumluluğu arasında bir ilişki kurulmaya çalışılmıştır. Şüphesiz ki idare, anayasa ve kanun çerçevesinde sunmakla yükümlü olduğu hizmetleri yerine getirebilmek için (mevzuat uyarınca bağlı yetki ile sınırlandırıldığı durumlar dışında) takdir yetkisini haizdir. Takdir yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemler de her idari işlem gibi yargı denetimine tabidir²⁸. Yapılan idari işlem hukuka aykırı ve aynı zamanda ilgilinin zararına sebebiyet veriyorsa bu takdirde oluşan zararın giderilmesi gerekmektedir. Mahkemenin takdir yetkisi ile idarenin sorumluluğu arasında kurmak istediği ilişki bu yönüyle de hatalıdır.

İçtihadî hata ilkesi veya uygulaması, idarenin yapmış olduğu idari işlemde dolaylı, esas yönünden hukuka aykırılık barındırmasına karşılık takdirde hata ya da her idarenin işleyebileceği türden hata gerekçeleriyle sorumluluğuna hükmedilmediği durumları kapsamaktadır. Bu yönüyle hem yetki veya şekil yönünden hukuka aykırı işlemlerden hem de ağır / basit kusur ayrımının uygulandığı işlemlerden ayrılmaktadır. Ancak idari yargı yerlerinin kararları incelendiğinde, içtihadî hata ile yukarıda içtihadî hata teorisinden ayırt etmeye çalıştığımız hususların iç içe geçtiğini gözlemlemek mümkündür. Dolayısıyla aşağıda yapılacak olan incelemede, içtihadî hata teorisinin kullanımından kaynaklanan problemlere yer verilirken örneğin ağır /basit kusur ayrımına da tekraren değinmek gerekmiştir.

II. Zararın Tazmini ve İçtihadî Hata Teorisi

Zarar kavramı olarak bir eksilmeyi ifade etmektedir²⁹. Daha açık bir deyişle, ilgilinin malvarlığında onun iradesi dışında meydana gelen azalmaya zarar denir³⁰. Anayasa'nın 2'nci maddesi uyarınca Cumhuriyetin temel niteliklerinden olan hukuk devleti olmanın gereklerinden birisi de idarenin mali

²⁷ Danıştay 8. Dairesi, K. 1991/1587 (10.10.1991), DD, S. 84-85, s. 600-601.

²⁸ İdarenin takdir yetkisi ve bu yetkinin yargısal denetimi için bkz. Metin Günay, *İdarenin Takdir Yetkisi* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doçentlik Tezi, 1982); Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi* (İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2015).

²⁹ Kılıçoğlu, 305.

³⁰ Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1961), 426; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-C. I.* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 384.

sorumluluğunun ilgililere karşı teminat altına alınmış olmasıdır³¹. Buna göre hukuk devletinde idare, kişilere vermiş olduğu zararı tazmin etmekle mükelleftir³². Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrası uyarınca "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." İYUK'un 2'nci maddesi uyarınca ilgilinin idareye karşı tam yargı davası açabilmesi için idari işlem veya eylemden dolayı kişisel bir hakkının doğrudan muhtel olması gerekmektedir. Dolayısıyla sorumluluk hukuku kapsamında tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan en önemli husus zararın mevcudiyetidir.

Ortaya çıkan zararın idarenin kusurlu bir davranışı sonucu ortaya çıkmış olması, zararın telafi edilmesi zorunluluğu anlamında şart değildir. Nitekim, geçmişte uygulanan, herkesin uğramış olduğu zarara katlanması gerektiğini kabul eden ve bunun insanlığın ve onun kaderinin doğal bir sonucu olduğunu ifade eden "casum sentit dominus" ilkesi uzun bir zaman önce anlamını yitirmiş ve medeni toplum, kusur nedeniyle ortaya çıkan zararın telafi edilmesi bir yana 1895 yılında Fransa'da verilen Cames kararı³³ ile idarenin kusursuz bir davranışı sonucu meydana gelen zararın dahi şartların oluşması halinde giderilmesini benimsemiştir³⁴. Tandoğan'ın ifadesiyle, "(...) tazminat hukukunda eskiden zarar verenden hareket edilirken, artık zarar gören ön plâna alınmıştır; tazminat hukuku böylece sorumlu kılmaktan çok zararı karşılamak anlamını taşımağa başlamıştır"³⁵. Sorumluluk hukuku alanında yaşanan bu gelişmelerin karşısında içtihadi hata gerekçesiyle ortaya çıkan zararın telafi edilmemesi kabul edilemez. Açılan tam yargı davasında yapılacak olan yargısal incelemede, idarenin hareket tarzının altında yatan nedenin araştırılması yerine söz konusu davranış nedeniyle oluşan sonuca ve dolayısıyla zararın tetkikine odaklanmak gerekmektedir. Aksi bir düşünce, Anayasa'nın 2'nci ve 125'inci maddeleri karşısında, ilgili idari işlem nedeniyle zarara uğrasa da idareyi tazmin borcu altına sokmayarak yargı bağımsızlığına tabi tutmak anlamına gelecektir. Aynı zamanda bu bakış açısı idareyi işlem yaparken hukuk devleti olmanın gereklerinden olan yasallık ilkesinden uzak özensiz davranmaya ve sonuç itibarıyla ataletle itecektir.

Anayasanın 2'nci ve 125'inci maddeleri gayet açıkken, hiçbir idare, zarar meydana getirmiş bir işlemi nedeniyle yargı bağımsızlığı benzeri bir muameleye mazhar olmamalıdır.

Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin (BİM) içtihadi hata gerekçesiyle tazminata hükmetmediği kararlarını, söz konusu bakış açısıyla incelemek gerekmektedir. Zira mahkeme, vermiş olduğu birçok kararda, esaslı bir inceleme yapmaksızın konuyu içtihadi hata teorisine dayandırmış ve bu gerekçeyle tazminat taleplerini reddetmiştir.

III. Mahkeme Kararlarına Göre İctihadi Hata Teorisi

Danıştay'ın içtihadi hatayı gerekçe göstererek vermiş olduğu kararların tarihi oldukça eskidir. Nitekim 1947 yılında bu husus içtihadın birleştirilmesine de konu olmuştur. O dönem Dava Daireleri Genel Kurulunun 1934 yılında vermiş olduğu karar³⁶ ile 5. Dairenin 1944 yılında vermiş olduğu karar³⁷ arasında oluşan içtihat farklılığın giderilmesi için konu Dava Daireleri Genel Kurulunun önüne gelmiştir. 26.12.1947 yılında verilen karar ile hizmet kusurunun varlığına ilişkin saptamanın, her bir uyumsuzluğun kendine has özellikleri nedeniyle farklı değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle

³¹ Günday, 39.

