

İdarenin Sorumluluğunda Kesin Zarar - Muhtemel Zarar Ayrımında Ciddi Şans Kaybının Yeri^(*)

The Place of Severe Loss of Chance in the Difference of Certain Damage - Probable Damage in the Responsibility of the Administration

Arş. Gör. Berk YILMAZ^(**)

Öz:

Günümüzde idarenin faaliyetlerinden doğan zararlardan sorumlu olması, modern devletlerde kabul edilen hukuk sisteminin temel gereklerinden bir tanesidir. Buna göre idare, eylem ve işlemlerinden doğan zararları gidermekle yükümlüdür. Zarar, idarenin sorumluluğu için kabul edilen üç temel şarttan biridir. Öğretide zarar kavramına ilişkin bazı temel özellikler kabul edilmektedir. Kural olarak zarar, şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin anlamda ortaya çıkmalıdır. Ayrıca gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararların tazmini de gerek öğretide gerekse Danıştay kararlarında kabul edilmektedir. Şans kaybı, henüz gerçekleşmemiş ve gelecekte gerçekleşme ihtimali taşıyan zarardır. Gerçekleşmesi kesin kabul edilebilecek şans kaybı halleri ciddi şans kaybı olarak nitelendirilmektedir. Bu durumlarda idarenin sorumluluğu ayrıca gündeme gelmektedir. Ciddi şans kaybının tazmini konusu öğretide tartışılmaktadır. Danıştay kararlarında zarar kesin değilse tazmininin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Makalede ciddi şans kaybı niteliğindeki zararların kesinliği varsayımından hareketle bu tür zararların tazmini gerektiği sonucuna ulaşılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

İdarenin Sorumluluğunda Zarar Kavramı, Zararın Kesinliği, Muhtemel Zararlar, Ciddi Şans Kaybı.

Abstract:

Today, the administration's liability for damages arising from its activities is one of the basic requirements of the state governed by rule of law accepted in modern states. Accordingly, the administration is obliged to compensate for the damage arising from its actions and procedures. Damage is one of the three basic conditions accepted for the liability of the administration. Some basic features of the concept of harm are accepted in the doctrine. As a rule, the damage must be clearly established beyond doubt. In addition, compensation for damages that are certain to occur in the future is accepted both in the doctrine and in the decisions of the Council of State. Loss of chance is damage that has not yet occurred and may occur in the future. Situations where the loss of chance is certain to occur are

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 06.11.2024 - Makale Kabul Tarihi: 07.01.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: berkyilmaz@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5401-9183>.

considered severe loss of chance. In these cases, the responsibility of the administration also comes to the fore. The issue of compensation for severe loss of chance is discussed in the doctrine. In the decisions of the Council of State, it is concluded that if the damage is not certain, compensation is not possible. The article aims to reach the conclusion that such damages should be compensated based on the assumption of the certainty of damages in the nature of severe loss of chance.

Keywords:

Concept of Damage under the Responsibility of the Administration, Certainty of Damage, Possible Damages, Severe Loss of Chance.

GİRİŞ

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde idare, kamu yararı amacıyla faaliyetlerini sürdürür ve bu amaçla yerine getirdiği bu faaliyetlerde kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. Bu çerçevede idarenin tek taraflı, icrai, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve kamu yararı amacıyla idari işlem yapma yetkisi bulunur. Kamu yararı amacıyla faaliyette bulunan idare, hukuka aykırı eylem veya işlemde bulunmak gibi bir tutum ve davranışta bulunamaz. Bununla birlikte idarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden birisidir. Nitekim Anayasa'nın 125. maddesi (md.) uyarınca *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* Söz konusu hükme göre idarenin, devletin bir başka organı olan bağımsız ve tarafsız yargı tarafından denetlenmesi hukuk devletinin bir diğer gereğidir. Türk Hukuku'nda idarenin yargısal denetiminde adli yargıdan ayrı bir idari yargı kolu oluşturulmuş ve kural olarak idari uyuşmazlıkları çözmekle yetkilendirilmiştir.

İdarenin yargısal denetiminde esasen tesis ettiği idari işlemlerin hukuka uygunluğunun incelendiği iptal davaları hukuk sistemlerine dahil olmuştur. Dar görevli idari yargı sistemi olarak da ifade edilen bu sistemde, idari işlemlere karşı hukuka aykırılıkları gerekçesiyle iptal davası açılabilir. Bu tür sistemlerde, uğranılan zararın giderimi için açılacak davalar, genel görevli yargı yerinde (adliye mahkemelerinde) görülmektedir. Geniş görevli idari yargı sisteminde ise iptal davalarının yanı sıra en çok idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ortaya çıkan zararların giderilmesi ve bazı durumlarda iptal talebi dışında idari eylemlere karşılık eski hale getirme, saldırının durdurulması gibi taleplerin yer aldığı tam yargı davası da açılabilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md.2'de idari dava türleri olarak iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar şeklinde üç dava türü düzenlenmektedir. İdarenin eylem ve işlemlerinden zarar görenlerin zararlarının tazmini için tam yargı davası açması gerekmektedir. Tam yargı davasında idarenin kusurlu veya kusursuz

sorumluluk hallerinin mevcut olup olmadığı değerlendirilir. İdarenin sorumluluğu ise bir malvarlığı sorumluluğu olup bu sorumlulukta idare, bir kimseye verdiği zararı genelde belli bir miktar paranın zarar gören kişinin malvarlığına aktarmasıyla tazmin etmektedir¹. Mahkemenin idarenin sorumluluğuna hükmedebilmesi için ortaya bir zararın çıkması, idarenin davranışının olması ve ortaya çıkan zararlar idarenin davranışı arasında illiyet bağının kurulması şeklinde üç unsurun varlığı aranır².

İdarenin sorumluluğunun şartlarından biri olan zarar kavramı diğer hukuk dallarında olduğu gibi idare hukukunda da sıklıkla tartışılan kavramlardan biridir. Makalede “idari yargıda zarar” kavramı ele alınarak öğretilde yapılan “kesin zarar - muhtemel (müstakbel, olası) zarar” ayrımı³ kapsamında şans kayıplarının tazmini konusuna ilişkin hangi zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğinin tespiti amaçlanmaktadır. Nitekim ciddi şans kaybı olarak da ifade edilen bazı hallerde zarar, gerçekleşmesi kesin nitelikli görülebilir. Makalede bu ayrım üzerinden şans kaybının tazminine ilişkin sonuçlara ulaşılması amaçlanmaktadır.

I. TÜRK İDARE HUKUKU’NDA ZARAR

Türk Hukuku’nda zarar kavramı, genel olarak bir kişinin mal veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen azalma ya da artmanın önlenmesi olarak tanımlanmaktadır⁴. Bir diğer ifadeyle hukuk düzeninin tanıdığı ve koruduğu maddi veya manevi varlığın ihlale bağlı olarak ihlal öncesi ile sonrası arasındaki farktır⁵. Türk idare hukukunda zarar, diğer hukuk dallarına benzer şekilde sorumluluğun unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle zarar, idarenin

¹ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Onuncu Baskı, 2024, s. 824-825.

² Siddik Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967, s. 1714; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt: 2 İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Sekizinci Baskı, 2016, s. 670-673; Atay, İdare Hukuku, s. 836; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı, 2024, s. 600; Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Üçüncü Baskı, 2019, s. 1294; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onaltıncı Baskı, 2024, s. 722; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, 2020, s. 198.

