

11764

T. C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**TÜRK HUKUKUNDA
İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Zehra ALTINBAŞ
Tezi Hazırlayan : Savaş ÖZDAĞ

Ankara, 1990

TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN KUSURSUZ

SORUMLULUĞU

İÇİNDEKİLER:.....	I
KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ.....	VII-X

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARE BİLİMİNDE SORUMLULUK KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

I. KAVRAM.....	1
1. TANIM.....	1
2. DEVLET ORGANLARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ.....	4
A. YASAMA ORGANI VE FONKSİYONU AÇISINDAN...	5
B. YARGI ORGANI VE FONKSİYONU AÇISINDAN....	10
C. İCRA VE İDARE FONKSİYONU AÇISINDAN.....	12
II. TARİHSEL GELİŞİM.....	14
1. MUKAYESELİ HUKUKTA.....	14
A. SORUMLULUĞUN HAKİM OLDUĞU DÖNEM.....	14
a) İLKÇAĞ ESKİ YUNAN VE ROMA'DA DURUM.....	17
b) ORTAÇAĞ'DA DURUM.....	19
c) MODERN ÇAĞ'DA DURUM.....	20
B. ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE GÖRE SORUMLULUĞUN KABUL EDİLDİĞİ DÖNEM.....	21
C. KAMU HUKUKU NÖRMLARININ İDARİ SORUMLULUĞA HAKİM OLUŞU.....	24
a) HİZMET KUSURU TEORİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI.....	24
b) KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMININ İDARİ MESULİYET SAHASINA GİRİŞİ.....	27

II

2. TÜRK HUKUKUNDA.....	29
A. TANZİMAT`TAN ÖNCE.....	29
B. TANZİMAT`TAN CUMHURİYET`E KADAR.....	34
C. CUMHURİYET DEVRİ.....	36

İKİNCİ BÖLÜM

KUSURSUZ SORUMLULUĞUN TEORİK VE POZİTİF AÇIDAN

İNCELENİŞİ

I. TEORİK OLARAK.....	39
1. MAHİYETİ,KARAKTERİ.....	39
2. UNSURLARI.....	44
A. ZARAR.....	45
a) MEVCUT BİR ZARAR OLMASI.....	45
b) BELLİ VE GERÇEK BİR ZARAR OLMASI.....	46
c) ÖZEL BİR ZARAR OLMASI.....	48
B. ZARARA YOL AÇAN FİİLİN İDAREYE YÜKLENEBİLMESİ...	49
a) MÜCBİR SEBEB VE UMULMAYAN HALLER.....	49
b) ZARARIN MAĞDURDAN KAYNAKLANIŞI.....	52
c) ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EYLEMİ İLE ZARARIN OLUŞMASI.....	53
C. ZARAR İLE FİİL ARASINDA İLLİYET BAĞININ OLMASI..	56
3. SORUMLULUK İLKELERİ.....	58
A. GENEL OLARAK.....	58
B. HASAR KURAMI.....	62

III

C. KAMU KÜLFETLERİ ÖNÜNDE EŞİTLİK KURAMI.....	67
II. POZİTİF AÇIDAN.....	70
1. 1982 ANAYASASININ GETİRDİĞİ DÜZENLEME.....	71
A. 125 NCİ MADDE VE İDARİ SORUMLULUK.....	71
a) METNİN OLUŞUMU.....	71
b) ANLAM VE AMACI.....	73
B. ANAYASANIN SORUMLULUKLA İLGİLİ DİĞER METİNLERİ.....	78
a) TARTIŞMALI BİR MADDE-129/5.....	78
b) 137 NCİ MADDE VE ŞAHSİ KUSUR.....	83
2. DEVLET MEMURLARI KANUNUNUN 13 NCÜ MADDESİ	
AÇISINDAN İDARENİN MESULİYETİ.....	86
A. 13 NCÜ MADDE METNİ VE GEREKÇESİ.....	87
B. YAPISAL ANALİZİ.....	91
a) KAMU HUKUKUNA TABİ GÖREVLE İLGİLİ ZARAR....	91
b) PERSONEL.....	94
c) KURUM.....	95
d) ZARAR GÖREN KİŞİLER.....	96
C. GETİRİLEN DÜZENLEMENİN MAHİYETİ.....	96
a) DOKTRİNİN GÖRÜŞÜ.....	96
b) İÇTİHADİ YAKLAŞIM.....	102
c) GENEL DEĞERLENDİRME.....	106
D. KURUMUN PERSONELE RÜCUU MESELESİ.....	113
3. ÖZEL HUKUK ESASLARI VE İDARENİN SORUMLULUĞU.....	119
A. MEDENİ KANUN MADDE 48-TÜZEL KİŞİLERİN	
ORGANLARININ HAKSIZ EYLEMLERİNDEN SORUMLULUĞU.	120

IV

B. BORÇLAR KANUNU MADDE 55- ADAM ÇALIŞTIRANIN	
SORUMLULUĞU.....	123

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İÇTİHATLARDA KUSURSUZ SORUMLULUK

I. DANIŞTAYIN İDARİ MESULİYET HUKUKU AÇISINDAN KA	
KAYDETTİĞİ İÇTİHADİ GELİŞİM.....	127
1. KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMININ ORTAYA	
KONUŞU.....	131
2. İDARİ YARGIDA KUSURSUZ MESULİYET OLGUSUNU	
ANLAYIŞ TARZI.....	131
II.KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMININ UYGULANDIĞI	
HALLER.....	133
1. TEHLİKELİ FAALİYET VE ŞEYLER.....	134
2. BAYINDIRLIK İŞLERİ VE TESİSLERİ.....	137
3. HUKUKA UYGUN İŞLEMLER.....	143
4. KAMU HİZMETLERİNE KATILMA.....	145
SONUÇ.....	150
KAYNAKÇA.....	154

KISALTMALAR

a.g.a.	: adı geçen armağan
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.teb.	: adı geçen tebliğ
Ank.Huk.Fak.Der.	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bası
Bir.	: Birleşim
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
DDK.	: Dava Daireleri Kurulu
Dan.Mec.Tut.Der.	: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBBGK.	: İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İst.Huk.Fak.Mec.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kamu....	: Kamu Hürriyetleri
Mil.Mec.Tut.Der.	: Millet Meclisi Tutanak Dergisi
O.	: Oturum
Politika...	: Politika Bilimine Giriş
RG.	: Resmi Gazete

VI

sh.	: Sahife
S.	: Sayı
Türk Kamu Personelinin...	: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu
Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı:	Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku
Yönetim.....	: Yönetim Hukuku
Yönetmel.....	: Yönetmel Yargı



GİRİŞ

Tarihi gelişimde; rönesans ve reform hareketleri, 1789 Fransız ihtilalinin getirdiği hürriyet ve demokrasi havası, hukuk devleti sisteminin kabulü ile birlikte egemen ve sorumsuz devlet anlayışının terki, mesuliyet hukukunun, özel hukuktan sonra kamu hukuku sahasında da tatbik imkanı bulabilmesine amil oldu.

Önceleri, özel hukukun vesayeti altında kalan bu saha; bünyenin yapı ve işleyişine uygun sorumluluk kuramlarını geliştirmede gecikmedi. Roma hukukundan bu yana, özel hukukta sorumluluğun temeli kılınan kusur prensibi, doktrin ve içtihatlar vasıtasıyla objektif bir kimliğe kavuşturularak, hizmet kusuru kuramı adı altında uzun süre idarenin de sorumluluğuna mesnet oldu. Ancak, endüstriyel ve ekonomik gelişim, liberal devletten sosyal devlete geçiş neticesinde artan ve nitelik kazanan devlet faaliyetleri, potansiyel tehlike ihtiva eden devasa işletmelerin kuruluşu, anılan kuramın yetersiz kalmasına yol açınca, mesuliyet hukukunda yeni bir prensip belirdi.

Kusursuz sorumluluk adı verilen bu prensip, idari olgu ile zararlı netice arasındaki illiyet bağını, sorumluluğun mihenk taşı olarak gördü ve bir yandan her geçen gün giderek daha karmaşık bir görünüm kazanan

idari teşkilata, kusur yükleyebilmede karşılaşılan zorluğun yarattığı sakıncaları kaldırmayı, diğer yandan, tazminat hukukunda, sorumlu kılmaktan ziyade, zararın giderimini ön planda tutan sosyal amaçlı düşünceyi gerçekleştirmeyi görev ve gaye edindi.

Çalışmamız sözüedilen bu prensibin, ihdasından bu yana, idare hukukunda işgal ettiği yerin tespitine hasrolunmuştur. Özel hukuka kıyasla, idare hukukunda mesuliyet probleminin halen çözüme kavuşturulması gereken bilinmeyenleri olması, bizi böyle bir inceleme içine iten başlıca âmil oldu.

Bu çalışmada, sorumluluğun sujesi kılınan idare, yapısal ve fonksiyonel anlamıyla ele alındı. Yasama ve yargı alanındaki sorumluluk, idarenin sorumluluğundan nitelikçe ayrıldığı ve başlıbaşına bir tez konusu teşkil ettiği için, bu sahadan uzak durulmaya gayret olundu. Ancak, kimi zaman yasama ve yargı organının da, idari fonksiyona dahil işlemler yapabildikleri akıldan çıkarılmadı.

Konuya getirilen bir sınırlama, tesis olunan faaliyetin mahiyeti ile ilgili olmuştur. İdare, yalnız kamu kanunları çerçevesinde faaliyet göstermediği, özel hukuk hükümlerine tabi işlemlerde yapabildiği ve fakat özel hukukta husule gelen sorumluluk farklı esaslar taşıdığı için, biz bu sorumluluğu, incelememizin dışında tuttuk.

IX

Belirtilmesi gereken bir başka husus, çalışmamızın konusunu teşkil eden sorumluluğun, idarenin sözleşme dışı tek yanlı eylem ve işlemleri ile ilgili olduğu, idari sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluğun burada -yine aynı sebeple- ele alınmamış olduğudur.

Çalışmamızın başlığını kusursuz sorumluluk olarak koyarken, bu sahada hayli yaygın şekilde kullanılan objektif sorumluluk deyimine yer vermemek gerektiğini, zira, bu deyim, idarenin kusura dayanan sorumluluğunu da subjektif olarak değerlendirme eğiliminde olduğunu, oysa kamu hukuku sahasında hemen herşey gibi, kusur kavramının da objektif nitelikte görüldüğünü, bu sebeple objektiflik tabirinin ayırıcı bir vasfa haiz olmadığını düşündük.

Tezimizin ilk bölümünde, genel olarak kamu hukukunda sorumluluk mefhumu üzerinde durarak, devlet fonksiyonları açısından taşıdığı hususiyetleri izah etmeye çalıştık. Ayrıca sorumluluk kavramının tarihi gelişimini kusur ayrımı yapmaksızın bir kül halinde ele aldık.

İkinci bölümde, bir yanda teorik esaslarını belirlemeye, diğer yandan da kusursuz sorumlulukla ilgili mevzuatımızdaki pozitif metinleri ortaya koymaya gayret ettik.

Üçüncü ve son bölüm ise, konunun, idari yargı içtihatlarındaki gelişimine ayrıldı, muhtelif yargı kararlarından örnekler sunmaya çalışıldı.

Master tezi çerçevesindeki böyle bir çalışmayı gerçekleştirirken, konunun yeteri kadar işlenmemiş olmasının yarattığı zorluklar; tez danışmanı hocam, sayın Yrd.Doç.Dr.Zehra Altınbaş'ın bize tanıdığı rahat çalışma imkanı ile giderildi. Kendilerine teşekkür etmek istiyorum.

...

BİRİNCİ BÖLÜM
İDARE BİLİMİNDE
SORUMLULUK KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

I. KAVRAM

1. Tanım

Hukuk biliminde mesuliyet; bir şahsın hakka ve kanuna uymayan fiilinin, başkası hakkındaki zararlı neticesinden hesap vermeye mecbur olması(1) veya zarar görenin hakkını elde edebilmek için, zarar verenin mamelekine el koyabilmesi(2) anlamına gelir. Bir başka deyişle, mesuliyet, iki mal varlığı arasında bozulan ekonomik dengenin, yeniden kurulmasını gaye edinen ve bunun için gerekli müeyyideleri ihtiva eden bir hukuki müessesedir. Bu noktadan hareket ederek, idarenin hukuki sorumluluğu için de, idari faaliyetler sonucu, idare ile yönetilenler arasında, idare lehine bozulan ekonomik dengenin yeniden tesisini amaçlayan kurumdur, diyebiliriz(3).

Tanımda sorumluluğu zikrolunan idareyi, devletten

(1) Başgil, A.F.: Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi, Ankara 1940, sh.4

(2) İnan, A.N.; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), B.3, Ankara, 1984, sh.47.

(3) Yenice, K.-Esin, Y.: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.75.

ayırdetmek gerekir. Zira devlet dediğimiz siyasal ve hukuki varlık, yasama, yürütme ve yargı adı verilen üç organdan oluşmakta ve devletin sorumluluğu her üç organın da faaliyetini kapsamaktadır. Oysa, idare, anılan organlardan sadece yürütmeye ilişkindir ve yürütme organının sorumluluğu karşımıza idarenin hukuki sorumluluğu olarak çıkar. Gerçekten de idare hukuku bilimi yönünden, yürütme organı ile idare organı ve yürütme fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasında ayniyet söz konusudur ve bunların farklılığı, yalnızca anayasa hukuku alanında geçerlidir(4).

T.C. Anayasasının 101 vd. maddelerinde, yürütmenin; Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve idare olarak düzenlenmesi, idareyi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan ayrı düşünmemize sebebiyet vermemelidir. Evet, hükümet denilen bakanlar kurulu, herşeyden evvel devletin yüksek yönetimini sağlamakla görevli siyasi bir organdır. Ama aynı zamanda hükümeti oluşturan bakanlardan herbiri, devletin idari teşkilatı içinde belli bir grup idari hizmeti gören kuruluşların en yüksek idari amiri durumundadırlar. Öte yandan başbakanın, hizmet bakanlığıymışcasına doğrudan doğruya teşkilatına bağlanmış birimlerin başında olması bir yana, bakanların üzerinde de siyasi

(4) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.75-77.

ve hukuki güce sahip olması, idare içinde ayrı bir amiriyet mevki işgal ettiğini göstermektedir. Keza Cumhurbaşkanının, bakanlar kurulu ile temasta bulunması (toplantıya çağırması başkanlık etmesi vs), kararnamelere imza koyması, atama işlemleri yapması, kendine bağlı birimler vasıtasıyla (Devlet Denetleme Kurulu) idareyi denetlemesi, onun da idareden apayrı düşünülmesini engellemektedir. O halde tekrar başa dönecek idarenin, belli ölçüde devletin yürütme organı ile özdeşleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır(5).

Tanımda geçen yönetilenler ibaresini -ki burada yönetilen, zarar gören anlamındadır- faaliyetin ilişkin olduğu kamu hizmetinden yararlanan, kamu hizmetinin görülmesine katılan (ajan, imtiyaz sahibi, müteahhit) veya kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü kişiler olarak(6); idare faaliyeti ise toplumun varlığını, maddi ve manevi ihtiyaçlarını, gelişmesini sağlamayı hedef alan maddi veya teknik eylemler, düzenleyici genel ya da bireysel işlemler olarak(7) anlamak durumundayız.

(5) Günday, M.: İdare Hukuku Dersleri -1 (Giriş-İdari Teşkilat, İdari İşlemler), (Teksir), Ankara 1984, sh.6-7.

(6) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.77.

(7) Balta, T.B.: İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1970, sh.9.

Mesuliyet, idari faaliyetten doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan bir hukuki müessesedir, dedik. Zarara yol açan idari faaliyet ile bozulan iktisadi denge, ya aynen ya da zarar ve ziyan verilerek, tazminle tesis olunacaktır. Ancak, idari mesuliyet alanında aynen tazmin mümkün değildir. Çünkü bunun için, hakimın idare organlarına emir vermesi gerekir ki, bu da faal idarenin, hakim karşısındaki bağımsızlığına ters düşer(8). O halde fertlere verilen zarar dolayısıyla, idareye yükletilebilecek mesuliyet, ancak hukuki, mali mesuliyet olabilecektir(9). İşte bu sebeple incelememizin konusunu teşkil eden idarenin mesuliyeti, esas itibariyle bir tazminat davasıdır(10).

2. DEVLET ORGANLARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Özel hukuktan daha farklı bir yaklaşımla ele alındığı kamu hukuku sahasında, mesuliyet olgusunun, muhtelif devlet fonksiyonlarındaki görünümü, arzettiği hususiyetler açısından incelenmeye değerdir.

(8) Duez,P.(Çev.Senil,İ.): Mukavele Dışında Anne Kudretinin Mesuliyeti, Ankara 1950,sh.3-4.

(9) Derbil,S.: İdare Hukuku, B.5, Ankara 1959,sh.213.

(10) Duez,P.(Çev.Senil,İ.): a.g.e.,sh.3-4.

A. YASAMA ORGANI VE FONKSİYONU AÇISINDAN

Hemen belirtelim ki; bu babta incelediğimiz mesuliyet ne kanunların anayasaya uygunluğu bakımından kazai murakabeye tabi olması meselesi -bu bakımdan yapılacak denetim ayrı esaslara tâbidir- ile(11), ne de bir kanun veya teşrii kararın, idare tarafından hatalı surette tefsir olunarak, usulsüz şekilde tatbik edilmesi ile ilgilidir(12). Burada tetkik olunan mesele, kanunun kabulü keyfiyeti ile(13), yani tatbik sahasına girmesi ile, fertlerin patrimonları üzerinde meydana getireceği mesuliyettir(14). Kısacası, zarara bizzat yasama organının sebebiyet vermesi ile ilgilenilmektedir. Gerçi kanun ve teşri kararların, yürütme(idare) organının tasarruf ve ameliyeleri ile tatbik sahası bulacakları, dolayısıyla zararın kaynağının bu organın ameliyeleri olduğu düşünülebilir. Ama söz konusu tasarruf ve ameliyeler de, kanuna dayanmak hasebiyle, hukuki kıymeti haizdirler. Zararın hakiki illet ve sebebinin, burada kanun olduğu tasavvur olunmaktadır(15).

(11) Onar,S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III,B.3, İstanbul 1966,sh.1728.

(12) Sarıca,R.:"Teşri Organın Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mesuliyeti Meselesi",İst. : Huk.Fak. Mec., 1949, C.19,S.7,sh.94.

(13) Sarıca,R.: a.g.m.,sh.95.

(14) Onar,S.S.:a.g.e.,sh.1728.

(15) Onar,S.S.:a.g.e.,sh.1728.

"Teşrii fonksiyon mesuliyete yol açar mı? ya da yasa organının faaliyetleri dolayısıyla devletin mesuliyeti söz konusu olabilir mi?" sorusuna cevap almak üzere birbirinin zıddı iki görüş ortaya atılıyor.

Özellikle mesuliyet probleminin geniş şekilde incelendiği Fransa'da, teşri fonksiyonun mesuliyete yol açmayacağı kaide olarak kabul ediliyor. Fransız doktrininde ileri sürülen hakimiyet, temsili hükümet, teşri kararların umumi ve gayri şahsi mahiyeti ya da anormal istisnai zararlar tevliid edemeyeceği, parlamento üyelerinin sorumsuzluğu, teşri organın tasarruflarına karşı kazai müracaat imkanının mevcut olamayacağı, keza sosyal zaruret mülahaza ve nihayet teşri organın üstünlüğü gibi fikirlerle(16)de sorumsuzluğun felsefi, sosyal, hukuki temelleri bulunmaya çalışılıyor.

Konuya girerken teşri faaliyetinin neticesinde, teessüs eden bir kısım hakların ihlâl edilerek, hak sahiplerinin ızzar edilebileceğini peşinen kabul ettik. Böyle bir halde bizzat teşri karar yahut mevzuat zararın tazmin edilip edilmeyeceğini tasrih edebilir, ya da bu hususu sükutla geçebilir. Mevzuatta zararın tazmin edilip edilmeyeceği açıkca bildirilmişse, mesele yoktur, zarar tazmin edilir veya edilmez(17). "Eğer mevzuatta

(16) geniş bilgi için bkz. Sarıca,R.: a.g.m.,sh.99-117.

(17) Artukmaç,S.: Bizde İdarenin Kazai Murakabesi,İstanbul, 1950,sh.469

böyle bir hüküm yoksa ne olacak?" Evet, cevaplandırılması gereken sual budur.

Yukarıda Fransız hukukunun bu soruya teşri fonksiyonun mesuliyete yolaçmayacağı şeklinde cevap verdiğini belirtmiştik. Türk hukukunda da aynı görüşü savunan yazarlardan Artukmaç; "...bu takdirde devlet aleyhine tazminat davası açılmaz, malen mesuliyete gidilemez. Zira devlet, amme hükmi şahsı sıfatıyla teşri faaliyette bulunur. Amme hukuku sahasındaki faaliyet ise adalet mahkemelerinin murakabesi dışında kalır. Diğer taraftan Danıştayda böyle bir tazminat davasını inceleyemez. Çünkü Danıştayın görevi; idari fiil, karar ve mukavelelerden doğan uyumsuzluklara hasredilmiştir" diyor(18).

Başgil'e göre de:"..Türkiye'mizde adli ve idari kaza salahiyetlerinin ayrılmasına ve Devletin âmme hükmi şahsı sıfatıyla olan mesuliyetinin adli kaza mercilerinde mevzuu bahsolunamayacağına göre; Devlet Şûrasının salâhiyetine giren dâvalar, şu halde sırf idari olanlardır. Yani sırf idari faaliyetler sebebiyle hâdis olan, davalardır. Binaenaleyh bizde teşri...kararlar toptan mes'uliyet sahası dışında kalır ve kalması vâzıı kanunun takibettiği mantığa uygundur.... Şûranın bir dâvaya

(18) Artukmaç,S.:a.g.e.,sh.469.

vaz'iyed edebilmesi muhakkak surette ve filhal bir hakkın ihlal edilmiş olmasına bağlıdır. Halbuki teşrii bir karar yahut kanun hak ihlal etmez, tesis eder. Kanunun hak ihlâl ettiğini iddia etmek konunun fevkinde hak vardır demek olur. Kanunun fevkinde tabii yahut ideal bir takım haklar tasavvur olunabilir; fakat bunlar kazai merciden ve binaenaleyh müeyyideden mahrum birer tasavvur halinde kalır. Hatta kanun, hukukçuların müktesep hak dedikleri hakları bile tanımasa bundan dolayı başvuracakları mahkeme yoktur"(19).

Onar, Fransız doktrin ve içtihadının istisnai hallerde devleti teşri fonksiyondan dolayı mesul tutma çözümüne katılırken(20), çağın hukuk ve devlet anlayışını yansıtmaması sebebiyle fikirlerine, iştirak ettiğimiz Sarıca; "Kanun veya teşriî karardan husule gelen zararın devletçe tazmin edilip edilmeyeceğine dair kanun veya kararda ayrıca sarahat mevcut olmadığı takdirde devletin mes'uliyetine hükmetmek icabeder. Zira teşri organı mes'uliyet hakkında ayrıca hüküm sevk etmemekle hukuken cari ve mer'î esasları ve prensipleri zımnen benimsemiş ve kabul etmiş demektir. Bir kelime ile teşri organın sükûtunu bu yolda tefsir etmek gerektir. Binaberin teşri

(19) Başgil, A.F.: a.g.e.,sh.19-20.

(20) Bu konuda bkz. Onar, S.S.:a.g.e.,sh.1729-1723.

uzvunun bu noktadaki sükûtu Devletin mesuliyeti hakkın-
da bir karine olarak kabul etmek iktiza eder. Çünkü
-ne Esas teşkilat kanunumuzda, ne de sair herhangi bir
metinde yazılı bulunmamakla beraber- vatandaşların mü-
savatı esasının; Anayasamızın ve Cumhuriyet rejimimizin
tabiî ve zarurî icabatından olduğu muhakkaktır. Bu
prensibin hukuken nazara alınması ve rol oynaması için
behemehal bir metinde musarrah olması gerekmez..." (21).
demektedir. Yarım asır evvel dile getirilmiş olmasına
mukabil, yazarın görüşlerinin, gelişen ve değişen merî
hukukumuz çerçevesinde, bugün daha da rahat müdafaa olu-
nabileceğine inanıyoruz. Ancak bu noktada karşımıza bir
başka problem çıkmaktadır. "Zararlı neticeyi yaratan dev-
leti hangi kaza merci mesul kılacaktır?"

Yukarıda zikrolunan probleme de işaret eden Sarıca;
"bu gibi hallerde hakikatte teşri faaliyetinden dolayı
Devletin mes'uliyetinden ziyade idarenin fiilinden mü-
tevellit bir mes'uliyet bahse mevzu olmaktadır. Zira
-yukarıda arzettiğimiz vechile- kanun vâzının tazminat
hususundaki sükutunu kanunun veya teşriî kararın sebe-
biyet verdiği zarardan dolayı Devletin mes'uliyetini
kabul ettiği yolunda tefsir etmek lazımdır. Binaberin
kanunu ve teşriî kararı bu şekilde anlayacak yerde ka-

(21) Sarıca, R.: a.g.m., sh.158-159.

nunun veya kararın tatbiki dolayısıyla husule gelen zararların tazmini hususunda alâkadarlarca vaki tazminat talebini reddetmekle idarenin mezkûr kanunu veya kararı yanlış tefsir ve tatbik ettiği bihakkın iddia olunabilir ve idare aleyhine bir tazminat davası açılabilir"(22) diyor.Yazarın bu görüşü kanaatimizce probleme çözüm getirmekten uzak mevzuatın, yetersizliğini giderecek niteliktedir.

B. YARGI ORGANI VE FONKSİYONU AÇISINDAN

Teşrî fonksiyon gibi kaza fonksiyonundan dolayı da devletin mesuliyetinin bulunmadığı genel olarak kabul görmektedir. Onar'a göre; "ne medeni hukukun ve ne de idare hukukunun mesuliyet teorileri buna müsaittir; yani bu teori ve esaslardan hiçbirisi kaza fonksiyonundan dolayı devletin mes'uliyetine esas olamaz: filhakika memurla Devlet arasındaki münasebetlere tatbik edilemeyen istihdam edenlerin mes'uliyeti hakkındaki kusur karinesi-ne müstenit medeni hukuk mes'uliyet teorisi, kaza fonksiyonuna evleviyetle tatbik edilemez; çünkü hâkimle Devlet arasında akdi bir münasebet mevcut olmadığı gibi,

(22) Sarıca, R.:a.g.m.,sh.160-161.

memurla olduğu şekilde hiyerarşik bir rabıta da yoktur, Devlet hiç bir zaman hâkime emir, direktif ve talimat veremez ve onun kaza faaliyetlerini murakabe eyleyemez.. İdare hukukundaki mes'uliyet esaslarından hiçbirisi de tatbik edilemez; kaza organları müstakil çalıştıkları için, kazai faaliyetlerin ifası ve icrasında bir hizmet kusuru bahis mevzuu değildir, hasar, hukuki müsavat gibi esasların da bu sahada tatbik kabiliyetleri yoktur" (23).

Hukuk tekniğı açısından, yazarın tesbitinde haklı olduğu açıktır. Ancak mevcut sorumluluk teorilerinin yetersizliğı, zannımızca kaza fonksiyonunun sorumsuzluğına mesnet olamaz. Zira, bu halin hak ve adalet duygusuyla telif olunamayacağı bir yana; sujeye mesuliyet teveccüh edebilmek için sorumluluk prensiplerinden önce, bizi zarar ve illiyet bağı unsurları üzerinde durmayıp götüreren hukuk mantığına da ters düştüğü belirgindir. Fakat bunun ötesine geçerek, kazai tasarrufların kesin hüküm kuvvet ve mahiyetine haiz olduğu, kazai fonksiyona mesuliyet yükleyebilmek için, tetkik konusu kesin hükmün oluş ve tekemmül safhalarını ve dolayısıyla kesin hükümle kapanmış olan davayı yeniden ele almak gerektiğı, bunun ise herşeyden evvel kaziye-i muhkeme de denilen kesin hüküm müessesesinin esaslarına aykırı düşeceği söylenebilir (24).

(23) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1732-1733.

(24) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1733.

Kazaî muameleleri mesuliyet hududunun dışında görülenler de; esas itibariyle bu hususu "kazaî fonksiyondan dolayı mesuliyet tevveccüh etmez" anlayışına gerekçe yapmakta ve mahkemelerce verilen nihai kararların kesin hüküm teşkil etmesinin sosyal düzen açısından şart olduğunu, aksi halde sabit ve müstekar kararların çıkmasının mümkün olamayacağını(25) ve memlekette davaları kesip atmaya imkan kalmayacağını(26) belirtmektedirler. Bununla beraber kanunların istisnai hükümler de öngördükleri meselâ tapu işlemlerinden dolayı devlete birinci derecede mesuliyet yükledikleri görülmektedir. Yine usulüne uygun çağırılan tanıklara tazminat verilmesi, birlik kişilere ve re'sen görevlendirilen müdafiiilere ücret ödenmesinin bu kabilden olduğu ifade edilmektedir(27). Ancak sayılan bu haller, kanuni sarahate dayanmakta ve netice olarak kaza fonksiyonundan dolayı devletin mesuliyeti pek mahdut bir sahaya inhisar etmektedir.

C. İCRA VE İDARE FONKSİYONU AÇISINDAN :

Yasama ve yargı fonksiyonunun verdiği zararlardan dolayı devletin -aksini düşündüğümüzü belirtmekle bera-

(25) Artukmaç, S.: a.g.e., sh.44; Duguít, L. (Çev.Derbil, S.); Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 1954, sh.169.