³² Akyılmaz –Sezginer –Kaya, 499.

³³ Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1166. 1982 Anayasasının 125'inci maddesinin son fıkrasındaki ifadenin kusursuz sorumluluk ilkesini kapsayıp kapsamadığı hususunda bkz. Ozansoy, 197-199.

³⁴ Ozansoy, 166 ve 189.

³⁵ Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1981), 13.

³⁶ İctihadi Birleştirme Kurulu Kararından anlaşıldığı kadarıyla Dava Daireleri Genel Kurulunun 1934 tarihli kararı, "Karar vermek salâhiyetini haiz âmirlerin içtihaden dahi olsa idari teaddi halinde Devletin veya o vaziyette bulunan müesseselerin mağdur memurun zararını tazmin etmesi lâzım geldiği..." yönündedir.

³⁷ Danıştay'ın 5'inci Dairesinin 1944 yılında vermiş olduğu kararı ise, "İdarenin içtihadi bir hatası neticesinde ittihaz ettiği kararın Devlet Şûrasınca reddi alâkalılarâ tazminat itası hakkını behşedemiyeceği..." yönündedir.

içtihatların birleştirilmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir³⁸. Dolayısıyla çıkan her uyuşmazlığın kendi iç dinamikleri yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

İdari yargıda gerek Danıştay'ın gerekse BİM'lerin, içtihadi hatayı gerekçe göstererek tazminat taleplerinin reddedildiği kararları, konusu itibariyle net olarak kategorilere ayırmak mümkün değildir. Ancak ilk bakışta öğrencinin üniversiteyle ilişkisinin kesilmesi ve memurların atama ya da atamama işlemleri göze çarpmaktadır. Bu kapsamda, Danıştay'ın 8'inci Dairesi, davacının üniversiteyle ilişkisinin kesilmesi işlemine karşı açılan iptal davasında, işlemin iptal edilmesi üzerine, uğramış olduğunu iddia ettiği zararın tazmini talebini reddetmiştir. 28.06.1990 yılında verilen karara göre³⁹ iddia edilen zarar, 2547 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin idare ve mahkeme tarafından farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır ve "(...) yorum farklılığından doğan bu uyuşmazlıkta, idarenin hizmet kusuru bulunduğu söylenemez." Aynı kararın azlık oyunda da ifade edildiği üzere⁴⁰, söz konusu uyuşmazlıkta mahkeme, oluşan zarara odaklanıp Anayasanın 125'inci maddesi uyarınca, zararın kaynağının idarenin kusurlu bir davranışından meydana gelip gelmediğini araştırmak yerine yorum farklılığının oluşan zararın tazmin edilmesine engel oluşturacağına kanaat getirmiştir⁴¹. Mahkeme, kararında bununla da yetinmeyerek, "(...) öğrencinin daha önceki eğitim durumu da göz önünde bulundurulduğunda, düzenli bir başarı sürdürmediği, kaydı silinmeseydi bile belirtilen zamanda okulunu bitirmesinin de şüpheli olduğu (...)" değerlendirmesini yapmıştır. Söz konusu değerlendirmenin hukuki bir saptama olduğunu iddia etmek güçtür. Varsayıma dayalı, objektiflikten uzak bu değerlendirme, Anayasanın 125'inci maddesinin 4'üncü fıkrası ve İYUK'un 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca yerindelik denetimi olup, yargı yetkisinin kullanım alanı dışında kalmaktadır.

Öğrencinin üniversiteden kaydının silinmesine ilişkin olarak, Danıştay'ın 8'inci Dairesi, kaydın silinmesi işlemine karşı açılan davada verilen iptal kararı üzerine, uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini talebini yine içtihadi hataya dayanarak reddetmiştir. Kararın ilgili kısmına göre, "(...) idare mahkemesince idarenin haksız olduğunun mahkeme kararıyla saptandığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmiş ise de, ortada idarenin ağır hizmet kusuru ile sakatlanmış bir işlem bulunmadığı ve yoruma dayalı bir idari tasarruf olduğundan aksine verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır"⁴². Mahkeme, öğrencinin ilişkisinin kesilmesi ve iptal kararı sonrası okula geri dönmesi arasında geçen sürede, iddia edildiği üzere bir zararın mevcut olup olmadığını sorumluluk ilkeleri çerçevesinde tespit etmek yerine, idarenin ağır hizmet kusuru olmadığı ve yoruma dayalı idari işlem söz konusu olduğu gerekçeleriyle tazminat talebini reddetmiştir. Ağır hizmet kusuru gerekçesi

³⁸ "İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır. İctihadi tasarruflar ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse bu takdirde dahi idarenin sorumlu tutulması tabiidir. Ancak hizmet kusuru hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet müvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle içtihadî tasarruflarda idarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulması icap edeceğine ve esasen bahsi geçen kararlardaki mübâyenet iddiası hüküm fıkrasında olmayıp mucip sebepleri ilgilendirmekte bulunmasına binaen içtihadî birleştirilmesine mahal olmadığına..." DİDGK, K. 1947/164 (26.12.1947), Danıştay Kararları Dergisi (DKD), S. 38-39-Aralık 1947-Mart 1948, s. 41-42.

³⁹ Danıştay 8. Dairesi, K. 1990/812 (28.06.1990), Danıştay Dergisi (DD), S. 81, s. 288.

⁴⁰ Azlık oyunun ilgili kısmı, "İlişik kesilmesi işlemi mahkeme kararı ile iptal edilmiş olup. Dairemizce de onanarak kesinleştiğine göre ortada idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır. Bu durumda, davacının haksız idari işlem nedeniyle bir zararının olduğunu kabul etmek gerekir (...)" şeklindedir.