³ Öğretilde ve Danıştay kararlarında kesin zararların idare tarafından tazmin edileceği, muhtemel zararlar bakımından ise kural olarak idare tarafından tazmin etme esasının bulunmadığı ifade edilmektedir. Gözübüyük/Tan, s. 675; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Çağlayan, s. 726; Atay, İdari Yargılama Hukuku, s. 351; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Öñüt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Altıncı Baskı, 2024, s. 324; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onyedinci Baskı, 2024, s. 267; Candan, s. 201; Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2413; Fatma Ebru Gündüz/Melike Özge Çebi Buğdaycı, “İdarenin Sorumluluğunda Yansımaya Zarar”, TBB Dergisi, S. 174, Y. 2024, s. 129-130.

⁴ Atay, İdare Hukuku, s. 836; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 600; Gözübüyük/Tan, s. 675-676; Gözler, s. 1298; Çağlayan, s. 724.

⁵ Atay, İdare Hukuku, s. 837.

sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağı tüm uyuşmazlıklarda aranan zorunlu şartlardan biridir. Nitekim bir kimsenin malvarlığında meydana gelen zararlar-
dan kendisinin sorumlu olması genel kural iken, sorumluluk sebeplerinin varlığı
halinde bu zararlardan üçüncü kişilerin veya idarenin sorumluluğu gündeme ge-
lir. Sorumluluk, genel olarak bir kişinin veya idarenin kendi fiillerinden üçüncü
kişilerin zarara uğramaları halinde bu zararları tazmin yükümlülüğüdür. Bu çerçe-
vede idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için ilk şart, tazmini gereken
bir zarar olmasıdır. Bunun yanı sıra idarenin olumlu ya da olumsuz davranışı ve
ortaya çıkan zararlar idari davranış arasında nedensellik bağının mevcudiyeti de
gerekir. Bu üç şartın varlığı halinde bir kimsenin mal veya şahıs varlığında mey-
dana gelen zararlardan kendisi değil, idare sorumlu olmaktadır.

A. Zararın Özellikleri

Zararın idari etkinlik ile doğrudan doğruya ve kesin nitelikte bir ilişkiden
kaynaklanması gerekir⁶. Buna göre zarar, idarenin eylem veya işlem tesis etmesi,
olumlu bir hareketiyle meydana gelebileceği gibi hareketsiz kalması şeklinde de
ortaya çıkabilir. Bu iki durum arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İdarenin
olumlu hareketi, bir eylemde bulunmak veya bir idari işlem tesis etmek şeklinde
olabilir. Bir başka ifadeyle idare, bu durumda hareketsiz kalmamakta, tam aksine
eylem veya işlemde bulunarak belirli bir hareket tarzını benimsemektedir. Bu
da idarenin olumlu davranışı olarak ifade edilir. İdare, olumlu davranış yanında,
yasal olarak işlem ya da eylem yapması gereken bir konuda hareketsiz kalarak da
zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bir diğer ifadeyle hiçbir eylem veya
işlemden bulunmadan, herhangi bir hareket tarzı benimsemeden zararın meydana
gelmesine yol açabilir. İdarenin olumsuz davranışı olarak da ifade edilen bu halde
zararla idarenin olumsuz davranışı arasında nedensellik bağının varlığı kurulabi-
lirse, idare yapması gereken bir konuda hareketsiz kaldığı için idarenin kusurlu
sorumluluğu ortaya çıkar. İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin kamu hizmeti
faaliyetlerinde “kusurlu” bir davranışta bulunarak meydana gelen zarardan so-
rumlu olması, bu zararları tazmin etme yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir⁷.

Zarar çeşitleri, maddi veya manevi zarar şeklindedir. Bir kimsenin iradesi
dışında malvarlığında meydana gelen eksilme veya kesin nitelikli artışın engel-
lenmesi, “maddi zarar” olarak ifade edilmektedir⁸. Öte yandan bir kişinin, kişi
olarak sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, şeref, haysiyet gibi kişilik hakları-
na yönelik bir ihlâl dolayısıyla ortaya çıkan cismani ve manevi acı, elem, ıstırap

⁶ Ender Ethem Atay/Hasan Odabaşı/Hasan Tahsin Gökcan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdare-
nin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2003, s. 158.

⁷ Çağlayan, s. 673.

⁸ Atay, İdare Hukuku, s. 837; Çağlayan, s. 728; Candan, s. 199.

manevi zarar olarak tanımlanmaktadır⁹. Öğretide maddi zararlar, mala verilen zararlar ile şahsa verilen zararlar; manevi zararlar ise şan, şeref, kişilik haklarına verilen zararlar, estetik zararlar, fiziksel veya manevi acılar şeklinde alt başlıklar altında incelenmektedir¹⁰. Buna göre kişinin taşınmaz ve taşınır mallarına verilen zararlar ile kişinin maruz kaldığı bedensel zararlar ve kişinin ölümü, maddi zarar kalemlerinin bilinen en önemli örnekleridir. Bir manevi değere dokunan, estetiğe yönelik gerçekleşen, fiziksel acı ve üzüntüler ile duygusal acı çekmesine yol açan zararlar ise manevi zarar olarak ifade edilmektedir. Danıştay maddi zararların tazmini istemiyle açılan davalarda tazmin edilecek zararın mal varlığında gerçek, kanıtlanabilir bir azalma veya artma olanağından yoksun kalma niteliğinde bulunması gerektiğini belirtmektedir¹¹. Manevi zararlar ise Danıştay'a göre, meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik değil, manevi anlamda zarar gören kişinin manen tatminin sağlamaya yönelik bir tazmin aracı olarak kabul edilmektedir¹².

İdari yargıda zararın hukuken korunan bir menfaate yönelik olması esası benimsenmektedir. Bir diğer ifadeyle zararın tazmini için zarar gören kişinin bir hakkının ya da meşru bir menfaatinin ihlal edilmesi gerekir¹³. Danıştay, hazineye ait bir tarlada buğday ve lahana yetiştiren bir çiftçinin her ne kadar işgalci olsa da ekilen ürünler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması nedeniyle DSİ'nin kusuru sonucu ürünler üzerinde meydana gelen zararlardan DSİ'nin (idarenin) sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Karara göre, "... söz konusu tarlanın davacının mülkiyetinde olmayıp Hazineye ait bulunması, davacının işgalci olması, buğday ve lahana ürününün, davalı DSİ Genel Müdürlüğü'nün hizmet kusuru sebebiyle su baskınına uğradı-

⁹ Atay, İdare Hukuku, s. 837; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 600; Çağlayan, s. 728; Candan, s. 199.

¹⁰ Gözler, s. 1299-1308.

¹¹ Danıştay İDDK, E. 2022/3762, K. 2023/1591, K.T.: 05.07.2023; Benzer kararlar için bkz.: Danıştay 6. D., E. 2022/5123, K. 2023/9994, K.T.: 27.12.2023; Danıştay 13. D., E. 2021/3782, K. 2023/5000, K.T.: 23.11.2023; Danıştay 8. D., E. 2020/347, K. 2023/171, K.T.: 26.01.2023; Danıştay 12. D., E. 2019/1267, K. 2022/1433, K.T.: 24.03.2022.

¹² "Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlamaktadır. Tam yargı davalarının ve manevi tazminatın belirlenen niteliği gereği takdir edilecek manevi tazminat miktarının, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi, olayın, zararın ve varsa idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirilmeyecek, bir başka ifade ile benzeri hak ihlallerinin bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı olacak şekilde belirlenmesi, bununla birlikte olayın meydana geliş şekli, idari faaliyetin niteliği ve idarenin sorumluluk sebebi gözetilerek hakkaniyetli ve makul bir tutarı aşmaması gerekmektedir." Danıştay 6. D., E. 2022/7865, K. 2024/198, K.T.: 11.01.2024; Benzer kararlar için bkz.: Danıştay 6. D., E. 2022/5123, K. 2023/9994, K.T.: 27.12.2023; Danıştay 10. D., E. 2023/293, K. 2023/7175, K.T.: 21.11.2023; Danıştay 6. D., E. 2019/15147, K. 2023/8023, K.T.: 08.11.2023; Danıştay 12. D., E. 2023/4460, K. 2023/5357, K.T.: 26.10.2023.