(26) Başgil, A.F.: a.g.e., sh.21.

(27) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1734; Derbil, S.; a.g.e., sh.217.

raber- kaideten sorumluluğunun bulunmadığı, var olan istisnai mesuliyetin de mahdut bir sahaya inhisar ettiği yukarıda anlatıldı. Oysa incelediğimiz idare fonksiyonunda durumun bambaşka olduğu görülmektedir. Yasama ve yargı organlarının pasif olmasına, tahrik olunmadıkça harekete geçmemelerine, esas fonksiyonlarının karar almaktan ibaret olmalarına mukabil; aktif bir yapı arzeden idare organları, kendiliklerinden harekete geçebilmekte, bir başlarına karar alabilmekte, her türlü hukukî tasarruflar yapabilmenin ötesinde, maddi neticeler istihsal edebilmektedirler(28). Yasama ve yargı organlarınca verilen kararları uygulamak da idare organlarına düşer. İşte bu durum idare organlarının husule getirebilecekleri zararların çok çeşitli olmasına(29) ve hukukî, malî mesuliyet prensiplerinin esas itibarıyla idari fonksiyonda tatbik sahası bulabilmesine amil olmaktadır. Burada daha fazla izaha girişmeden söz konusu prensipleri ilgili bölümlerde incelendiğini belirtmekle yetinelim.

(28) Derbil, S.: a.g.e.,sh.217-218; Onar,S.S.; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, B.3, İstanbul 1966,sh.3-5.

(29) Derbil,S.: a.g.e.,sh.218.

II. TARİHSEL GELİŞİM

1. MUKAYESELİ HUKUKTA

İdarenin hukukî sorumluluğunun girişiminde birbirinden farklı 3 dönemin varlığından sözedilebilir:

A. SORUMSUZLUĞUN HÂKİM OLDUĞU DÖNEM

18.yüzyıl sonuna dek süren bu dönemde, devlet ve idarenin sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Zira, anılan döneme "Egemen Devlet Anlayışı" hakimdir. Esasen bu devrede, devlet telakkilerinin müşterek vasfı, devletin sahibinin hükümdar; hükümdarın da egemenliğinin mutlak oluşudur(30). Bir başka deyişle, klasik kuvvet ve fonksiyonları elinde tutan hükümdar, devlet ile özdeştir ve mutlak anlamda sorumsuzdur(31). Bu sebeple, devletin, idarenin sorumluluğundan söz etmek hükümdarın sorumluluğunu gerekli kılar ki, bu da kulun efendisinden hesap sorması, dolayısıyla kul-efendi ilişkisinin inkârı anlamına gelir(32).

Hükümdarın gücünü kullanma vasıtası memurlarıdır ve bu memurların da, hükümdarın buyruklarına uydukları sürece, sorumlulukları bulunmamaktadır; memurlar, ancak

(30) Özdemir, N.: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Tez, Ankara 1963,sh.9.

(31) Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.79.

(32) Özdemir,N.: a.g.e.,sh.9.

hükümdarın buyrukları dışına çıktığında sorumlu kılınabilir. Bahis konusu sorumluluk ise, sadece şahsi sorumluluktur ve çoğu zaman dava edilebilmesi de hükümdarın iznine tabidir(33). Böylece, gerçekte fertler maruz kaldıkları zararlar başbaşa bırakılmaktadır. Ancak, "Egemen Devlet" düşüncesinin hüküm sürdüğü bu dönemde, ekonomik yapının liberal ekonomi felsefesine dayanması, idarenin sorumluluğunun pek sınırlanmasını temin etmektedir. Zira, devlet fonksiyonlarının bugünkü anlamda pek gelişmemiş olması(34) yönetilenlerin çıkarları ile devletin çıkarlarının sık karşılanmasına engel teşkil etmektedir(35).

"Nedir idareyi sorumsuz kılan, döneme hakim 'Egemen Devlet' Anlayışı?" Öncelikle belirtelim ki, "Egemen Devlet Anlayışı" terimi, kamu hukuku ve siyaset bilimi terminolojisinde yer almış bir kavram olmanın ötesinde, sosyal ve tarihi bir vakiydir. Kendisinden daha üstün bir kudret tanımayan, sınırsız ve mutlak bir iktidarı ifade eden egemen devlet, bundan üç asır evvel, ortaçağın sonları ile yeniçağın başlarını kapsayan uzun bir

(33) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.79.

(34) Duez, P. (Çev. Senill, İ.): a.g.e., sh.6.

(35) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.79.

zaman şeridi içinde, Avrupa'daki büyük güçler arasındaki hakimiyet mücadelesi sonunda belirdi. Taraflarını bir yanda Fransız İmparatorluğunun başını çektiği monarşilerin, diğer yanda ise feodalite, Papalık ve Roma-Cermen İmparatorluğunun oluşturduğu bu mücadeleden, monarşiler, feodalizmi yıkarak çıkarlarken, Papalık ve İmparatorluk makamının da otoritesini sarstılar(36). Böylelikle içte hakimiyetlerini, dışta bağımsızlıklarını ilan eden monarşiler; bütün bu mücadeleler esnasında "tektir, bölünemez ve devredilemez" dedikleri iktidarlarını, hukukî formüle dökme kurnazlığını gösterip, egemenlik kavramını ortaya attılar(37). Söz konusu kavram, monarşilerin ya da merkeziyetçi devletlerin teorik temelini oluşturmakla kalmadı, uzun bir süre diğer hukuk süjeleri ile olan ilişkilerine de yönverdi, bu sırada fert-devlet münasebetlerinin, kavramın getirdiği anlayıştan etkilenmemesi mümkün değildi, egemenlik ile sorumluluğun birarada olamayacağı kabul edildi(38).

Yukarıda anlatılanlar, bize yalnızca egemen devlet vakıasının yeni olduğunu göstermelidir. Oysa sorumsuz

(36) Kapani, M.: Kamu Hürriyetleri, B.4, Ankara 1976, sh.28.

(37) Kapani, M.: Politika Bilimine Giriş, B.3, Ankara 1983, sh.35.

(38) Kapani, M.: Politika..., sh.35-36.

idare telakkisi eskidir. Gerçekten de, bugünkü anlam ve unsurları ile onbeşinci-onaltıncı yüzyıllarda oluştuğu kabul edilen devleti, kavram olarak daha geriye götürecek olursak, bilfarz yöneten-yönetilen farklılaşmasının belirlediği teşekküllerin hepsini devlet olarak nitelersek(39), idarenin sorumluluğunun tarihi gelişimini incelemeye egemen devletten değil de, bu noktada başlamak gerekecektir. Ancak böyle bir yargının aşırıya kaçtığı muhakkaktır. Kanaatimizce, eski Yunan ve Roma dönemi hem başlangıç noktası olmaya, hem de egemen devlete kadar uzanan tarihi seyre ışık tutmaya elverişli niteliktedir.

a) İLK ÇAĞ ESKİ YUNAN VE ROMA'DA DURUM

Temelini; sosyal, dinî, siyasî ve ekonomik gelişmenin sonucu olarak meydana gelen ve adına polis(site) denilen teşekkülde bulan Yunan pozitif amme hukukunda; ferdi manada hak mefhumundan bahsetmek mümkün değildir. Herşeyin üstünde tutulan site karşısında, fert ikinci plandadır. Hak eğer tanınmışsa -teknik anlamda buna hak diyebilmek zordur- sitece tanınmıştır ve yine site çı-

(39) İdarenin sorumsuzluğunun, döneme egemen devlet anlayışının hakim olmasından kaynaklandığını söyledikten sonra, sorumsuz idare telakkisinin egemen devlet vakıasından eski olduğunu belirtmek çelişki gibi görünebilir, ama burada sorumluluğun sujesi idare olduğu ve gerçek anlamıyla idareve devlet kavramları bizce de

karları ile sınırlıdır(40).

Fikir alanında eski Yunan'ın en büyük iki filozofu sayılan Platon ve Aristo'da ferde devlet içinde hak tanıyan herhangi bir düşüncenin izine rastlanmamakta, her ikisi de hürriyetin antitezi olarak geliştirdiği fikirleriyle, devleti ferdin mutlak efendisi olarak tanımaktadırlar(41). Bu bağlamda iki düşünür de monisttir ve devletin gücünün sınırları üzerinde durmamışlardır. Zira, bu hal tabii bir gerçek olarak algılanmıştır(42).

Buna karşılık devleti(43) daha sağlam ve mükemmel bir teşkilata mazhar kılan Romalılarda, fert ile devlet arasındaki ilişkiler yönünden, ferdin 'civitas' adı verilen organizmanın sınırsız otoritesine bağlı bir varlık olarak görülmediğini, siyasi teşkilat içinde ferdin haklarını koruyacak prensiplerin üstün kılınmaya çalışıldığı,

onbeşinci, onaltıncı yüzyıllarda olduğu için, tarihi gelişim konusuna buradan girildi. Ancak egemen devletten önce de siyasal bir iktidarın, yönetimin varolduğu, keza tarih biliminde hadiselerin birbirinden ayrı incelenmesinin mümkün olmadığı gerçeği karşısında, daha geriye gitmeyi uygun bulduk. Yine de belirtmek gerekir ki, sosyal bilimciler ekseriye devlet teriminin geniş anlamda kullanılarak, ilkel topluluklara da bu sıfatın tanınmasına karşıdırlar.Bkz.Kapani, M.; Politika..., sh.20.

(40) Okandan, R.G.: Umumi Amme Hukuku, B.3, İstanbul 1976, sh.118-121.

(41) Kapani, M.: Kamu..., sh.17.

(42) Lipson, L. (Çev:Karamustafaoğlu, T.): Politika Biliminin Temel Sorunları, B.4, Ankara 1986, sh.182.

(43) Söz konusu kavramı nasıl anladığımızı belirtmiştik.Bkz. dipnot 39.

keza hakim olan telakkide de, hukukun ve devlet gücünün tek kaynağının, halkın iradesi olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Ancak belirtmek gerekir ki, çizilen bu müspet manzara, hâkimiyetini Roma'da sadece bir devir sürdürebilmiş(44) ve eski çağa hâkim klasik anlayışa avdet edilmiştir.

b) ORTAÇAĞ`DA DURUM

İlk çağ insanı yalnız devletin malı idi, ortaçağ insanının artık iki efendisi vardır. Devlet ve kilise(45).

Doğuda Filistin ve Suriye'de ortaya çıkan, eski dinlerin hilafına üniversal olma, kavimlerin ve devletlerin hududunu aşma gayesinde olan Hristiyanlık din ve felsefesi(46) devlet ve din otoritesini birbirinden ayırmış ve insan vicdanını devlet hegemonyasından kurtarmak istemiştir. Bu noktada beliren ve eski çağ monizminin yerini alan kilise-devlet dualizmi, ortaçağ karakteristiğine de damgasını vurur(48). Zira, etik bir muhtevaya sa-

(44) Okandan, R.G.: a.g.e.,sh.124-125.

(45) Akbay,M.: Umumi Anne Hukuku Dersleri, Ankara 1958,sh.123.

(46) Unur,Z.: Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul 1982,sh.121-122.

(47) Kapani,M.: Kamu.,sh.22.

(48) Lipson,L. (Çev.Karamustafaoğlu,T.): a.g.e.,sh.186.

hip olan ve insanlığa yeni idealler gösteren hristiyanlık dini(49), kilise tarafından amacı dışında anlaşılmak istenir ve devlet ile birlikte fertler üzerinde yaratılan tahakkümün felsefî temeli olur, çıkar.

Otoritesini kilise ile paylaşmak zorunda kalan devlet, ikinci darbeyi feodalite müessesesinin ortaya çıkışı ile yer ve giderek hakimiyeti silinmeye yüz tutar(50).

c) MODERN ÇAĞ'DA DURUM

Kentlerin büyüüp gelişmesi, nüfusun artması, uluslararası ticaretin canlanması, burjuva sınıfının belirlilişi, feodal sistem ve ekonomiyi sarsarken(51), hak, hukuk gibi kavramlara lâik yön verilerek, bunların dini görüşlerden ayırdedilmesini, Yunan ve Roma kültürlerini canlandırmayı, dini ve metafizik motiflerden arınmış, hukuksal yönü ağır basan, bir devlet teorisi geliştirmeyi hedefleyen Rönesans ve insanlar ile tanrı arasında aracılık rolü sebebiyle, hristiyanlık prensiplerini çiğneyerek, fertler üzerinde haksız ve ezici bir baskı kuran

(49) Unur, Z.: a.g.e.,sh.122.

(50) Kapani, M.: Kamu...,sh.23.

(51) Ben-Amıttay, J. (Çev.Kılıçbay, M.A.-Köker, L.): Siyasal Düşünceler Tarihi (Çağlar Boyunca Siyasal Düşüncenin Değişimi), Ankara 1983,sh.117.

din adamlarına karşı, tepkiyi ifade eden Reform hareketleri(52)de, ruhani otoriteyi temsil eden Papalığı zor duruma düşürür.

Bunlara ilaveten, statü ve zenginlik kazanmış kentsel orta sınıfların, düşünce ve hareket özgürlüğü talep etmeleri, eşit siyasal haklar ve bağımsızlık arzuları için devlete destek vermeleri, milli birliğin tanınması ve kavranması sürecini hızlandırırken, kilise ve feodal kurumlara karşı verilen mücadeleyi de pekiştirir(53). Yukarıda belirttiğimiz(54) gibi bu amansız mücadele sonunda feodal sistem yıkılır, dini otorite ise hakimiyetini kaybederken, karşımıza yeni bir olgu çıkar: Milli devlet. Böylece Avrupa'da XIV. Louis'in "Devlet, benim" sözünün anlamına yakışacak kadar büyük bir güç ve kudreti eline geçiren -ki bu hal egemenlik kavramı ile ifade olunmaktadır- mutlak monarşiler dönemi başlayacaktır(55).

B. ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE GÖRE SORUMLULUĞUN

KABUL EDİLDİĞİ DÖNEM

Rönesans ve reform hareketlerinin getirdiği hürriyet

(52) Okandan, R.G.: a.g.e., sh.508.

(53) Ben-Amıttay, J. (Çev. Kılıçbay, M.A.-Köker, L.): a.g.e., sh.117-118.

(54) Bkz. sh.15-16.

(55) Lipson, L. (Çev. Karamustafaoğlu, T.): a.g.e., sh.336.

havası uzun sürmeyecek, feodalitenin yerini alan mutlakiyetçi krallar, büyük ihtilale kadar, kitleleri istibdat idaresi altında yöneteceklerdir(56). Devrim ile birlikte, fikri alandaki gelişmelerden, sorumluluk mevzuunun pek etkilendiği söylenemez. İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi ile memurun şahsi sorumluluğu pekişmiş, idare yine sorumsuz kabul edilmiş(57), egemenlik ise hükümdardan, kamuya geçmiştir(58)

İdarenin sorumsuzluğu bu dönemin sonuna dek sürecektir, ancak 19.yüzyılın ilk yarısından itibaren, Makinlaşma ile artan ekonomik etkinlik(59), ekonomik anlayışı sarsar, müdahaleci cereyanlar belirmeye başlar. Liberal ekonomi felsefesi, yerini ekonomik ve sosyal alanda, girişken bir devlet anlayışına terkeder. Artan devlet faaliyetleri neticesinde, ferdin hemen her alanda devlet ile karşılaşması ve karşılıklı menfaatlerin çatışması ihtimali artar(60). Gelişen demokrasi ve özgürlük düşünceleri, bu noktada etkinliğini gösterir. Doğan zararların mukadderattan sayılarak, fert üzerinde bırakılmasına direnen

(56) Akbay,M.: a.g.e.,sh.133.

(57) Devrim,S.; "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden İdare Hukukundan Doğan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluğu",Türkiye Noterler Birliği, Hukuk Dergisi, 1979-1980,s.24,sh.41-42.

(58) Yenice,K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.79.

(59) Devrim,S.: a.g.m.,sh.42.

(60) Özdemir,N.: a.g.e.,sh.9-11.

Bunun için de hususi hukukta tanzim olunan istihdam edenle işçi ve müstahdem arasındaki münasebetten ve bu münasebete ilişkin mesuliyet prensibinden yararlanılır(66).

C. KAMU HUKUKU NÖRMLARININ İDARİ SORUMLULUĞA HAKİM OLUŞU

a) HİZMET KUSURU TEORİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

19. Yüzyılın ilk yarısını kapsayan ikinci dönem, devletin sorumluluğunun özel hukuk kuralları ile çözümlenemeyeceğini ortaya koyunca, kamu hukuku kurallarına göre sorumluluğun düzenlendiği üçüncü ve son döneme geçilmiştir. Doktrin bu dönemin 8 Şubat 1873 tarihli meşhur "BLANCO" kararı ile başladığı hususunda hem fikirdir. Anılan kararda, tütün idaresi işçilerinin fiili ile kızı yaralanan bir şahsın, doğan zararlarının, medeni kanuna müsteniden tazmin ettirilmesi incelenmiş ve amme hizmetlerinde istihdam edilen şahısların, fert-

(66) Başgil,A.F.: a.g.e.,sh10; Başgil sözlerine devam ederek:"Ancak bu hal devletin mesuliyeti meselesini sırf muayyen bir memurun fiili ile vaki olan zararlara hasretmektedir. Fakat ortada muayyen fiil, muayyen fail olmazsa devletin mesuliyetinden de bahsolunamayacaktır. Zira 55. maddenin verdiği kaide sigorta fikrine değil, kusur fikrine müstenittir. Böyle

Bunun için de hususi hukukta tanzim olunan istihdam edenle işçi ve müstahdem arasındaki münasebetten ve bu münasebete ilişkin mesuliyet prensibinden yararlanılır(66).

C. KAMU HUKUKU NÖRMLARININ İDARİ SORUMLULUĞA HAKİM OLUŞU

a) HİZMET KUSURU TEORİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

19. Yüzyılın ilk yarısını kapsayan ikinci dönem, devletin sorumluluğunun özel hukuk kuralları ile çözümlenemeyeceğini ortaya koyunca, kamu hukuku kurallarına göre sorumluluğun düzenlendiği üçüncü ve son döneme geçilmiştir. Doktrin bu dönemin 8 Şubat 1873 tarihli meşhur "BLANCO" kararı ile başladığı hususunda hem fiktirdir. Anılan kararda, tütün idaresi işçilerinin fiili ile kızı yaralanan bir şahsın, doğan zararlarının, medeni kanuna müsteniden tazmin ettirilmesi incelenmiş ve amme hizmetlerinde istihdam edilen şahısların, fert-

(66) Başgil,A.F.: a.g.e.,sh10; Başgil sözlerine devam ederek:"Ancak bu hal devletin mesuliyeti meselesini sırf muayyen bir memurun fiili ile vaki olan zararlara hasretmektedir. Fakat ortada muayyen fiil, muayyen fail olmazsa devletin mesuliyetinden de bahsolunamayacaktır. Zira 55. maddenin verdiği kaide sigorta fikrine değil, kusur fikrine müstenittir. Böyle (../..)

lere verdikleri zararlardan dolayı, idarenin mesuliyetinin; medeni kanun hükümlerine göre belirlenemeyeceği, hizmetin ihtiyaçlarına, devlet menfaatleri ile hususi menfaatleri telif zaruretiye göre değişen özel kaidelerle düzenleneceği kabul edilmiştir(67).

Haksız fiiller açısından idarenin mesuliyeti prensibini getiren bu karar; sözkonusu mesuliyetin, medeni hukukta haksız fiillerden dolayı, özel kişilere ilişkin mesuliyetten ayrı ve kendine özgü normlara bağlı olduğunu belirtmek suretiyle, devletin mesuliyetinin özerkliğini ortaya koyunca(68), yeni bir dönem başlamıştır.

İdari mesuliyetin özerkliğini belirledikten sonra sıra bu sorumluluk için uygun bir kaynak, ilke, mesnet bulmaya gelmiştir. Roma hukukundan bu yana özel hukukta sorumluluğun temeli kılınan "kusur" prensibi, gerçek kişilerin psikolojik varlıklarına özgü bir öge olması hasebiyle(69), idari sorumluluk sahasına direkt olarak tatbik olunamayınca, iki ihtimal belirmiştir:

olunca, devlet yalnız zararı işleyen memuru iyi seçememek kusurusundan mesul olacak ve fakat kusuru isnad edecek ortada bir fail muayyen memur bulunamayınca mesuliyet mevzu bahis olmayacaktır" demektedir. Bkz.a.g.e.,sh.11.

(67) Duez,P.(Çev.Senil,İ.): a.g.e.,sh.16;Bonnard:Précis de Droit Administratif,B.4, Paris 1943,sh.123;Özdemir,N.:a.g.e.,sh.14'den naklen.

(68) de Lemothe,D.A.L.G.(Çev.Derbil,S.):a.g.m.,sh.113.

(69) Zabunoğlu,Y.:İdari Yargı Hukuku Dersleri,(Teksir),Ankara 1980-81,sh.234.

-Ya evvelce olduğu gibi idareyi sorumlu kılmaktan vazgeçmek,

-Ya da idari faaliyetleri idare adına gerçekleştiren hakiki şahısları sorumlu olarak göstermek(70).

idari rejimin menşei olan Fransız hukukunda, doktrin ve içtihat bu iki ihtimalden farklı bir çözüm bulmaya muaffak olmuştur. Söz konusu çözüm, hizmet kusuru teorisinden başkası değildir. Garpta, Roma'dan bu yana, sorumluluğun temeli kılınan kusur prensibi, idare hukuku sahasına aynen tatbik (adapte) edilemeyince; hususi hukuktaki esaslardan tefrik olunmuş, idare hukukuna mahsus, müstakıl ve orjinal bir mefhum haline sokulmuştur(71). Buna göre mesuliyete tatbik olunacak kusur, idari faaliyeti idare adına gerçekleştiren ajanlarda veya bunların teşkilata seçiminde değil; faaliyetin, bir başka deyişle hizmetin, kuruluş ve işleyişinde aranacaktır: bu haliyle anılan kusur, hususi hukuktan tamamen farklı karakterlerdedir. Zira, iç alem ile ilgili şahsi subjektif mahiyette olmayıp, dış aleme taalluk eden, şahıslarda aranmayan, objektif nitelikte bir kusurdan bahsolunmaktadır(72).

(70) Zabunoğlu,Y.: a.g.e.,sh.235.

(71) Onar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1695.

(72) Onar,S.S.: a.g.e.,sh.C.III,sh.1695.

Hizmet kusuru kuramı, idari mesuliyet sahasında yerini denilebilir ki, 1855 tarihli Rotschilet ve yukarıda andığımız 1873 tarihli Blanco kararlarıyla almıştır. Gerçekten iki kararında müşterek tahlilinden çıkan sonuç şudur;

-İdari mesuliyet ne umumi ne de mutlaktır.

-Sözkonusu mesuliyet hizmet unsurunu kriter olarak olan bir mesuliyettir.

Nitekim doktrinde bu netice üzerinde hassaten durmuştur(73). Zira, burada yalnızca idari mesuliyetin özerkliği belirtmemekte, ayrıca sorumlulukta bir hareket noktası tayin edilmektedir. İctihadi kökü böylelikle atılan kuramın, doktrin tarafından adlandırılmasında da gecikilmemiştir.

b) KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMININ İDARİ MESULİYET SAHASINA GİRİŞİ

Kusursuz sorumluluk teorisinin ihdası, hizmet kusuru kuramının yetersizliğinden kaynaklandı(74). Ancak belirtmek gerekir ki; kusur prensibinin yetersizliğini teslim etmek, kamu hukuku için olduğu kadar özel hukuk sahası

(73) Onar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1738.

(74) Devrim,S.:a.g.m.,sh.40.

içinde yeni bir olgu oldu. Papinianus ve Ulpianus ile iki hukuk sahasının birbirinden ayrılmasından(75) bu yana, açıklıkla gözlenen, hususi hukukta sorumluluğun esasının ve yegane temelinin kusur prensibi olduğu idi.

18.yüzyılın sonu, 19.yüzyılın başı itibariyle, sanayileşmenin hız kazanması, buna paralel olarak tekniğin ilerlemesi, üretim ve taşıt araçlarında makinalaşmanın başgöstermesi, yeni enerji kaynaklarının bulunması, kentleşmenin sonucu olarak nüfusun belirli merkezlerde toplanması ile büyük şehirlerin oluşması, bunlara ilaveten emekçi sınıfın örgütlenmesi ve korunması gereği, sosyal hayatta büyük değişmelere sebep olurken(76); sorumluluk hukukunda da, kusur ilkesinin etkenliğinin azalmasına ve zararın tazmininde yeni bir dayanağın bulanmasına yol açtı(77). Böylelikle kusursuz sorumluluk kuramının uygulama alanına girdiğini görüyoruz.

Fransız ihtilalinin getirdiği sonuçlardan biri olan özel mülkiyetin saygıdeğer bir müessese olarak kabulü, öte yandan değişen devlet anlayışına paralel olarak artan bayındırlık faaliyetleri nedeniyle, idare tarafından

(75) Okandan,R.G.: a.g.e.,sh.178.

(76) Tandoğan,H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981,sh.1-2.

(77) Karahasan,M.R.: Tazminat Davaları,B.3,İstanbul 1981,sh.15.

mülkiyet hakkının sıkça ihlali ve fakat verilen zararın hukuka uygun tasarruflardan kaynaklanması, bu halin kusur prensibinin tatbikine mani olması(78), anılan kuramın idare hukuku sahasında ilk önce bayındırlık işlerine uygulanmasına amil oldu, 19.yüzyılın sonu ile 20.yüzyılın başlarında "Comas", "Regnault-Desrazier", (79) kararlarıyla da kuram belirgin bir şekilde ortaya kondu, adeta varlığı teyid edildi(80). Nihayet II.Dünya Savaşı'nı müteakiben, içtihadi gelişiminin zirvesine vardı ve hizmet kusuru teorisini nispeten gözden düşürerek, ön plana çıkmaya muaffak oldu.

2. TÜRK HUKUKUNDA

Aynı tarihsel bölünmeyi yapıp, gelişimi burada da üç dönemde incelemek mümkündür.

A. TANZİMAT'TAN ÖNCE

Döneme damgasını vuran İslamiyet, tarihi süreci de bu dinin kabulünden öncesi ve sonrası olmak üzere ikiye bölmektedir. Türk ırkı, İslamiyeti kabul etmezden evvelde, gerek Orta Asya'da gerek göçettikleri Asya

(78) Gürsoy, K.T.: İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, 3.Sempozyumu, Ankara 1980, sh.72-73.

(79) Dues, P. (Çev.Senil, İ.): a.g.e., sh.66-73.

ve Avrupa'da, muntazam teşkilatlı devletler kurmuştur. Araştırmalar bir noktada birleşmemekle beraber, genel kanı; anılan devrede, Türk devletlerine monarşik bir idarenin hakim olduğu, devlet başkanının mutlak iktidarının kısmen sınırlandığı ve hükümdara itaatin, toplumun etrafında toplandığı asgari fikirler nüvesine saygı gösterdiği müddetçe olduğu yolundadır(81).

İslamiyetin kabulü ile Türk ırkı, yepyeni bir hukuk ve devlet sistemine geçer. Küçük bir prenslikten, insicamsız olmakla beraber devasa bir imparatorluk haline gelen Osmanlı idaresinde(82) ise anılan sistem en büyük boyutlarına erişir.

"Nedir İslamiyetin öngördüğü bu yeni hukuk ve devlet sistemi?" Bir grup müellif İslamiyetin herşeyden evvel teokratik bir devlet anlayışı getirdiğini kabul ederken(83), bir başka grup müellif ise teokrasiden değil, monarşiden ve hatta cumhuriyetten sözedilebileceğini ileri sürer(84). Bu ikinci grup müelliflerden Karaman;

(80) Duez, P. (Çev. Senil, İ.): a.g.e., sh.73-74.

(81) Aldıkaçtı, O.: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası B.4, İstanbul 1982, sh.10.

(82) Onar, S.S.: "İdare İlmî ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdari ve Hukuki Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, sh.264.

(83) Okandan, R.G.: Anıte Hukukumuzun Ana Hatları, İstanbul 1968, sh.15-26; Aldıkaçtı, O.: a.g.e., sh.22; Kapani, M.: a.g.e., sh.74-75; Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.81.

"....tarihten günümüze kadar mevcut olagelmış, devlet şekillerinden hiçbirinin, İslam'ın öngördüğü devlete tam olarak uymadığını söyleyebiliriz; benzerlikler yanında önemli mahiyet farkları vardır. Monarşik devlet şekillerinde hâkimiyet tek şahısta, cumhuriyetlerde ise heyette kendini göstermektedir. İslam'da ise hakimiyet münhasıran Allah'a aittir. Allah hâkimiyetini bir şahsa veya guruba bırakmanın olduğuna göre teokrasiden söz edilemez. İslam'da halife bizzat Allah'dan aldığı bir hakimiyetin temsilcisi değildir. Halifeyi bu makama getiren ümmettir, İslam toplumdur.... İslâm devlet şeklinin, cumhuriyete büyük benzerlikler göstermesine rağmen, nev'î şahsına münhasır birşekil olduğunu söylemek en doğrusu olsa gerektir" (85).

demektedir. İslam'da devlet başkanlığı makamını ifade eden halifenin hristiyanlarda olduğu gibi tanrısal iradenin değil, peygamberin İslâm cemaati başındaki vekili olarak kabul edilmesi ve İslâm'ın ilk devirlerinde, eski doğu dinlerinden ve kilise doktrininden etkilenenlerin, halife-

(84) Karaman, H.: Anahatlarıyla İslâm Hukuku 1 (Giriş ve Anne Hukuku), İstanbul 1984, sh.180; Keskioğlu, O.: Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Ankara 1969, sh.299; Ortaylı, İ.: Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1978, sh.35.