⁴¹ Aynı yönde Danıştay'ın 6'ncı Dairesi 1967 yılında vermiş olduğu bir kararda tazminat talebini reddederken, "İmar Talimatnamesinin 75 inci maddesine göre zemin ve bodrum katları inşaatının parsel boyunca devam etmemesi gerektiği hakkındaki Belediye işlemi, dairemizce İmar Talimatnamesinin bir maddesinin tatbikindeki içtihadi yanılma sebebiyle batıl addedilmiştir. Bu durumda yukarıda açıklanan esaslara göre bahis konusu işlemin uygulanmasında ve bu suretle inşaatın durdurulmasında dâvâli idareye herhangi bir kusur atfı mümkün değildir. Zira tazminat dâvasına esas alınan kararımızdaki «bir parselin bulunduğu yerin ticaret bölgesi olarak teşekkül edip etmediğinin tayin ve tesbit olunabilmesi için parselin bulunduğu adanın bir bölge addedilmesi yerinde olmayıp, parselin bulunduğu sokağın her iki tarafının bir bölge sayılması» gerektiği yolundaki içtihadî görüş, daha önce idarenin böyle bir düşünce ile hareket etmiyerek ve sadece parselin bulunduğu adayı bir bölge kabul etmek suretiyle işlem tesis etmesi yüzünden idareye bir kusur yükletilmesine sebep olamaz. Bu itibarla içtihadî mütehammil ve müsait bir madde hükmünün tatbikatından olan mezkûr işlemin yukarıda açıklandığı gibi görüş ayrılığı sebebiyle iptali keyfiyeti bizatihi hizmet kusurunun mevcudiyetini göstermez (...)" değerlendirmesini yapmıştır. Danıştay 6. Dairesi, K. 1967/1388 (27.04.1967), DKD, S. 115-118, s. 278-282.

⁴² Danıştay 8. Dairesi, K. 1997/1209 (08.04.1997) (Lexpera).

yukarıda ifade edildiği üzere hatalıdır. İdarenin sunmuş olduğu kamu hizmetini kötü işletmiş olması, zararın tespiti halinde, sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir. Aynı şekilde, yoruma dayalı idari tasarruflar da (mahkemenin buradaki ifadesinden, takdire dayalı bir işlemin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır) yukarıda ifade edildiği üzere, yargı denetimine tabidir ve dolayısıyla idarenin sorumluluğu kapsamındadır. Kararın bu şekilde gerekçelendirilmesi yerine, Danıştay Savcısı'nın da ifade ettiği şekilde, yapılan ve iptal edilen işlemin zarara sebebiyet vermediği tespit edilebilirdi. Nitekim Danıştay Savcısı'na göre, "(...) maddi tazminatın belirli ve kanıtlanmış zararların karşılığı olduğu bilindiğine göre, ilgilinin süresinde okulunu bitirmesi ve gelir elde etmesi kesin değil muhtemel zarar olduğundan, maddi tazminatın dayanağı bulunmamaktadır".⁴³

Öğrencinin notunun başarısız olarak girilmesi üzerine mezun olamaması nedeniyle, bu işleme karşı açılan davada işlemin iptal edilmesi üzerine, mezuniyetinin gecikmesinden kaynaklanan zararının tazmini amacıyla açılan davada Danıştay'ın 8'inci Dairesi, tazminat talebini içtihadı hata gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁴. Bu uyuşmazlıkta mahkeme içtihadı hatayı bu kez, "ilmi bir takdirin sonucu"na dayandırmıştır. Şöyle ki, davacı, "(...) girdiği sınavda başarılı olmasına karşın sınav kağıdının değerlendirilmesindeki yanlışlık yüzünden aynı dersi yineleyerek ... lira öğrenim masrafı yaptığı, ayrıca bu nedenle okulunu bir yıl geç bitirmek durumunda kaldığı, bu durumda uğradığı ... liralık maddi zarar ile duyduğu üzüntü karşılığı olarak ... lira manevi tazminat (...)" talebinde bulunmuşken, mahkeme ret kararını, "İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir. Her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. (...) Dava konusu edilen hatalı not takdirine ilişkin işlem, ilmi bir takdirin sonucu olup, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru (...)" bulunmadığı gerekçesine dayandırmıştır. Mahkemenin, uyuşmazlığa neden olan hatalı idari işlem sonucu ilgilinin idareye yüklenebilecek nitelikte zararının mevcudiyetini tartışması gerekirken, yukarıdaki şekilde hüküm kurması hukuka aykırıdır. Eğitim kamu hizmetinin sunulması sırasında hizmet kötü işletilmesi (hatalı not takdir edilmesi) nedeniyle uğranıldığı iddia edilen bir zarar söz konusudur.

Danıştay'ın 8'inci Dairesinin yukarıda yer verilen ve içtihadı hataya dayanan kararlarına karşın, benzer içerikteki uyuşmazlıklarda farklı yönde karar verdiğini görmek mümkündür. Örneğin, "Askeri Liseler Astsubay Hazırlama Okulu öğrenci temini kapsamında yapılan Askeri Liseler Sınavında başarılı olarak ikinci seçim aşamasına katılan davacının yapılan ön sağlık muayenesi aşamasında "genu valgum ort" teşhisi konularak Askeri Lise öğrenci adaylığından elenmesine ilişkin işlemin iptali ile işlem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen ... maddi ... manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi(nin)" talep edildiği uyuşmazlıkta Daire, bir başka hastanede yapılan muayene sonucunda, konulan teşhisin hatalı olduğu gerekçesiyle işlemin iptali ve maddi tazminatın kısmen kabulüne karar veren derece mahkemesinin kararını onamıştır⁴⁵. Bu kararda Daire, idarenin kusurlu davranışını, her idarenin yapabileceği türden basit bir hata olarak görmemiş ya da idarenin sorumluluğuna gidebilmek için söz konusu sakatlığın ağır ve önemli olması gerektiği gerekçelerine yer vermeyi tercih etmemiştir. Halbuki burada da "tıp ilmi" ile ilgili bir teşhis hatasından bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla her iki karar içerik itibarıyla benzeşmekle birlikte sonuç yönünden çelişkilidir.

⁴³ Benzer yönde, zararın oluşmadığını gerekçelendiren bir başka karar için bkz. Konya BİM, 4. İDD, K. 2020/1654 (14.10.2020) (Lexpera).

⁴⁴ Danıştay 8. Dairesi, K. 1993/1389 (16.03.1993) (Lexpera). Benzer şekilde, öğrencinin üniversite eğitimi sırasında isteğe bağlı hazırlık sınıfında başarısız olması nedeniyle mezun edilmemesi işleminin iptal edilmesi üzerine talep edilen tazminatı reddeden Danıştay, "İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir 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. Tüm bu veriler ışığında, olayda idareyi tazminle yükümlü kılacak bir ağırlıkta idareye atfı ve izafesi kabil bir kusurun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı (...)" gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/964 (14.02.2013) (Lexpera).

⁴⁵ Danıştay 8. Dairesi, K. 2018/3939 (05.07.2018) (Lexpera).