¹³ Atay, İdare Hukuku, s. 842; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 602; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Beşinci Baskı, 2019, s. 316; Sarsıkoğlu, s. 2414.

ğının tespiti halinde, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Zira buğday ve lahana ürününün, davacı tarafından ekildiği, davacının mülkiyetinde olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla su baskınına uğrayan buğday ve lahana ürününde ortaya çıkan davacının uğradığı zararın, hizmet kusurunun tespiti halinde, davalı idarece tazmini sorumluluk hukuku ilkelerinin gereğidir.”¹⁴

Zararın tazmini için öğretide “parayla ölçülebilir olma” şartı aranmaktadır¹⁵. Bir diğer ifadeyle Türk İdari Yargı Sistemi’nde aynen tazmin değil, nakden tazmin ilkesi benimsenmektedir. İYUK md.2 tam yargı davaları, “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından” açılan davalar olarak tanımlanmakta, düzenlemede talep konusuna ilişkin olarak parayla ölçülebilirlik bakımından bir sınırlama yoktur. Ancak Danıştay içtihatlarında, tam yargı davasına konu edilebilecek hak ihlalinde mahkemelerce parasal bir tazmin kararı verilmektedir¹⁶.

Teori ve uygulamada kişinin, bir hakkına yapılan saldırının durdurulması ya da hakkının iade edilmesi (aynen tazmin) gibi parasal tazmin dışında da taleplerde bulunması mümkün ise de bu tür talepler tam yargı davası açılması şeklinde değil, hakkın iadesi için idareye başvurulması ve bu başvuru neticesinde idarenin açık veya zımni ret kararı üzerine iptal davası açılarak söz konusu olabilir. İptal kararı verilmesi halinde kararın gereğini yerine getirme yükümlülüğü gereği idare, kararı uygulayarak kişinin talebi yönünde bir sonuç elde edilebilir. Bu bağlamda açılacak iptal davası ile birlikte bu süreçte uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini için ayrıca tam yargı davası açılabilmesi de mümkündür. Türk İdari Yargı Sistemi’nde aynen tazmin ilkesi ve eski hale getirme bakımından ayrı ve açık bir düzenleme söz konusu olmadığı için yargılama tekniği bakımından da izah edilen sürecin işletilmesi gerekecektir. Dolayısıyla Türk İdare Hukuku’nda idarenin sorumluluğu bakımından kural olarak nakden tazmin ilkesi geçerli olup ortaya çıkan zararların, parasal ölçülebilir nitelikte olması önem taşımaktadır.

Bir diğer özellik, zararın özel ve olağandışı nitelik taşıyor olmasıdır. Bu unsur, zararın bir topluluğun üyelerinin tamamının ortak nitelikteki zararları şeklinde olması halinde bu zararın tazmininin kabul edilmeyeceği anlamına gelmesidir¹⁷. Bir

¹⁴ “Ancak, davacının işgal ettiği Hazine arazisine ekim yapmak suretiyle sağladığı bu yararın, davacıdan tahsil olunacak ecrimisil hesabında dikkate alınacağı tabiidir.” Danıştay 10. D., E. 2009/6921, K. 2013/4338, K.T.: 13.05.2013.

¹⁵ Onar, s. 1752; Gözübüyük/Tan, s. 678; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 616; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, 2024, s. 353; Çağlayan, s. 727-728.

¹⁶ “Uğranılan zararın aynı olarak giderilme olanağı bulunmayan tam yargı davalarında, tazmini istenilen zararın para olarak ve TL cinsinden ifade edilmesi zorunludur. Bu haliyle tazmini istenilen zarar ise, davaya konu edildiği tarihte uğranılan zarar miktarını ifade eder.” Danıştay 10. D., E. 1995/6440, K. 1997/4796, K.T.: 24.11.1997. Benzer yönde başka bir karar için bkz.: Danıştay 10. D., E. 1993/4139, K. 1994/5234, K.T.: 28.10.1994.

¹⁷ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 159.

diğer söyleyişle zarar, belli bir veya birden fazla kişi üzerinde etkisini göstermeli ve bu durum topluluğun diğer üyeleri karşısında özel ve olağandışı nitelik taşımalıdır. Öğretideki bir görüşe göre bu unsur idarenin kusursuz sorumluluğu bakımından geçerli olup idarenin kendi kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olmasında zararın özel ve olağandışı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır¹⁸.

B. Zararın Kesin ve Gerçek Olması

Zarar kavramına ilişkin yukarıda verilen özelliklerin yanı sıra kural olarak zararın gerçek ve kesin olması şartı aranmaktadır. Gerçek ve kesin kavramları birbirinden farklı iki kavram olup sözlük anlamıyla gerçek, *“Yalan olmayan, doğru olan şey; çın, ciddi, hakikat”*, kesin ise *“Şüphe ve duraksamaya yer bırakmayan veya geri dönülmeyen; kati”* anlamına gelmektedir¹⁹.

Zararın gerçekliği, zararın meydana gelmiş olması, hakikatte zararın mevcut olması; zararın kesinliği ise zararın şüpheyne ve duraksamaya meydan vermeyecek şekilde kati anlamda ortaya çıkmış olması anlamına gelir. İdari yargıda idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kural olarak zararın tahakkuk etmiş olması ve kesin olarak etkilerini doğurması şartı aranmaktadır. Ayrıca henüz gerçekleşmemiş olsa da gerçekleşmesi kesin, mevcut bir durumun devamı niteliğindeki zararlar da kesinlik şartına sahiptir²⁰. Henüz doğmamış ve gelecekte doğması basit bir ihtimalin ötesine geçemeyecek nitelikteki muhtemel zararların tazmini mümkün değildir²¹. Ayrıca zarar tehlikesinin olması, idarenin tazmin borcunu doğurmaz²². Dolayısıyla idarenin tazmin borcunu gerektiren bir zararın varlığı için kesinlik şarttır. Kural olarak zararın gerçekleşmiş olması gerekli ise de gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararların da tazmini kabul edilmektedir²³.

Öğretide ve Danıştay kararlarında ihtimale dayanan, mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün olmayan zararların tam yargı davasına konu edilemeyeceği benimsenmektedir²⁴. Buna göre ihtimal, idarenin sorumluluğuna gidilmede yeterli

¹⁸ Gözler, s. 1335-1338.

¹⁹ Türk Dil Kurumu, E.T.: 05.09.2024, <https://sozluk.gov.tr>.

²⁰ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, Ankara, Turhan Kitabevi, Otuzdördüncü Bası, 2015, s. 323; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 155; Çağlayan, s. 726.

²¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, Yirmisekizinci Baskı, 2023, s. 614; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Kaplan, s. 315.

²² Çağlayan, s. 726.

²³ Gelecekte doğması kesin olan zararların tazmini Türk borçlar hukukunda da kabul edilmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.54 uyarınca *“Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar.”* ile *“Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”* bedensel zararlar kapsamında değerlendirilmekte ve haksız fiil şartlarının oluşması halinde tazmini gerekmektedir.