(85) Karaman, H.: a.g.e., sh.180-181.

yi, Allah'ın vekili olarak tanımlamak istemeleri üzerine, ilk halife Ebubekir'in "Ancak hazır olmayana halef olunur" diyerek, bu teklifi reddetmesi(86), bu ikinci gurup görüşü kuvvetlendiren iddialar olarak ileri sürülmektedir.

Ancak, ister monarşiden, ister teokrasiden sözedilen tartışılmayan bir husus vardır ki, o da İslamiyet'te de devletin ve tek egemen sultanın sorumsuz olduğudur(87). Keza batıda olduğu gibi memurla devlet ya da hükümdar arasındaki ilişki de, bir vekalet münasebeti olmakta ve devlet, memurunun ne hizmet dışı şahsi fiillerinden, ne de hizmetle ilgili fiillerinden sorumlu olmaktadır. Zira, ya memur kanun nizam dahilinde ve asilden aldığı vekalet çerçevesinde hareket etmiştir ki, bu takdirde Mecelle'nin 91. maddesi hükmüne göre "Cevaz-ı Şer'i zamâna münafi olur" yani yapılması şeriatçe suç sayılmayan şey tazmini gerektirmez(88), kanun dahilinde hareket edildiği için zarar tazmin olunmaz(89). Ya da memur kanun ve nizama aykırı davranışta bulunmuştur. Bu halde de, Mecelle'nin 58.maddesine göre "Raiyye yani tebe'a üzerine tasarruf maslahatta menuttur" bir başka deyişle memur görev esnasında zarar vermeye yetkili

(86) Ortaylı, İ.: a.g.e.,sh.35.

(87) Aldıkaçtı,O.: a.g.e.,sh.20.

(88) Berki, A.H.; Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), İstanbul 1978,sh.27-28.

(89) Özdemir,N.: a.g.e.,sh.16.

değildir, vermişse şahsen sorumlu olur(90).

İşte İslamiyet'i kabul eden, İslam devlet felsefesini benimseyen Türk devletlerinde ve bu meyanda Osmanlı İmparatorluğunda, Tanzimat'a kadar uzanan manzara bu görünümde-
dir. Bu haliyle, Tanzimat öncesi dönemi, Alman müelliflerinin, polis devleti diye ifade ettikleri vaziyete de benzetmek mümkündür. Zira, bu devrede, idari teşkilatı tanzim eden kaidelerin bulunmasına ve idare edenlerin, bu esaslara göre vaki olmasına mukabil; idarenin faaliyetlerinin ve halkla olan temasının tâbi olduğu bir kaide görülememektedir(91).

İdare-sultan ve ondan yetki alan yöneticiler- her türlü tedbiri almada geniş bir takdir hakkına sahipken, kazai bir murakabeden de vareste tutulmuşlardır. Kaldı ki, bunun mümkün olabilmesi, herşeyden evvel, idarenin hukuk kaidelerine bağlı olmasını icap ettirir. Oysa, idare tamamen takdiri ve indi kaidelere bağlıdır. Olsa olsa beytülmalın, yani devlet hazinesinin -o da özel hukuk hükümleri dahilinde- sorumlu tutulabilmesi sözkonusu olabilir(92).

(90) Özdemir, N.: a.g.e.,sh.16.

(91) Onar,S.S.: Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları, Ankara 1936,sh.6-7.

(92) Onar,S.S.: Türk İdare Hukukunun...,sh.8-9.

B. TANZİMAT'TAN CUMHURİYET'E KADAR

Tanzimat'ın ilanı, bir yandan monarşik rejimden meşruti bir rejime giden yolun başlangıcı, diğer yandan da hukuk devleti prensibinin kabulü ile birlikte polis-devlet anlayışının sonu olmuştur(93). Bu dönem, idare hukukumuz bakımından, bir çok prensiplerin ortaya atıldığı, nizamnameler çıkarıldığı, yeni müesseselerin ihdas olunduğu ve yıkılan müesseselerin yerine konulanlarla, Osmanlı imparatorluğuna bir Avrupa devleti fizyonomisi verilmeye çalışılan bir dönemdir(94).

Yüzyılın başında 1808'de, II. Mahmut ile Anadolu ve Rumeli Ayanları arasında imzalanan Sened-i İttifak, ilk defa, devlet başkanının iktidarının dokunamayacağı sahalara varlığını kabul eden bir belge olarak(95), esasen 1839 Gülhane Hattı Hümayunun'dan evvel amme hukuku hareketlerini başlatmıştı. Hattı Hümayun genişletip, zenginleştirerek bu harekete hız vermiştir.

Tanzimat'tan evvel monist bir karakter arzeden hukuki yapı, fermanla birlikte dualist bir sisteme bürünür. Zira bir yanda İslâm hukuku ve bu hukuku tatbik eden şer'î mahkemeleri, diğer yandan da Batı hukukunu tatbik başlatan, yine garp menşeli müesseseler mevcuttur(96).

(93) Onar, S.S.: a.g.a., sh.288.

(94) Onar, S.S.: Türk İdare Hukukunun..., sh.10.

(95) Aldıkaçtı, O.: a.g.e., sh.38.

(96) Onar, S.S.: a.g.a., sh.289.

Bu durum devlette zaten bozuk olan hukuk birliğini iyice parçalamıştır(97).

Reformun icap ettirdiği kanun ve nizamnameleri hazırlama ve murakabe etme, yönetim işlerinde danışma, memurları yargılama, devlet ile kişi arasındaki anlaşmazlıkları çözümüleme gibi amaçlarla 1809'da kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâmı Adliyye adlı örgüt(98), yargı örgütündeki gelişmeler sonucu, 1868 yılında yeni baştan düzenlenerek, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye ve Şura-yı Devlet adı altında ikiye ayrılır. Bunlardan birincisi, adliye mahkemelerinin en yükseği (Yargıtay) olur. Fransız örneğine göre kurulan ikincisi ise, idari yargı, denetim ve nizamnamelerin incelenmesi işini üzerine alır(99).

Şura-yı Devlet'in kurulması, devletin hukuki ve mali sorumluluğunu tesise medar idari rejimin, Türkiye'de başladığı anlamına gelir(100). Vilayet meclisleri ıslahat projelerinin, vilayet temsilcilerinin iştiraki ile yine Şura-yı devlet tarafından karara bağlanması(101), anılan organa kabataslak bir yasama meclisi hüviyeti de kazandırarak, meşruti rejime bir geçiş tecrübesi olmuş-

(97) Üçok, Ç. Mumcu, A.: Türk Hukuk Tarihi, B-6, Ankara 1987, sh.342.

(98) Üçok, Ç. Mumcu, A.: a.g.e., sh.323.

(99) Onar, S.S.: a.g.a., sh.291-292; Ortaylı, İ.: a.g.e., sh.280.

(100) Özdemir, N.: a.g.e., sh.18.

(101) Aldıkaçtı, O.: a.g.e., sh.51-52.

tur(102). Ancak bu müspet gelişim pek kısa sürer. Zira, Birinci Meşrutiyet dönemini başlatan 1876 Kanun-u Esasisi, "Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakim-i umumiye aittir" hükmü ile, memurların muhakemeleri dışında, Şura-yı Devlet'in (Danıştay) yetkilerini kaldırmış, hükümet ile şahıslar arasındaki ihtilafları da, adliye mahkemelerinin görevine dahil sayarak, idari kaza ve idari rejime son vermiştir(103).

C. CUMHURİYET DEVRİ

Birinci Meşrutiyet devrinden bu yana inkitaya uğrayan idari rejim, Cumhuriyetin ilânını müteakiben kabul edilen 20 Nisan 1924 tarihli Anayasa ile, Yeni Türk devletince kabul olunur ve 669 ve 1925 tarihli Şûra-yı Devlet Kanununun tam yargı davalarını pozitif hukuk alanına getirmesiyle beraber de idari sorumluluk müessesesi yasal mesnedine kavuşur(104). Anılan kanunun 19/a maddesinde "Rü'yeti, adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku

(102) Okandan, R.G.: Anne Hukukumuzun...,sh.79; Ortaylı, İ.: a.g.e. sh.281.

(103) Özdemir, N.: a.g.e.,sh.17.

(104) Yenice,K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.82.

muhtel olanlar tarafından açılacak davalar" diye ifade olunan esas, 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun 23/A maddesinde de korunur. Müsterek olan husus, iki kanunda da, idarenin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir maddi kural öngörülmemesidir(105).

Sözkonusu kanunların yürürlükte olduğu dönemde, Şura-yı Devlet'in, idarenin hukuki sorumluluğu hakkında tutucu olduğu gözlenir. Bunun sebebini, asırlardır Türk hukuk mefküresini etkileyen, islâm hukukunun sorumsuz devlet anlayışında görmek gerekir(106).

Cihan harbinin bitimiyle birlikte, tek tük uygulamada hizmet kusuru kuramından örnekler görülmeye başlanır. 1961 Anayasasına kadar ise kusursuz sorumluluk uygulamada yok gibidir.

1961 Anayasası 114/3 maddesi ile sorumluluğu anayasal bir ilke olarak saptaması bir yana, o tarihe kadar sorumluluğun kapsamını içtihatlarda çizilen sınırın çok ötesine götürmüştür. Maddenin gerekçesinde, idarenin mali sorumluluğunun esasının ortaya konduğu, ancak tafsilatlı hükümler getirilmediği, tatbikatta kusurlu-kusursuz sorumluluk ayrımı, kusurun ağırlık derecesi ve di-

(105) Duran,L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular), Ankara 1974, sh.6.

(106) Yenice,K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.82.

ğer esasların, içtihatlarca halledilmesinin amaçlandığı belirtilmiş(107) olmakla beraber; kusursuz sorumluluk kuramının içtihatlarla yansıması için 24.12.1964 gün ve 521 sayılı Danıştay Kanunun yürürlüğe girmesi gerekmiştir. Bu tarihten sonra, kusursuz sorumluluk kuramı hızla gelinirken, hizmet kusuru kuramı da esnek bir uygulama içine sokulmuştur(108).

12 Eylül hareketinin getirdiği geniş yasal düzenlemeler çerçevesinde yürürlüğe sokulan 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü konununda da aynı hüküm korunarak, idarenin hukuki sorumluluğu konusundaki gelişim muhafaza edilmiştir.

(107) Öztürk, K.: Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C.III, Ankara 1966, sh.3153.

(108) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.83.

İKİNCİ BÖLÜM
KUSURSUZ SORUMLULUĞUN
TEORİK VE POZİTİF AÇIDAN İNCELENİŞİ

I. TEORİK OLARAK

1. MAHİYETİ, KARAKTERİ

Organik ve fonksiyonel anlamıyla idareye teveccüh eden sorumluluk; tarihi gelişimde anlatıldığı üzere, iki prensibe istinat etmektedir.

Bu prensiplerden ilki esasen özel hukuk karakterli olup, garp hukuk manzumelerine de Roma hukukundan miras kalan(1) ve bugün Kıta Avrupası hukuk nizamlarında, kadifikasyon hareketleri sonucu medeni kanunlarda yerini almış olan kusur ilkesidir(2).

İkinci prensip ise batı hukukunda istisnai bir mahiyet ve mahdut bir tatbik sahası arzederken; doğuda, islâm hukukunda, hukuki mesuliyetin esasını teşkil eden ve objektif mesuliyet olarak da adlandırılan(3) sebep olma ilkesidir(4) (4*).

(1) Onar,S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları,C.III,B.3, İstanbul 1966,sh.1683;Uman,O.N.: Hukuki Mes'uliyet,Ankara 1939,sh.9.

(2) Hizmet kusuru teorisinin ortaya çıkışı bahsinde anlatıldığı gibi, bu ilke hususi hukuktaki subjektif esaslarından sıyrılmış, kamu hukukuna has bir karakter ve objektif muhteva ile idari mesuliyet sahasına kazandırılmıştır. Bu konuda bkz.Sarıca, R.: Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İstanbul 1949,sh.3 vd.

(3) Onar,S.S.: a.g.e.,sh.1683.

(../..)

Kusur prensibinin yetersiz kalması hasebiyle idari mesuliyet sahasına giren ve ilk kez Fransız Danıştay'ın özel mülklere verilen zararların tazminine ilişkin içtihatlarında ortaya konan; böylelikle kusursuz sorumluluk kuramına münfer olan bu ilkenin mahiyet ve karakteri; kusur mefhumundan tamamen ayrılması ve objektif bir esasa dayanmasıdır. Zira burada mesuliyetten söz edebilmek için idari olgu ile zararlı netice arasındaki illiyet bağının varlığı kâfi görülmekte, kusur üzerinde hiç durulmamaktadır(5). Bir başka deyişle kusursuz mesuliyette: fiil, muamele, faaliyet veya eşya ile zarar arasında sebebiyet alâkasının mevcudiyeti tazminata hükmedilmesi için gerekli ve yeterlidir(6).

(4) Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981,sh.3, İnan, A.N.: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), B.3, Ankara 1984,sh.250-251.

(4*) Çalışmalarımız esnasında, idari mesuliyet konusu ile ilgilenen müelliflerin bu prensibi telaffuz etmediklerini, bunun yerine, muhatara (risk), kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet gibi terimlere başvurduklarını, ya da kusursuz sorumluluk kavramına yer verdiklerini gördük. Bu durum; sebep olma ilkesi teriminin esas itibarıyla hususî hukuk terminolojisine ait olmasından ziyade, kanımızca; anılan ilkenin tek başına kusursuz sorumluluğa temel olamayacağı, sorumluluğu haklı kılmaya yetmeyeceği fikir ve endişesinden kaynaklanmaktadır. Bizce, "sorumluluk için sebebiyet alakası gerekli ve yeterlidir" dedikten sonra, sebep olma ilkesinin kullanılmasında beis yoktur.

Ancak, kusursuz sorumlulukta, kusurun, tazmin borcu üzerinde hiçbir etkisinin olmaması ve idari olgu ile zarar arasındaki illiyet rabıtasının varlığının yeterli oluşu(7), bu sorumluluğun genel ve mutlak olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır(8). Yani idari faaliyetler neticesi oluşan her zarar, tazmin borcu kapsamına girmez. Çünkü amme hizmetleri topluluğu olarak kabul edilen devletin(9), sunduğu hizmetlerden istifade eden fertler, bunun olağan ve kaçınılmaz bir takım külfetlerine de katlanmak zorundadırlar. Yeter ki; hizmetlerden faydalanmada olduğu gibi, amme mükellefiyetleri olarak mütalaa olunan zararlar karşısında da, fertler arasındaki eşitlik muhafaza edilsin. Bu sebeple bir amme tesisinin mevcudiyeti veya işleyişi dolayısıyla hasıl olan zarar fertlerin bir veya bir kaç üzerinde bırakılacak olursa, bazıları eşitlik ve dengenin sağlanması için ilgililere tazminat vermek gerekecektir(10).

Bu ilke için ayrıca bkz. İmre, Z.: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet halleri, İstanbul 1949, sh.49-50; Eren, F.: Borçlar Hukuku, C.II. Genel Hükümler, Ankara 1986, sh.131-137.

(5) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1710b

(6) Duran, L.: İdare Hukuku Meseleleri, Yeni Bası, İstanbul 1964, sh.309.

(7) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular), Ankara 1974, sh.49.

(8) Duran, L.: Türkiye İdaresinin..., sh.23 vd.

(9) Duez, P. (Çev.Senil, İ.): Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti, Ankara, 1950, sh.6-7.

(10) Duran, L.: İdare Hukuku..., sh.301.

Buradan tazmin olunacak zararın bir niteliği ortaya çıkar; o da zararın genel olmayıp, belirli bir veya birkaç kişiye özgü, ağır ve olağandışı olması halidir(11). Zira ancak böyle bir halde, doğan zararın katlanılması gereken bir amme mükellefiyeti olarak kabul edilemeyeceği neticesine varılır. Gerçi bu özellik kusur sorumluluğu için de geçerlidir, ama kusursuz sorumlulukta zararın özelliği daha da daraltılmakta, ayrık ve özgül nitelikte olması aranmaktadır(12).

Kusursuz sorumlulukta; kusur mefhumuna yer verilmemesi esas itibarıyla adalet ve hakkaniyet mülahazalarının bir eseri olmuştur. Roma, Batı hukukunda, iktisadi düşünceler içinde, zarar vereni korumayı yeğleyen hakim telakki, kasur prensibine sarılırken; İslam hukukunda, Mecellenin "kavaid-i külliyesinde", "def'i mefâsid celb-i meânfi'den evlâdır" yani zararı, fenaliği ortadan kaldırmak, bir menfaat celp ve temin etmekten üstünlütulur düsturu ile ifade olunan ve böylece, mağduru daha ziyade himayeye lâyık gören anlayış; kusursuz sorumluluk kuramına münfer olan sebep olma ilkesini hukuki mesuliyetin esası olarak kabul etmiştir(13).

(11) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.49.

(12) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.50.

(13) Onar,S.S.: a.g.e.,sh.1685.

Verilen zararı, temin olunan menfaatin karşılığı olarak kabul eden bu anlayış; esas itibariyle bir adalet, hakkaniyet anlayışdır. Denilebilir ki, anılan ilkenin idari mesuliyet sahasına girişı de aynı mülahazalar neticesi olmuştur. Gerçekten ortada idari olgu sonucu oluşan bir zarar mevcut iken, kusur prensibinin idareyi sorumlu kılmaya yetmediğı -zira bu hallerde idare ya kusursuzdur, ya da kusurlu olduğunun ispatı mümkün olmamaktadır- gerekçesiyle idareyi mesuliyetten sıyırmak ve doğan zararı mağdurun üzerinde bırakmak, hukuk devletinde kabul edilebilecek bir hâl değildir. Hele tazminat hukukuna sosyal amaçlı düşünceler girmeye başladıktan sonra, sorumlu kılmaktan ziyade zararı karşılamaya önem vermek(14), böylece mağduru himaye etmek kaçınılmaz olmuştur.

Mağduru korumayı benimseyen bu kuramın, somut olayda tatbik edilebilmesi için, idari olgunun belirli bir kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olması gerektiğini belirtmek gerekir. Şüphesiz, idarenin tüm eylem ve işlemlerinde amaç kamu yararını gerçekleştirmektir, bunun aksi düşünülemez, ama kusursuz sorumluluk için idarenin açık ve kesin olarak belirli bir kamu yararını sağlamak maksadıyla idari olguyu yaratması gerektiğı kabul edilmektedir. Böylece umuma fayda temin edilirken, bir kısım ferde,

(14) Tandoğan, H.: a.g.e.,sh.13; İnan,A.N.: a.g.e.,sh.250; İmre, Z.: a.g.e.,sh.44-46.

herkes ile birlikte katlanmak durumunda kaldığı külfetlerin dışında verilen ayırık, ağır, olağandışı zararların tazmini borcu ortaya çıkar(15).

2. UNSURLARI

İdari mesuliyetin esas itibariyle bir tazminat davası oluşu(16) dolayısıyla, tazmin teorisinin bütün esasları kusursuz sorumluluk kuramı içinde geçerlidir. Ezcümle sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle;

- Bir zararın varlığı,
 - Zararı doğuran işlem ve eylemin idareye yüklenebilir olması,
 - Zarar ile idari olgu arasında illiyet bağının bulunması,
- gerekir(17). Genel şartlar olarak adlandırılan bu hususlarda birinin eksikliği, idari mesuliyeti ortadan kaldıracaktır(18).

Bunlara ilaveten, idari olgunun hukuki niteliğine ilişkin olan bir grup şart daha vardır -ki aslında genel şartlardan ayrı oldukları söylenemez- gerek kusurlu gerek kusursuz sorumluluk kuramlarının somut olaydaki tatbik sahasını belirlerler.

(15) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.50.

(16) Bkz.sh.4.

(17) Esin,Y.: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Kt.II Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, M.E. Ankara 1976,sh.22.

(18) Esin,Y.: a.g.e.,sh.22.

A. ZARAR

a) MEVCUT BİR ZARAR OLMASI

Tazminat borcunun doğabilmesi için, zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Zarardan kasıt ise, mal veya şahıs varlığında, irade dışı meydana gelen eksilme olup, bu eksilme, idari olgunun meydana gelmesinden önceki ve sonraki durumlar arasında husule gelen farkla tezahür eder(19).

Hususi hukukta olduğu gibi, idari mesuliyet hukukunda da, salt zarar tehlikesi, sorumluluğa yol açmaz. Keza, zarar vermeye teşebbüs de, tazminat doğurucu nitelikte değildir. Zira, mesuliyet hukukunda amaç; cezalandırmak değil, zararı karşılamak, tazmin etmektir(20).

Eğer davacı uğradığı zararı kanıtlayamıyan ise, tazmini gereken bir zarardan da bahsedilemeyecektir(21). Ancak, bazı hallerde, zararın doğacağı peşinen öngörülebilme ve teşri organının mesuliyeti bahsinde değiştirildiği üzere, kanun koyucu tarafından, bu zararı karşılayıcı hükümler ihdas olunmaktadır. Bir başka deyişle, zarar, kanun hükmüyle karşılanıp bertaraf edilmektedir.

(19) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik Yargısı, B.6, Ankara 1983, sh.250.

(20) Eren, F.: Borçlar Hukuku, C.II, Genel Hükümler, Ankara 1986, sh.160.

(21) Yenice, K.-Esin, Y.: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.99.

Buna mukabil, bazı hallerde ise zarar verici bir fiil tesis olunduğu ve fakat zararın husule gelmediği görülmektedir. Mesela memur statüsünden ayrılan bir personelin emeklilik dosyası kaybedilmiş, ama ilgili esasen emeklilik maaşına istihkak kesbetmediği yani subjektif bir amme hakkına sahip olmadığı için zarar doğmamıştır(22). Zararın karşılandığı veya husule gelmediği bu hallerde tazmin borcununda bulunmadığı izahtan uzaktır.

b) BELLİ VE GERÇEK BİR ZARAR OLMASI

Zarar, sorumluluğun temel şartı olduğu için, bir tahmine dayanan, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kestirilemeyen bir zarar iddiası, yargı önünde değer tanımaz(23). Ancak, bu demek değildir ki, zarardan yalnızca vukubulmuş, fiilen mevcut olan anlaşılır. Bilakis, istikbalde husule gelecek zararlar da, husulü muhakkak olmak ve keza para ile takdiri kabil bulunmak şartı ile, pekala tazmin borcunun kapsamına girer(24). Böyle bir halde ise artık muhtemel değil, belli ve gerçek bir zarardan sözedilir(25).

(22) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1715.

(23) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.99.

(24) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1716.

(25) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, Ankara 1983, sh.199.

Tazmin olunacak zararın, para ile takdirinin kabil olması şarttır. Bu durum maddi-manevi zarar meselesini ortaya koyar. Zira, mal varlığının eksilmesi ya da çoğalmasına engel olunması, yani mahrum kalınan kâr şeklinde tecelli eden(26) maddi zararların tazmininde bir ihtilaf mevcut değil iken, manevi zararların tazmininde tereddüd hasıl olmuştur.

Belirtmek gerekir, bahis konusu tereddüd maddi etkileri olmayan, salt manevi zararlara münhasırdır. Malûm olduğu üzere, manevi zararların bir de maddi etkileri olan(27), bir başka deyişle maddi bir zararın manevi sahada in'ikası şeklinde meydana gelen bir görünümü vardır ki, bu sahada doğan zararın tazmini gerektiği tam anlamıyla kabul görmektedir(28). Bir piyanistin parmaklarına, bir sporcunun bedenine verilen zararlarda olduğu gibi.

Buna mukabil, patrimuan dışı haklara, ezcümle şeref ve haysiyete, yakınlarına, vücut tamlığına yapılan saldırılar dolayısıyla duyulan acı ve üzüntülerin tazmini taleplerinin, "gözyaşları para ile dindirilemez"(29) de-

(26) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.107; Onar, S.S.: a.g.e., sh.1715.

(27) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim..., sh.199.

(28) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1717.

(29) de Lemathe, D.A.L.G. (Çev.Derbil, S.): "İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Yeni Gelişmeler", Ank. Huk.Fak.Der., 1960, C.17, s.1-4, sh.120.

nerek, Fransız Danıştayınca geri çevrildiği bir kısım içtihatlarda ise fiilin haksızlığının teslimine rağmen, sembolik bir meblağa hükmolunmakla yetinildiği görülmektedir(30). Danıştayımızın bu açıdan Fransız Danıştayına göre daha hoşgörülü olduğunu söylemek mümkündür(31). Gerçekten Yüksek Mahkeme, beden bütünlüğünün bozulması ya da ölümün vukubulması hallerinde, Medeni Kanunun 24 üncü Borçlar Kanunun ise 49 ila 47 inci maddelerinin getirdiği hükümler paralelinde manevi tazminata ilişkin talepleri karara bağlamaktadır(32).

c) ÖZEL BİR ZARAR OLMASI

Zararın bu unsuru, tazmin teorisinin yalnız idari mesuliyet hukukuna özgü bir şartıdır ve tamamen, fert-devlet ilişkilerini düzenleyen bu hukuk sahasının mahiyeti ile alakalıdır. Bilhassa, kusursuz sorumluluk kuramının tatbikinde aranan bu keyfiyet, idarenin sunduğu edimlerden yararlanmanın olağan ve kaçınılmaz bedelini teşkil eden, umuma şamil nitelikte, amme mükellefiyeti olarak mütalaa olunabilecek zararların, tazmin borcunun dışında kalmasına mâtuftur. Esasen aksini düşünmek idarenin varlık ve işleyişini pek güçleştirirdi.

(30) Onar, S.S.: a.g.e.,sh.1718.

(31) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmel.,sh.254.

(32) Yenice,K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.108;Esin,Y.:a.g.e.,sh.493.

Bu sebeple tazmin borcunu doğuran zararın, özelbir zarar olması, belli kişileri etkilemesi gerektiği kabul edilmiştir(33).

B. ZARARA YOLAÇAN FİİLİN İDAREYE YÜKLENEBİLMESİ

Bu şart ile, zarar yaratan eylem ve işlemin, idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerektiği anlaşılıp(34). Daha ziyade kusur mefhumunun ve dolayısıyla hizmet kusuru teorisininintatbikini ilgilendiren fiilin idareye atıf ve isnat olunabilmesi şartı dış etkenler neticesi oluşan zararların, idari mesuliyet sahası dışında kaldığını ortaya koyar. Şimdi bu etkenleri inceleyelim.

a) MÜCBİR SEBEB VE UMULMAYAN HALLER

Mücbir sebep (force majeure) ve umulmayan hal(cas fortuit) tabirleri, modern hukuka, Roma hukukundan geçen ve hem hususi hukukta, hem de idare hukukunda fiilin, faile atıf ve isnadını etkileyen, sorumluluk kaldırıcı halleri ifade ederler(35).

(33) Onar,S.S.: ag.e.,sh.1718; Gözübüyük,A.Ş.: Yönetim...,sh.199; Duran,L.: Türkiye İdaresinin...,sh.49.

(34) Gözübüyük,A.Ş.: Yönetim...,sh.255.

(35) Gözübüyük,A.P.: Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller,B.3,Ankara 1977,sh.22.

Yer sarsıntısı, deprem, sel gibi tabiat hadiseleri ya da harp, silah altına çağrılma, düşman istilasası, bombardıman, abluka, ihtilal, isyan gibi insan fiilleri ile ortaya çıkan mücbir sebep(36), idare tüzel kişiliğinin iradesi dışında oluşan ve önceden sezilmesi, tahmini karşı konulması mümkün bulunmayan hadiseler olarak (37), isnat ve illiyeti, dolayısıyla da tazmin borcunu kaldırırılar. Keyfiyet, hususi hukukta da farklılık taşımaz(38).

Buna mukabil, kaza veya nagihani hadise de denilen ve tesadüfi zararları anlatan umulmayan hallerin, idari mesuliyeti her zaman kaldıracakları söylenemez(39). Kavramı mücbir sebepten ayıran bu netice özel hukukta ez-cümle Borçlar Kanunumuzda da yerini almıştır. Mesela BK. 103. maddesi para borcunun ödenmesindeki gecikme, umulmayan halden kaynaklanmış olsa bile, temerrüd faizinin ödenmesine amirdir(40).

Mesuliyetin tevcihi bakımından büyük önem taşıyan ve iki mefhumu esaslı olarak birbirinden ayıran bu farklılık; mücbir sebepte olayın kökeninin, failin dışında

(36) Gözübüyük, A.P.: a.g.e., sh.26.

(37) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.102.

(38) İnan, A.N.: a.g.e., sh.477.

(39) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1819.

(40) İnan, A.N.: a.g.e., sh.476.

kalmasına karşılık, umulmayan halde sorumluluğu tartışılan kişinin (hukuki anlamda) faaliyetinin içinde olmasından kaynaklanır(41). Evet, umulmayan hallerde, mücbir sebep gibi önlenemez, ama bu, bugünün için böyledir, yarın ise aksi mümkün olabilecektir. O halde umulmayan haller, izafi, relatif, şimdilik yani geçici olarak insan kuvvet ve iradesinin üzerinde olan olaylardır. Mücbir, sebep ise mutlak bir kavramdır. Her zaman için aşılmaz yenilmez olmaya devam edecektir(42).

Umulmayan hallerde, idari mesuliyet her zaman kalkmaz, dedik. Bu durum kusursuz sorumluluk kuramı için böyledir. Gerçekten zarar esas itibarıyla, idari teşkilatın içinde bulunan bir halden kaynaklandığı, bir başka deyişle, zararın sebebini idarenin kendisi teşkil ettiği için; fiilin idareye atıf ve isnadiyeti, mücbir sebepte olduğu gibi, zayıf değildir. Gerçi, önceden tahmin ve takdire yer bırakmadığı için, ortada bir kusurun varlığından sözedilemeyecektir ama bu, kusursuz sorumluluk kuramının tatbikine bir engel teşkil etmez(43). Gözübüyük'e

(41) Yayla, Y.: "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumunu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, sh.48.