Kamu görevlileri ile ilgili içtihadi hata gerekçesiyle verilen kararlara bakıldığında, ilk olarak yine Danıştay'ın 8'inci Dairesi, üniversitenin açmış olduğu ilana başvurup kazanan davacının atama işlemi, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması nedeniyle yapılmamış ve açılan dava sonucunda işlem iptal edilmiştir. İptal kararı üzerine açılan tam yargı davasında mahkeme tazminat talebini reddederken açıkça içtihadi hata ilkesine yer vermemekle birlikte, içtihadi hata nedeniyle reddettiği kararlarında yer verdiği görüşleri tekrar etmiştir. Mahkemeye göre, "(...) *İdare Mahkemesince iptal edilen öğretim görevliliğine atamasının yapılmaması işleminin tesisinde güvenlik soruşturması sonucunda hataya düşülmüş olması, hizmet kusuru sayılabilecek ve maddi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliğinde değildir. Bu nedenle idarenin maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulması (...)*"⁴⁶ hukuken mümkün değildir⁴⁷. Mahkeme mealen, uyuşmazlıkta idarenin kusurunun hafif olduğuna vurgu yapmaktadır. Uyuşmazlık nedeniyle bir zararın var olup olmadığını ve bu zararın idarenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmesi beklenirdi. İdarenin hizmet kusurunun tespit edildiği bir uyuşmazlıkta kusurun derecesi, olsa olsa tazmin edilecek zararın miktarının tespitinde kullanılabilecek bir argümandır ve bu durum Gözübüyük'ün ifadesiyle "(...) *sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir*"⁴⁸. Yine kamu görevlisinin görevde yükselme sınavına alınmama işleminin iptali üzerine açılan tam yargı davasında Danıştay'ın 5'inci Dairesi, derece mahkemesinin, "(...) *bir idari işlemin iptal edilmesinin idareye başlı başına tazmin yükümlülüğü doğurmayacağı, davalı idarece tesis edilen ve iptaline hükmedilen işlemlerin, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar kapsamında kabul edilmesi gerektiği (...)*" gerekçesiyle verdiği ret kararının onamıştır⁴⁹. Konuyla ilgili başka bir kararda Konya BİM, kurbağa adam branşlı polis memurunun başka bir ile atanması işleminin iptali üzerine, dalış tazminatının ödenmemesi nedeniyle açtığı davayı, "(...) *idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için idari işlemi sakatlayan hata ve hukuka aykırılıkların ağır ve önemli olması, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte olmaması gerektiği, (...)* *sırf idarenin takdir yetkisinin yanlış kullanılmasına dayalı tesis edilen atama işleminin yargı kararı ile iptal edilmesinin iddia edilen söz konusu maddi ve manevi zararların tazmini açısından ağır hizmet kusuru oluşturmayacağı (...)*"⁵⁰ gerekçesiyle reddetmiştir. Görüldüğü üzere, atama işleminin güvenlik soruşturması nedeniyle yapılmaması, görevde yükselme sınavına alınmama ve özel görev tazminatının ödenmemesi⁵¹ nedeniyle açılan davalarda idari yargı mercileri, zararın mevcut olup olmadığı ve zarar ile işlem arasında nedensellik bağının varlığını incelemek yerine, içtihadi hataya gerekçe gösterilen sakatlığın ağır ve önemli olmadığı veya her idarenin işleyebileceği türden hatalar olduğu argümanlarını kullanarak davaları reddetmiştir. Buna karşın, yine Danıştay'ın 8'inci Dairesi, vakıf üniversitesinde görev yapan profesörün sözleşmesinin feshedilmesi işleminin iptali ve uğradığı zararın tazmini amacıyla açtığı davada, işlemin iptaline ve

⁴⁶ Danıştay 8. Dairesi, K. 1996/768 (19.03.1996) (Lexpera).

⁴⁷ Benzer şekilde, polis okulunda öğrenci olan davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması nedeniyle ilişkisinin kesilmesi nedeniyle manevi tazminat talepli açtığı iptal davasında mahkeme, işlemin iptaline karar verdikten sonra, "(...) *idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için idari işlemi sakatlayan hata ve hukuka aykırılıkların ağır ve önemli olması, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte olmaması gerektiği, mevzuat hükümlerinin idarece iyi niyetle ve ciddi surette farklı yorumlanmasından doğan ve bilahare idari yargı mercii tarafından hukuka aykırı bulunan işlemlerden dolayı idarenin tazminle sorumlu tutulmayacağı yerleşmiş içtihatlarla kabul edildiği, bu durumda, kanun hükümlerini uygulamak suretiyle işlem tesis eden davalı idareye mevcut davada bir kusur atfedilemeyeceği (...)*" gerekçesiyle manevi tazminat talebini reddetmiştir. Ankara BİM, 4. İDD, K. 2020/3042 (08.12.2020) (Lexpera).

⁴⁸ Gözübüyük, 251.

⁴⁹ Danıştay 5. Dairesi, K. 2014/996 (13.02.2014) (Lexpera).

⁵⁰ Konya BİM, 1. İDD, K. 2020/2001 (24.12.2020) (Lexpera).

⁵¹ Söz konusu uyuşmazlığa benzer bir olayda, istihbarat şubesinde görev yaparken koruma şubeye ataması yapılan emniyet personelinin atama işleminin iptal edilmesi üzerine, eski görevi nedeniyle ödenmesi gereken ek ödemelere istinaden açtığı tam yargı davasında Erzurum BİM, "(...) *hukuka aykırı işlemin tesisi nedeniyle idarenin kusurundan kaynaklanan maddi kayıplarının davacının talebiyle sınırlı olarak tazmin edilmesi gerektiği, (...)* *davacının İstihbarat Şube Müdürlüğünden ayrıldığı ... tarihinden ... tarihine kadar İstihbarat Şube Müdürlüğünde göreve devam etmiş olması durumunda davacıya yapılacak ödemelerin hesaplanması sonucu ... TL'nin dava açma tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna (...)*" varmıştır. Erzurum BİM, 1. İDD, K. 2020/848 (06.11.2020) (Lexpera).

maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir⁵². Aynı Daire, üniversitede görev yapan öğretim üyesinin görevinden çekilmiş sayılma cezası ile cezalandırılması işleminin iptali üzerine açtığı tam yargı davasında, “(...) davacının görevinden çekilmiş sayılma cezası ile cezalandırıldığı ve yargı kararı ile bu işlemin iptaline karar verildiği görüldüğünden, böylece, davalı idarece tesis edilen bir işlemin hukuka aykırılığının kesin olarak ortaya konulduğu, söz konusu işlemde kaynaklı bir maddi zararın oluştuğu ve işlem ile zarar arasında illiyet bağı olduğunda da şüphe bulunmamaktadır. (...) Bu bağlamda, davacının mahrum kaldığı 5.345,34 TL ek ders ücretinin davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna (...)”⁵³ varmıştır. Kararın alıntılanan kısmından da anlaşılacağı üzere mahkeme, sorumluluk hukukunun gereklerini gözeterek, işlem nedeniyle oluşan zarara ve bu zarar ile işlem arasındaki bağa vurgu yaparak tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Üstelik söz konusu uyuşmazlıkta davacı, görevden çekilmiş sayılma cezasının kanunda düzenlenmemesi nedeniyle ilgili Yönetmelik hükmüne⁵⁴ de dava açmış ve 8’inci Daire, dayanak hükmü ilgili yönetmelik maddesinin de iptaline karar vermiştir. Dolayısıyla Daire, idarenin işlemin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan yönetmelik hükmünü uygulaması nedeniyle yine içtihadi hata gerekçesine başvurabilecekken bunu tercih etmemiş ve sorumluluk hukuku ilkelerini uyuşmazlığa uygulayarak hukuka uygun hareket etmiştir.

İdari yargı mercileri, manevi tazminat talepli uyuşmazlıkları reddederken sıklıkla, içtihadi hataya veya her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli hukuki yanlışlık ve aykırılıklar gerekçelerine yer vermektedir. Konuyla ilgili ilginç bir karar Konya BİM tarafından verilmiştir. Davacının yaşadığı evde fuhuş yapıldığı gerekçesiyle, Sağlık İl Müdürlüğü ekiplerince 3 ay süreyle mühürlenmiş ve bu işlem açılan iptal davası neticesinde, söz konusu evde fuhuş yapıldığına dair somut veri olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bunun üzerine ilgili, maddi tazminatla birlikte aile birliğinin sarsıldığı gerekçesiyle manevi tazminat talepli tam yargı davası açmıştır. Mahkeme, manevi tazminata hükmedilebilmesi için gerekli koşullara değindikten sonra manevi zararın oluşmadığı sonucuna ulaşırken içtihadi hata teorisi için kullandığı kriterlere yer vererek, “(...) işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlediğinin kabulü için saptanan hukuki sakatlığın ağır olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. (...) her ne kadar davacıların evinin kapatılmasına ilişkin işlem Dairemizce de istinaf başvurusu reddedilen ilk derece Mahkemesi Kararı ile iptal edilmişse de, iptal gerekçesinin davacıların evinde fuhuş yapıldığına dair somut bilgi ve belgenin bulunmaması olduğu, ancak davacı R.İ.Y’nin evli olmasına rağmen bir başka erkekle gönül ilişkisi yaşadığının kendi ifadesiyle de sabit olduğu görülmektedir. Bu durumda, Türk aile yapısı ve genel ahlak kurallarına aykırı bir eylem içerisinde olan tarafın ve ailesinin bu eylemin sonucu olarak meydana gelen olaylar nedeniyle ağır bir elem ve üzüntü yaşadığı iddiası inandırıcı olmadığı gibi, idarenin de davacılar karşı kişiliğini ve onurunu zedeleme kastı taşımadığı sonucuna varılarak, davacıların manevi tazminat talebinin kabulüne de olanak bulunmadığı(na) (...)”⁵⁵ karar vermiştir. Manevi tazminatla ilgili başka bir kararda, hastanedeki görevine gelmemesi nedeniyle hakkında aylıktan kesme cezası uygulanan doktor, bu işlemin iptal edilmesi üzerine, idarenin haksız işlemleri sebebi ile manevi yönden zarar gördüğü iddiasıyla manevi tazminat talepli tam yargı davası açmış ve yerel mahkeme talebi kabul etmiştir. İzmir BİM, “(...) davacının göreve gelmediği gerekçesiyle yapılan soruşturma sonucu verilen disiplin cezası mahkeme kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ise de, işlemin yapılan değerlendirme hatasından kaynaklanması karşısında, manevi tazminat ödenmesini gerektirecek koşulların oluşmadığı kanaatine

⁵² Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/6219 (03.11.2022) (Lexpera).

⁵³ Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/3361 (24.05.2022) (Lexpera).

⁵⁴ Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin “Disiplin Cezaları” başlıklı 4. Maddesinin “Görevden Çekilmiş Sayma” başlıklı (f) bendi. Söz konusu yönetmelik, 11.03.2023 tarih ve 32129 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan yönetmelikle; yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁵ Konya BİM, 5. İDD, K. 2020/2260 (04.11.2020) (Lexpera).

var(arak) (...)”⁵⁶ verilen kararı bozmuş ve davayı reddetmiştir. İlgilinin iptal edilen söz konusu disiplin cezası nedeniyle bir zarara uğrayıp uğramadığını tartışmak yerine, idarenin hangi gerekçeyle hukuka aykırı idari işlem yaptığına odaklanmak hukuka uygun olmamakla birlikte, mahkemenin kullanmış olduğu “değerlendirme hatası” ifadesine kısaca değinmek gerekmektedir. Mahkeme değerlendirme hatası ifadesini, idari işlemler alanında idarenin sahip olduğu “değerlendirme marjı” yerine kullanmışsa bu da hatalıdır. Zira doktrinde çoğunluk görüşüne göre⁵⁷ idarenin hem sebep hem de konu unsuruna ilişkin olarak takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmekle birlikte işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinden söz edilemeyeceği ve sebep unsurunda idarenin “değerlendirme marjı”nın söz konusu olabileceğini savunan yazarlar⁵⁸ mevcuttur. Bu görüşe göre takdir yetkisi işlemin ancak konu unsurunda söz konusu olabilir. Bu çerçevede somut uyuşmazlıkta iptal edilen işlem, “(...) davacının ... İli, ... İlçe Devlet Hastanesinde genel cerrah olarak görev yapmakta iken göreve gitmediği (...)” gerekçesiyle verilen 1/30 oranında aylıktan kesme cezası (...)”dır. Açılan iptal davasında yapılan yargılamada hukuka aykırılık olsa olsa işlemin konu unsuruna ilişkindir. Konu unsurunda ise idarenin bir “değerlendirme marjı”ndan değil takdir yetkisinden söz edilebilir.