²⁴ Gözübüyük/Tan, s. 676; Atay, İdare Hukuku, s. 841; Gözler, s. 1324; Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, 2022, s. 620; Candan, s. 201.

bir hukuki sebep değildir. Muhtemel ve tahakkuk etmemiş sonuçlar giderilmesi gereken zarar kapsamında kabul edilmemektedir²⁵. Danıştay'a göre *"İdari işlemlerin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusurunun varlığına kanıttır. Ve bu durumda idarenin sorumlu tutulması tabiidir. Ancak idari işlemler nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması da gerekmektedir. Gerçekleşmesi olanı bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır."*²⁶

İdari yargıda kural olarak gerçekleşmiş ve kesin zararların tazmini kabul edilse de gelecekte gerçekleşecek bazı zarar türlerinin tazmini kabul edilmektedir. Örneğin uygulanması ve düzenlenmesi itibarıyla borçlar hukukunun konusuna giren destekten yoksun kalma tazminatı idarenin sorumluluğu bakımından gündeme gelebilir. Destek, bir kimseye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve olayların olağan akışına göre bu şekilde bakması ihtimali yüksek olan kimsedir²⁷. Destekten yoksun kalma tazminatı ise desteğin ölümü sebebiyle destekten yararlanan veya yararlanacak kişinin içinde bulunduğu veya bulunacağı hayat seviyesinden, ölenin desteğinden yoksun kalması anlamına gelir²⁸. Çalışmanın konusu bakımından gerçek destek - farazi destek ayrımı önemlidir. Gerçek destek, ölüm gerçekleştiği anda başkasına/davacıya fiilen ve düzenli destek olan gerçek kişidir. Farazi destek ise, ölüm anında kendisi ile destek gören arasında fiilen ve düzenli bir bakım ilişkisi olmamasına rağmen ileride destek görene bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir²⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatı her ne kadar borçlar hukukuna ait bir kavram olarak yer alsa da idarenin sorumluluğunda da uygulanabilir bir kavram olarak karşımıza çıkar. İdari yargıda bir kişi tarafından destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için desteğin ölümünün gerçekleşmiş olması, bu ölümden idarenin sorumlu tutulması ve bu iki temel şartın yanında ölen desteğin bakım yardımına muhtaç olunması gerekir³⁰. Destekten yoksun kalmada farazi

²⁵ Karahanoğulları, s. 620.

²⁶ Danıştay 10. D., E. 1987/1324, K. 1990/278, K.T.: 15.09.1990.

²⁷ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ondördüncü Bası, 2018, s. 103; Eren, s. 865.

Benzer yönde tanım Danıştay tarafından da benimsenmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre destekten yoksun kalma tazminatı, "... ölenin mevcut ya da gelecekte olacak yardımından yoksun kalınmasından kaynaklı kuvvetle muhtemel zararı ifade eder. Ölümü anında olması bile daha sonra diğer kimse veya kimselerin bakımını kısmen veya tamamen karşılaması muhakkak olan kimse farazi destek olarak tanımlanmaktadır." Danıştay 10. D., E. 2019/10605, K. 2023/1602, K.T.: 29.03.2023.

²⁸ Eren, s. 861; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, 2019, s. 172-173.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 105-106; Antalya, s. 177-178.

³⁰ Fatma Ebru Gündüz ve Hakan Gündüz, "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, Y. 2011, s. 254.

desteğin varlığı durumunda söz konusu edilen zarar gerçekleşmiş, hesabı kesin olan bir zarar değildir. Ancak desteğin ölümünün meydana gelmesiyle beraber destekten yararlanan kişiler için gelecekte bu destekten yoksun kalma hali kesin olarak meydana gelmektedir. Danıştay, idari yargıda destekten yoksun kalan zararlar bakımından henüz gerçekleşmemiş zararlar olsa da ileride gerçekleşmesi kesin ve hesabı mümkün olan şartlarda destekten yoksun kalma tazminatına hükmetmektedir. Örneğin polis memuru olan ve hizmet içi eğitim sırasında bir komiser yardımcısı tarafından kazaen vurularak vefat etmesi nedeniyle murislerin³¹; bir kişinin cadde üzerinde karşıdan karşıya geçmek isterken yoldan geçen aracın çarpması sonucu vefat etmesi nedeniyle eş ve çocukların³²; Kilis'te Suriye sınırlarından atılan füze nedeniyle hayatını kaybeden kişinin eşi ve çocuklarının³³; operasyonda çıkan çatışmada şehit olan güvenlik korucusunun eşi ve çocuklarının³⁴; destekten yoksun kalma zararlarının tazminine karar vermiştir.

II. ŞANS KAYBI KAVRAMI VE ŞANS KAYBI HALLERİNİN TAZMİNİ KONUSU

A. Şans Kaybı Kavramı

Destekten yoksun kalma tazminatı gelecekte ortaya çıkacak zararlar bakımından geçerli olsa da desteğin ölümüyle aslında kesinleşmiş bir zarar türüdür. Şans kaybında ise zarar, destekten yoksun kalma zararlarında olduğu kadar kesinleşmiş bir konumda değildir. Zaten şans kaybında tartışılan temel husus da budur. Şans kavramının Türk Dil Kurumu'nda iki farklı tanımı bulunmaktadır. İlk anlamı "*Bir kimsenin bilgi ve emeğinden çok rastlantı sonucu elde ettiği elverişli durum; baht*", ikinci anlamı ise "*Bir olayın olabilirliği*" şeklindedir³⁵. Hukuki boyutta ele alındığında ise şans, sorumluluk hukuku bakımından bir kimsenin bir şansa dayalı olarak elde edebileceği menfaatten mahrum kalması, zararın mevcut olarak kabul edilerek tazmininin sağlanması olarak ifade edilebilir³⁶. Eş bir söyleyişle *rastlantı sonucu elde edilen elverişli durum* şeklindeki sözlük anlamıyla değil, *bir olayın olabilirliği* üzerinden hareket edilmektedir. Şans kaybının tazmini, sorumluluk hukuku bağlamında bir eylem/işlem üzerine henüz meydana gelmeyen ancak gelecekte olabilirliği kuvvetle muhtemel bazı zararların tazmini şeklindedir. Şans kaybı, olumlu bir sonuca ulaşmaya yönelik fırsat kayıpları

³¹ Danıştay 10. D., E. 2019/7459, K. 2023/6817, K.T.: 14.11.2023.

³² Danıştay 8. D., E. 2023/2276, K. 2023/5901, K.T.: 16.11.2023.

³³ Danıştay 10. D., E. 2021/4063, K. 2023/2930, K.T.: 31.05.2023.

³⁴ Danıştay 10. D., E. 2019/12437, K. 2023/2704, K.T.: 23.05.2023.

³⁵ Türk Dil Kurumu, E.T.: 08.09.2024, <https://sozluk.gov.tr>.

³⁶ Zehra Özkan, "İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1106.

olabileceği gibi olumsuz bir sonuçtan kaçınmanın engellendiği haller olarak da somutlaşabilir³⁷.

Şans kaybının tazmini konusu Türk doktrininde daha çok borçlar hukuku bakımından incelenmekte ve konunun anlatımı üç farklı örnek üzerinden yapılmaktadır. Buna göre, şans kaybının tazmini ilk olarak avukatın temyiz sürecini kaçırıp davanın vekili olduğu tarafın lehine/aleyhine sonuçlanma ihtimaline göre tazminatın gündeme gelmesidir. İkinci olarak, at yarışları alanında nakliyecilik yapan bir firmanın atı zamanında yetiştirememesi nedeniyle atın yarışa katılamama örneğidir. Buna göre, at yarışa katılsaydı yarışı kaçınıcı bitireceği kesin olarak belirlenebilir değildir. Üçüncü olarak, doktorun hastalığı doğru teşhis edememesi veya yanlış tedavi sonucunda hastanın hayatını kaybetmesi ve doğru teşhis veya tedavinin uygulanması halinde hastanın iyileşmesinin kesin olmaması örneğidir³⁸.