(42) Derbil, S.: İdare Hukuku, B.5, Ankara 1959, sh.236. Mücbir sebepte, nedeni bilindiği halde, karşı konulamaz bir olay sözkonusu iken, umulmayan halde nedeninin bilinmesi halinde, alınacak tedbirlerle önleme imkanı bulunan bir olayla karşı karşıya

göre, en tipik örneğini, otomobil tekerinin patlaması ya da elektrik kontağı gibi kişinin kusuru bulunmadan meydana gelen teknik arızaların teşkil ettiği(44) umulmayan hallerde, fiilin, faile atıf ve isnadiyet unsuru mevcut olduğu için, tazminat borcu da doğacaktır.

Oysa mücbir sebepte, olayı idare ile zarar arasına etkin biçimde girmiş ve illiyet bağıını koparmıştır(45). Dolayısıyla yalnız kusur değil, kusursuz sorumluluk kuramı içinde engel doğmuş ve idare mesuliyetten kurtulmuştur.

b) ZARARIN MAĞDURDAN KAYNAKLANIŞI

Zarar, mağdurun kendi fiilinden doğarsa, artık isnat kabiliyeti olmayan bir zarardan dolayı, idareyi sorumlu kılmak da mevzubahis olmaz. Ancak bu, zararın tamamıyla mağdurun fiilinden kaynaklanması haline münhasırdır. Müterafik kusur varsa, sadece sorumluluğun hafifletilmesinden bahsolunabilir(46). Aşağıya aldığımız örnek karar,

kalınmaktadır. Bu sebep, meçhul olduğu cihetle, zararı doğuran fiilin içinde mi, dışında mı olduğu bilinmemekte, mukaddem ve tali bir münasebet varsayılmaktadır. Bkz. Duez, P. (Çev. Senil, İ.): Mukavele Dışında Anne Kudretinin Mesuliyeti, Ankara 1950, sh.55-57.

(43) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1720.

(44) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim..., sh.200.

(45) Yayla, Y.: a.g.teb., sh.48.

(46) Duran, L.: Türkiye İdaresinin..., sh.81; Esin, Y.a.g.e., sh.220.

zarar görenin eyleminin ağırlığını, tartışmasız bir biçimde ortaya koymaktadır. -"...mayınlı sahada bulunan ve patlaması ile davacıların murisinin ölümüne sebep olan mayın infilakının; davacıların murisi M.G.nin mayınlı sahaya girmesi sonucu meydana geldiği anlaşılmaktadır. Jandarma eri olarak mayınlı sahayı dışardan korumakla görevli olan davacıların murisine mayınlı sahaya girmenin neticeleri önceden öğretilmiş olduğu ve devriye arkadaşı tarafından bu hareketine ısrarla mani olunmak istenildiği halde arkadaşının karakol komutanına haber vermeye gitmesinden istifade eden davacılar murisinin mayınlı sahada bulunan vurulmuş bir koyunu almak gayesiyle mayın tarlasına girdiği ve bu suretle meydana gelen bir mayın patlaması sonucu öldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu zarara sebep olan ölüm olayının bizzat davacıların murisinin hatalı hareketi ile meydana geldiği anlaşıldığından hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddine." (47).

c) ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EYLEMİ İLE ZARARIN OLUŞMASI

Mesuliyet için, zararlı eylem ve işlemin idareden sadır olması gerekir. Bu sebeple yabancı bir makam veya

(47) 12.D.31.5.1977,E.76/179,K.77/1454,Yenice,K.-Esin,Y.:a.g.e.,
sh.100.

milletlerarası teşekkül tarafından ika olunan bir zardan -iki makam arasında tesis edilmiş bir anlaşma mevcut değilse- idare masul kılınamaz(48).

Yine, idari makam sayılmayan organ ve teşekküllerin, keza idare ile hukiki rabita ve münasebeti bulunmayan fertlerin, sebep olduğu zararlardan idareye mesuliyet teveccüh etmez. Ancak seçim veya tayin olmaksızın, memurlara ve diğer ajanlara mahsus selahiyetleri kullanan ve fiili ajan olarak adlandıran şahısların(49) taahhütlerinden ve diğer tasarruflarında ilgili idarenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir(50).

Buna mukabil, idareye tamamen yabancı olan, ezcümle ne hukuki ne de fiili bir ilişkisi bulunmayan kişilerin -ki üçüncü kişiden anlaşılan da budur- eylem ve müdahalesinin yarattığı zararlı neticeden, idari sorumluluk doğup doğmayacağı konusunda, doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur.

Üçüncü kişinin kusuru, etki ve derecesine göre, kusura dayanan sorumlulukta, sorumluluğu ya tamamen kaldırır, ya da kısmen azaltır diyen, Gözübüyük ve Duran; anılan eylemin, kusursuz sorumlulukta bir etkisinin bulunmadığı kanaatindedirler(51).

(48) Onar, S.S.: a.g.e., sh.1721-1722.

(49) Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, B.3, sh.1276.

(50) Onar, S.S.: a.g.e., C.III, sh.1722.

(51) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim..., sh.201; Duran, L.: Türkiye İdaresinin, sh.80.

"....üçüncü kişiler, idari faaliyet ve hizmetlere karışıp etki yapabiliyorsa; bu, kuruluş, düzenleme ve işleyişte ve herhalde gözetim ve denetimde idarenin bir kusuru veya noksanı yüzündendir. Normal ve iyibir idarede üçüncü kişilerin yeri ve etkisi olmamak gerekir" diyen, Duran; meydana gelen zarara, idarenin tamamen yabancı ve ilişkisiz kalmadığı düşüncesiyle(52), bu hallerde, kusursuz sorumluluğun tatbikini mümkün görmektedir.

Onar ise, zararın tümüyle üçüncü şahsın kusur veya fiilinin neticesi olması ve bu netice ile, idarenin tasarrufu arasında hiçbir illiyet rabıtasının bulunmaması halinde, fiilin, idareye atıf ve isnadına imkan kalmayacağı, dolayısıyla idarenin mesul olmayacağı fikrindedir(53). Onar'ın görüşünün tazmin teorisinin esaslarına daha uygun düştüğü açıktır. Ancak, belirtmek gerekir ki; bugün idari mesuliyet hukukunda, illiyet bağının bulunmadığı hallerde dahi, "sosyal hasar kuramı" adı altında idareyi doğan zarardan sorumlu kılabilmek mümkün olabilmektedir(54). Bu sebeple, müelliflerin anılan görüşlerinin, somut olayın hal ve şartlar içinde değerlendirilmesi gerektiğine inanıyoruz.

(52) Duran, L.: Türkiye İdaresinin..., sh.83.

(53) Onar, S.S.: a.g.e., C.III, sh.1723.

(54) Azrak, A.Ü.: "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Filuşmiller III.Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, sh.135-143.

C. ZARAR İLE FİİL ARASINDA İLLİYET BAĞININ OLMASI

Zararın idari bir fiilden kaynaklanması, yani fiilin, zararın illiyetini teşkil etmesi tazmin borcunun doğumu için şarttır. Aksi hal, zararın o idari fiilden doğmadığını gösterir(55). Denilebilir ki, tazmin teorisinin bu unsuru, kusura dayanan sorumluluğun tatbiki için aranan şartlardan yalnızca birini, buna karşılık kusursuz sorumluluğun ise esasını teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, illiyet rabıtası kusursuz sorumluluğu karakterize eden unsurdur.

İllyet bağının varlığından bahsedebilmek için, zararın, doğrudan doğruya fiilin neticesi olması gerektiği kabul edilir. Ancak bundan ne anlaşılması gerektiği hususu ihtilaflıdır. Gözübüyük'e göre, bir neden-sonuç ilişkisi olmalı, yani biri diğerinin uygun ve normal sonucu bulunmalı, şayet sonuç, olayların doğal akışına göre beklenilmeyen anormal bir sonuç ise, idare, bundan en azından bütünü ile sorumlu tutulmamalıdır(56).

Düren ise, nedensellik ya da illiyet bağında, bir sebep-sonuç ilişkisi aramamakta, zararın bir kamu hiz-

(55) Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.103.

(56) Gözübüyük,A.Ş.: Yönetim.,sh.198: Aynı görüş için bkz. Onar, S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1724; Yenice,K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.103.

metiyle bağlantısının varlığını yeterli görmektedir. Ona göre, zararı özel hukukta olduğu gibi, davranışın uygun ve normal sonucu gibi karşılama zorunluğu yoktur. Esasen böyle bir yaklaşımın, 1961 Anayasasının 2 nci maddesinde öngörülen sosyal hukuk devleti ilkesine ve 114/4'deki kusursuz sorumluluk anlayışına daha uygun düştüğü kanısındadır(57) (57*). Ekseriyeti özel hukuk kökenli olan sorumluluk unsur ve esaslarının, idari mesuliyet hukukunda yeni bir içeriğe sahip kılınmış olmaları gerçeği karşısında, keza illiyet başının bulunmadığı hallerde dahi, idareyi sorumlu kılma temayülünün belirlediği bir dönemde, biz de zararın hizmetle bağlantısının varlığını yeterli görenlerdeniz.

Zararın, doğrudan doğruya fiilin neticesi olması gereğinin, mefhumu muhalifinden, failin fiili ile arasında illiyet bağı bulunmaya, başka sebep ve etkenlerden doğan zararların(58), mesuliyet kapsamına dahil olmadığı anlaşılır(59). Fakat bu demek değildir ki; zararın illiyetini tek fiil teşkil etsin. Mevcut olan birden ziyade

(57) Düren,A.: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979,sh.329.

(57*)"Türkiye Cumhuriyeti..... sosyal bir hukuk devletidir" hükmünü getiren 1961 Anayasasının 2 nci ve "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" diyen 114/4 ncü madde esasları 1982 Anayasasında da korunmuştur.

(58) Anar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1723.

(59) Sosyal hasar kuramı, bu halin istisnasını teşkil etmektedir. Bkz.Azrak,A.Ü.:a.g.teb.,sh.137.

sebeup ve fiillerden herhangi birinin zararı yaratacak mahiyette olması, illiyet rabıtasının kurulması için gerekli ve yeterlidir (60).

3. SORUMLULUK İLKELERİ

A. GENEL OLARAK

İdari mesuliyeti, kusur prensibine istinat ettiren fikirlerin, mülahazaların; tek bir esasa ırcâ olundukları ve "hizmet kusuru" adı verilen kuramın da bu esasın ifadesi olduğu malumdur. Yani "İdare, kusurlu olduğu için sorumludur" dendiği zaman, bu kusurun, hizmetin kuruluş ve işleyişi ile ilgili olduğunu kabul etmek ve doğan mesuliyyete de hizmet kusuru kuramını tatbik etmek iktiza eder. Esasen kusur mesuliyeti alanındaki yegane kuram da, adını andığımız kuramdır.

Buna mukabil, sebebiyet prensibine istinat eden sorumluluk halleri birleşmiş bir prensibe ifcâ olunamamıştır. Gerçi münferit olarak tanzim ve o şekilde izah olunan bu halleri tek bir esase ırcâ ve izaha matuf sistematizasyon teşebbüsleri vaki olmuştur. Ama bunda muaffak olunamamıştır. Bir başka deyişle, sebebiyet

(60) Onar, S.S.: a.g.e., C.III, sh.1724; Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim..., sh.198.

prensibinin tezahürü olan ve bu sahadaki tüm sorumluluk hallerine tek başına tatbik olunacak bir kuramda birleşilememiştir. Bunun sebebini, bu mesuliyet hallerinin tümüne has, müşterek ve en önemlisi müspet bir vasfın bulunmamasında aramak gerekir(61). Denilebilir ki; birleştikleri yegane hususiyet, tazminat mükellefiyeti için, kusurun mevcudiyetinin aranmamasıdır. Bunun ise, menfi bir unsur mahiyetine haiz olduğu açıktır(62).

Bu sebeple, sorumluluğu içtihatların ve doktrinin öngördüğü belirli olgulara bağlamak kaçınılmaz olmuştur. Buna göre, sözkonusu olgularla gerçeklerin zarar arasında illiyet bağının bulunması, sorumluluğun kurulması için yeterli olacaktır(63).

"Nedir? bu olgular" Aynen hususi hukukta olduğu gibi kamu hukukunda da mesuliyetin bu sahasında değişik görüş ve kuramlar ileri sürülmüştür(64).

Ezcümle müelliflerden Onar sorumluluğu, hasar; sebpsiz iktisap; hakkaniyet, nasfet ve hukuki müsavat esaslarına(65), Derbil ve Özyörük, idari risk kuramına(66),

(61) Oysa kusur sorumluluğunda böyle bir müspet unsur bulunmaktadır.

Buna göre kusur sorumluluğun doğması için şarttır ve kusuru olanda mutlaka sorumlu tutulmalıdır.Bkz.Tandoğan,H.:a.g.e.,sh.1

(62) İmre,Z.: a.g.e.,sh.100.

(63) Eren,F.:a.g.e.,sh.131.

(64) Esasen bu olguların bir kısmı hususi hukuktan mülhem olunmuştur.

(65) Onar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1709-1713.

(66) Derbil,S.:a.g.e,sh.233;Özyörük,M.:İdare Hukuku Dersleri, (Çoğaltma), Ankara 1972-73,sh.238.

Zabunoğlu, hasar ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerine(67), Esin, idari hasar; sebepsiz iktisap; sosyal hasar ve kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan sorumluluk ilkelerine(68), Gözübüyük, hasar ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerine(69), Ulusan, tehlike ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkelerine(70) ve nihayet Duran da, kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesine(71) bağlıyor.

Her müellefin kendi açısından yaptığı bu tasniflerden biz; sorumluluğu, hasar ve kamu külfetleri önünde eşitlik esaslarına istinat ettirilenine itibar etmekte, diğerlerini ya bu esasların içinde görmekte ya da bir tazminat borcu doğurmaya elverişli addetmemekteyiz.

Gerçekten bir kere hakkaniyet ve nesafet mefhumlarını, sorumluluğun esası ve nedeni olarak görmemek gerekir. Bu sayılanlar, misyonlarını sebebiyet prensibinin, idari mesuliyet sahasına girmesinde ifa etmiş mülahazalardır. Bugün için ise ancak, Duran-ın dediği gibi, ağır ve olağandışı zararların nitelik ve niceliğini belirleyen

(67) Zabunoğlu, Y.K.: İdari Yargı Hukuku Dersleri, (Teksir), Ankara 1980-1981, sh.263.

(68) Esin, Y.: a.g.e., sh.130-168.

(69) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim., sh.199-196.

(70) Ulusan, İ.: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, sh.20.

(71) Duran, L.: Türkiye İdaresinin..., sh.48.

duygusal kavramların simgesi yani hakimın vicdani kanaatini oluşturan psikolojik tetkenler(72), ya da sorumluluk ilkelerinin uygulanmasını kolaylaştıran gerekçeler olarak kabul edilebilirler(73).

Yine sebepsiz iktisap esasının, bir sorumluluk sebebi sayılmasının hatalı olduğuna ve bu halin gerçek bir tazmin borcu doğurmadığına inanmaktayız. Bu olguyu sorumluluk sebebi sayanların yanılğıya düştüğü husus, sebepsiz iktisap halinde ödettirilen bedeli tazminat olarak görmek olmuştur(74). Oysa faal idarenin hakim muvacehesindeki bağımsızlığına ters düştüğü içindir ki(75); kamu hukukunda aynen iade veya malın geri verilmesine dair hüküm tesis olunamamakta, bunun yerine ister istemez bedelin ödettirilmesi yoluna gidilmektedir(76). Esasen bu olgu menşei olan hususi hukukta da bir sorumluluk kaynağı olmayıp, bir müessese olarak düzenlenmiştir(77).

(72) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.48.

(73) Ulusan,İ.: a.g.e.,sh.45.

(74) Duran,L.: Türkiye İdaresinin...,sh.48.

(75) Bkz.sh.4.

(76) Sebepsiz iktisabın müeyyidesini tazminat değil, iade borcu teşkil eder. Bkz.İnan,A.N.:a.g.e,sh.357.

(77) Devrim, S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin, Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden İdare Hukukundan Doğan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluğu", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1979-80, s.24,sh.45.

Son olarak, toplumsal muhatara ya da sosyal risk adı verilen kuramla , idari risk kuramını tek bir başlık altında hasar kuramı olarak incelediğimizi belirtmekle yetinelim.

B. HASAR KURAMI

Muhatara (risk) ilkesi olarak da adlandırılan hasar teorisi, nitelikçe tehlikeli faaliyet ve kuruluştan kaynaklanan zararlı neticenin, "zarar, yarar karşılığıdır" esprisi ile yine bunlara yüklenmesini müstelzim bir sorumluluk esasıdır.

Mecellede "mazarrat menfaat mukabelesindedir, yani bir şeyin menfaatine nail olan anın mazarratına da mütehammil olur" diye ifade olunan ve islâm hukukunda, hukuki mesuliyetin esasını teşkil eden objektif, kusursuz mesuliyetin bir yansıması olan hasar teorisi; bir teşebbüsün temin edeceği faydalar gibi zararların da, o teşebbüsün müteşebbisine ait olması gerektiği mülahazasını(78), hususi hukuktan idari mesuliyet hukukuna getirmiştir.

Böylelikle; idarenin, bizzatihi tehlikeli, muhataralı ve fakat, umuma sağladığı yararın ehemmiyeti nedeniyle

(78) Onar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1710.

vazgeçilmez olan(79) faaliyet ve tesisinin, sözgelimi, mahiyeti itibarıyla her zaman fertler için bir tehlike arzeden havagazı işletmesinin ve bunun tevziini sağlayan şebekenin yarattığı zararlı neticenin mağdurları, bu esasa binaen tazminata müstehak olacaklardır(80).

Bu kuramda, artık amme hizmetinden veya belli bir ajandan sadır olan her türlü kusur bertaraf olunmakta, hizmetinveya ajanın kusurunu belirlemek ve ispat etmek gereği kalmamaktadır(81). Keza mesuliyetin tahakkuku için, bir hakkın ihlal edilmiş olması şartı düşmekte, ortada hizmet sebebiyle doğan bir zararın olması kâfi gelmektedir. Yani bir başka deyişle, "hak ihlâl edilmiş midir?" meselesindenenevvel bir faaliyet veya tesis dola- yısıyla "zarar verilmiş midir?" sorusuna cevap aranmak- tadır(82).

Hasar teorisi; kusursuz sorumluluk düşüncesinin te- kamülündeki ilk merhaledir ve mesuliyet alanına girişi de Fransız Devlet Şurasının, kaza ve komşuluk risklerini tazminata bağlayan "Cames"(83) ve "Regnault-Desroziers"(84)

(79) Duran, L.: Türkiye İdaresinin..., sh.51.

(80) Duran, L.: İdare Hukuku..., sh.308.

(81) Duez, P. (Çev. Senil, İ.): a.g.e, sh.55.

(82) Başgil, A.F.: Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Me- suliyeti Meselesi, Ankara 1940, sh.9.

(83) Kararda, bir tersane işçisinin, demiri şahmerdanla döğerken sol eline demir isabet etmesiyle sakatlanması ve bu sebeple de

kararları ile olmuştur. Başlangıçta bayındırlık eserleri ve faaliyetleri nedeniyle, özel mülklere, idarenin ve ajanın kusuru olmaksızın verilen zararlar için uygulanırken, devlet anlayışındaki gelişim ve değişikliğe paralel olarak, tehlikeli niteliğe haiz faaliyetler çoğalmaya başlayınca, hasar sözcüğünün de anlamı genişlemeye yüz tutmuştur(85).

Tatbik olunduğu mesuliyet hallerinin mahiyetine göre, hasar kuramının, kendi içinde, idari risk; mesleki risk ve sosyal risk (toplumsal muhatara) kuramı olarak bölünmesi de bu gelişimin neticesinde olmuştur. Ezcümle, toplumun menfaat ve istifadesi için, tehlikeli tesisata sahip olan veya faaliyet gösteren idarenin, kendilerini, etkili ve kesin bir şekilde koruma imkanından mahrum bir kısım fertlere verdiği vahim ve kaçınılmaz zararların tazmini esası(86) idari risk; idari risk kuramının, meslek kazaları alanında uygulananve idare ajanlarının görev sırasında ya da görev dolayısıyla uğradıkları zararların tazminine matuf biçimi ise, mesleki risk kuramı olarak adlandırılır, olmuştur(87).

tazminata hak kazanması konu ediliyor. Bkz.Duez, P.(Çev.Senil, İ.): a.g.e.,sh.69.

(84) Paris Banliyösündeki Double-Couranne müstahkem mevkiinde mühim bir bomba stoku infilak ediyor. İnfilakten zarar gören komşu mülk sahipleri devletten tazminat istiyor. Devlet Şûrası hizmet kusuru kuramından istifade edebilecek bir durumdayken

(.../...)

Nihayet, kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yarattığı zararlarla, savaşlarda sivil halktan kişilerin uğradıkları zararların, bunların doğumunda hiçbir kusuru olmayan fertlerin omuzlarında bırakılmasının, hakça bir davranış olmayacağı düşüncesinin(88) sekillendirdiği sosyal hasar kuramı da, ayrık ve istisnai bir kategori olarak bunlara ilave olmuştur.

Ancak bu kuramın diğerlerinden esaslı bir şekilde ayrıldığını belirtmek gerekir. Zira bu kuram, idari olgu ile zarar arasındaki illiyet bağı ile teknik bir hukuki esasa değil, hukuki müsavat, nesafet gibi hakkaniyet esaslarına istinat etmektedir(89). Tüm kusursuz sorumluluk

bunu yapmıyor. Kazanın harp hali dışında vukubulduğunu, bu sebeple de normal komşuluk risklerini aşan bir tehlikenin yaratıldığını söyleyerek, hükmünü risk esasına istinat ettiriyor. Bkz. Duez, P.(Çev.Senil,İ.): a.g.e.,sh.73.

(85) Esin,Y.: a.g.e.,sh.130.

(86) Duran, L.: İdare Hukuku...,sh.301-302.

(87) Esin, Y.: a.g.e.,sh.148; Fransa'da profesör Seleilles tarafından 1897 yılında neşrolunan "İş kazaları ve hukuki mes'uliyet" adlı eserin ortaya koyduğu tehlike nazariyesi, giriyor. 1898 yılında kanunlaşan ve mesleki tehlike olarak adlandırılan nazariye, zararların tazminine esas teşkil ediyor. Bkz. Uman, O.N.: a.g.e.,sh.18-19.

(88) Azrak, A.Ü.: a.g.teb.,sh.136.

(89) Onar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1744.

hallerinden farklı olarak, sosyal hasar kuramında zarar, idarenin personelinden ya da muhataralı tesislerin yapı-
sındaki bir nedenden değil, idareye yabancı kişi ve
toplulukların idare tarafından önlenemeyen ya da önlen-
mesi daha büyük zararlar yaratabilecek olan davranış ve
eylemlerinden doğmaktadır(90).

İdari olgu ile arasında illiyet bağının bulunmaması
sebebiyle bu gibi zararlar, gerçekte idarenin mesuliye-
tini intaç etmemelidir, ama, zarar içtimai bir faydanın
korunması neticesi olduğu için yine bunlarca ödenmesi
doğru görülmüştür(91).

Belirtilen bu muhtelif görünümüleriyle hasar teorisi,
hizmet kusuru teorisinin, kusursuz mesuliyet sahasındaki
muadilidir. Gerçi Danıştayımız, kusursuz mesuliyete dair
içtihatlarında, ekseriyetle dayandığı esas belirtmekten
kaçınmakta, aynı söz kalıplarını kullanmakla yetinmek-
tedir(92).ama sözkonusu içtihatların hukuki tahlilinden
çıkan netice, hasar teorisinin bugün kusursuz mesuliyet
hallerinde geniş bir tatbik sahası bulunduğunu göstermek-
tedir.

(90) Azrak, A.Ü.: a.g.teb.,sh.137.

(91) Onar,S.S.: a.g.e.,C.III,sh.1744. Ancak sosyal hasar kuramının,
sınırsızlığa varacak bir sorumluluk anlayışı getirdiği kabul
edilemez. Aksi halde, bütün zararların sosyalizasyonu anla-
manda bir nevi kamusal sigorta oluşturulmuş olur ki, bu adil
olmak çabası içinde ciddi sakıncalar yaratmak demektir. Bkz.

Azrak, A.Ü.:a.g.teb.,sh.138.

(92) Esin,Y.: a.g.e.,sh.12-13.

C. KAMU KÜLFETLERİ ÖNÜNDE EŞİTLİK KURAMI

Hususi hukuktan mülhem olan ve fedakârlılığın denkleştirilmesi ilkesi olarak da adlandırılan bu kuram; hukuken korunan bir varlığa, üstün çıkar sahibi tarafından yapılan, hukuka uygun bir müdahale neticesinde yükletilen külfetin, yine bu çıkar sahibi tarafından tazminat ödenmek suretiyle giderilmesi denkleştirilmesi anlamına gelir(93).

Devlet ile fert arasındaki ilişkilerde; devletin, ferdin malvarlığı ya da şahıs varlığı üzerinde etkide bulunduğu, bunun neticesinde ferdin hukuken korunan menfaatlerinde, diğer fertlere göre ağır zararlar meydana geldiği bir vakiyadır. Kimseden idarenin verdiği bu zarara katlanması istenemez. Zira devlet içinde yaşamak fertler için bir riziko değildir. Aksine devlet; teminattır, emniyettir(94). Bir kimse, devlet faaliyetinden herkes kadar istifade ettiği halde, başkalarından fazla bir külfete tâbi tutulursa, bu amme menfaati perdesi altında bir müsavatsızlık yaratmak, bir hakkı ihlâl etmek olur(95).

(93) Tandoğan, H.: a.g.e.,sh.48.

(94) Özyörük, M.: a.g.e.,sh.237.

(95) Onar,S.S.: Türk İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları, Ankara 1936,sh.23.

Evet, müdahale kamunun yararınadır, fakat bunun için bir ferdin kendi menfaatlerinden fedakarlıkta bulunması istenmiştir. Yükümlerde eşitlik ilkesi, söz konusu müdahalenin bedellendirilmesini, bir başka deyişle zararın denkleştirilmesini gerekli kılmaktadır(96).

Fedakârlılığın denkleştirilmesi ilkesinin, hukuk devletinden, polis devletine bundan da tabii hukuk anlayışına kadar uzanan bir geçmişi vardır. Anılan ilkenin, temelini teşkil ettiği ileri sürülen ve esasında bir varsayım olmaktan öteye gitmeyen sosyal sözleşme teorisine göre; fertler, insan olmak sıfatı ile doğuştan bir kısım haklara haizdirler ve bu haklar devlete karşı korunmuştur. Ancak patrimonial devlet anlayışı çerçevesinde, yerine getirilmesi zorunlu bir kısım hizmetler için, devletin bu haklara zaman zaman müdahalede bulunabileceği de kabul edilmiştir. İşte devlet bu müdahale ile hakkın özüne dokunamayacağı gibi, verdiği zararı da karşılama durumunda kalacaktır(97).

Kamu yükümleri önünde eşitlik kuramının uygulanabilmesi için, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin, kamusal faaliyetler sırasında kişi ya da kişileri benzer

(96) Ulusay, İ.: "Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi", İst.Huk.Fak.Mec.,1977,C.\$E,s.1-4,sh.102-103.

(97) Ulusay, İ.: a.g.m.,sh.109 vd.

durumda bulunan diğer kimselere göre ağır ve olağandışı bir yükümlülük altına sokmaları gerekli ve fakat yeterli değildir. Ayrıca zararın, zarar görene doğrudan doğruya yöneltilmiş bir müdahale sonucu doğmuş olması aranır ki, bu nitelik anılan kuramı, hasar kuramından belirgin şekilde ayırır. Zira hasar kuramında, idarenin zarar göre doğrudan doğruya yönelttiği bir müdahale yoktur. Devlet yetkisinin kullanılması sonucu doğan bir tehlike hali sözkonusudur (98).

Tatbikatta, anılan kuramı, iktisadi tedbirler, imar hareketleri, askeri ve bayındırlık faaliyetleri şeklindeki idari olguların ekseriyetle taşınmaz mülkiyetine, hukuka uygun müdahalesi neticesi verdikleri zararların tazmini taleplerine esas teşkil ederken görüyoruz. Bakanlar Kurulanca, dış ödemeler dengesinin sağlanması için, Türk parasının kıymetini koruma gayesiyle alınan kararların bir kısım fertlere getirdiği külfet hali gibi (99).

Yine yol yapımı nedeniyle çıkan tozların pamuk ürününe zarar vermesi (100), sulama kanalında yabancı otları imha etmek amacıyla yapılan ilaçlamanın çevredeki sebze ürününe zarar vermesi halleri (101) kuramın tatbik sahalarına misal teşkil etmektedir.

(98) Düren, A.: a.g.e., sh.313-314.

(99) Ulusan, İ.: a.g.e., sh.45-48.

(100) 12.D.12.2.1972, E.1969/2561, K.1972/426, Esin, Y.: a.g.e., sh.145.

(101) 12.D.20.12.1967, E.1966/1597, K.1967/2192, Esin, Y.: a.g.e., sh.186.