Polis okuluna giriş sınavında renk körü olduğu gerekçesiyle başarısız bulunan ilgilinin sonradan alınan sağlık raporuyla renk körü olmadığı tespit edilmesi üzerine işlem iptal edilmiş ve yaşadığı üzüntü nedeniyle manevi tazminat talebi yerel mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Samsun BİM, “*Olağan nitelikteki hukuka aykırılıkların (içtihat hatalarının) hizmet kusuruna yol açtığından ve buna göre idarenin tazminat sorumluluğunun olduğundan bahsedilmesine imkân bulunmamaktadır. İdarenin hizmet kusurundan ve dolayısıyla tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, saptanan hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması ve içtihat hatasına dayanmaması gerekmektedir. (...) idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için hukuka aykırılık ve zarar yanında ağır hizmet kusuru unsurunun da bulunması gerektiği, (...) davacının mülakatın sağlık kontrolü aşamasında renk körü olarak belirlenmesi hatalı olmuşsa da, olayda kasıt veya kötüniyet gibi davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve manevi tazmin sorumluluğu doğurabilecek unsurların bulunmadığı, dolayısıyla iptal edilen işlem nedeniyle manevi tazminat ödenebilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı, bu nedenle de davacının manevi tazminat isteminin red(dedilmesi) (...)”⁵⁹ gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Manevi tazminat, genel kabul gören ilkelere göre, zenginleşme aracı değil bir tatmin aracıdır⁶⁰. Kişinin yapılan işlem nedeniyle yaşamış olduğu sıkıntı ve duymuş olduğu elem ve ıstırabın giderilmesine yardımcı olan bir araçtır. Somut uyuşmazlıkta davacının, hatalı renk körü teşhisi nedeniyle tüm hayatının etkileneceği düşüncesiyle üzüntü yaşayacağı açıktır. Bu durum karşısında, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunmadığı ve kasıt veya kötü niyetinin bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddedilmesi hukuka aykırıdır. Sağlık taraması sırasında hizmet kötü işletilmiş ve bu durum zarara neden olmuştur. Öte yandan özel hukuk yargılamasında da kabul edildiği üzere, zarar verici hareketin ya da işlemin kasıtlı ya da ihmali davranışa dayalı olması, tazmin yükümlülüğünü kaldıran bir sebep olmayıp ancak tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınmaktadır⁶¹. Somut uyuşmazlıkta mahkeme, idarenin işlemi yaparken kötü niyet ya da kasıtlı hareket etmemiş olmasını hizmet kusurunun varlık şartı olarak nitelendirmişti⁶². İdari yargı mercilerinin içtihadi hatayı kabul etmediği kararlarına aşağıda yer*

⁵⁶ İzmir BİM, 2. İDD, K. 2016/447 (22.11.2016) (Lexpera).

⁵⁷ Günday, 156; Gözübüyük, 192-199; Akyılmaz –Sezginer –Kaya, 470-471.

⁵⁸ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin, 2016), 356. Yıldırım vd. “değerlendirme marjı” ifadesi yerine “değerlendirme yetkisi” ya da “değerlendirme alanı” ifadelerinin dilimize daha uygun olduğu görüşündedir. Yıldırım vd., 727.

⁵⁹ Samsun BİM, 3. İDD, K. 2019/759 (24.05.2019) (Lexpera).

⁶⁰ Danıştay 6. Dairesi, K. 2002/2298 (16.04.2002) (Lexpera); Danıştay 10. Dairesi, K. 2006/1981 (20.03.2006) (Lexpera).

⁶¹ Kılıçoğlu, 320 ve 323.

⁶² Benzer yönde, okul müdürü olarak görev yapan davacının görevinin re’sen sona erdirilme işlemine karşı manevi tazminat talepli açtığı iptal davasında mahkeme işlemi iptal ettikten sonra, “(...) olağan nitelikteki hukuki yanlışlıkların ve aykırılıkların hizmet kusurunu yansıtmayacağı, (...) davalı idarece hukuki değerlendirmede yanlışlık yapılarak yeni Yönetmelik hükümleri kapsamında işlem tesis edildiği, bunun ise ağır bir hukuki sakatlık sayılabilecek ve manevi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak nitelikte olmadığı, davalı idarenin ortada herhangi bir sebep olmaksızın kasıtlı hareket ederek davacıyı manevi

verilecek olmakla birlikte, yeri gelmişken konuyla ilgili Danıştay'ın 5'inci Dairesinin aksi yöndeki bir kararına burada yer vermek gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı dönemde, orta olarak düzenlenen hal kağıdının iptal edilmesine bağlı olarak, uğradığı zararlarına karşılık olmak üzere maddi ve manevi tazminat talep eden davacının talebi derece mahkemesi tarafından, içtihadi hataya ilişkin genel değerlendirmelerden sonra, "(...) davacının hal kağıdının orta olarak düzenlenmesi işleminde art niyetli bir uygulama gibi ağır hizmet kusuru oluşturabilecek bir durumun bulunmadığı (...)" gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştay söz konusu kararı, maddi tazminat yönünden koşullar oluşmadığı gerekçesiyle onarken, manevi tazminat yönünden, "(...) kusur kavramı (...) özel hukuktaki kast, ihmal, dikkatsizlik gibi öznel unsurlar ile tanımlanmamakta, idare tarafından yürütülen bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işletilmesindeki bozukluk ve aksaklık şeklinde nesnel bir tanımlama yapılarak, (kişiselleştirilebilen bir kusurun varlığı aranmaksızın) hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi hâllerden doğan zararların tazmininde idarenin kusurlu sorumluluğu ilke ve esasları uygulanmaktadır" değerlendirmesini yaptıktan sonra, "davacının bu süreçte mütemediyen Adalet Bakanlığına ve davalı idareye başvurular yaptığı ve bir çok dava açtığı, üç (3) yıl gibi uzun bir süre ailesinden ayrı yaşamak zorunda kaldığı, mesleki itibarının zedelendiği, fiziki ve ruhsal sıkıntılar yaşadığı ve böylelikle manevi yönden zarara uğradığı (...)"⁶³ gerekçesiyle bozmuştur. Görüldüğü üzere Danıştay, hizmet kusurunun oluşma nedenleri ile idareyi hukuka aykırılığa veya sakatlığa sevk eden kişisel saikleri ayırarak hizmet kusurunun objektif niteliğini vurgulamıştır.