İdare hukuku bakımından, yukarıda verilen örneklerde konunun idareyle ilişkilendirilebilmesi ancak hekimin yanlış teşhisi ya da tedavisi neticesinde meydana gelebilecek zararlar bakımından ve at yarışına katılamama sebebinin idareden kaynaklanması halinde geçerli olabilir. Bir yarış atının, idare tarafından yarışlara katılmaktan yasaklanma kararına karşılık iptal ve zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay, giderilmesi talep edilen zararlar arasında yer alan yasaklanma süresi içerisinde yarışlara girebilseydi elde edeceği derece ve kazanaacağı para ödülünün tazmini taleplerine ilişkin olarak şu kararı vermiştir: “... Davacının atının ... yarışlara katılması halinde elde edeceği dereceler kazanacağı belirtilen ... lira toplam ikramiyenin tazmini istemi, ihtimale dayalı olup, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarardır. Bu nedenle de yukarıda belirtilen idare hukuku kuralları uyarınca bu miktarın davalı idareden tazmini mümkün değildir.”³⁹ Söz konusu karara bakıldığında Danıştay; atın, yarışlara katılması halinde belirli bir dereceyle çıkması ve buna göre para ödülüne hak kazanabilmesini, gerçekleşmesi kesin bir zarar olarak kabul etmeyerek olası bu zararın tazmini talebini reddetmektedir. Bize göre de yarışlar kapsamında sonucun herhangi bir şekilde kesinliğinin saptanması mümkün değilse yarışlara katılamama işlemlerinin iptalleriyle birlikte zarar tazmininin talebinde, yarışlara katılıp belirli bir derecenin

³⁷ “Şans kaybının tazmininde kaybedilen şansın olumlu bir sonucun gerçekleşmesine veya olumsuz bir sonuçtan kaçınılabilmesine yönelik olması da fark yaratmamaktadır. Bir şansın kaybindan bahsedilebilecek durumlardan biri, zarar görenin, ileride belirli bir avantajın gerçekleşeceği umudunu taşımasıdır... Bazı hallerde ise zarara uğrayan kişi, gerçekleşmesi muhtemel bir zarardan kaçınma umudunu taşımakta ancak davalının kusurlu davranışı bu yöndeki belirsizliği ortadan kaldırmaktadır.” Özgün Çelebi, “Şans Kaybının Tazmini”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 2, Y. 2018, s. 135.

³⁸ Zehra Özkan, Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şans Kaybının Tazmini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Ana Bilim Dalı, 2013, s. 5-6.

³⁹ Danıştay 10. D., E. 1987/1324, K. 1990/278, K.T.: 15.09.1990.

kazanılma ihtimali iddia edilerek zararın tazmininin kabulü söz konusu değildir. Belki yarışa katılamayan atın, yarışa katılan diğer atlarla geçmişte katıldığı başka yarışlar varsa buradaki performans ortalaması dikkate alınarak bu kapsamda bir hesaplama yoluna gidilebilir. Ancak böyle bir yöntemin objektiflikten uzak, zararın kesinliği bakımından sorunlara yol açabileceği tartışılabilir.

Kamu personeli seçilmesinde yapılacak sınavların ya da mülakatların iptalleri halinde de şans kaybı tazminatı gündeme gelebilir. Keza Fransız Danıştay kararlarında, idarenin aldığı bir karardan, bir karar alınmamasından veya gecikmesi gibi bazı sebeplerle bir kişinin sınavı başarması, özel ya da kamusal bir işe girmesi, bir sözleşme akdetmesi veya belirli bir miktar para kazanma şansını kaybetmesi durumlarında kesin bir zararın söz konusu olduğu ve idarenin tazmin borcunun söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁰. Türk idari yargısında da bu yönde zararların tazmini yönünde Danıştay kararları bulunmaktadır. Örneğin Danıştay, yargı kararıyla iptal edilen sözlü sınavdan sonra yeniden sınava tabi tutularak başarılı olan bir kimsenin geç atama nedeniyle yoksun kaldığı zararın tazmini gerektiğini belirtmektedir⁴¹.

B. Ciddi Şans Kaybı

İdari yargıda kural olarak zararın talep anında gerçekleşmesi şarttır. Henüz doğmamış zararların tazmini istenemez. Danıştay'a göre de *"İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş olması halinde mümkündür."*⁴² Bununla birlikte gelecekte ortaya çıkacak zararlar bazı hallerde kesinlik şartına sahip olabilir. Her somut olayda ayrıca incelenmesi gereken bir konu olmakla birlikte eğer zararın gelecekte ortaya çıkmasıyla birlikte kesinliği söz konusuysa yine idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Burada önemli olan husus, zararın henüz gerçekleşmemiş olsa da gelecekte gerçekleşmesinin ihtimal değil, kesin olmasıdır.

1. İdari Yargıda Muhtemel Zararların Tazmini Konusu

İdari yargıda ihtimale dayalı olarak ortaya çıkabilecek zararların tazmini mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle ihtimal, zarara uğrayan lehine idarenin tazminat ödemesi için yeterli bir hukuki sebep sayılmaz⁴³. Kesin zarar kavramının

⁴⁰ Gözler, s. 1325-1326.

⁴¹ "Davacının başarısız sayıldığı sözlü sınavdaki usule aykırılığın Dairemiz kararıyla saptanmış olması ve yargı kararı uyarınca yeniden yapılan sözlü sınav sonucunda başarılı olup 13.11.1997 tarihinde müfettişliğe atanması karşısında, ilgilinin usulüne uygun yapılmayan sözlü sınav nedeniyle müfettişliğe geç atanmasının idarenin hizmet kusurunu oluşturduğu açık olup; geç atandığı dönem için iş müfettiş yardımcılığı ile müfettişlik arasındaki maaş farklarının idarece tazmini gerekir." Danıştay 5. D., E. 1999/2771, K. 2002/2723, K.T.: 10.06.2002.

⁴² Danıştay İDDK, E. 2021/2823, K. 2022/1620, K.T.: 25.04.2022.

⁴³ Atay, İdare Hukuku, s. 841.

karşıtı olarak muhtemel zarar, henüz gerçekleşmemiş ve gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, ihtimale dayalı zararlar olarak ifade edilebilir. Nitekim Danıştay'a göre; *"Doğması muhtemel zararlar; gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan sadece bu konuda bir ihtimal barındıran ve zararın kesinliği şartını taşımayan zararlardır. Dolayısıyla; bu zararlar, idarenin mali sorumluluğuna yol açmayacaktır... Bu durumda; ihtimale dayanan müstakbel zararların tazmin imkanı bulunmamakta olup; davacının maddi tazminat ödenmesi isteminin hukuken kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."*⁴⁴ Buna göre idari yargıda zararın kesinliği söz konusu değilse, zararın ortaya çıkması az veya çok belirli bir ihtimal içerisinde görülüyorsa idarenin sorumluluğu hükümleri uygulanmaz. İdarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için zarar henüz gerçekleşmese de zararın gerçekleşmesinin kesin olması gerekir.