II. POZİTİF AÇIDAN

Kusursuz sorumluluk kuramını pozitif açıdan incelemek, bir başka deyişle, mevzuat açısından değerlendirmek, teorik esaslarını ortaya koymaktan daha zordur. Zira, anılan kuram gelişmesini teşri düzenlemeden ziyade doktrin ve içtihadı borçludur. Bu durum, Türk hukuku bakımından, 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönem için, yalnız kusursuz sorumluluk değil, hizmet kusuru kuramı açısından da kesinkes geçerlidir.

Bugün için ise devletin kamusal alandaki sorumluluğu pozitif dayanaklarına kavuşmuştur. Ele alacağımız bu pozitif esaslardan ilki, ancak 1961 Anayasası ile başlayabilen devletin sorumluluğu belirleme anlayışını daha da geliştiren 1982 Anayasası, ikincisi de geçirdiği kimi değişikliklerle halen yürürlükte bulunan ve personeli vasıtasıyla idarenin sorumluluğunu kabul eden 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur.

Bu babta, bir problem olarak bazı özel hukuk hükümleri üzerinde durmayı da uygun bulduk.

1. 1982 ANAYASASI'NIN GETİRDİĞİ DÜZENLEME

1982 Anayasası, geçmiş tecrübeleri dikkate alarak, idari sorumluluğu daha belirgin bir şekilde düzenleme yolunu seçmiştir. Anayasakoyucu, idarenin, faaliyetleri

nedeni ile verdiği zararlardan, sorumlu olması gerektiği hususunu bir kez daha vurgulamakla kalmamış; mevzuatımıza, Devlet Memurları Kanunu (D.M.K.) ile giren "idari güvence" (102) ilkesini de anayasal düzeyde teyid etmek istemiştir (103).

Konu ile ilgili olarak inceleyeceğimiz bu hükümlerden 125 nci maddenin 7 nci ve son fıkrası, 1961 Anayasasının 114 ncü maddesinin son fıkrasının muadili olmak itibariyle yeni tartışmalara yolaçacak nitelikte değildir. Buna mukabil 40/2 nci madde ve özellikle 129/5 nci maddenin şahsi kusur ayırımına müsait hükümleri (104) spekülatif mahiyettedir demek (105), kehanet olmayacaktır.

A. 125 NCİ MADDE VE İDARİ SORUMLULUK

a) METNİN OLUŞUMU

"Yargı yolu" başlığını taşıyan 125/7 nci madde "İdare,

(102) "Sorumluluk sistemi"nin karşılığı olarak, bu ilkenin uygulandığı sistemde, tazminat davasının memura değil, ancak bağlı olduğu idareye yöneltilebileceği kabul olunur.

(103) Eren, F.: a.g.e., sh.295. Gözübüyük, getirilen düzenlemenin Eren gibi, Devlet Memurları Kanununun ötesinde olduğunu, mutlak bir güvence anlayışının benimsendiğini kabul etmektedir. Bkz. Yönetim..., sh.139.

(104) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.316.

(105) Biz maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi mevcut anlayışın korunduğunu düşünüyoruz.

kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmünü öngörmektedir. Danışma Meclisinde, diğer fıkraların aksine müzakere konusu yapılmayan(106) hükmün, gerekçesinde de aynen tekrar yoluna gidildiği gözlenmektedir(107). Anayasa koyucunun bu suretle 1961 Anayasası'nın 114/4 nci maddesinin gerekçesini muhafaza ettiği söylenebilir.

İdarenin mali sorumluluğunun esasını koyduğuna ve fakat tafsilli hükümler getirilmeyerek, kusurlu, kusursuz sorumluluk hallerinin ayrımı, kusurun ağırlık derecesi, tazminat ve diğer esasların içtihatlarla bırakıldığına amir 114/4 ncü madde gerekçesi(108) aynen kabul edilecek olursa, idari mesuliyet sahasındaki gelişimle eskiden olduğu gibi yine yargı organlarının görevlendirildiği neticesine ulaşılabacaktır. Bunun ise, yasa metinleri ile dondurulmaya müsait olmaya müessesenin mahiyetine uygun düştüğünü belirtmek gerekir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 2 nci maddesinin 1 numaralı (b) bendinde "idari eylem ve işlemler-

(106) Dan.Mec.Tut.Der.,C.9,Bir.144,O.4.,sh.654-667.

(107) "Öte yandan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu da belirtilmektedir" Bkz. Özer, A.: Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara 1984,sh.478.

(108) Öztürk, K.: Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,C.III, Ankara 1966,sh.3153.

den dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları" demek suretiyle de 125 nci maddedeki sorumluluk esasının uygulama aracı yargı organlarına gösterilmiş bulunmaktadır(109).

b) ANLAM VE AMACI

125 nci maddenin son fıkrasının, bir usul hükmü olmadığı açıktır. Bir başka deyişle anılanfıkra, 1961 Anayasasının 114/4 nci maddesi delaletiyle maddi bir kural ihtiva etmektedir(110). Ancak idarenin verdiği zararlarından sorumlu olduğuna amir bu kuralda, sözkonusu sorumluluğun şartlarının neler olduğunu belirlenmemiş, bir belirsizlik hali yaratılmıştır. Esasen bu sebeptendir ki, 1961 Anayasası döneminde muadil 114 ncü maddenin son fıkrası geniş tartışmalara yolaçmıştı. Ezcümle, müelliflerden Esin, bu hükümle idari mesuliyet alanında, sorumluluk mefhumunun kusurdanarındırıldığını tam anlamıyla bir objektif sorumluluk ilkesinin geçerlik kazandığını belirtiyordu(111).

(109) Esin,Y.: a.g.e.,sh.20.

(110) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.7.

(111) Esin,Y.: a.g.e.,sh.19.

Buna mukabil, Duran, "....idarenin sorumluluğunu gerektiren nedeni belirlemesi gerekir. Yoksa, "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" diyen bu anayasal hüküm, idari sorumluluğun -nedensellik bağı (illiyet rabıtası) ispatlanmak kaydıyla- genel ve salt olduğu sonucuna götürür ki, herhalde Danıştay da bunu kabul etmemektedir"(112) demektedir.

Anılan dönemde, Danıştayımızın, "Anayasanın 114 ncü maddesi uyarınca idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu..."(113), ya da "...ancak, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı Anayasa'nın 114 ncü maddesinin son fıkrasındaki "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmüne istinaden ödemesi gerekli bulunduğu.." (114) tarzında hükümler içtihat eyleyerek, tazminata mahkumiyet için sadece ilgili anayasa maddesini yeterli görmesi, meseleye vuzuh vermek bir yana daha da karmaşık bir hale koymuştur.

Kanaatimizce; anayasakoyucu bu sahada IIinci Cumhuriyet devrine kadar, Batı hukukundaki seyre tâbi bırakılan

(112) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.7.

(113) D.D.Ş. 16.1.1970, E.1962/400, K.1970/31, Esin,Y: a.g.e., sh.195.

(114) 12.D.10.2.1970, E. 1968/1578, K.1970/287, Esin Y.: a.g.e., sh.199.

yargı organlarının, içtihatlarında kabul ve tatbik gören, ağırlıklı olarak da hizmet kusuruna istinat ettirilen sorumluluk mefhumunu, anayasal bir ilke haline getirmek istemiştir. Gerçi, 669 ve 3564 sayılı Danıştay kanunları ile hukuku muhtel olanlar tarafından açılmak üzere tam yargı davaları kabul edilmişti. Ancak, sözkonusu kanunlar, sorumlulukla ilgili hiçbir hüküm vazetmedikleri için, mahkemelere yol gösterici olmaktan uzaktı. Bu hal-asırlardır yerleşik sorumsuz idare telakkisinin de etkisiyle- mahkemelerin tazminatla ilgili hükümler vermekten kaçınmalarına ya da sorumluluğu dar bir sahaya inhisar ettirmelerine sebebiyet verdi. İşte 114/4 nci madde ile bu uygulamaya son verilmek amaçlanmıştır.

Sözkonusu maddenin, kusur şartını öngörmediği bir gerçektir. Ama bu Esin'in dediği gibi tam bir objektif sorumluluk ilkesinin benimsendiği anlamına da gelmez. Fıkra hükmü, mutlak bir ibâre taşıyor görünmekle beraber gerekçede kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinin ayırımından keza kusurun ağırlık derecesinden bahsedilmekte, bir kusur ayırımına gerek duyulduğu teslim olunmaktadır(115).

(115) Devrim, S.: a.g.m.,sh.47.

Bir başka deyişle, kamu tüzel kişilerinin kısaca idaresinin, hem kusurlu hem de kusursuz sorumlu olabildiği ifade olunmaktadır(116).

Bu çerçevede Duran'ın "Anayasanın 114. maddesinde yer alan "kendi" ve "ödemek" sözcükleri, idarenin, personelinin kişisel eylem ve kusurlarından doğan zararı ödemek durumunda bırakılamayacağını açık ve kesin bir biçimde ifade etmektedir. Personelin şahsi fiil ve davranışlarına hiçbir surette idarenin eylem ve işlemi sayılamayacağı bilinen bir gerçektir. "Ödeme" tasarrufu borcu sona erdiren sebeplerden olduğuna göre, idare, personelin kişisel kusurdan doğan tazminborcunu "ödemek" suretiyle ortadan kaldırmaya, düşürmeye yetkili sayılmaz. İdare ancak kendi eylem ve işlemlerinden çıkan zararları "ödemek"e mezun olup 114. maddenin 4. fıkrası çerçevesinde başkasının sorumluluğunu "zamin" olamaz"(117).

(116) İnan, A.: "Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, 1981, 1981, C.11,s.42-43, sh.28; Kayısoğlu, B.: "İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, 1976,C.33,s.2,sh.178-179.

(117) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara, 1974,sh.42.

şeklindeki görüşüne aynen katıldığımızı(118), müelli-fin, kusursuz sorumluluğu anılan hüküm dışında tutma çabası içinde olmadığını belirtmek istiyoruz. Bize göre bu açıklamalardan yalnızca şahsi kusurun, önemini koruma-ya devam edeceği neticesi çıkarılabilir ki, doğrusu da budur(119).

Kusursuz sorumluluk ilkesini ortaya koymak,şüphesiz hizmet kusurunun ve buna bağlı olarak şahsi kusurun uygulama sahasının daralması anlamına gelmektedir(120). Ancak kusur ayrımı ortadan kaldırılmadığına, mali sorum-

(118) Aksi fikir için bkz. Inan,A.: a.g.m.,sh.27.

(119) Nitekim, Anayasa mahkemesi de aynı yolda verdiği kararında "Personelin kişisel eylem ve davranışlarını, Anayasa'nın 114. maddesinin son fıkrasında belirtilen idari eylem ve işlem saymağa olanak yoktur. Bundan dolayı personelin kişisel kusurları ile kişilere verdiği zarardan kendilerinin sorumlu olmaları ve tazminat borçlarını doğrudan doğruya ödemeleri Anayasa gereğidir. Bunun tersini düşünmek, başka bir deyişle bu gibi hallerde zararı idareye ödettirmek ve idareye rücu hakkı tanımak, Anayasa'nın 125. maddesiyle güdülen ereğe aykırı düşer. Nitekim, gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi bu anlamda anlaşılmış ve uygulanmıştır... Anayasa hükümleri ve idare hukuku sistemi kamu görevlilerinin sorumluluğunu idareninkinden ayrı ve bağımsız olarak düzenlemiş bulunduğundan, 657 sayılı kanunun 13. maddesi, personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerine Adliye Mahkemelerinde açılacak tazminat davalarını ön-

luluğu belirlemekle yetinildiğine göre, tazmin borcu doğuracak olaylar açısından kusurlu-kusursuz sorumluluk hallerini belirlemek kaçınılmaz olacaktır. Nitekim bu nedenle, Yüksek Mahkeme yukarıda ifade olunan içtihadı tutumunu değiştirmiş, sözkonusu hükmün mutlak ve sınırsız uygulanmasının mümkün olmadığını idari sorumluluk ilkeleri ile sınırlarının çizilmesi gerektiğini içtihat etmiştir(121).

Netice olarak, aynı değerlendirmeyi 1982 Anayasasının 125/7 nci maddesi için de yapmak iktiza eder.

B. ANAYASANIN SORUMLULUKLA İLGİLİ DİĞER METİNLERİ⁽¹²²⁾

a) TARTIŞMALI BİR MADDE - 129/5

"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat dava-

leyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılamaz" 25 Mart 1975. E.1974/42, K.1975/62, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S.13,sh.389.

(120) Devrim,S.: "Anayasanın 125 nci Maddesi Üzerinde Bir İnceleme", Silahlı Kuvvetler Dergisi, 1980,C.99,s.274,sh.57.

(121) Danıştay DDK. 25.6.1971,E.1971/270,K.1971/709, Danıştay Dergisi, 1972,C.2, S.5,sh.155.

(122) Bu başlıktaki açıklamalarımız, Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümlerinin amaç ve kapsamlarına vakıf olunmakla bir anlam kazanabilir. Zira ele alınacak anayasa maddeleri, sorumluluk mevzuunu bir yasa gibi düzenleme çabasına girmiştir.

ları" kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmünü getiren 129/5 Türk Anayasa metinlerinde benzeri olmayan bir maddedir.

İlk kez idare ajanlarının mali sorumluluklarını anayasal düzeyde ele alan maddenin(123) kapsam ve amacının ne olduğunu belirlemek; içtihat ve doktrinin konuyla ilgili bugüne kadar mevcut görüşlerinin değişip değişmeyeceğini anlamak açısından büyük önem taşımaktadır.

Eren'e göre, 129/5, devletin asli ve ilk derece mesuliyetini öngören ve mutlak "idari güvence" ilkesini getiren bir kusur yani haksız fiil sorumluluğu yaratmaktadır. Maddede yeralan "işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları" ibaresinden bunun açıkça anlaşıldığını belirten müellif, devamla, söz konusu kusurun soyut ve genel anlamda kullanıldığını, bu sebeple hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına yerolmadığını, kasıtlı hareket edilmiş olması halinde dahi, sorumluluğun idareye tevcih olunacağını, aksi murad olursa idi, hizmet kusuru deyimine yer verileceğini, dolayısıyla kişisel kusurun rücu sorumluluğu açısından önem taşıyacağını, Alman

(123) Duran, L.: "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu" *Anne İdaresi Dergisi*, 1984,C.17,S.2,sh.13.

Anayasasının 34 ncü maddesinin de(124) bunu teyid ettiğini söylemektedir(125).

Duran'a göre de, 129/5, idari tazmin borcu, ilkesini benimseyen ve "tam idari güvence" sağlayan bir madde görünümündedir. Devlet Memurları Kanununun 13 ncü maddesinden daha geniş bir düzenleme öngörüldüğünü, zira metinde yer alan "yetkilerini kullanırken" ibaresinin hem kamu hukuku hem de özel hukuk esas ve usullerine göre yapılan görev ve hizmetleri kapsadığını belirten(126) müellif, bunun, Anayasanın 125 nci ve 137 nci maddelerine ters düştüğünü de eklemektedir. Yine metinde geçen "...kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak.." ibaresinin ise fertlere verilen zararın idarece ödenmesi konusunda yasa koyucuya bir düzenleme alanının bırakıldığı anlamına geldiğini savunan Duran, sözkonusu düzenlemenin kapsamının neden ibaret olabileceği, Devlet Memurları Kanununun uygulamadaki yeri gibi hususların muğlak olduğu fikrindedir(127).

(124) "Bir kimse kendisine verilen kamu görevinden ötürü üçüncü şahıslara karşı uhdesine düşen görevi ihmal ederse, esas itibarıyla sorumluluk hizmetinde bulunduğu kamu kurumuna aittir. Kasıt veya ağır kusur hallerinde rücu hakkı saklıdır." Devlet Memurları Kanunu Gerekçesinden Bkz. Mil.Mec.Tut.Der.Dönem 1, Toplantı 4, C.42, Sayısı 977, sh.10.

(125) Eren, F.: a.g.e., sh.296-298.

(126) aksi fikir için Bkz. Güven, S.: "Anayasanın 128 ve 129 uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu" Amme İdaresi Dergisi, 1984, 1984, C.17, S.2, sh.28-35, Eren, F.: a.g.e., sh.300-301.

129/5 hükmü üzerine, Danışma Meclisinde açılan müzakerelerde ise, Anayasa Komisyonu Başkanı Aldıkaçtı'nın "Efendim, biz bu hususta hiç bir ayrım yapmadık. Şahsi kusur ve hizmet kusuru vatandaşın verdiği zarar ne olursa olsun, bunun ödenmesi yerine getirilmesi kaanatindeyiz" (128) dedikten sonra, üyelerden Hazer'in "şahsi kusurla vazife kusuru ayrıdır. Biri keyfi muameleden doğar, birisi vazife ifasından doğar..." (129) şeklinde görüş beyan edip, başkandan metine açıklık getirilmesini istemesi üzerine, yine sözülenen Aldıkaçtı'nın "...şahsi kusurundan dolayı, yaptığı bir hatadan dolayı çıkan zararı memur zararını verdiği kişiyle arasında mahkemede halleder" (130) ifadesinden, şahsi kusurun, memurun sorumluluğunu doğurmaya devam edeceği, bilfarz kasıt halinde idari sorumluluktan bahsedilemeyeceği neticesi çıkmaktadır.

Maddenin kişisel kusur yönünden büyük önem taşıdığını belirten Yenice ve Esin, müşterek eserlerinde, anılan maddenin Devlet Memurları Kanunun 13. maddesinden daha

(127) Duran, L.: a.g.m., sh.13-15.

(128) Dan.Mec.Tut.Der.C.9, Bir.145, O.2, sh.715.

(129) Dan.Mec.Tut.Der.C.9, Bir 145, O.2, sh.716.

(130) Dan.Mec.Tut.Der., C.9, Bir, 145, O.2, sh.717.

geniş düzenleme getirildiğini teslim etmekle beraber, netice olarak metinde yer alan "kusur" ibaresinin mevcut yargıyı değiştirecek nitelikte olmadığını, bir başka deyişle personelin eskisi gibi şahsi kusurunda sorumlu olmaya devam edeceğini belirtmektedir(131).

Biz de Yenice ve Esin gibi 129/5'in Devlet Memurları Kanununun esprisini değiştirmedikğine inanmaktayız. Nitekim söz konusu maddenin gerekçesinde "Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır"(132) demek suretiyle bu yargımız teyid edilmiş olmaktadır(133).

Evet, madde "idari güvence" ilkesini anayasal düzeyde öngörmektedir. Fakat bu ilke, şahsi kusur ve sorumluluğu kapsamına alacak kadar mutlak nitelikte görülmemelidir. Duran'ın da 125/7 ve 137 nci maddelerle geliştiğini belirttiği bu hükmün ferde iras olunan zararların tazmini murad olunurken, kamu personelinin de sorumsuzlaştırılması neticesini yarattığı kabul edilemez.

(131) Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.316, 321-324.

(132) Özer, A.: a.g.e.,sh.494.

(133) Bir kısım doktrinin de eski görüşlerini muhafaza ettirdiği anılan hükümden etkilenmediği görülmektedir. Bkz. Gözübüyük, Ş.: Yönetişel...,sh.235 vd; Eroğlu, H.: İdare Hukuku (Genel (.../...))

Aynı karakterde olması hasebiyle ele almadığımız "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır" hükmüne amir 40/2 nci madde de şahsi kusuru kaldırıcı nitelikte değildir.

b) 137 NCİ MADDE VE ŞAHSİ KUSUR

"Kanunsuz emir" başlığını taşıyan maddenin 1 nci fıkrasında "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı

Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), B.5, Ankara 1985, sh.483484. Ayrıca içtihadi mekanizmanın da aynı anlayışı muhafaza ettiğine çok iyi bir örnek olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun; biröğretmenin, hakarete uğradığı iddiasıyla, kaymakam aleyhinde açtığı manevi tazminat davasında, Anayasa 129/5 hükmünü 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ncü maddesiyle aynı paralelde usulî bir hüküm olarak gördükten sonra, "...kamu görevlilerinin, görev içinde olmakla beraber görevle bağdaşmayan salt kişisel kusurlu eylemleriyle kişilere verdikleri zararlar nedeniyle haklarında genel hükümlere göre ve genel yargı yerinde açılan davaların Anayasanın 129 ncu maddesinin beşinci fıkrası dışında kalacağına kabulü gerekir" deyip, salt kişisel kusuru da, idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kamu görevlisinin kendi şahsına isnat olunan

görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilen; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz" hükmünü öngörmektedir. Söz konusu fıkra, "konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz" diyen 2 nci fıkra hükmünden, emrin cezai olmaya müeyyidelerini harekete geçiren bir hukuki ihlali düzenlemesi sebebiyle ayrılmakta ve suç derecesine varmayan hukuka aykırı nitelikteki emirlerin, yazı ile yenilemek şartıyla, yerine getireni sorumlu kılmayacağını, aksi halde şahsen sorumlu olunacağını kabul etmektedir(134).

Ola ki, suç teşkil etmeyen emrin hukuka aykırılığı konusunda hataya düşülmüş olsun. Hatanın farkına varılıp, amire bildirilmesi kaydıyla yine sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Zira esaslı bir yanılma söz konusudur(135).

ve şahsi mesuliyetini intaç eden yolsuz bir eylem olarak tanımlanması gösterilebilir. Bkz. Yargıtay, HGK. 30.4.1986, E.1985/4-309, K.1986/466, Yargıtay Kararları Dergisi, C.13, S.11, Sh.1625-1629.

(134) Devrim, S.: "Anayasanın 125 nci ...", sh.58-59.

(135) Dönmezer, S.-Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, Genel Kısım, B.8, İstanbul 1983, sh.98.

Daha ziyade ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifa kavramına anayasal çerçeve teşkil etmesiyle önem kazanan bu maddesinin, idari sorumluluk mevzuu yönünden ilgisinin ne olabileceği sualine, Anayasa Mahkemesinin daha önce andığımız kararıyla(136) cevap verilmiş olmaktadır. Söz konusu kararda, personelin kişisel eylem ve işlemlerinin, idari işlem ve eylem sayılamayacağı belirtildikten sonra, aksini düşünüp, zararı idareye ödettirmenin, Anayasanın 125 nci maddesiyle(137) güdülen amaca ters düşeceğinin kabul edilmesi; suç ve suç derecesine varmayan hukuka aykırılık hallerindeki sorumluluğu düzenlemekle, bu maddenin; gerçekte personelin kişisel kusurunu getirmiş olduğunu göstermektedir(138). Böylelikle, idareyi kendi eylem ve işlemlerinden sorumlu tutan 1982 Anayasasının 125 nci maddesi ile şahsi sorumluluğa yerveren 137 nci madde hükümleri birbirlerini tamamlamış olmaktadır. 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı kanunla Devlet Memurları Kanunun 11 nci maddesi başlığının "Devlet Memurlarının görev ve sorumlulukları" olarak değiştirilmesi(139) bu kanıyı güçlendirmektedir(140).

(136) Bkz. dipnot 119.

(137) 1982 Anayasası'nın 137 nci maddesi, 1961 Anayasası'nın 125 nci maddesinin aynen kabul edilen halidir.

(138) Devrim, S.: "Anayasanın 125 nci....", sh.58.

(139) Değiştirilmeden önce madde başlığı "emirlerin yürütülmesi ve kanunsuz emir" şeklinde düzenlenmişti.

2. DEVLET MEMURLARI KANUNUNUN 13 NCÜ MADDESİ AÇISINDAN İDARENİN MESULİYETİ

Devlet personelinin maddi şartlarındaki ahenksiz ve hakkaniyetsiz durum ile birlikte, mevcut hukuki statünün de devrin gelişmelerine uygun bir seyir takip edememesi, İkinci Dünya Savaşı'nda sonra kamu görevlilerinin hukuki ve sosyal durumları açısından beliren zihniyet değişikliği, hizmet şartları, insan hakları gibi (141) mülahazalarla hazırlanan ve 14.7.1965'te kabul olunan Devlet Memurları Kanunu ile birlikte 1961 Anayasasında sonra mesuliyet hukukunda ikinci önemli pozitif düzenleme gerçekleştirilmiş oldu.

Geçirdiği değişikliklerle halen yürürlükte bulunan bu kanunun mesuliyet ile ilgili hükümleri, artık yalnız amaç ve kapsamı değil bugün için, 1982 Anayasasının getirdiği düzenleme ile, varlıkları açısından dahi tartışılır hale geldi(142). Kamu hukuku alanında kusursuz

(140) Zira, Devlet Memurları Kanunu madde 11 ile Anayasanın 137 nci maddesi aynı muhtevaya sahiptirler. Anayasaya göre özel bir düzenleme getiren Devlet Memurları Kanunun 11 nci maddesi başlığını bu şekilde değiştirilmesi ayrıca Anayasanın sözü geçen maddesindeki şahsi sorumluluğun da yalnızca kanunsuz emir haline münhasır olmadığı düşüncesini uyandırmaktadır. Değişiklikten önce aksi fikir için bkz. Devrim, S.: "Anayasanın + 125 nci ...", sh.63.

(141) Bkz.Devlet Memurları Kanunu Gerekçesi, Mil.Mec.Tut.Der.Dönem 1, Toplantı 4, C.42, Sayısı 977,sh.2.

(142) Bkz. Duran, L.: a.g.m.,sh.14,15.

mesuliyet mefhumu ile ilgili pozitif çerçevedeki irdedilememizi ikmal gayesiyle bu hükümleri -Türk hukukuna getirdiği idari güvence ilkesinin mahiyeti itibarıyla zıt yorumlara yol açması hasebiyle tartışmaların odak noktası haline gelen 13 ncü madde yönünden- ele almayı bulduk.

A. 13 NCÜ MADDE METNİ VE GEREKÇESİ

Devlet Memurları Kanunun 13 ncü maddesinin ilk fıkrası, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" hükmüne amirdir(143).

Hükmün Türk hukukundaki orijinalliği sebebiyle hayli uzun tutulan gerekçesini (144) açıklamalarımıza ışık tutması açısından aşağıya aynen alıyoruz:

"Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemekte ve bu bakımdan "idare ile memur" arasındaki sorumluluk

(143) 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı kanunla, anılan maddeye "12 nci maddeyle bu madde de belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir" hükmü eklenmiştir. Bu

münasebetlerini düzenleyen 12 nci maddeden farklı bir nitelik taşımaktadır. Buradaki esas, yalnız memurların görevleri dolayısıyla değil, kamu hukukuna tabi bütün görevler dolayısıyla mevcut olduğu için, bu maddede "Devlet memuru" deyimi yerine "personel" deyimi kullanılmıştır. Hususi hukuka tabi hizmetlerde çalışan personel bakımından tabi hususi hukuk esasları uygulanacaktır.

Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Herşeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

İkinci teminat, memur, daha doğrusu "Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel" bakımındandır. Bu gibi personel görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılmayacaktır. An-

hüküm üzerinde ayrıca duracağız.

(144) Mil.Mec.Tut.Der.,Dönem 1, Toplantı 4, C.42,Sayısı, 977,sh.10-11.

cak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu madde ile, memur mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir. Zira 12 nci maddedeki "zarar" memurun gerek doğrudan doğruya idareye vereceği zararları, gerekse başkalarına zararı ıka etmek ve idareyi bu zararı tazmin mecburiyetinde bırakmak suretiyle sebep olacağı zararları kapsamaktadır. Bu son durumda 13. maddenin son fıkrası hükmüne göre, idarenin haksız fiil konusundaki genel hükümler çerçevesinde sorumlu personele rücu hakkı saklı kalmaktadır. Burada kişisel sorumluluğun hangi hallerde mümkün olabileceği, daha doğrusu kusurun derecesi meselesi ele alınmamıştır. Ancak, Fransız idare hukukundaki "şahsi kusur" kıstasının sadece "ağır kusur"dan ötürü sorumluluğu kapsadığını şimdiki Alman Devlet Memurları Kanununda da "ağır kusur" esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatlarında bu yolda gelişmesi temenniye şayandır.

13. madde, sistem bakımından Anglosakson memleketlerinde, İtalya'da ve şimdiye kadar bizde uygulanmakta olan "idare ile memurun birlikte sorumluluğu" esasında ayrılmakta ve "teminat sistemi" denilen sistemegirmektedir. Bilindiği gibi bugün, idare edilenlere karşı ıka edilen zararlardan dolayı, hem idarenin sorumluluğu, hem de haksız fiil esasları çerçevesinde

memurun sorumluluğu bahis konusudur. Bunun memur aleyhine çeşitli sakıncalar yarattığı sık sık iddia edilmiştir. Üstelik Türkiye'de Fransa'damevcut olan bir koruma yolunun bulunmaması, memuru daha da güç mevkide bırakmaktadır. Adli mercilerde memur aleyhine tazminat davası açılan hallerde, Fransa'da olduğu gibi idarenin Uyuşmazlık Mahkemesi nezdinde itirazda bulunabilmesi ve memurun bu yolla korunabilmesi zaman zaman istenmiştir. Madde, bu konudaki tenkidlere köklü bir çözüm getirmektedir.

Hem memur, hem de idare edilenler lehine teminat getiren bu hüküm esas itibarıyla, Alman sisteminden ilham almaktadır. Birinci Dünya Savaşından sonraki Cumhuriyet Devrinden beri Almanya'da bir Anayasa müessesesi haline gelmiş olan bu teminat, en son Bnn Anayasası'nın 34 nci maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "Bir kimse kendisine verilen kamu görevinden ötürü üçüncü şahıslara karşı uhdesine düşen görevi ihmal ederse, esas itibarıyla sorumluluk hizmetinde bulunduğu kamu kurumuna aittir. Kasıt veya ağır kusur halinde rücu hakkı saklıdır" 1957 tarihli Federal Almanya Memurun Kanununda ise bu esas şu şekli almaktadır.