İdari yargı mercilerinin benzer içerikli uyuşmazlıklarda içtihadi hata değerlendirmesine itibar etmeyerek aksi yönde kararlar verdiğini de görmek mümkündür. Bu kapsamda Danıştay'ın 10'uncu Dairesinin vermiş olduğu bir karar konuya ilişkin olarak adeta ders niteliğindedir. Kahvehane işletme ruhsatı talebinin reddedilmesi üzerine açılan davada işlemin iptal edilmesi üzerine mahrum kalınan gelirin tazmini amacıyla açılan davada mahkeme, "(...) idarenin kendi anlayışı doğrultusunda ifa ettiği ve iptal ile sonuçlanan her işlemde dolayı maddi ve manevi tazminat ile sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine (...)" karar veren derece mahkemesinin kararını, "Sadece yetkisizlik veya şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırı biçimde tesis edilen, idari yargı yerince iptal edilmiş bulunan işlem yerine yeniden işlem temsil edilmesinin mümkün olması halinde, hizmet kusurundan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez(yeçğini) (...)" ifade etmiş ve, "(...) hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin, hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeyle sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmaz. Esasen öğreti ve uygulamada, idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasında sayılan "içtihadi hata" hali mutlak kurallara bağlı olmaması nedeniyle her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kriter olup, bu kriterin, hukuka aykırı işlemle bir hakkın ihlal edilmiş olduğunun belirlenmesi halinde uygulanması mümkün değildir. (...) hukuka aykırılığı yargı yerince saptanan idari işlem nedeniyle davacının hakkının ihlal edildiği, çalışma hayatının aksadığı anlaşılmakta olup, olayda hizmeti kusurlu işlettiği açık bulunan idarenin davacının zararını tazmin etmesi gerek(tiği) (...)"⁶⁴ değerlendirmesini yaparak bozmuştur. Görüldüğü üzere mahkeme, iptal edilen işlem nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zarara odaklanmış ve bu çerçevede hizmet kusurunun varlığı saptadıktan sonra zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Esasen idare ruhsat talebini reddetme gerekçesini, yukarıda yer verilen ve eleştirilen içtihadi hata değerlendirilmesini içeren kararlara benzer biçimde, o dönem yürürlükte bulunan 625 sayılı Özel Öğretim ve Eğitim Kanunu'nun 9'uncu maddesinde yer alan, okul ve tesislerin bulunduğu yerin 100 metre yakınında ve civarında kahvehane işletilemeyeceği hükmünden yola çıkarak, kahvehanenin 60 metre yakınında ortaöğretim öğrenci yurdu bulunmasına dayandırmıştır. Danıştay'ın 10'uncu Dairesi,

zarara uğrattığı yönünde bilgi ve belgeye rastlanmadığı (...)" gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Ankara BİM, 4. İDD, K. 2017/4229 (22.12.2017) (Lexpera).

⁶³ Danıştay 5. Dairesi, K. 2022/2586 (21.04.2022) (Lexpera).

⁶⁴ Danıştay 10. Dairesi, K. 1993/3681 (06.10.1993), DD., S. 89, s. 588-600.

İdarenin kanun hükmünü farklı yorumlaması nedeniyle içtihadi hata değerlendirmesi yapabilecekken, zarar odaklı yaklaşımıyla hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan idarenin mali sorumluluğu prensiplerine uygun hareket etmiştir.

Belediyede sözleşmeli personel olarak çalışan davacının sözleşmesinin feshi üzerine açtığı maddi tazminat talepli iptal davasında mahkeme işlemin iptaline ve tazminat talebinin "(...) davacının sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren fiilen çalışmadığı hususu dikkate alındığında ve davalı idarenin içtihadi hata sonucu dava konusu işlemi tesis ettiği (...)" gerekçesiyle reddine karar vermiştir. Danıştay, tazminat talebine yönelik olarak, Anayasanın 125'inci maddesi hükmüne yer vererek zararın giderilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁵. Dolayısıyla Danıştay, zararın tazmini için şartların oluşması halinde Anayasanın 125'inci maddesi hükmünü tek başına yeterli görmektedir.

İdarenin açmış olduğu ihaleyi kazanan şirket ile imzalanan idari sözleşme sonrası ihalenin iptali için açılan davada mahkemenin ihaleyi iptal etmesi sonrası sözleşme feshedilmiş ve bunun üzerine ihaleyi alan şirket zararının tazmini amacıyla dava açmıştır. Derece mahkemesi, uyuşmazlıkla ilgili içtihadi hataya ilişkin olarak, "(...) idari işlemin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusurunun varlığının kabul edilebilmesi için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olmasının gerektiği, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yol açmayacağı (...)" yönünde genel değerlendirmelerini yaptıktan sonra "(...) sözleşmenin feshine ilişkin işlemin mahkeme kararı doğrultusunda gerçekleştirildiği, mahkeme kararı ile iptal edilen işlemin ağır hizmet kusurunu oluşturmayacağı, davalı idarenin söz konusu işlem nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararı tazminle yükümlü kılınmasına hukuken olanak bulunmadığı (...)" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay'ın 13'üncü Dairesi ise, "İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda, idarenin işleyişindeki aksaklık kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirilecek ve idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilecektir. Bu nedenle şartname hükümlerini hukuka aykırı olarak hazırlayan idarenin hizmet kusurunun varlığı(nın) açık (...)"⁶⁶ olduğunu vurgulayarak kararı bozmuştur. Bu kararda da mahkemenin, içtihadi hata teorisine ilişkin değerlendirmeler ile ağır / basit kusur ayrımıyla ilgili ifadeleri birlikte kullandığı göze çarpmaktadır. Bu hususta ayırım yapılması gerektiği yukarıda gerekçeleriyle birlikte ifade edilmişti.

Davacının sahip olduğu minibüsün motor numarasının sonradan çakma olduğunu tespit edilmiş ve araca el konularak hakkında kamu davası açılmıştır. Davadan beraat eden davacı el konulma süresi içerisinde araçta meydana gelen zararın tazmini amacıyla dava açmış ve derece mahkemesi, "(...) idarenin hukuka aykırı her işleminin hizmet kusuru sayılarak tazmin sorumluluğu doğurmayacağı, hizmet kusurunun varlığından sözedebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yansımayacağı; tazmini istenilen zararı doğuran olayda idarenin keyfi ve sınırsız yetki kullanımı ve hizmet kusurunun bulunmadığı (...)" gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Karara göre hizmet kusuru ve dolayısıyla zararın tazmini için idarenin keyfi ve sınırsız bir yetki kullanması gerekmektedir. Bu son derece tehlikeli ve sübjektif bir yaklaşımdır. Danıştay uyuşmazlıkla ilgili değerlendirmeler yaparken özellikle içtihadi hata teorisine ilişkin önemli tespitlere yer vermektedir. Buna göre, "Hukuka aykırı bir işlemin, idare hukuku ilkeleri uyarınca giderilmesi gereken bir hak ihlali meydana getirmiş olması halinde ise, temyizden incelenen kararda ifade edilen içtihadi hata veya her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık, hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gibi ölçütler, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır."⁶⁷ Bu kararda

⁶⁵ Danıştay 12. Dairesi, K. 2017/442 (22.02.2017) (Lexpera).