Danıştay'a benzer şekilde Yargıtay da muhtemel zararı, *"... henüz mevcut olmayan fakat riskli bir olgunun ilavesi ile gelecekte gerçekleşme ihtimali olan zarar ise muhtemel zarardır. Hukuk düzeni kural olarak mevcut zararın tazminini düzenlemiş, ancak bazı durumlarda, örneğin ölüm halinde destekten yoksun kalma zararı gibi müstakbel zararın tazminini de düzenlemiş bulunmaktadır. Buna karşılık muhtemel zararda ise riskli olgu gerçekleşmedikçe zararın tazmini mümkün değildir."* şeklinde tanımlamaktadır⁴⁵. Görüldüğü üzere Yargıtay, kural olarak muhtemel zararların tazmininin kabul edilmediğini, ancak riskli olguların gerçekleşmesi halinde uğranılan zararların tazmini yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir. Riskli olgular, riskin gerçekleşmesi halinde zararın muhtemellikten kesin zarar haline getiren birtakım sonuçlardır. İdari yargıda da benzer yönde bir kabul söz konusudur.

Acele kamulaştırma kararı nedeniyle aynı zamanda korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı statüsündeki taşınmazdan, kamulaştırma tarihi ile dava tarihi arasındaki sürede kira geliri elde edilemediği gerekçesiyle maddi zararın tazmini talebiyle açılan davada Danıştay, söz konusu alanın otopark olarak kullanımının tespit edildiğini ve buna ilişkin muhtemel bir zararın varlığı kabul edilerek idarenin sorumluluğunun söz konusu olmayacağını belirtmektedir⁴⁶. Aynı kararın

⁴⁴ Danıştay 8. D., E. 2019/9564, K. 2023/418, K.T.: 07.02.2023.

⁴⁵ Yargıtay HGK, E. 2023/2-858, K. 2023/1399, K.T.: 27.12.2023.

⁴⁶ "... bitişik tescilli taşınmazlar nedeniyle Diyarbakır Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunca yapılan incelemelerin ve değerlendirmelerin henüz sonuçlandırılmadığı, tescilli yapılarıdaki restorasyon süreci tamamlanmadan uyumsuzluğa konu taşınmaz üzerinde yeni yapı inşa edilemeyeceği, dolayısıyla doğrudan dava konusu işlemde kaynaklanan bir zararın oluşmadığı, bu nedenle uğranıldığı ileri sürülen zararlar dava konusu acele kamulaştırma kararı arasında illiyet bağı bulunduğundan bahsetme imkanı da bulunmadığından, uğranıldığı ileri sürülen zarardan idarenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı ve bu kapsamda davacının tazminat isteminin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır." Danıştay 6. D., E. 2023/1383, K. 2023/8430, K.T.: 20.11.2023.

devamında ise Danıştay, muhtemel zararların tazminine ilişkin, “Kişinin kendi isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksiklikler ile çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır. İdari yargıda tazmini gereken zararların gerçek ve kesinleşmiş olarak ortaya çıkan zararlar olması nedeniyle belli şartların gerçekleşmesi durumunda ileride elde edilmesi muhtemel gelirlerin gerçek ve kesinleşmiş olarak ortaya çıkan zarar olarak kabulü mümkün değildir.” tespitiyle bulunarak idari yargıda ancak gerçek ve kesinleşmiş zararların tazmininin benimsendiğini açıkça ifade etmektedir⁴⁷.

At yarışı örneğinde birden çok atın içerisinde olduğu bir yarış ve bu yarışın sonucuna göre kazanç elde edilmesi esas olduğundan bu zarar muhtemel zarar olarak nitelendirilebilir. Ancak bu örnekten farklı olarak otopark olarak kullanılan alan artık kullanılmadığına göre geçmişteki kazançların ortalaması esas alınarak zarar hesaplanabilir ve bu zararın tazmini yoluna gidilebilir. Kararda her ne kadar gelirin muhtemel olduğu ifade edilse de kanaatimizce burada hayatın olağan akışında otopark olarak işletilen bir alanda elde edilecek gelir muhtemel değil, kesindir. Burada muhtemel olan zararın varlığı değil hesaplanmasıdır. Hesaplama yönteminde ise geçmiş kazançların ortalaması esas alınabilir ve bu şekilde idarenin eyleminden zarar görecektir kişinin bu zararının tazmini sağlanabilir.

2. Ciddi Şans Kaybının Kesinlik-Muhtemellik Arasındaki Yeri ve Tazmin Edilebilirliği

Muhtemel zarar, idare hukukunda tazmini mümkün olmayan zarar türüdür⁴⁸. Zarar gerçekleşmişse kesin bir zarar olarak karşımıza çıkar ve nedensellik bağının varlığı halinde idarenin sorumluluğu gündeme gelir. Benzer şekilde zarar, henüz gerçekleşmemiş olsa da gelecekte gerçekleşmesi kesinse ve nedensellik bağının varlığı ispat edilirse idarenin sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır⁴⁹. Ancak kural olarak, zarar henüz gerçekleşmemiş ve gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, ihtimale dayalı zararların idare hukuku bakımından tazmini mümkün değildir. Nitekim zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirlenebilir değildir, gerçekleşme ihtimali olduğu kadar gerçekleşmeme ihtimali de olan bu tür zarar ihtimallerinin varlığı halinde idarenin sorumluluğu hükümleri uygulanmaz. Ancak kural bu olmakla birlikte özellikle Fransız Danıştay’ının bazı kararları çer-

⁴⁷ Danıştay 6. D., E. 2023/1383, K. 2023/8430, K.T.: 20.11.2023.

⁴⁸ “Tazmin borcunun doğması için sadece zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi kâfi değildir. Muhtemel ve tesadüfî bir zarar tazmin borcu doğurmaz, zararın mevcut, malûm ve muayyen olması, mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması lazımdır.” Onar, s. 1716.

⁴⁹ Atay, İdari Yargılama Hukuku, s. 352; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Karahanoğulları, s. 621; Çelik Ahmet Çelik, İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2017, s. 225.

çevesinde Türk idare hukukunda da gündeme gelen şans kaybı kavramı bu kurala bir istisna niteliğinde kabul edilebilir. Nitekim şans kaybının tazmini halinde gerçekleşmesi kesin olmayan bir zarar türünün tazmini kabul edilmektedir.

Fransız idari yargısında şans kaybına ilişkin ortaya çıkabilecek zararların tümünün tazmini kabul edilmemektedir. Bu zararların tazmini için “ciddi nitelikte” şans kaybının söz konusu olması gerekir⁵⁰. Şans kaybının ciddi olması, her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmekte olup ciddiliğe ilişkin bir kıtas belirlenmiş değildir. Örneğin bir ev sahibinin evini işgal edenlerin kamu gücü kullanılarak çıkarılması talebinin reddi üzerine açılan davada Paris İdari İstinaf Mahkemesi, ret tarihinde ev sahibinin evi daha yüksek bir miktarda kiraya verme imkânı söz konusu ise buradaki zararın kesin zarar olduğuna hükmetmiştir⁵¹. Bir yükseköğretim öğrencisinin diploma almak için gerekli şartları sağlamasına rağmen diplomasının hukuka aykırı şekilde jüri tarafından verilmediği olayda mahkeme, bu ret kararının hemen akabinde söz konusu öğrencinin elde edebileceği ciddi bir işi elde etme şansını kaybetmişse, kesin bir zarara uğradığına hükmetmiştir⁵².