"Madde 78- Bir memur kendi ile veya kasden memuriyet vazifesini ihmal ettiği takdirde, hizmetinde bulunduğu işverenin bundan mütevellit zararlarını tazmin etmekle mükelleftir. İşveren Anayasanın 34 ncü maddesinin 1. fıkrasına göre bir üçüncü şahıs için tazminat ödemişse, işverenin memura rücu

hakkı ancak kasdı veya ağır kusuru bulunduğu takdirde mevcuttur".

Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa'da bile gitgide azalmakta olan "hizmet kusuru", "şahsi kusur" tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir."

Bu kapsamlı gerekçeden sonra, metinde geçen kamu hukukuna tabi görevle ilgili zarar, personel, kurum ve kişi kavramları üzerinde durarak, 13 ncü madde hükmünü tahlil etmeye çalışacağız.

B. YAPISAL ANALİZİ

Devlet Memurları Kanunu madde 13 hükmünün getirdiği düzenlemenin mahiyeti, amaç, kapsam ve sınırlarının tespiti öncelikle yukarıda andığımız kavramların aydınlatılmasına bağlı bulunmaktadır.

a) KAMU HUKUKUNA TABİ GÖREVLE İLGİLİ ZARAR

Zararın, kamu hukukuna tabi görevle ilgili olması gereği, kişisel kusurun önemini tebarüz ettirmektedir(145).

(145) Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.320.

Zira, personelin, hizmete yabancı, görevle bağdaşmayan hizmetten ayrılabilen eylemleri kapsam dışında kalmıştır. Hükmün öngördüğü; hizmete ilişkin, görevle ilgili eylemlerdir(146). Buna göre, kamu personelinin yalnızca işlem ve eylemlerinden ayrılmayan "görev kusuru" neticesinde verdiği zararlar tazminata konu yapılabilecektir(147). Zarar ile yürütülen görev arasında bir ilişki varsa, bu duruma yal açan, personelin kusurlu eylem ve işlemi, Duran'ın idari mesuliyet terminolojisine malettiği terim ile görev kusuru teşkil edecek ve 13 ncü madde hükme tatbik olunacaktır.

Duran'a göre(148), hizmetten ayrılamayan kişisel kusur olarak tanımlayabileceğimiz görev kusuru terimi yine yazara göre, doktrinde hizmet kusuru ile kişisel kusurun murtabit şekilde görüldüğü meşhur Lémonnier davasında(149)

(146) Esin, Y.: a.g.e.,sh.145-146.

(147) Duran, L.: a.g.m.,sh.4. Aksi görüşte olan Karahasan'a göre, "...görevlinin görev çevresiyle, görevsel ödevlerle, her ne çeşitten olursa olsun bir bağlantısı bulunan davranışlarının yarattığı sorumluluğu devletin karşılaması gerekir. Böylece davanın kişisel kusur niteliğini tanısa bile, sorumlu devlettir." Bkz. Karahasan, M.R.: Tazminat Davaları, M.3, İstanbul, 1981,sh.

(148) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.56.

(149) Dava, bir komün bayramı dolayısıyla bir nehirde yüzen hedeflere tertip olunan ateş esnasında nehrin kenarında yoldan geçen bir şahısa seken kurşunların isabet edip yaralanması ile il-

kanunsözcüsü Leon Blum'un "kusur belki hizmetten ayrılıyor, fakat hizmet kusurdan ayrılmıyor" şeklindeki nefis anlatımında vurgulanmaktadır. Evet, görev kusuru da bir nevi kişisel kusurdur ama hizmet içinde veya dolayısıyla, idarece personele verilen görev, yetki, araç, vasıta olunarak işlenmekte, yani hizmet, kusurun irtikabına yolaçmaktadır(150).

Oysa kişisel kusur, hizmetle görev gerekleriyle en ufak bir bağ kurulamadığı için personelin şahsi sorumluluğunu doğurmaktadır. Ancak kişisel kusurun da yalnızca görev sırasında ya da görev dolayısıyla işlenebileceğini(151), bu sebeple personelin, alelâde bir üçüncü kişi gibi hareket ettiği hallerde söz gelimi görevli olmadığı bir esnada kavga ettiği şahsi tabancasıyla vuran polis memurunun işlediği kusurun teknik anlamda kişisel kusur olarak addedilemeyeceğini belirtmeliyiz(152).

gilidir. Mağdur, vaki yaralanma üzerine, belediye reisini hukuk mahkemesinde, Komün hükmi şahsını da Danıştayda dava etmiş, iki mahkemede de lehte neticelenen davaların böylelikle bir fiilde, iki kusurun bağlı (murtabit) şekilde bulunabileceğini ortaya koyduğu yargısına varılmıştır. Bkz. Onar, S.S.: a.g.e., C.III, sh.1704.

(150) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin..., sh.56.

(151) Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.321.

(152) Şahsi kusur ile alelâde kusur, memurun sorumluluğunu doğurmak açısından neticede farklılık göstermezler. Ama biri özel hukuk, biri de kamu hukuku kökenli olmak itibarıyla birbirinden ayrı mesuliyet sahalarını ilgilendirirler.

b) PERSONEL

Gerekçede personel deyimi kullanılmakla, kamu hukukuna tabi bütün görevlilerin murad olunduğu; böylece getirilen güvenceden, yalnız memurların değil, kanunun 4.ncü maddesinde "istihdam şekilleri" başlığı altında sayılan diğer personelin de yararlandırılacağı anlaşılmaktadır(153).

Burada calibi dikkat husus, kamu personelinin tümünün Devlet Memurları Kanununa tabi olmaması gerçeği karşısında 13 ncü madde hükmünün bu personel için de geçerli olup olmadığı sorusudur.

Türk doktrininin ortak yargısı, Devlet Memurları Kanunu madde 13 hükmünün yalnızca bu kanuna tabi personeli hakkında uygulanabileceği yönündedir(154). Doktrine öncülük eden Duran'a göre bu hükümden 1 nci maddenin 1 nci fıkrası ile sınırlı olup 4 ve 5 nci maddelerde belirtilmiş kamu görevlileri istifade edebileceklerdir(155).

(153) Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.318-319; Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.11; Devrim, S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin...",s.25.11-12.

(154) Bkz. Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.10-11; Tandoğan, H.: a.g.e.,sh.97-99; Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.319.

(155) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.11.

Buna göre anılan hüküm "Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin Kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında ve Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan" memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler hakkında uygulanabilecektir. Metinde geçen "kamu hukukuna tabi görevler" ibaresi maddenin personelin statüsünü değil, yürüttüğü görevin niteliğini esas aldığı göstermektedir(156).

c) KURUM

İlgili kurumla, zarar doğuran işlem ve eylem yapan personelin çalıştığı görevli olduğu kurum anlaşılmak gerekir(157). Burada personelin atandığı de- , çalıştığı kurumun esas alınması gerektiği, ikinci görevle veya geçici olarak çalıştığı kurumun da ilgilikurum anlamına geleceği kabul edilmiştir(158).

Belirtelim ki, zarar veren kamu tüzel kişinin tespit ve teşhisi zarar gören ferdin, idareye açacağı davada husumetin tevcihi bir başka deyişle hasım gösterme açısından önem taşıyacaktır(159).

(156) Yenice, K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.319.

(157) Esin,Y.: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Kt.I Usul, B.2, Ankara 1976,sh.112.

(158) Tandoğan, H.:a.g.e,sh.99.

(159) Devrim,S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin.."S:25,sh.12.

d) ZARAR GÖREN KİŞİLER

Kanun metninde geçen "kişiler" sözcüğünün, ilgili kurum dışında kalan herkes olarak anlaşılması gerekir. Zira, genel ve mutlak bir ifadeye yer verilmek suretiyle, zarar görenler arasında bir ayırım yapılması yolu kapanmıştır(160). Böylelikle ister ilgili kurumda, ister başka yerde görevli olsun, bütün gerçek şahıslar, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri, zararın "kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olması" şartıyla bu çerçeveye dahil olacaklardır(161).

C. GETİRİLEN DÜZENLEMENİN MAHİYETİ

a) DOKTRİNİN GÖRÜŞÜ

Devlet Memurları Kanunu madde 13 hükmünün, gerekçesinde de belirtildiği üzere, kanunun yürürlük tarihine kadar, Türk hukukunda cari olan "memur ile idarenin birlikte sorumluluğu" ilkesini kaldırdığı, bunun yerine Fransa ve Almanya'da tatbik gören ve esas itibarıyla fertlerin zarar konusundaki taleplerini idareye karşı

(160) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.13.

(161) Yenice,K.-Esin,Y.: a.g.e.,sh.320.

yöneltilmesini öngören "teminat ya da idari güvence" sistemini getirdiği hususu ihtilafsızdır. Ancak bu sistem "hizmet kusuru-şahsi kusur ayrımını kaldırmakta mıdır?" veya "şahsi kusuru kapsamına alacak kadar mutlak nitelikte midir?" ya da "getirilen düzenleme gerçekte bir kusursuz sorumluluk hali mi yaratmaktadır?" şeklinde özetleyebileceğimiz sorulara aranan cevaplar hem doktrinde hem de içtihatlarda geniş tartışmalara yol açmıştır. Ezcümle:

Onar'a göre, madde 13; hizmetten ayrılabilen ve ayrılamayan kusur kriterini kabul etmektedir. Çünkü metinde geçen "kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olma" ibaresinden, hizmet kusuru teşkil eden hallerin idareyi buna mukabil hizmetten ayrılan görevle ilgili olmayan kusurların şahsi kusur teşkil ettiği gerekçesiyle memuru sorumlu kılacağı neticesi çıkmakta(162), demektedir.

Gözübüyük ise, bu hükümle, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından dolayı da olsa, davanın idareye karşı açılacağı esasının benimsendiği, görevlerle ilgili olmayan tamamen hizmetin dışında kalan, hizmetle hiçbir bağ kurulamayan şahsi kusurlardan dolayı personel aleyhine haksız fiil esasları çerçevesinde adli yargıda dava açılabilirliği ama hizmetle ilgili konularda şahsi kusur

(162) Onar,S.S.: İdare Hukukunun Umumi...,C.III,sh.1702.

esasına dayanılarak adli yargıda dava açılırsa, personelin, husumet ve görev def'inde bulunabileceği görüşündedir(163). Böylece müellifin, 13 nücü maddeyi kişisel kusurun kapsamını daraltan ve kusursuz sorumluluğu getiren bir hüküm olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

Daha da ileri giden İnan, Medeni Kanunun 917 nci maddesindeki "Hazine tapu sicillerinin tutulmasından mütevellit bütün zararlardan mesuldür" hükmünün, doktrin ve içtihatlarda bir kusursuz sorumluluk hali olarak benimsenmesi karşısında Devlet Memurları Kanunu madde 13 ünde kusursuz sorumluluk sayılması gerektiğini, zira bu hükmün Medeni Kanunun 917 nci maddesinin kapsamı genişletilmiş şekli olduğunu belirttikten sonra, idarenin tüzel kişi olması itibarıyla bütün faaliyetlerinin organlarınca yani kamu personeline gerçekleştirildiğini dolayısıyla anılan hükmün, bütün kusursuz sorumluluk biçimlerini de kapsadığını savunmaktadır(164).

Özyörük, memurun idareye atıf ve isnadı kabil olmayan eylemlerini madde hükmünün himayesi dışında görmek suretiyle, kapsamı daralmakla beraber, şahsi kusurun memurun sorumluluğunu doğurmaya devam edeceği fikrine bağlı kalmıştır(165).

(163) Gözübüyük, A.Ş.: Yönetmelik...,sh.284-288.

(164) İnan,A.: a.g.m.,sh.35-36.

(165) Özyörük, M.: a.g.e.,sh.124.

Giritli de, memurun hukuki sorumluluğunun hizmet veya şahsi kusuruna göre genel idare hukuku prensipleri ya da medeni hukuk esaslarına göre düzenlendiğini, zararın personelin fena niyetine müstenit bir hareketten yahut hizmet hariçinde kalan, hizmetin icrai safhasını teşkil etmeyen bir fiilden kaynaklanmış olması halinde şahsi mesuliyetin intaç edeceğini belirtmek suretiyle, kusur teorisinin varlığını koruduğuna taraftar olmuştur (166).

Zararın, memurun kamu hizmeti ile ilgili görevin icabı olan bir eylemden mi kaynaklandığı yoksa memurun, görevi dışında bir fiille mi zarar ıka ettiğı hususu üzerinde duran, Ervardar da; kamu görevi dışında kalan şahsi fevri davranışlardan doğan zararın, ferdi mesuliyet doğuracağı, dolayısıyla davanın özel mahiyet alacağı fikrindedir (167).

Esin, kanunun hizmet kusuru açısından, bir yenilik getirdiğinin söylenemeyeceğı, maddenin asıl değerinin kusursuz sorumluluk alanında belirlediğı, kişisel kusurun kapsam dışında kalmakla beraber uygulama sahasının çok daraldığı, görülen hizmete ilişkin olmak kaydıyla,

(166) Giritli, İ.: Anne İdaresi Teşkilatı ve Personeli, B.5, İstanbul 1975, sh.330-331.

(167) Ervardar, F.: "Devlet Memurları Sorumlulukları Alanında Yeni Düzenlemeler", İstanbul Sanayi Odası Dergisi, 1983, C.18, s.214, sh.22-23.

eylemin, kusursuz ya da kişisel kusur derecesine varmayacak kadar kusurlu olmasının önemli olmayacağı görüşündedir(168).

Düren, sözkonusu hükmün amacının kamu personelini değil, idarenin faaliyetinden zarar gören üçüncü kişileri korumak olduğunu, bu sebeple de kişisel kusurun alanının daraltılmasına karşılık görevsel kusur alanının genişletildiğini söylemektedir(169).

Devrim, esas itibarıyla hükmün bir yenilik getirmediğini, tatbikatçıları kişisel kusur-hizmet kusuru ayırımına götürdüğünü, şahsi kusur sebebiyle Borçlar Kanunu madde 41'e göre adli yargıda dava açılabilme esasının bertaraf olunmadığını, usulibir hüküm olan sözkonusu maddenin, şahsi kusurun aranmasına imkan vermesi dolayısıyla kusursuz sorumluluğa esas teşkil edemeyeceğini ileri sürmektedir(170).

Türk hukuk sistemine uymadığı ayrıca kendi içinde çelişkili olduğu gerekçesiyle doktrinde görüşleri hayli tenkid konusu yapılan(171) Karahasan'a göre, Alman sisteminden mülhem olunması hasebiyle, bu sistemde olduğu

(168) Esin, Y.: a.g.e, Kt.II Esas, sh.164-165.

(169) Düren, A.: a.g.e., sh.300-301.

(170) Devrim, S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin..", S.25, sh.24.

(171) Bu konuda Bkz. Duran, L.: Türk Kamu Personelinin..., sh.19;

Tandoğan, H.: a.g.e., sh.103.

gibi kamusal gücün kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda madde 13 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Bu itibarla görevsel ödevlere aykırılık gerçekte kişisel sorumluluğu gerektirirken, eğer kamu gücü kullanılmış ise, dava idareye yöneltilmeli, devlet personelinin görevsel ödevlerine aykırılığının sonucuna katlanmalıdır. Bu, memurun sorumluluğunun yerini, idarenin sorumluluğunun alması anlamına geldiğinden(172), dava kamu görevlisine karşı açılmış olsaydı, hangi yargı yeri görevli olacaksa, idareye karşı açılacak dava içinde o yargı yeri görevli olacak demektir(173).

Nihayet Duran ise, 13 ncü maddenin usuli bir hüküm olduğunu, Danıştayın anlayış ve uygulayış biçimiyle, personelin şahsi sorumluluğunun aranmasına imkan verdiğini, dolayısıyla burada idarenin kusursuz sorumluluğu esasına yerolmadığını ileri sürmektedir(174).

Müelliflerin özetlediğimiz bu görüşlerinden, Türk doktrininin fikir birliği içinde olmadığı ve fakat ekseriyetin 13 ncü madde ile kusur ayrımının kalkmadığına taraftar oldukları söylenebilir.

(172) Aynı görüş için Giritli, i.: a.g.e.,sh.329.

(173) Karahasan, M.R.: a.g.e.,sh.1029-1030.

(174) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.27. Ayrıca Bkz. a.g.m.,sh.4 vd.

b) İÇTİHADİ YAKLAŞIM

Danıştayımızın, Devlet Memurları Kanununun 13 ncü maddesi hükmünü bir süre idarenin kusursuz sorumluluğu esasını tasrih ve teyid eden bir hüküm niteliğinde gördüğü, idari kusuru aramaya gerek görmeksizin, şahsi kusur halinde dahi idareyi sorumlu kılmaya çalıştığı söylenebilir(175). Gerçekten;

Arkadaşının tüfeğinin patlamasıyla kafasından vurularak ölen erin yakınlarınca açılan tazminat davasında Danıştayın ilgili dairesi "İdare bir kamu hizmetinin ifası sırasında kişilerin uğradıkları zararların tazminle mükellef olup çalıştırdığı kişilerin şahsi kusurundan doğmuş olsa bile tazminat davasının idare aleyhine açılacağı, Devlet Memurları Kanunu 13 ncü maddesi iktizası bulunduğundan..."(176) demek suretiyle kusur ayırımına son vermişti.

Yine, hizmet aracını kullanan şöförün kusurundan doğan trafik kazası neticesinde meydana gelen zararların tazminini konu alan davada Yüksek Mahkeme, "İdare hukuku ilkelerine göre, kamusal hizmet gören ajanların bu hizmetin yürütülmesisırasında 3 üncü kişilere verdikleri zararı, o hizmeti yerine getirmekle görevli olan idare

(175) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.26-27.

(176) 12. D.2.10.1968,E.1967/274,K.1968/1811,Esin,Y.:a.g.e, Kt.

II Esas,sh.166.

tazminle yükümlüdür. Devlet Memurları Kanununun 13 ncü maddesinde de, uhdesine mevdu amme hizmetinin ifası sırasında, hizmet personelinin fiilleri sebebiyle üçüncü şahıslara karşı hasıl olan zararları tazmin bakımından idarenin sorumlu tutulacağı esası kabul edilmiştir"(177) diyerek aynı görüşünü devam ettirdiği neticesine ulaşılıyordu.

Aynı şekilde, "Devlet Memurları Kanunun 13 ncü maddesinde belirtildiği gibi hizmet personelinin kamu hizmetini yaptığı sırada üçüncü kişilere verdiği zararların tazmininden idare sorumlu olup... idare ajanı olan başkatibin suç derecesindeki kusurlu hareketinden doğan zararın idarece karşılanması gerektiğinden..."(178) yolundaki içtihadı Danıştayın, görevin niteliğine tamamen aykırı düşen ve gerçekte salt şahsi kusur teşkil eden suç niteliğindeki eylemleri de madde kapsamına soktuğunu gösteriyordu.

Duran'a göre(179) Türk kamu hukuku sistemiyle bağdaşmayan bu anlayış, Anayasa Mahkemesinin; 1602 numaralı kanunun 24 ncü maddesinin b bendi ile, Askeri Yüksek İdare Mahkemesine verilen asker kişiler aleyhine şahsi kusur isnadına dayanılarak açılan davaları görme yetkisini,

(177) 12. D. 8.3.1972,E.1970/3395,K.1972/726,Esin, Y.:a.g.e.,Kt.

II Esas, sh.168.

(178) 12. D.5.4.1972, E.1969/3251, K.1972/1047, Danıştay 12. Daire Kararları, Kt. I, Ankara 1976,C.II,sh.240.

(179) Duran, L.: a.g.m.,sh.5.

anayasaya aykırı bularak iptal etmesiyle gözden düştü. Zira bu kararla(180) Anayasa Mahkemesi personel aleyhine şahsi kusur isnadı ile adliye mahkemelerinde dava açabilme imkanının kaldırıldığını içtihat eyledi(181).

Bu karar giderek, Danıştay ile birlikte Yargıtayın da içtihatlarını etkiledi. Orman muhafaza memuru olarak görevli olduğu ve yasal görevini ifa ettiği sırada kendi mıntıkasında tomruk kaçırarak şahıslarla karşılaşan ve saldırılarına uğrayan görevlinin kendini korumak için ateş etmesi sonucu öldürdüğü destekçinin yakınlarınca Orman Genel Müdürlüğüne karşı açılan tazminat davası ile ilgili olarak Temyiz Mahkemesi, 13 ncü maddeyi hizmetten ayrılmayan bir kusurla üçüncü şahsa zarar veren ajan veya memur aleyhine dava açılmasını engelleyen bir hüküm olarak mütalaa edip, kamusal memurların "istihdam edilen kimseler" olarak kabul edilmesinin yanlış olduğu gerekçesiyle, husumet ve görev noktalarından bozmaya(182) karar verdi.

(180) Bkz. Dipnot 119.

(181) "...Türk İdare Hukuku sistemine ve yerleşik bir kuralına göre, "idari" davalarda, gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri, "idari" ilişkinin aktörü bulunmak koşuluyla "davalı" taraf olabilir.

O halde kamu görevlisinin, görev kusuru nedeniyle tam yargı davasında davalı kesiminde yer alması, idari dava teorisine tamamen yabancı, reddedilmiş değil; aksine Türk İdari Yargısında yeri olan, uygulamanın, gereksinimlerin, içtihad ve ya-

Keza, jandarmalarca, karakolda dövülerek öldürülenin mirascılarınca açılan tazminat davasında, Yargıtay, yukarıdaki kararına benzer şekilde, 657 sayılı yasanın hiçbir veçhile, personel aleyhine salt kişisel kusurundan dolayı, dava açılmasını engelleyen bir hüküm getirmediğini, hizmet ve görevden ayrılmayan zarar doğurucu eylemler sebebiyle açılacak davanın, kuruma karşı idari yargıda görülmesi gerektiğini hükme bağlayarak, görev yönünden bozmaya şeklinde karar verdi.(183).

Nihayet Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile Dördüncü Hukuk Dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluğunu gidermek için toplanan İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, verdiği kararda(184) "Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğuna, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılmasına gerek olmadığına..." demek suretiyle yargı kararlarına uymama halinin kişisel kusura binaen objektif sorumluluk yaratacağını içtihat eyledi.

saların gerektiğince tanındığı bir haldir.."diyen Güran, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının mevcut durumu değiştirmediyini söylemektedir. Bkz.Güran, S.: İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", Danıştay Dergisi, 1979,C.9,s.34-35.

(182) 4.HD. 15.1.1979,E.1978/12904,K.1979/146, Yargıtay Kararları Dergisi, 1979,C.5,S.4,sh.493-499.

(../..)

c) GENEL DEĞERLENDİRME

Devlet Memurları Kanunu madde 13. genel hükümlere göre rücuu öngören ibare istisna edilecek olursa, gerçekte bir usuli hüküm mahiyetindedir(185). Bir başka deyişle anılan hüküm, sorumluluk kurucu maddi nitelikte bir norm değildir(196). Bu sebeple bir kısım doktrin ve içtihatlardaki görüşün aksine, ne kusur ayrımını kaldırarak kusursuz sorumluluk esası getirdiği ne de şahsi kusuru dahi kapsamına alarak personeli zarar görenlere karşı sorumsuzlaştırmayı hedeflediği kabul edilemez.

Söz konusu düzenlemenin mahiyeti, kamu personelinin hizmet ve görevinden ayrılmayan eylem ve kusurlarından ya da onunla birlikte hizmet kusurunda doğan zararların tazmini için açılan davanın kuruma karşı idari yargı yerinde açılması gereğinden ibarettir(187). Hizmet kusuru-şahsi kusur ayrımı açısından yenilik getirmeyen madde; Türk hukukunda "görevsel kusur" terimini yaratmak suretiyle(188), kanaatimizce, getirilen "teminat" sisteminin, sınırlarını ortaya koymak istemiştir. Zararın,

(183) 4. HD. 4.4.1979, E.1979/399, K.1979/4578, Yargıtay Kararları Dergisi, 1979, C.5, S.7, sh.968-970.

(184) Yargıtay İBBGK 22.10.1979,E.1978/7, K.1979/2, Yargıtay Kararları Dergisi, 1979,C.5,S.11,sh.1529-1544.

(185) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,s.9.

(186) Zabunoğlu, Y.K.: a.g.e.,sh.258.

(187) Tandoğan, H.: a.g.e.,sh.106.

(188) Düren, A.: a.g.e.,sh.295.

kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olması" ibaresinin anlam ve esprisi de budur. Buna göre, salt kişisel kusurdan dolayı memur şahsen sorumlu olmaya devam edecek ve anılan hükmün himayesinden istifade edemeyecektir. Eğer zarar verici eylem, hizmet çerçevesi içinde ifa olunan kamu görevinden ayrılamıyor ise bu takdirde de personel aleyhine dava açılması imkanı kapanacaktır(189).

Duran, vardığımız bu yargının 12 Eylül Harekatına kadar, genellikle doktrinde ve içtihatlarda benimsendiğini, ancak Milli Güvenlik Konseyi düzenlemelerinin önceki hukuki rejimi değiştirdiğini, yeni istikamet, personelin üçüncü şahıslara karşı sorumsuzluğu ve korunması yolunda olduğu görüşündedir(190).

Ezcümle, müellif, 1402 numaralı Sıkıyönetim Kanununa değişiklik getiren 14.11.1980 tarih ve 2342 numaralı

(189) 13 ncü maddenin gerçek anlamına kavuşturulmasının bir kısım çevrelerde memnuniyetsizlik yarattığını belirten Zabunoğlu, bunun siyasal beğenilerden kaynaklandığını, üst düzey bir + kısım yöneticilerin yaptıklarının faturasını, devlete ödettirmek için 13 ncü maddedeki kuralı araç olarak kullanmak istediklerini, maddenin Alman hukukunda olduğu gibi, üçüncü kişilerin zararlarda tazmin taleplerini güvence altına almak amaçlanırken bir kısım kamu görevlileri arasında "şahsi kusurundan dolayı nasıl olsa banakarşı dava açılmaz" anlayışının egemen olduğunu söylüyor. Bkz. Zabunoğlu, Y.K.a.g.e., sh.300.

(190) Duran, L.: a.g.m., sh.8.

numaralı kanunun ek 3 üncü maddesiyle sıkıyönetim komutanlarının "Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez" hükmünü; yine 1602 numaralı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunun Anayasa mahkemesince iptal olunan 24 ncü maddesinin (b) bendi yerine 25.12. 1981 tarih ve 2968 numaralı kanunla değişik "hizmet ve şahsi kusurun birleşmesi" kenar başlıklı maddenin "Kişiler askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlarından ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" hükmünü(191) keza 2577 numaralı İdari Yargılama Usulü Kanunun 28 nci maddesinin (4) nolu paragrafı ile getirilen "Mahkeme kararlarının altmış gün içinde kamu görevlilerince kasden yerine getirilmemesi halinde, ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de

(191) Yazara göre, bu hüküm; kanunun öteki maddelerinde görev alanının "asker kişiler"le sınırlanması esassından ayrılıyor görünmekte ve askerigörevlerden zarara uğrayan herkesin, bu yargı yerine başvurup, vuramayacağı sorusunun gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Ayrıca bu hükümden, askeripersonelle karşı şahsi kusurdan dolayı adli yargıda kişisel sorumluluğa gitmenin mümkün olmayacağı neticesinin çıktığını ilave etmektedir. Bkz. Duran, L: a.g.m., sh.8-9.

tazminat davası açabilir" hükmünü(192) ve son olarak da Devlet Memurları Kanunun 12 ve 13 ncü maddelerindeki düzenlemeleri(193) bu görüşüne delil olarak göstermektedir.

12 Eylül 1980'den bu yana Türkiye yönetiminin ortak ve genel niteliğini hukuksal planda "karmaşa" olarak ifade eden müellifin (194) işaret ettiği bu düzenlemeler, eski uygulamalara 1982 Anayasası gibi bir tepki mahiyetinde görünmektedir.

(192) Kamu görevlisinin kasıtlı hareket ettiğinin ispatlanabilmesinin pek zor olması karşısında, personel için gerçek bir şahsi sorumluluktan bahsedilemeyeceğini düşünmektedir. Bkz. Duran, L.: a.g.m.,sh.9.

(193) 12.5.1982 tarih ve 267 numaralı kanunla, Devlet Memurları Kanununun 12 nci maddesine "Devlet Memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar" şeklinde bir hüküm eklenmesini, yine "Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır" düzenlemesine yer verilmesini, bunlara ilaveten 13 ncü maddede Başbakanlığa yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesini, Duran, calibi dikkat hususlar olarak görüyor ve özellikle 13 ncü maddedeki yeni hükmü, kamu personelinin sorumsuzlaştırılması amacına yönelik olarak değerlendiriyor. Bkz. Duran, L.: a.g.m.,sh.19.

(194) Duran, L.: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul 1988,sh.8 vd.

1961 Anayasası dönemine ilişkin olarak yöneltilen tenkidlerin odak noktasını zayıf "yürütme" olgusunun oluşturduğu malumdur (195). Bu sebeple, 1980'den sonra, anayasal ve yasal planda getirilen düzenlemelere güçlü bir "yürütme kuvveti" oluşturma çabalarının hakim olmasını tabii görmek gerekir. Ancak bunalım dönemleri sonunda siyasal ve hukuki yapıyı yeniden kurmaya matuf her hareket gibi 12 Eylül sonrası düzenleme çalışmaları da kusursuz olmamıştır. Eğer, andığımız bu hükümler geçiş döneminin ürünü olup ömürleri de bu dönem ile sınırlı olsaydı, şüphesiz yeni yapıyı oturtma çabaları olarak değerlendirilir ve üzerinde durulmazdı. Oysa şimdi sözü edilen hükümlerin, mevcut yargıyı yani hizmet ve görev kusuru halinde husumeti idareye, şahsi kusur halinde ise personele tevcih eden anlayışı değiştirip değiştirmeyeceği sorulabilir.