⁶⁶ Danıştay 13. Dairesi, K. 2011/3886 (20.09.2011) (Lexpera). Benzer yönde bkz. Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/302 (25.01.2013) (Lexpera).

⁶⁷ Danıştay 10. Dairesi, K. 1996/7290 (11.11.1996) (Kazancı).

da Danıştay, hak ihlali ve buna bağlı olarak zarar odaklı bir yaklaşım benimseyerek, objektif olarak değerlendirme kriteri barındırmayan içtihadi hata teorisine itibar etmemiştir.

Aksi yöndeki kararlardan da anlaşılacağı üzere, idarenin işlemi nedeniyle zarara uğradığını iddia eden ilgilinin açmış olduğu davaları mahkemelerin, içtihadi hata gibi içeriği belirsiz bir kavramdan yola çıkarak reddetmeleri hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz⁶⁸. Diğer taraftan gerek kanunların gerekse idari teşkilatlanmanın karmaşık ve sistematikten yoksun olması nedeniyle meydana gelen zarara mağdurun katlanması gibi bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁹.

Sonuç

İdarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararın kusur sorumluluğu kapsamında telafi edilebilmesi için, sorumluluk hukukunun genel prensipleri uyarınca ortada idarenin hukuka aykırı bir işlemi, bu işlem nedeniyle meydana gelen zarar ve zarar ile işlem arasında nedensellik bağının mevcut olması gerekmektedir. İçtihadi hata, idarenin yapmış olduğu her hukuka aykırı işlemde sorumlu tutulmasını engellemeye yönelik, objektif ölçütler barındırmayan, bu yönüyle de kötüye kullanım riski barındıran ve köken itibarıyla esinlendiği Fransa'da terkedilmiş bir teoridir. Elbette, idari yargı mercilerinin yukarıda yer verilen kararlarında sık sık zikrettikleri veçhile, idarenin her hukuka aykırı işlemi tazmin sorumluluğunu gerektirmemektedir. Ancak bunun sebebi içtihadi hata değil ortada herhangi bir zararın söz konusu olmaması veya idarenin işlemiyle nedensellik bağı kurulamayan ve dolayısıyla idareye atfedilemeyen bir zararın söz konusu olması durumudur.

İdarenin işlemi nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi için, her idarenin işleyebileceği türden olmayan bir kusurun aranması argümanı hatalı ve subjektif niteliktedir. Anayasa ve kanun çerçevesinde yetki kullanan ve mevzuat hükümlerine uygun hareket etmekle yükümlü olan idare, ortaya çıkan zarara sebep olan kusurdan hiçbir halde müstesna değildir. Kusursuz sorumluluğun kabul edildiği modern dünya düzeni içerisinde, zararın söz konusu olduğu ve bu zararın idareye atfı kabil olduğu bir uyumsuzlukta, kusurun bir dereceye kadar ağır olması şartını aramak adalete ve hakkaniyete uygun olmayacağı gibi idareyi de ataletle sürükleyebilecek niteliktedir. Zira bu bakış açısı, idareye önemsiz ve hafif nitelikte sakat işlem yapabilme ehliyeti bahsetmektedir. Ortaya çıkan zararın tazmin edilmesinin önünde engel oluşturan, sakatlığın önemli ve ağır olması kriteri de öngörülebilirlikten yoksundur. Anayasanın 2'nci ve 125'inci maddeleri gayet açıkken, hiçbir idare, zarar meydana getirmiş bir işlemi nedeniyle yargı bağımsızlığı benzeri bir muameleye mazhar olmamalıdır.

Olması gereken, hizmet kusurunun ortaya çıkış gerekçeleri ve özellikleri dikkate alınarak yapılacak yargılamada, zarar odaklı bakış açısının benimsenmesi ve böylelikle idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle ilgililerin mağduriyetlerinin giderilmesidir. İdarenin zarara sebebiyet veren işleminin hangi gerekçeyle hareket edilerek yapılmış olduğu, sorumluluğun tespiti aşamasında değil tazmin edilecek zararın miktarının tespitinde önem arz etmektedir. Tüm bu sebeplerle, içtihadi hata teorisinin bir an önce terk edilmesi hukuk devleti olmanın gereklerindedir.

⁶⁸ Gözübüyük – Dinçer, 187.

⁶⁹ Günay, 373.

Kaynakça

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 5. Baskı, 2021
- Derbil, Süheyp. *İdare Hukuku*. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 5. Bası, 1959.
- Duran, Lütfi. "İçtihat Kroniği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33/1-2, (1967), 318-362.
- Duran, Lütfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*. Ankara: TODAİE Yayını, 1974.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku - C. II*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2009.
- Kemal Gözler. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin, 18. Baskı, 2016
- Gözübüyük, A. Şeref / Dinçer, Güven. *İdari Yargılama Usulü*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 1999
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*. Ankara: Turhan Kitabevi, 7. Baskı, 2010
- Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetmelik Yargısı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 1996
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2010.
- Günday, Metin. *İdarenin Takdir Yetkisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doçentlik Tezi, 1982.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 19. Bası, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Bası, 2016.
- Ozansoy, Cüneyt. *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1989.
- Özay, İl Han. *Günüşğında Yönetim II - Yargısal Korunma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, 2010.
- Özkaya, Nilay Arat. *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 1. Baskı, 2015.
- Tandoğan, Haluk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes'uliyet Hukuku*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1961.
- Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 6. Baskı, 2015, (Yıldırım vd.).
- Yüksek Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1973
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku - C. I*. Ankara: Yetkin Basımevi, 1. Baskı, 2012.

Makale Bilgi Formu

Yazarın Katkıları: Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

Çıkar Çatışması Bildirimi: Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Telif Beyanı: Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

Destek/Destekleyen Kuruluşlar: Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

Etik Onay ve Katılımcı Rızası: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

İntihal Beyanı: Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.