Türk idare hukuku öğretisinde ciddi şans kayıplarının tazminine yönelik yaklaşımlar bulunmaktadır⁵³. Buna göre her tür şans kaybının tazmini değil ancak ciddi nitelikteki şans kayıplarında zarar, kesin ve gerçekleşecek zararlar olarak kabul edilebilir ve idarenin sorumluluk ilkelerine göre tazmini gerekmektedir. Öğretideki başka bir görüş kişinin sadece haksız yere yoksun bırakıldığı bir hak veya imkân dolayısıyla yapmış olduğu masrafların ve manevi zararın tazmininin gerektiği yönündedir⁵⁴. Danıştay şans kaybı şeklinde bir nitelendirme yapmamakla birlikte gelecekte doğması muhtemel zararlar bakımından tazminat taleplerinin reddine karar vermektedir⁵⁵. Örneğin Danıştay kararına konu olan bir olayda üniversite öğrencisi bir kişinin, başarısızlığı nedeniyle okulla ilişkisinin kesilmesi işleminin ilk derece mahkemesince iptali ve Danıştay tarafından onanması üze-

⁵⁰ Gözler, s. 1326.

⁵¹ 11 Temmuz 1989 Tarihli Hug Kararı, Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 156.

⁵² 27 Mayıs 1987 Tarihli Le Goff Kararı; Fransız idari yargısında şans kaybının tazmininde zararın kesinliği şartı her somut olay özelinde incelenmektedir. Örneğin Stade de France adlı stadyumun inşaatına ilişkin ihaleden hukuka aykırı bir şekilde elenen ve fakat ihaleye girse idi, ihaleyi kazanması hususunda hiçbir şansı olmayan ilgili firmanın bu anlamda bir zararının söz konusu olmadığına hükmedilmiştir. Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif* (Paris: 19ème édition, Dalloz, 2002), s. 269, Akt: Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 155-156.

⁵³ Çağlayan, s. 727; Gözler, s. 1325-1326.

⁵⁴ Kaplan, s. 316.

⁵⁵ “Bu durumda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle doğmuş bir zarardan söz edilemeyeceği gibi ileride doğması muhtemel zararların tazmininin de mümkün olmaması karşısında tazminat isteminin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamaktadır.” Danıştay 6. D., E. 2007/987, K. 2009/3604, K.T.: 08.04.2009; Muhtemel zararların tazmin edilemeyeceğine dair benzer kararlar için bkz.: Danıştay 10. D., E. 2016/15620, K. 2021/4165, K.T.: 21.09.2021; Danıştay 8. D., 2021/1115, K. 2021/3047, K.T.: 10.06.2021.

rine bu kişi tam yargı davası açarak öğrenimini geç bitirmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmektedir. Danıştay, doğmuş bir zararın mevcut olmadığı gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar vermiştir⁶⁶.

3. Değerlendirme

Danıştay kararlarına bakıldığında uygulamada muhtemel zararların tazminine yönelik talepler, genel olarak zararın gerçekleşmemesi ve kesin olmaması gerekçeleriyle reddedilmektedir. Kanaatimizce böyle bir kabul benimsenmiş olsa da muhtemel zararlar içerisinde bir ayrıma gidilebilir. Gerçekleşmesi ihtimaller içerisinde olan ve farklı olgulara bağlı olarak meydana gelip gelmeyeceği değişebilecek zararların tazmininde hem zararın gerçekleşmemesi hem de buna bağlı olarak illiyet bağının yokluğu gerekçesiyle bu tür zararların tazmini mümkün değildir. Ancak henüz gerçekleşme de gelecekte gerçekleşmesi kesin olarak görülebilecek ve birtakım olgu ve olaylara bağlı olmaksızın meydana gelebilecek şans kaybı zararlarının tazmini gündeme gelebilir.

Hukuki güvenlik ilkesi gereği, tazmini gereken şans kayıplarının kıstasının belirlenip ayrımının yapılması gereklidir. Nitekim muhtemel zararlara uğrayabilecek durumda olan bireylerin en azından hangi tür zararlarının karşılanacağını bilmeleri gerekir. Bu noktada belirlenebilecek kıstas, Fransız Danıştay'ının benimsediği şans kaybının "ciddi niteliği" olabilir. Bu çerçevede muhtemel zararlara ilişkin şans kaybı tanımının yapılması ve ciddi şans kaybı söz konusu olması halinde bu zararların tazmin edilmesi seçeneği benimsenebilir.

Ciddi şans kaybı, hayatın olağan akışı içerisinde istatistiki verilere de bağlı olarak gerçekleşme ihtimali oldukça yüksek zarar türü olarak kabul edilebilir. Buna göre zarar, henüz gerçekleşmemiş, gelecekte gerçekleşmesi kesin değil ancak hayatın olağan akışında objektif veriler esas alınarak zararın gerçekleşme ihtimalinin çok yüksek olduğu, zararın muhtemellikle kesinlik arasında kesinliğe çok yakın olduğu zarardır.

Hastanede yanlış teşhis/tedavi nedeniyle sakat doğan bir çocuk örneğinde⁵⁷ illiyet bağı kurulduğu takdirde o çocuk için henüz ortaya çıkmış bir zarar olmasa da gelecekte meslek yaşamında ve gündelik hayatında birtakım zorluklar yaşaması ve bazı zararların ortaya çıkması kesin olarak kabul edilebilir⁵⁸. Böyle bir kabul-

⁵⁶ "... öğrencinin daha önceki eğitim durumu da göz önünde bulundurulduğunda, düzenli bir başarı sürdüremediği, kaydı silinmeseydi bile belirtilen zamanda okulunu bitirmesinin de şüpheli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının objektif ölçülere göre doğmuş bir zararından söz edilme-yeceğinden aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki uyarılık görülmemiştir..." Danıştay 8. D., E. 1990/981, K. 1990/812, K.T.: 28.06.1990.

⁵⁷ Verilen örnek Atay, İdare Hukuku, s. 841'den alınmıştır.

⁵⁸ Gözübüyük/Tan'a göre küçük bir çocuğun vücut sakatlığı ile uğradığı zarar hesaplanırken ileride uğrayacağı zararlar da dikkate alınır ve bu zarar, muhtemel bir zarar değil, belli ve gerçek bir zarardır. Gözübüyük/Tan, s. 676.

de bu ciddi bir şans kaybı olarak nitelenebilir ve gelecekte bazı zarar kalemlerinin ortaya çıkması hayatın olağan akışı içerisinde kesin olarak ifade edilebilir. Buna göre zararların da tazmini gerekir.

Örneğin bir at yarışında idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle atın yarışa katılamaması durumunda bu atın yarışta birinci olma şansını kaçırdığı veya idarenin kamu personeli alma amacıyla yaptığı bir sınavın asli şekil sakatlığı nedeniyle iptalinin ardından sınava girmeye hak kazanan bir kişinin sınavın iptali nedeniyle kazanabileceği ihtimalini sunarak uğradığını iddia ettiği zararların tazmini talepleri bakımından bu tür örneklerde ciddi şans kaybı ortaya çıkmamaktadır. Çünkü at, yarışa katılsaydı kazanması belirli bir ihtimalin ötesine geçmemekte, kesinliğe yakın bir sonuç arz etmemektedir. Diğer örnekte ise sınav yapılsaydı tüm adaylar içerisinde kazanma durumu yine belirli bir ihtimalin ötesine geçemeyecek noktada kalmaktadır. Bu iki örnekte şans kayıpları ciddi nitelikte kabul edilmeyip tazminat taleplerinin reddi kararı verilebilir.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğu şartlarından biri olan zarar, bir kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında kişinin iradesi dışında meydana gelen azalma ya da artmanın önlenmesi şeklinde tanımlanmakta olup kavrama ait bazı temel özellikler bulunmaktadır. Bu özelliklerden biri, zararın kesin olmasıdır. Zararın kesinliği, idarenin davranışıyla birlikte zararın bu davranışın etkileriyle gerçekleşmiş olmasını ya da gelecekte gerçekleşmesinin kesin olmasını ifade etmektedir. Nitekim henüz ortaya çıkmamış olsa da gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararların tazmini de kabul edilmektedir.