Kanaatimizce; sıkıyönetim, idarenin normal işleyiş ve tatbikatına ilişkin bir müessese olmadığı ölçüde, bu sahada getirilen düzenlemede kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin anlayışımızı değiştirecek nitelikte değildir. Aynı şekilde İdari Yargılama Usulü Kanunundaki değişiklik yargı kararlarının yerine getirilmesi mevzuu ile sınırlı kaldığı derecede mevcut seyri etkilemeyecektir.

(195) Soysal, M.: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, B.6, İstanbul 1986, sh.169 vd.

Öte yandan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununa ilişkin olarak andığımız hüküm de esas itibariyle Devlet Memurları Kanunumadde 13'ün paralelindedir. Dolayısıyla yeni bir sorumluluk prensibi getirilmemiştir. Bu kanunun 63.ncü maddesinde, mahkeme kararlarını yerine getirmeyen askeri personel aleyhinde, idari Yargılama Usulü Kanunundan farklı olarak dava açılabilceğinin öngörülmemiş olması hali, şahsi sorumluluğun kaldırıldığına delalet edebilir. Ancak keyfiyet, yalnızca yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin görünmektedir (196).

Devlet Memurları Kanununun 13.ncü maddesindeki yeniliğe gelince: "12 nci maddeyle, bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tesbiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenen" şeklinde eklenen fıkra (197) Ervardar'ın da belirttiği üzere (198), idari olgu neticesinde husule gelen zararların tesbiti, sorumluların tayini kanun tarafından

(196) Yargı kararlarının yerine getirilmesi mevzuu, yürütmenin ya da idarenin allerji duyduğu hallerdendir. 1961 Anayasası döneminde özellikle Danıştay'ın içtihadı tutumu ile yürütmenin faaliyetlerine mani olduğu inancı geniş kabul görmüştü. Getirilen yeni düzenlemelerin ekseriyetle yargı kararları ile ilgili olmasının sebebi hikmeti bu olsa gerektir.

(197) İlgili yönetmelik çıkarılmış bulunmaktadır. Bkz. R.G., 13.9. 1983, S. 18134.

(198) Ervardar, F.: a.g.m., sh.22.

ortaya konduktan sonra, memurun suçluluğu, amirin ihm-
mal ve yetersizliği gibi iç ilişkilere ait sayılabilecek
konuları idareye bırakmış bulunmaktadır. Hal böyle iken,
anılan yönetmelikle, kamu personelinin sorumsuzlaştı-
rılması yetkisinin de idareye tanındığını düşünmek,
13 ncü maddenin birinci fıkrasında kabul ve tatbik gö-
ren esasın, bir kanun... hükmünün, alt derecedeki bir
hukuki tasarrufla, idari işlemle değiştirilebilmesi gibi
yalnız idare hukukunun değil, tüm hukuk biliminin esas-
larına, ilkelerine aykırı düşen bir durum yaratır. Do-
layısıyla Duran'ın bu baktaki görüşlerine katılabılme-
nin mümkün olmadığına inanmaktayız.

Netice olarak, getirilen yeni düzenlemelerin zihinler-
de bir karmaşa yarattığını teslim etmekle beraber,
1980'den önce benimsenen kusur ayrımı esasının yine
devam ettiğine inanmaktayız. Nitekim Yargıtay 4 ncü
Hukuk Dairesinin Danıştay kararını uygulamayan Belediye
Başkanına karşı açılan tazminat davasında görevsizlik
görmemesi, husumetten bahsetmemesi (199) yine Hükuk Genel
Kurulunun, Bakanların kamu görevlisi sayılmasına iliş-
kin içtihadında (200) memurların ve diğer kamu görev-
lilerinin kusurlarından dolayı idare aleyhine dava açıl-

(199) 4. HD. 23.12.1982, E.1982/10149, K.1982/11655, Yargıtay Karar-
ları Dergisi, 1983, C.9, S.4, sh.525-527.

(200) Yargıtay HGK, 14.9.1983, E.1980/4-1714, K.1983/803, Yar-
gıtay Kararları Dergisi, 1983, C.9, S.11, sh.1587-1592.

labilmesinin ancak diğer koşulların da varlığına bağlı olduğunu belirtmesi, keza yasalunsurlar açısından idarenin karşılaması gereken bir sorumluluğun varolup olmadığıнын araştırılması gerektiğini ifade etmesi bu yargımızı teyid eder niteliktedir.

Aynı şekilde Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesinin, daha yeni tarihli bir kararında, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4 ncü maddesi uyarınca yargı kararını yerine getirmeyen rektör aleyhine açılan tazminat davası ile ilgili olarak, "...memur güvencesi için, öncelikle idareye izafe edilecek bir idari işlem ve eylemin bulunması zorunludur. Oysa, idarenin ve dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gerekli bir anayasa emridir" dedikten sonra, memurun kamu görevini yerine getirirken, zarar yaratan davranışı idari işleme yabancı ise, bunun kişisel kusura binaen sorumluluğa yol açacağına işaret eylemesi(201) görüşümüzü daha da pekiştirmektedir.

D. KURUMUN PERSONELE RÜCUU MESELESİ

Devlet Memurları Kanununun 13 ncü maddesinin ilk

(201) 4. HD. 13.5.1986, E. 1986/1995, K.1986/4064, Yargıtay Kararları Dergisi, 1986, C.12,S.9, sh.1287-1290.

fıkrasının ikinci cümlesi, "Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" hükmüne amirdir. Bu babta incelemek istediğimiz husus saklı tutulan bu rücu hakkının hangi ilkelere göre kullanılacağıdır.

Hemen belirtelim, Türk doktrinindeki görüşler bahis konusu rücuun esası üzerinde tam anlamıyla uyuşmamaktadır. Ekseriyet, özel hukuk ilkelerinin tatbik olunacağını savunurken, rücun idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde olacağını karşıt görüş olarak ileri sürenler de olmuştur.

İlk görüşü savunanlardan Düren'e göre (202), kusuru ile kurumun tazminat ödemesine sebep olan personel, kanunun 12 nci maddesinde (203) öngörülen devlet memuru durumundadır. Yani görevi ile ilgili olarak, idareye zarar vermiş kişiler gibidir. Dolayısıyla 13 nci maddedeki rücu

(202) Düren, A.: a.g.e., sh.305.

(203) 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı kanunla değişik Devlet Memurları Kanununun 12 nci maddesi: "Devlet Memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bu-

ilişkisi haksız fiil olarak öngörölmüş ve adliye mahkemesi görevli kılınmıştır. Böyle bir düzenleme görev ayrımı ilkelerine uygundur. Zira kanun, 12 ve 13 ncü madde ile idareye adli yargıda çözölmesini öngördüğü bir özel hukuk ilişkisini (rücu) yaratma yetkisi vermiştir.

Aynı görüşü savunanlardan Karahasan'a göre(204), rücuun, genel hükümlere göre yapılacağı ibaresi isabetsizdir. Zira personelin görev kusuru teşkil eden "görevsel ödevlere" aykırı davranması genel hükümlere göre haksız eylem teşkil etmez. Rücu hakkının kaynağı bu sebeple görevsel ödevlere aykırılığı haksız eylem sayan 12 nci maddedir, yoksa genel hükümler değil.

Buna mukabil Duran, sözügeçen "genel hükümler" ibaresini idare hukuku ilke ve kuralları olarak anlamaktadır. Müellife göre(205) 13 nci maddenin yolladığı genel hükümler, kanunkoyucunun iradesinde Borçlar Kanununun 55 maddesi olmak gerekir. Ancak bu madde idare ile personeli arasındaki ilişkiyi bu bakımdan düzenlemeye el-

lunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir" hükmünü öngörmektedir.

(204) Karahasan, M.R.: a.g.e.,sh.1028.

(205) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.16-17.

verişli bulunmamaktadır. Öte yandan eğer Borçlar Kanunu madde 55 delaletiyle aynı kanunun haksız fiil halini düzenleyen 41 nci maddesi uygulanacaksa, personel yalnız kasıt veya ağır kusurundan değil, her türlü ihmal ve tedbirsizliğinden de mesul olacak, böylece 13 nci maddenin gerekçesindeki personelin sadece ağır kusur halinde sorumlu tutulmasına ilişkin temenninin gerçekleşmesi engellenmiş olacaktır.

O halde diyen Duran'a göre, personelinin görev kusuru işlediğini tesbit eden idare, ödediği tazminatın rücuu hakkında karar olacak, personele de süresi içinde bu karara karşı iptal davası açma imkanı tanınacaktır. Aksini düşünüp, görev kusurunu incelemeyi adli yargıya bırakmak, Türk idare rejiminin esaslarına ters düşecektir. Kaldı ki aynı anlayış çerçevesinde Borçlar Kanunun "muhtelif sebeplerin içtimai hali" başlıklı 51 nci maddesi tatbik edilirse, önce zarara yol açan personel... sorumlu tutulur, idare ise en sonra zarar karşılamak durumunda kalır. Oysa 657 sayılı kanunun 13 nci maddesi önce kurumun sorumlu tutulmasını, sonra ise personeline rücu olunmasını öngörmektedir(206).

Aynı görüşte olan Uler de(207), adli yargının elin-

(206) Duran, L.: Türk Kamu Personelinin...,sh.39-44.

(207) Uler, Y.: İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970,sh.129-130.

deki sorumluluk ölçüsünün 41 nci maddedeki haksız fiil olduğunu, adli yargıyı görevli kabul etmenin aynı zamanda personelin kusuru ile haksız fiilin eşitliğini kabul etmeyi gerekli kılacağını, oysa bu kusurun idare hukuku terminolojisine ait olması itibarıyla hizmet şartları içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Adli yargının görevli kılınması halinde müellife göre (208) niçin önce idari yargıya gidildiğinin de sorulması gerekir. Bu takdirde pekala adli yargı yeni baştan görevli kılınıp, kurtuluş beyyinesi tanınmayarak idare, istihdam eden sıfatı ile sorumlu tutulabilir.

Ancak gerek Duran'ın gerek Uler'in görüşleri eleştirilmekte (209) kanunkoyucunun madde 13'ü sevkederken gerekçesi itibarıyla görüşünü açıkca ortaya koyduğu (210),

(208) Uler, Y.: a.g.e., sh.141.

(209) Bkz. Tandoğan, H.: a.g.e., sh.110-111; Devrim, S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin...", S.25, sh.22.

(210) Uler, Balta'ya atıfla, gerekçelerin bağlayıcı olmadığını gerekçeye bağlı kalmanın subjektif bir yorum olacağını, bir kanunun oluşumu sırasında teklif sahipleri ile komisyonun gerekçelerinin, keza genel kurulda ileri sürülen görüşlerin, meclis tarafından benimsenmesinin pek nadir olduğunu, milletvekillerinin çoğu zaman oyladıkları metnin tam ve gerçek kapsamı hakkında bilgisiz olduklarını, zaten parlamentonun anılan belgelerinin kanunla birlikte ilan olunmadığını, dolayısıyla toplumca bilinmeyen bir anlamın kanuna maledilmesinin, hayatın akıcı yapısıyla bağdaşmayıp sakıncalı sonuçlar doğuracağını savunuyor. Bkz. Balta, T.B.: İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1970, sh.136, Uler, Y.: a.g.e., sh.141 dipnottan naklen.

buna göre genel hükümlerden özel hukuk esaslarının mu-
rad olunduğu öte yandan iddia olunduğu gibi Borçlar Ka-
nununun 51 nci maddesinde önce personelin sorumlu tu-
tulmasının gerekli olmadığı, zarar görenin husumeti yö-
neltmekte serbest olduğu, personel ve idarenin iç iliş-
kilerinde birbirine rücu edebileceği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, kanun, idareye personeli hakkında rücu kararı alıp bunu re'sen icra yetkisini tanımadığına göre, personele iptal davası açma imkanını öneren formülü ka-
bul etmek mümkün olmaz. Keza, idarenin, idari yargıda gerçek kişiler aleyhine dava açması, idari yargının ma-
hiyeti itibarıyla düşünülemeyeceğine(211), bu hallerde adli yargı görevli olacağına göre(212), "genel hükümler" ibaresi ile özel hukuk esaslarının murad olunduğunu ka-
bul etmek iktiza eder.

Yargıtay 4 ncü Hukuk Dairesinin, üçüncü kişiye ver-
diği zararı ödemek durumunda kalan işleri Bakanlığının

(211) Bu halin iki istisnası vardır. Birincisi, idari sözleşmeler-
dir ki, idare, âkid tarafa dava açtığında, özel kişi davalı
mevkiine sokulmuş olur. İkincisi ise, vergi dairelerince tak-
dir veya tadilat komisyonu kararları aleyhine açılan davalar-
da gerçekleşir. Zira bu halde husumetin yükümlüye yöneltilmesi
gerekir. Bkz. Yenice, K.-Esin, Y.: a.g.e., sh.378 dipnot, 497.

(212) Anıl, Y.Ş.-Ulu, C.: "Tazminat Davalarında Adli Yargı ile İdari
Yargının Görev Alanını Belirleyen İlkeler", Adalet Dergisi,
1982, C.73, S.4, sh.761-762.

polis memuruna açtığı rücu davası ile ilgili olarak "...memurun Devlet'e karşı rücu sorumluluğunun belirlenmesinde özel hukuk kuralları esas alınmaktadır" şeklinde içtihat eylemesi(213) Yüksek Mahkemenin de aynı görüşü benimsediğini göstermektedir.

3. ÖZEL HUKUK ESASLARI VE İDARENİN SORUMLULUĞU

Devlet faaliyetlerinin yalnızca kamu hukuku sahasına inhisar olunmadığı malumdur. Ezcümle devlet, varlık gayesi olan misyonunu(214) ifa zımında, özel hukuk sahasında da faaliyetlerde bulunacak, diğer hukuk sujeleri ile ilişkiler içersinde olacaktır. İdari mekanizmanın hiçbir aksaklık göstermeden işleyebileceğini düşünmek realiteye ters düşeceğine göre, girişilen bu faaliyetler neticesinde kimi zararlar doğacağını peşinen kabul etmek gerekir. Kamu hukuku sahasının aksine, özel hukuk sahasında doğan zararlar ile ilgili sorumluluğun tek tek kanunla tesbiti yoluna gidildiği gözlenmektedir. Gerçekte kamu karakterli bir kısım amme hizmetleri ile ilgili sorumluluk arzettikleri hususi ehemmiyete binaen medeni

(213) 4. HD. 14.11.1985, E.1985/7369, K.1985/9399, Yargıtay Kararları Dergisi, 1986, C.12,S.4, sh.509-513.

(214) Nihai planda, devletin fert için varolduğu söylenebilir.

hukuk kaideleri ile düzenlenmiş bulunmaktadır(214). İcra ve iflas dairesi memurlarının, vasi ve vesayet daireleri personelinin, tapu sicili muhafızlarının sorumluluğu bu türdendir. Devleti kimi zaman birinci kimi zaman da ikinci derecede kusurlu ya da kusursuz sorumlu tutan bu haller özel düzenlemeler olmak itibarıyla sorumluluğun esası hakkında umumi kaide olarak kabul edilmezler.

Buna mukabil aşağıda ele alacağımız hükümler tüzel kişilerin ya da adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenlediği ölçüde genel niteliktedir ve söz konusu görünümleri ile devletin sorumluluğuna esas teşkil edip etmeyecekleri caı sualdir. İdari mesuliyetin mahiyetini, karakterini vurgulamak bakımından bu sual üzerinde durmayı faydalı buluyoruz.

A. MEDENİ KANUN MADDE 48-TÜZEL KİŞİLERİN ORGANLARININ HAKSIZ EYLEMLERİNDEN SORUMLULUĞU

Madde 48 "Hükmi şahsın iradesi, uzuvları vasıtasıyla ifade olunur. Uzuvlar, hukuki tasarrufları veya diğer herhangi bir fiilleri ile hükmi şahsi ilzam ederler. Uzuvların intikâp ettiği kusurlar şahsa kendilerini dahi

(214) Onar,S.S.: İdare Hukukunun Umumi...,C.III,sh.1689.

mesul kılar" hükmünü öngörmektedir. Bu hükümle tüzel kişilerin organlarının haksız eylemlerinden sorumlu olacağı ifade olunmuştur(215).

Tüzel kişinin sorumluluğundan bahsedebilmek için eylemin bir organ tarafından yapılmış olması, organın eylemini faaliyet çerçevesi içinde gerçekleştirmesi, yani görev sırasında ve görevi dolayısıyla zarara yol açması ve nihayet eylemin kusurlu ve hukuka aykırı olması aranmaktadır(216).

Hatemi'ye göre(217), bir kişinin kusurlu veya kusursuz eylemlerinden, bir başka kişinin sorumlu kılınması kusursuz sorumluluktur. O halde madde 48'de hakkaniyet ve adalet esaslarına dayanan bir kusursuz sorumluluk hali düzenlenmiştir.

Öztan'da(218), sorumluluğun objektif olduğu kabul

(215) Tandoğan, H.: a.g.e., sh.14.

(216) Özsunay, E.: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, B.5, İstanbul, 1982, sh.78-81; Nisim, İ.F.: "Hükmi Şahısların Organlarının Haksız Fiilinden Doğan Mesuliyeti", Adalet Dergisi, 1978, C.69, S.1-2, sh.100-104.

(217) Hatemi, H.: "Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişinin Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, sh.133-135.

(218) Öztan, B.: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, sh.115.

edilirse, maddenin birinci ve ikinci fıkraları arasında ilişki kurulabileceğini, zira birinci fıkranın organın fiilinden dolayı tüzel kişinin; ikinci fıkranın ise haksız fiilden dolayı tüzel kişi yanında organın da sorumluluğunu öngördüğünü belirtmektedir. Oysa kusur sorumluluğu kabul edilirse, iki fıkrayı bağdaştırmak güç olacaktır. Çünkü kusur sorumluluğunda organ tüzel kişinin parçası kabul edildiği, dolayısıyla fiil tüzel kişinin fiili, kusur yine tüzel kişinin kusuru addedildiği için organın ayrı bir hak süjesi olarak sorumlu olmaması gibi bir sonuca varılacaktır.

Andığımız bu görüşler, Türk doktrininin hukuki niteliği tartışmalı olan Medeni Kanunun 48 nci maddesi hükmünü, kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.

Şimdi devletin de, bir tüzel kişi olması karşısında, faaliyetlerinin 48 nci madde çerçevesinde değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ama aynı babta yer alan Medeni Kanunun 52 nci maddesinin ilk fıkrası "Hukuku amme müesseseleri, hukuku amme kanunlarına tabidir" hükmünü getirmek suretiyle, Keza 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununu 2 nci maddesinin 1(b) bendi tam yargı davalarını idari dava türleri arasında sayarak bu düşüncenin tatbikini engellemiş görünmektedir.

Ancak günümüzde devletin özel bir girişimci gibi

ekonomik sahada faaliyette bulunduğu ve bu faaliyeti gerçekleştirmek için de için yapısına uygun bir örgütlenmeye gittiği görölmektedir(219). Adına iktisadi devlet teşekkülü denilen bu örgütlenmenin, faaliyetlerinde özerk olduğu ve tacir sıfatıyla ticari esaslara göre iş gördüğu de hakikattir(220). O halde bu faaliyetlerden doğan sorumluluğun da özel hukuk esaslarına göre değerlendirilmesi ve adli yargının görevli kılınması gerekecektir(221). İşte bu noktada Medeni Kanun madde 48'in tatbik sahası bulabileceğini söylemek mümkündür.

B. BORÇLAR KANUNU MADDE 55-ADAM ÇALIşTIRANIN SORUMLULUĞU

Sorun, Borçlar Kanununun 55 nci maddesinin, kamu görevlilerinin verdiği zararlardan dolayı, devletin ya da idarenin sorumluluğuna tatbik edilip edilemeyeceği ile ilgilidir.

Madde, devlet ve devletten gayri hükmi şahıslar diye tefrik yapmadığına göre ister hakimiyet ister temsil yet tasarrufları olsun Borçlar Kanunu madde 55 uygulanır

(219) Devrim, S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin...",S.25,sh.26.

(220) Özsunay, E.: a.g.e.,sh.40.

(221) Devrim,S.: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin..",S.25,sh.27.

veya ortada hizmet kusuru varsa, devlet, 3546 sayılı Danıştay Kanununa, şahsi kusur varsa, Borçlar Kanunu madde 55'e binaen sorumlu olur ya da hizmet kusuru varsa, 3546 sayılı kanuna göre idare, şahsi kusur varsa, Borçlar Kanunu madde 41'e göre memur, sorumlu olur, diyen farklı üç görüş(222) 1924 Anayasası döneminde birbirlerine üstünlük sağlamaya çalışıyordu.

Bugün ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 13 ncü maddesinin yürürlüğe girmesi ile problem, hizmet kusurunun varlığı halinde Danıştay Kanununa göre idareyi, şahsi kusur halinde ise Borçlar Kanunu madde 41'e göre personeli sorumlu tutan üçüncü görüş lehinde sonuçlanmıştır(223).

Doktrinde; İsviçre Borçlar Kanununun, diğer hükümlerinin aksine 61 nci maddesinin(224) iktibas edilmemiş

(222) Tandoğan, H.: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961,sh.139-145.

(223) Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı...,sh.115.

(224) İsviçre Borçlar Kanunu madde 61/1'e göre, memur ve kamu görevlilerinin, görevlerinin yapılması ile ilgili olarak neden oldukları zararların giderimi ile ilgili hükümleri koymak üzere kantonlara serbestlik tanınmıştır. Buna göre 3 ihtimalin varlığından bahsedilmektedir.

-Devlet, konuya ilişkin özel düzenleme getirmiş olabilir. Bu durumda kantonal veya federal hukukun özel hükümleri uygulanır.

-Devlet, konuyla ilgili hiçbir düzenleme getirmemiş olabilir.

Bu takdirde Borçlar Kanunu madde 41 uygulanır.

olması, ayrıca medeni kanunda bir kısım memurların mesuliyeti ve bunların zararlı fiillerinden devletin mali mesuliyeti hakkında özel düzenlemeler getirilmiş olması karşısında hususi hukuk esaslarının idare hükmi şahsına tatbiki için kanuni sarahate ihtiyaç olduğu ileri sürülmüştür (225).

Öte yandan Medeni Kanunda devletin mesuliyetine ilişkin özel hükümlerin bir kısmında organların ya da görevlilerin kusurunun aranması ve devletin mesuliyetinin ikinci derecede olması (226), bir kısmında da birinci derecede objektif mesuliyet halinin öngörülmüş olmasının (227), kanun koyucunun, Borçlar Kanunun 55 nci maddesinin esas itibarıyla devlet faaliyetlerinin şumulu dışında gördüğüne delil olarak gösterilmektedir (228).

Yine Devlet Memurları Kanunu madde 13 karşısında, görevlinin salt kişisel kusurundan dolayı adli yargıda

-Nihayet üçüncü bir ihtimal Devlet Borçlar Kanunu madde 41'e atıf yapmakla yetinmiş olabilir. Böyle bir halde Borçlar Kanunu hükümleri kantonal hukukun tamamlayıcısı olarak uygulanacaktır.

Bkz. Deschenoux, H.: Tercier, P. (Çev. Özdemir, S.): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, sh.18-19.

(225) Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi.., C.III, sh.1687.

(226) İcra iflas dairelerinin personelinin zararlı eylemlerinden sorumluluk gibi.

(227) Tapu sicilinin tutulmasında devletin mesuliyeti bu türdendir.

idareyi Borçlar Kanunu madde 55'e göre sorumlu tutmanın mümkün olmayacağı, zira kişisel kusurun varlığı halinde, madde 55'in tatbiki için aranan, çalıştırılanın zarar verici eylemi ile görevi arasındaki sıkı amaç, işlev bağının kalkacağı savunulmuştur(229).

Denilebilir ki, aynı görüşler Yargıtayımızca da paylaşılmaktadır. Daha önce andığımız bir kararında(230) Hukuk Dairesi, gerek doktrinde gerek uygulamada hakim görüş olduğunu vurgulayarak, ister hizmet kusuru, ister şahsi kusur bulunsun, kamu hukuku alanına giren faaliyet ve tasarruflardan dolayı idare aleyhine istihdam eden sıfatıyla Borçlar Kanunun 55 nci maddesine dayanılarak dava açılamayacağını ifade etmiştir.

O halde netice olarak, kamu hukuku sahasına giren faaliyetlerden dolayı hususi hukuk değil, idare hukuku esas ve ilkeleri tatbik olunacaktır. Borçlar Kanunu madde 55'in bu çerçevede yeri yoktur.

(228) Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi..., C.III, sh.1689.

(229) Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı..., sh.115-116.

(230) Bkz. Dipnot 182.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İÇTİHATLARDA KUSURSUZ SORUMSUZLUK

I. DANIŞTAYIN İDARİ MESULİYET HUKUKU AÇISINDAN KAYDETTİĞİ İÇTİHADİ GELİŞİM

1. KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMININ ORTAYA KONUŞU

1868'de Şûra-yu Devletin (Danıştay) kurulması ile beraber, ülkemizde idari rejime geçilmiş oldu. Ancak iki taraftan biri kamusal idare olan her davanın, bu mahkemenin görev alanına sokulması, keza bu yetmiyormuş gibi idare memurlarıyla, yargıçlar arasındaki ihtilafları halle mezun kılınarak uyuşmazlık mahkemesi hüviyetinin de bu mahkemeye yüklenmesi, bir yerde idari rejimin sonunu, baştan hazırlamak oldu. Zira, birdenbire ve ilk kez, üstelik de pek aşırı şekilde idari rejime geçmek, sistemin kendi içinde tepki doğmasına yol açtı. Şûra-yu Devletin, tutuk adalet usulüne bağlanması(1), bunun neticesinde olmuştur(2). Çok geçmeden, 1876 Kanuni Esasi'nin ilanı ile de, yetki ve görevleri adalet mahkemelelerine devrolunarak, idari rejim defteri kapatılmıştır.

Aslında bir tanzimat müessesesi olarak gelen Şûra-yu

(1) Bunun anlamı, Şûra-yu Devletçe verilen kararların kesin olmayıp, hükmün icrasının Sadaret makamının tasdikine ihtiyaç göstermesidir.

(2) Derbil, S.: İdare Hukuku, B.5, Ankara 1959, sh.158-159.

Devlet, devletin, ıslahat yönünden ayrılmamakta olduğunu, Avrupa Devletlerine zımnen anlatabilmek için muhafaza edilen bir müessese olmuştur. 54 yıl hayatiyetini devam ettiren Osmanlı Şûra-yu Devletinin, üyeliklerinin zaman zaman, sistemli hiçbir tahsili olmayan, fakat devlet büyüklerinin akrabası olması yeterli görülen gençlere tahsis olunması(3) yönetimin, müessesesi ne kadar hafife aldığını göstermektedir.

Selefinin aksine Cumhuriyet Danıştayı, kurulan yeni devletin en önemli ve temel müesseselerinden biri olarak belirdi. 1925 tarih ve 669 sayılı kanunla, 1924 Anayasasının öngördüğü düzenlemeye kavuşan Danıştayın, yalnızca 1927 ile 1931 yılları arasında 11949 davaya bakması(4), gördüğü fonksiyonun ehemmiyetini ortaya koymaktadır. Ancak, aynı dönemde, giderek artan temposu ile idari ihtilafları çözümleyen Danıştayın, dava konusu tazminat olduğunda, çekingenlik gösterdiği, kanunlarda sarahat bulunmadığı takdirde, tazminat taleplerini reddetmek yolunu seçtiği gözlenmektedir(5).

(3) Özyörük, M.: İdare Hukuku Dersleri, (çoğaltma), Ankara 1972-73, sh.155.

(4) Elöve, M.E.: "Yüzyıl Boyunca Danıştay", İstanbul Barosu Dergisi, 1968, C.42, S.7-8, sh.426, ayrıca dipnot 28.

(5) Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, B.3, İstanbul, 1966, sh.1693.

Bu sebeple, Danıştayın, tazminata ilişkin olarak, 669 sayılı kanunun uygulama döneminde tespit edilen ilk kararı, 7 yıl sonraya, yani 1934 yılına aittir. Bugün için, tipik bir hizmet kusuru hali teşkil eden olayda, yargı kararının yerine getirilmemesi, dava konusu yapılmış ve ilgili kurumca kendiliğinden verilmeyen zımanın, Şûra-yu Devlet kararı ile hükmen istihsaline zaruret hasıl olmuş (6).

Danıştayın hizmet kusuruna ilişkin ilk kararı da 1938 tarih ve 3546 sayılı kanun yürürlüğe girdikten sonra gerçekleşiyor. 1946 tarih ve 645 sayılı kararda, infaz olunan yıkım kararı neticesinde hasıl olan zararın, belediyece tazmini hükme bağlanıyor (7). Bu dönemde henüz, kusursuz sorumluluktan bahseden bir içtihadı tesadüf etmek ise mümkün olmuyor.

Kusursuz sorumluluk kuramının içtihatlarına girişi, ilk Danıştayın kuruluşundan 93 yıl sonra gerçekleşmiştir (8). Bakanlar Kurulunca gerçekleştirilen bir düzenleyici işlemde doğan zararlar ilgili olan ve "Faralyalı"

(6) Başpınar, R.: "Tam Yargı Davaları", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, sh.495-496. Karar için ayrıca bkz. Hocaoğlu, S.: Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulâsaları, Ankara 1955, sh.715-716.

(7) Başpınar, R.: a.g.m., sh.496.