Şans kaybının tazmini, bir kişinin gelecekte sahip olabileceği bir menfaatten mahrum kalma ihtimali üzerine, henüz meydana gelmeyen ancak gelecekte olabilirliği kuvvetle muhtemel nitelikli zararların tazmini şeklinde ifade edilebilir. Konu daha çok borçlar hukuku kapsamında ele alınmakta, idare hukuku bakımından öğretide sadece bazı yazarlar tarafından konudan söz edildiği görülmektedir. Nitekim idarenin sorumluluğu bakımından idarenin herhangi bir davranışı nedeniyle gelecekte olumlu bir sonuca ulaşmaya yönelik bir fırsat kaybedilebileceği gibi, olumsuz bir sonuçtan kaçınmanın engellendiği haller de mevcut olabilir. Kural olarak muhtemel zararlar, idare hukukunda tazmini kabul edilmeyen zararlardır. Bu tür durumlarda ortaya çıkabilecek zararların tazmini konusunda Danıştay, zararın kesin olarak ortaya çıkmış olması şartının sağlanmadığı gerekçesiyle taleplerin reddine karar vermektedir.

Öğretide de genel olarak gerçekleşmesi kesin olmayan, muhtemel zararların idare hukukunda tazmininin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte bazı görüşler, şans kaybı olarak kabul edilebilecek her zarar kaleminin değil, ciddi şans kaybı niteliğindeki zararların giderilmesi gerektiği yönündedir. Nitekim muhtemel zararların tazmin edilmeyeceği kuralının bir istisnası olarak ciddi şans kayıplarının tazmini kabul edilebilir. Ciddi şans kayıpları ise birtakım olgu ve olaylara bağlı olmaksızın gelecekte gerçekleşmesi kesinliğe yakın nitelikteki şans kayıpları olarak ifade edilebilir ve bu tür zararların tazmini kabul edilebilir. Hayatın olağan akışı içerisinde istatistiki verilere de bağlı olarak gerçekleşme ihtimali oldukça yüksektir. Ciddi şans kayıplarının tazminin kabul edilmesi hukuki güvenlik ilkesi ve hak arama hürriyeti bakımından önem arz etmektedir. Nitekim bu sayede hukuk devletinin gereklerinden idarenin yargısal denetimi ve idarenin sorumluluğu ilkelerine uygun hareket edilerek hukuk devleti ilkesi güçlenir. Ciddi şans kayıplarında özellikle objektif kriterler esas alınmak suretiyle istatistiki veriler ışığında zararın kesinliği ve miktarına ilişkin tespitler yapılarak ciddi şans kayıplarının tazmini yoluna gidilebilir.

KISALTMALAR

AKT	: Aktaran
C.	: Cilt
D.	: Daire
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
md.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı, 2024.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, 2019.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Onuncu Baskı, 2024.
- ATAY, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, 2024.
- ATAY, Ender Ethem / ODABAŞI, Hasan / GÖKCAN, Hasan Tahsin: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2003.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, 2020.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onaltıncı Baskı, 2024.
- ÇELEBİ, Özgün: “Şans Kaybının Tazmini”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 2, Y. 2018, s. 121-196.
- ÇELİK, Çelik Ahmet: İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2017.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Legem Yayınevi, Yirmisekizinci Baskı, 2023.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Üçüncü Baskı, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara, Turhan Kitabevi, Otuzdördüncü Bası, 2015.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt: 2 İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Sekizinci Bası, 2016.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Onbirinci Baskı, 2017.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru / GÜNDÜZ, Hakan: “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, Y. 2011, s. 225-258.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru / ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: “İdarenin Sorumluluğunda Yansıma Zarar”, TBB Dergisi, S. 174, Y. 2024, s. 127-159.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onyedinci Baskı, 2024.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Beşinci Baskı, 2019.
- KARAHANOGULLARI, Onur: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, 2022.

- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ondördüncü Bası, 2018.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967.
- ÖZKAN, Zehra: “İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1105-1138.
- ÖZKAN, Zehra: Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şans Kaybının Tazmini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Ana Bilim Dalı, 2013.
- RIVERO, Jean / WALINE, Jean: Droit administratif, Paris: 19ème édition, Dalloz, 2002. (Akt: Atay, Odabaşı ve Gökcan, s. 155-156).
- SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu: Ankara, Seçkin Yayıncılık, Altıncı Baskı, 2024.
- SARİKOĞLU, Şenel: “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2389-2422.

İnternet Kaynakları

<https://sozluk.gov.tr>

Danıştay Kararları

- Danıştay İDDK, E. 2021/2823, K. 2022/1620, K.T.: 25.04.2022.
- Danıştay İDDK, E. 2022/3762, K. 2023/1591, K.T.: 05.07.2023.
- Danıştay 5. D., E. 1999/2771, K. 2002/2723, K.T.: 10.06.2002.
- Danıştay 6. D., E. 2007/987, K. 2009/3604, K.T.: 08.04.2009.
- Danıştay 6. D., E. 2019/15147, K. 2023/8023, K.T.: 08.11.2023.
- Danıştay 6. D., E. 2023/1383, K. 2023/8430, K.T.: 20.11.2023.
- Danıştay 6. D., E. 2022/5123, K. 2023/9994, K.T.: 27.12.2023.
- Danıştay 6. D., E. 2022/7865, K. 2024/198, K.T.: 11.01.2024.
- Danıştay 8. D., E. 1990/981, K. 1990/812, K.T.: 28.06.1990.
- Danıştay 8. D., E. 2021/1115, K. 2021/3047, K.T.: 10.06.2021.
- Danıştay 8. D., E. 2020/347, K. 2023/171, K.T.: 26.01.2023.
- Danıştay 8. D., E. 2019/9564, K. 2023/418, K.T.: 07.02.2023.
- Danıştay 8. D., E. 2020/6651, K. 2023/4502, K.T.: 10.10.2023.
- Danıştay 8. D., E. 2023/2276, K. 2023/5901, K.T.: 16.11.2023.
- Danıştay 10. D., E. 1987/1324, K. 1990/278, K.T.: 15.09.1990.
- Danıştay 10. D., E. 1993/4139, K. 1994/5234, K.T.: 28.10.1994.
- Danıştay 10. D., E. 1995/6440, K. 1997/4796, K.T.: 24.11.1997.
- Danıştay 10. D., E. 2009/6921, K. 2013/4338, K.T.: 13.05.2013.
- Danıştay 10. D., E. 2016/15620, K. 2021/4165, K.T.: 21.09.2021.

Danıştay 10. D., E. 2019/10605, K. 2023/1602, K.T.: 29.03.2023.
Danıştay 10. D., E. 2019/12437, K. 2023/2704, K.T.: 23.05.2023.
Danıştay 10. D., E. 2021/4063, K. 2023/2930, K.T.: 31.05.2023.
Danıştay 10. D., E. 2019/7459, K. 2023/6817, K.T.: 14.11.2023.
Danıştay 10. D., E. 2023/293, K. 2023/7175, K.T.: 21.11.2023.
Danıştay 12. D., E. 2019/1267, K. 2022/1433, K.T.: 24.03.2022.
Danıştay 12. D., E. 2023/4460, K. 2023/5357, K.T.: 26.10.2023.
Danıştay 13. D., E. 2021/3782, K. 2023/5000, K.T.: 23.11.2023.

Yargıtay Kararı

Yargıtay HGK, E. 2023/2-858, K. 2023/1399, K.T.: 27.12.2023.