(8) Duran, L.: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular), Ankara 1974, sh.55.

kararı olarak adlandırılan(9) bu içtihadı, 1962 yılında bu sefer idari eylemlere ilişkin "Budo" kararı izlemiştir. Bayındırlık faaliyetleri neticesi hasıl olan zararları konu etmesi itibarıyla hususi bir ehemmiyete haiz olan kararda İstanbul'da bir caddenin genişletilmesi sebebiyle davacının gayrimenkulünün yol seviyesinin altına düşmesi ve zemin katının kısmen bodrum katına inkılab etmesi sonucu oluşan zararın, risk esasına göre tazmininin talebi istenmiş, tesis ve eserlerden istifade eden kamunun, "kölftet, nimete göredir" anlayışını içinde doğan zararları karşılaması gerektiği, ayrıca bunun kamu kölfetleri karşısında eşitliği öngören hakkaniyet ve nesafet icabı da olduğu gerekçesiyle, tazminat hükme bağlanmıştır(10).

1961 Anayasasının 114/4 ncü maddesindeki "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmünün getirdiği sorumluluk kuralı, I. Cumhuriyet Döneminde Yüksek Mahkemenin arayıp da bulamadığı türden bir norm olmuştur. Ancak, Danıştay bu normdan faydalanmak için, anayasanın öngördüğü 1964 tarih ve 521 sayılı kanunun çıkmasını bekleyince, kusursuz sorumluluk kuramının tatbikine ilişkin içtihatlar bir süre daha, pek istisnai bir kategori olarak görünmeye devam etmiştir(11).

(9) 8.D.10.5.1961, E.1960/6264, K.1961/1910 Karar metni için Bkz.

Akural, S.-Zylan, C.: Danıştay 8. Dairesi Kararları 1960-63, Ankara 1963, sh.195-198.

(10) Danıştay DDK, 16.2.1962, E.1960/177, K.1962/108, Başpınar, R.: a.g.m., sh.500.

(11) Yenice, K.-Esin, Y.: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.83.

Çizilen bu tablodan, idarenin kusura dayanmayan sorumluluğunun, içtihatlarda çeyrek asırlık bir maziye sahip olduğu neticesi çıkmaktadır. Oysa, Türk idare hukuku ve rijiminin derin surette etkilendiği Fransa'da, anılan kuramın, içtihatlarla ilk kez 19 ncu yüzyılın sonu içinde bulunduğumuz yüzyılın başı itibarıyla girdiği gözönüne alınacak olursa, kusursuz sorumluluğa ilişkin içtihatların ülkemiz açısından, henüz gelişmesinin başında olduğu düşünülebilecektir. Ancak, bugün gelinen nokta, nerdeyse, Fransız içtihadının bir asırda geldiği noktaya eşit(12). İdare mahkemelerimizin bu sonucu yaratmada gösterdikleri çaba bu sebeple her türlü övgünün üstündedir.

2. İDARİ YARGIDA KUSURSUZ MESULİYETİ TELAKKİ TARZI

Kusursuz mesuliyete ilişkin içtihatların ortak sayılabilecek niteliği ekseriyetle, Yüksek İdare Mahkemesinin, tazminata hükmederken, dayandığı esası belirtmekten kaçınmasıdır. Bu sebeple denilebilir ki; idari risk, mesleki risk, kamu külfetleri önünde eşitlik(13), sosyal hasar gibi sorumluluk ilkeleri, tazminata müteallik içtihatların doktrince çözümlenmesi neticesi ortaya konmuştur.

(12) Duran, L.: a.g.e.,sh.72.

(13) Danıştay içtihatlarında, artık sık sık kamu yükümleri önünde

Kusursuz mesuliyet kuramının tatbiki için, zararın ağır, olağandışı ve belli bir veya birkaç kişiye ilişkin olup olmadığı, şüphesiz idare yargıcınca tespit ve takdir olunacaktır. Muhakemenin bütün objektifliğine rağmen, böyle bir tespitte, vicdani kanaatin ve değer yargılarının büyük rol oynayacağı açıktır(14). Esasen, Türk Medeni Kanunu "Hâkimin takdiri" başlıklı 4 ncü maddesinde, "Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahud muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim, hak ve nısfetle hükmeder" emrini getirmekle bu hususu belirlemiş bulunmaktadır. İşte, yalnız idare yargıçlarına ilişkin olmayan ve gerçekte bir dava hakkında hüküm vermenin psikolojik, subjektif sürecini teşkil eden bu hal, yani hakkaniyet, nesafet kavramları, Türk Danıştayının içtihatlarında kusursuz sorumluluğun esası gibi ortaya konmuştur. Böyle bir anlayışın, mesuliyet hukukuna uygun düşmediği söylenebilir.

Kuramın, konu açısından tatbik olunduğu ihtilaflar, hizmet kusuru teorisinden farklılık göstermemektedir. Gerçekten Danıştay, Genel güvenliğin, emniyet ve asayişin

eşitlik ibaresine yer verildiği görülmektedir. Ancak, sorumluluk ilkesi olarak kabul ettiğimiz bu kavramın yanında, hakkaniyet ve nesafet terimlerini vurgulamakta gösterilen özen, Danıştayın bunu bir sorumluluk ilkesi mi yoksa adalet hakkaniyet türünden psikolojik bir öge mi olarak gördüğünü anlamamızı güçleştirmektedir.

(14) Duran, L.: a.g.e., sh.50.

temini hizmetlerinden, eğitim işlerine, sağlık hizmetlerinden, demiryollarının işletilmesi hizmetlerine kadar birçok alanda kusursuz mesuliyet hali görebilmektedir.

II. KUSURSUZ SORUMLULUK KURAMININ UYGULANDIĞI HALLER

Kuramın tatbik olunduğu hallerin mahiyeti bakımından, muhtelif kategorilerin varlığı sözkonusudur. Bir başka deyişle, kusursuz sorumluluk kuramı, tek bir esasa irca olunamadığı için, bu alanda benimsenen ve kabul gören ilke ve esaslara göre, kuramın uygulandığı halleri sınıflama gereğinden bahsolunmaktadır. Ancak müelliflerin yapılan ayırım üzerinde tam olarak uyuşmadıkları gözlenmektedir. Ezcümle:

Onar(15), kamu personelinin uğradığı zararlar(mesleki risk), içtimai hasar kuramının tatbikini gerektiren zararlar, Bayındırlık işleri neticesi oluşan zararlar ve idarenin salahiyet ve imtiyazları neticesi meydana gelen zararlar diye ayırım yaparken; Esin'in(16), Umulmayan haller,

(15) Onar,S.S.: a.g.e.,sh.1743-1745.

(16) Esin, Y.: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Kt.II,Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu, B.2, Ankara 1976,sh.128-154.

Bayındırlık hizmetlerine ve bayındırlık eserlerine komşuluk riski, diğer kamu hizmetlerine komşuluk riski, mesleki risk şeklinde bir tasnif getirdiği müşahade olunmaktadır.

Duran ise(17), muhataralı faaliyet ve şeyler, sağlam işlerin ayrık hali, bayındırlık işleri ve tesisleri, kamu görevlerine katılanlar ve nihayet idarenin:baskısı sonucu oluşan zararlar başlığı altında incelemeye girmiştir.

Kanaatimizce; bu tasniflerde müşterek olan halleri biraraya getirmek, Gözübüyük gibi(18) tehlikeli işlerde, bayındırlık işlerinde hukuka uygun işlerde ve kamu hizmetlerine katılmada oluşan zararlar şeklinde konuyu ele almak en kabule mazhar olanıdır.

1. TEHLİKELİ FAALİYET VE ŞEYLER

İdarenin umumun refah ve mutluluğunu temin için gerçekleştirmesi gereken bir kısım hizmet ve faaliyetler, keza bulundurması gereken eşyalar, mahiyeti itibarıyla tehlikeli olup, her an zarar doğurmaya elverişlidirler.

Kamu yararının sağlanmasının zorunlu araçları olması(19) hasebiyle, vazgeçilmez nitelikteki bu olguların-

(17) Duran, L.: a.g.e.,sh.51-73.

(18) Gözübüyük,A.Ş.: Yönetmelik Yargı, B.6, Ankara 1983,sh.245-248.

(19) Duran,L.: a.g.e.,sh.51.

-ki santral işletmek, gemi, uçak, helikopter kullanmak, cephanelikler, mayınlı sahalar bulundurmak bu türdendir- çoğu zaman "umulmayan haller" (20) şeklinde tavsif olu- nabilecek sonuçlar doğurması, yani husule gelen zarar- ların, önceden kestirilememesi, nedeninin bilinmemesi, dolayısıyla önlenememesi, doğanın mesuliyete de, kusursuz sorumluluk kuramının tatbikini gerekli kılmaktadır.

Hasar ilkesinin, tipik uygulama sahasını teşkil eden bu olguların sağladığı nimetler gibi külfetlerinin de umuma ait olması, esasen anılan ilkenin gereği olmak- tadır. Kaldı ki, idare hukukunun temel prensipleri, amme menfaatlerini, hususi menfaatlerin üzerinde görmekle be- raber, ferdin mağdur edilmesini önlemek açısından, iki menfaat halinin telifini de zaruri görmektedir (21).

Nitekim, Danıştay, eğitim uçuşu sırasında bozularak, pilotları tarafından terkedilen bir askeri uçağın, dü- şerek, bir eve zarar vermesini (22), askeri birliklerce yapılan makinalı tüfek atışı esnasında seken kurşunlar- dan birinin, evinin bahçesinde bulunan bir çocuğu öl- dürmesini (23), iskeleye bağlı duran hücumbotunun, bilin-

(20) Bu kavram ile ilgili açıklamamız için Bkz.s.49-52.

(21) Duran, L.: İdare Hukuku Meseleleri, Yeni Bası, İstanbul 1964, sh.301.

(22) 12. D. 2.2.1970, E.1969/595, K.1970/201, Esin, Y.: a.g.e., sh.148.

(23) 12. D. 11.3.1969, E.1968/1127, K.1969/472, Esin, Y.: a.g.e., sh. 147-148.

meyen bir nedenle patlaması sonucu, meydana gelen hava basıncının davacının vitrin camlarını kırmasını(24), hakkaniyet, nasafet kavramları altında zımnen; lokomotiften dökülen ateşin rüzgarla yayılması sonucu, demiryolunun yakınındaki harmanı yakmasını(25) ise sarahaten risk kuramı çerçevesinde değerlendirerek tazminata hükmetmiştir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme, nite-likçe tehlikeli olan her faaliyet için tazmin hükmünü, hasar ilkesine dayandırmamakta, kimi zaman idari bir kusurun varlığını arama yoluna gitmektedir. Cezaevinde çıkan ayaklanma sırasında kaçmaya yeltenen ve bu amaçla çatıya çıkan hükümlüler durdurmak için açılan ateş sonucu, ayaklanmaya iştirak etmeyen ve bahçede gezinen bir hükümlünün ölmesinde(26), hizmet kusuru gören Danıştay, evini beklemek üzere aldığı köpeğin icap eden bütün muamelelerini yaptıran davacının, markalı olan söz konusu köpeğinin, başı boş bulunduğu gerekçesiyle, zabıta tarafından öldürülmesi hadisesinde idareye atfı mümkün bir kusurun bulunmadığı gerekçesiyle(27) tazmin talebini reddetmiştir.

(24) 12. D.24.2.1971, E.1968/868,K.1971/427,Esin,Y.: a.g.e.,sh.137.

(25) 12. D.30.11.1971,E.1969/3328,K.1971/2770,Esin,Y.:a.g.e.,sh.138-139.

(26) 12. D.16.9.1967, E.1966/1765,K.1967/1294,Esin,Y.:a.g.e.,sh.75-76.

(27) 6. D.K.954/1455, Hocaoğlu, Ş.-Köksal,S.-Köksal, F.-Kepekçi,İ.: Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hülasaları,Kt.II,1954-1963, Ankara 1963,sh.632.

Buna mukabil, Ankara Bahçelievler semtinde, havagazı sevk deposundaki arızanın giderilmesi sırasında zehirlenen, EGO işçi ekibinin kurtarılması çalışmalarında görevlendirilen polis memurunun, havagazından zehirlenerek maruz kaldığı beyin sendromu nedeniyle, sakat kalması üzerine açılan davada, bir idari kusurun varlığı anlaşıl- makla beraber, Danıştay, kusursuz sorumluluk esasına göre hüküm verme yolunu seçmiştir(28). Bu tutum, kuramın tat- bikine istikrar kazandıracağı ölçüde isabetli olmuştur.

Keza, aşağıda inceleyeceğimiz hallerden farklı olarak tehlikeli faaliyet ve eşyadan doğan zararların risk esa- sına göre ödettirilmesinde, zarar görenin, faaliyetten istifade edip etmediğinin araştırılmasına gerek görül- meyişi de(29), müessesenin mahiyeti itibarıyla yerinde olmuştur.

2. BAYINDIRLIK İŞLERİ VE TESİSLERİ

Amme hizmetleri için veya umumî menfaat mülahazalarıyla idare ya da onun nam ve hesabına müteahhit, mültezim yahut da imtiyaz sahibince, gayrimenkuller üzerinde ger-

(28) 10. D.24.11.1982,E.1982/469, K.1982/2357, Danıştay Dergisi, 1983,S.50-51,sh.417-420.

(29) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.54.

çekleştirilen maddi nitelikteki faaliyetler, bayındırlık işi olarak kabul edilmektedir(30).

şimdi, bayındırlık işleri ve tesislerinden doğan zararların nasıl olup da ayrı bir kategori teşkil ettiği sorulabilir. Bu durum, söz konusu olgunun, kusursuz sorumluluk kuramının en eski tatbikatı olarak, Fransa'da özel mülkiyet ve taşınmaz mal mefhumuna verilen değer ve önemin etkisiyle ortaya çıkarak bugüne kadar jürisprüdansa sürekli geliştirilmesi sonucu orijinal bir konu haline getirilmesi ile izah olunabilir(31).

Gerçekten Fransız Danıştayı, geçen yüzyılın sonundan bu yana bayındırlık işleri alanında doğan zararlarda hizmet kusuru aramadan tazmin yoluna giderek, kusursuz sorumluluk kuramının en istikrarlı sahasını yaratmış bulunmaktadır(32).

Bayındırlık işleri ve tesislerinden doğan zararlarda idarenin sorumlu kılınması, esas itibarıyla kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesinin neticesi olmaktadır. Zira, bu olgunun gayesini teşkil eden eserler, umumun istifadesine sunulurken, bir kısım gayrimenkul sahiplerine verilen zarar, amme menfaatine katlanılmış bir fedakarlık mahiyetine bürünmektedir. Nasıl yararlanmada müsavat

(30) Duran, L.: İdare Hukuku...,sh.499; Onar,S.S.:a.g.e.,sh.1580.

(31) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.58.

(32) Esin, Y.: a.g.e.,sh.139.

esası gözetiliyorsa, normal komşuluk münasebetleri ve toplum hayatının gereklerini aşan bir kısım zararlar da da eşitliğin korunması lazımdır. Anormal, ayırık, özel bir fedakarlığı gerektirecek cinsden bir zarar, bir kısım fertlerin üzerinde bırakılacak olursa, dengeyi bozan bu halin, tazminle giderilmesi sağlanacaktır(33).

Ancak, tehlikeli faaliyetlerin aksine, bayındırlık işlerinde zarar görenin, hizmete katılan, hizmetten yararlanan ya da üçüncü kişi durumunda olmasının tazmin bakımından ehemmiyeti bulunmaktadır. Çünkü kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi, üçüncü kişilerin uğradığı zararların nedensellik bağı içinde tazmini için bir engel teşkil etmez iken, yararlananların, bir kısım ufak tefek zararlara "külfet nimete, nimet külfete göredir" esprisi içinde katlanmalarını icabettirebilir. Şüphesiz bu hal, kusursuz sorumluluğun kalkması anlamına gelmez, ama idareye en azından normal bakım yükümlülüğünü aşan bir durumun varolduğunu ispat etme imkanının tanınmasına da mani olamaz(34).

Türk Danıştayının içtihatlarında daha önce andığımız "Budo" kararı ile başlayan(35) bu sorumluluk halleri,

(33) Duran, L.: İdare Hukuku...,sh.501.

(34) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.62; Gözübüyük, A.Ş.: Yönetim Hukuku, Ankara 1983,sh.196-197.

(35) Bkz.sh.130.

uygulamada geniş yer tutmaktadır. Yüksek mahkeme, konuya ilişkin içtihatlarında kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesine de sarih bir şekilde yer vermektedir.

Köprü yapımı nedeniyle yol düzeyinden aşağıda kalan binanın sahibince açılan tazminat davasında(36) Danıştay, "kamu yükümlülükleri karşısında fertlerin eşitliği bugün idare hukukunun kabul ettiği genel esaslardandır. Yol, köprü gibi bayındırlık işlerinin yapılması sonunda meydana gelen tesis, eser ve yapılan kamunun faydalanmasına açık bırakıldığına göre.... fertlerin bu yüzden uğradığı zararlar, topluluğun lehine katlanılmış bir fedakarlık olduğu cihetle..." diyerek tazminata hükmetmiştir. Yine, yol yapımı sırasında su yolu bozulan çayırılığın sahiplerine(37), sulama bendinin taşması sonucu, su altında kalarak çürüyen arpa ürününün sahibine(38), aynı esas içinde tazminat verme yoluna gidilmiştir.

Ancak, Danıştayın nitelikçe aynı olan hadiselerde, hem hizmet kusuru hem de kusursuz sorumluluk kuramlarını tatbik etmiş olması tereddüdü muciptir. Gerçekten,

(36) 12. D.15.9.1971, E.1969/801, K.1971/1889, Esin, Y.:a.g.e., sh. 141-142.

(37) 12. D.8.3.1969, E.1968/1468, K.1969/460, Esin, Y.: a.g.e., sh.43.

(38) 12. D.24.1.1967, E.1966/909, K.1967/55, Esin, Y.: a.g.e., sh.142.

karayolundan k r nen karların davacıya ait değirmenin su kanalına atılarak, kanalın donmasına ve dolayısıyla değirmenin çalışmamasına yol açan olayda(39), hizmet kusuru teorisi uygulanırken, yine yol yapımı sırasında yapı yerinden çıkan molozların, su yoluna doldurulması sonucu bir yıldan uzun bir süre çalışamayan değirmenin sahibince açılan(40) davada, kusursuz sorumluluk görmesi, ilgili dairenin içtihadını değiştirip değiştirmediğini anlamamıza imkan vermemektedir. Aynı şekilde Danıştay, yol yapımı sırasında kalkan tozların çevredeki ürünlere zarar vermesi hadisesinde, önce hizmet kusuru görürken, daha sonra kusursuz sorumluluk kuramını tatbik etmiştir(41). Yüksek Mahkemenin bu çelişkiye açıklık getirmesi gerekmektedir.

Bayındırlık iş ve tesislerinin kimi zaman tehlikeli faaliyetlerden sayılması mümkündür. Bu takdirde doğacak sorumluluğa risk esas çerçevesinde yaklaşılacak demektir. Bunun  nemi zarar görenler arasındaki ayrımı kaldırmasında yatmaktadır. Aşağıya aldığımız örnek bu türdendir.

(39) 12. D. 13.10.1969,E.1967/2466, K.1969/1585, Esin, Y.: a.g.e., sh.97-98.

(40) 12. D. 25.10.1971, E.1969/3159, K.1971/2352, Esin, Y.: a.g.e., sh.144-145.

(41) 12.D.17.3.1970,E.1969/1073,K.1970/483,Esin, Y.:a.g.e.,sh.98.
12.D.12.2.1972,E.1969/2561, K.1972/426, Esin, Y.: a.g.e., sh.145.

Olay, Amasya'da hükümet konağına giden yol üzerinde bulunan kayanın, yoldan geçenler için tehlikeli durum yaratması ile ilgilidir. Amasya Valiliği, Bayındırlık Müdürlüğü, Yol, Su, Elektrik ve Devlet Su İşlerinden teşekkül eden fen heyetinin verdiği raporla, sözkonusu kayanın dinamitle parçalanması gerçekleştirilir. Ancak bu esnada, davacının civarda bulunan imalathanesi zarar görür. Tazmin talebinin görüldüğü davada Danıştay, "Yol üzerinde geçenler için büyük tehlikeler meydana getiren kayanın ortadan kaldırılması idarenin görevidir.. bu görevin yerine getirilmesi sırasında şahıslara verilen zararın da ödenmesi aynı şekilde idarenin yükümlülüğüdür. İdare hukuku esaslarına göre, burada idarenin herhangi bir kusuru olmasa dahi (risk) tehlike nazariyesi gereğince zararın tazmin edilmesi gerekmektedir"(42) şeklinde içtihat eylerken, liman yapımında kullanılan taş ocağındaki dinamit atımları nedeniyle komşu mülk sahibine verilen zararı(43) bayındırlık hizmetleri çerçevesinde değerlendirmiştir.

Gerçi Danıştayımız, kamu hizmetlerine katılanların uğradıkları zararlarda kusursuz sorumluluk hali görmektedir(44). Ama hizmetten yararlanan ve üçüncü kişi açı-

(42) 12. D.28.10.1976,E.1974/1266, K.1976/2128, Danıştay Dergisi, 1977,S.26-27, sh.538-539.

(43) 12. D.27.1.1970,E.1969/188, K.1970/149, Esin, Y.: a.g.e.,sh.149.

(44) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.63.

sından yukarıdaki içtihatlar risk esasına ya da kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesine yerverecek, dolayısıyla idarenin, normal bakım yokluğunun aksini ispat etme imkanı söz konusu olabilecektir.

3. HUKUKA UYGUN İŞLEMLER

Hukuka uygun işlemlerden doğan zararlar dolayısıyla idareyi hizmet kusuruna göre sorumlu tutmanın imkanı bulunmamaktadır. Ancak, ortada bir zarar mevcut iken, zarar göreni tazminatsız bırakmak da idari mesuliyet hukukunda kabul edilebilecek bir hal değildir.

Fransa'da 30 Kasım 1923 tarihli "Covitéas" kararında aynı sorunla karşılaşmış ve fakat idareyi sorumlu kılmak yine de mümkün olmuş. Fransız müstemlekelerinden birinde bir zat, geniş bir arazi üzerindeki mülkiyet iddiasını, mahkeme kararı ile ispatladıktan sonra, ilâmın infazını istemiş, ancak buna idare yanaşmamıştır. Zira, sözkonusu arazi üzerinde büyük bir kabile oturmaktadır ve onları buradan çıkartmak, savaş hali doğurabilecektir. İlgili bunun üzerine, Danıştaya başvuracak, talebi inceleyen Yüksek Mahkeme, akıbeti meçhul bir muharebeye girmemeyi vazife icaplarından görerek, olayda hizmet kusurunun olmadığına, keza bir teşebbüs ve faaliyet bulunmaması sebebiyle, hasar kuramının da tatbikine yerolma-

diğına karar verecektir. Fakat arazi sahibinin katlandığı külfete, diğer vatandaşlar dakatlanmayacak olurlarsa, müsavat bozulacaktır(45). Böylece Danıştay, kamu külfetleri önünde eşitlik kuramını uygulayarak, idareyi tazminata mahkum etmiştir.

Bu içtihat; özellik arzeden, istisnai hallere müteallik olduğu ölçüde, hukuka uygun işlemlerden dolayı kusursuz sorumluluğa gidebilmek için, zararın gerçekten ağır olmasının yanında kamu yararının sağlanması gereğinin, yukarıdaki kararda anılan tarzda bir idari işlemi yapmayı tahrik etmiş olması şartından bahsedilmekte, idare böyle bir saikle davranmak zorunda değil ise sorumluluğunun da sözkonusu olmayacağı belirtilmektedir(46).

Bugün Danıştayımız içtihatlarında da benimsenen bu hal, ekseriyetle belediye imar işlerinden doğan sorumluluğa hasrediliyor, görünmektedir.

"Usulüne uygunolarak tanzim ve tasdik edilmek suretiyle, yürürlüğe konmuş olan imar ve yol istikamet ve parselasyon planlarında değişiklik yapılabilmesi veya bu planların yürürlükten kaldırılabilmesi için ortada umumi menfaatleri gerçekleştirmek bakımından önemli ve esaslı icap ve zaruretlerin mevcudiyeti şarttır. Böyle

(45) Onar,S.S.:a.g.e.,sh.1713-1714.

(46) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.55.

açık ve kesin icaplar bulunmadıkça, hususi menfaatlerin korunması mülahazalarıyla bu planlarda değişiklik yapılması caiz olamaz.. Her ne kadar Belediyenin... işleminde kanuna aykırı bir cihet bulunmamakta ise de.." (47), şeklinde içtihat olunarak bu hususu vurgulamıştır. Yine, yapısına 80 santim kapalı çıkma izni verilmişken, sonradan yapılan komşu yapıya, birbuçuk metre çıkma izni verilmek suretiyle, yan cephesi kapanan yapının sahibi davacının, tazminat talebi; çıkma iznine ilişkin değişikliğin, İmar Yönetmeliğinden kaynaklandığı gerekçesiyle (48) reddolunmuştur.

4. KAMU HİZMETLERİNE KATILMA

19 ncu yüzyılın sonlarında Fransa'da, Danıştay, kamu hizmetlerinde, statüye bağlı olmayarak çalışanların uğradıkları zararlardan dolayı, devletin kusursuz sorumluluğuna giderken, gerekçesi; statülü görevlilerin, emeklilik mevzuatı çerçevesinde, belli bir ödemeye hak kazanmalarına mukabil, sosyal güvenlik sisteminden yoksun bu çalışanların yani işçilerin hiçbir talepte bulunamaması olmuştur. Mesleki risk(hasar) kuramının

(47) 6. D.26.5.1969, E.1964/2657, K.1969/1384, Esin, Y.: a.g.e., sh.342-344.

(48) 6.D.26.4.1971, E.1963/1947, K.1971/1443, Esin, Y.: a.g.e., sh. 384.

ilk tatbikatı olan "Comes" kararı ile bu alandaki kusursuz sorumluluk içtihatları başlamış, fakat 20 nci yüzyılın başından itibaren işçiler, sosyal sigortalara kavuşunca, içtihatlar kamu hizmetlerine arizi olarak katılanlara yönelmiştir(49).

Türk Danıştay, bu bahsi tam anlamıyla mesleki risk olarak değerlendirmekte, resmi sıfatlarla kamu görevlerine katılanların uğradıkları zararları, kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin yoluna gitmektedir. Böylece Fransa'da statüye bağlı olmayanlar için uygulanan bu esas, ülkemizde tam tersi bir uygulama içine sokulmuştur.

Danıştayımız, paraşütle atlayış yaparken havada bir uçağın çarpması sonucu ölen komando erinin yakınlarına (50), bir vagonda gelen sesin sebebini öğrenmek için vagon kapısını açan ve neticede düşerek sakatlanan tren makinistine(51), bir helikopter onarıırken elini vantilatöre kaptırarak parmaklarından sakat kalan teknisyene(52), haydutların izlenmesi sırasında, görevinin gereği olarak üzerine çıktığı kayadan düşerek ölen, jan-

(49) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.64.

(50) 12. D.20.1.1970, E.1967/93,K.1970/89, Esin,Y.:a.g.e.,sh.151.

(51) 12. D.22.12.1970, E.1968/989, K.1970/2493, Esin, Y.:a.g.e., sh.151-152.

(52) 12. D.29.3.1971, E.1970/2380, K.1971/729, Esin, Y.: a.g.e., sh.152.

darma astsubayın, eşine(53), telefon hattı çekmekte iken, yoldan geçen bir aracın, tele takılması sonucu ile bulunduğu direği devirmesi sonucu ölen erin yakınlarına(54) tazminat verilmesini bu anlayış çerçevesinde kabul etmiştir.

Sözkonusu kararların tahlilinden Danıştayımızın, zararın dış bir etkenden doğmasını aradığı ve hükmedilen tazminatı da görevlinin emekli aylık ve ödemelerinin yetersizliğine bağladığı sonucuna ulaşılmaktadır(55).

İncelenen kaçak bir tabancanın kazaen patlayarak bir polis memurunun ölümüne sebebiyet veren hadisede "Anne hizmetlerinin ifası sırasında husule gelen zararların bir veya bir kaç kişiye yükletilmesine ne eşitlik esası ve ne de hakkaniyet ve nasafet kuralları mesaj vermemesine binaen objektif sorumluluk esasına göre, zararın hizmet sahibi idarelerce tazmini gerekeceğinden; davacılara murislerinin genç yaşta ölümü sebebiyle maruz kaldıkları nafaka ve sair iktisadi menfaatler karşılığı olarak..."(56) dindikten sonra, merhumun eşine ve çocuklarını Emekli Sandığına bağlanan maaşlara

(53) 12.D.28.3.1967, E.1966/2289, K.1967/450, Esin, Y.:a.g.e., sh.153.

(54) 12.D.28.6.1967, E.1966/1380, K.1967/1180, Esin, Y.: a.g.e., sh.157-158.

(55) Duran, L.: Türkiye İdaresinin..., sh.66.

(56) 12.D.25.9.1968, E.1967/1268, K.1968/1667, Esin, Y.:a.g.e., sh. 171-172.

ilave olarak yapıldığı tasrih edilerek, maddi-manevi tazminata hükmolunması; keza görev sırasında kalp durmasından ölen memurun yakınları için harici bir sebep olmaksızın ölüm gerçekleştiği için(57) tazminatın red-dolunması, bu varılan neticenin dayanaklarını teşkil etmektedir.

Kararlarda eşitlik, müsavat ilkesi, zikrolunmakla beraber, bu ilkenin; esas itibarıyla idari olgunun, hizmet ve faaliyetin dışında olanlara tatbik olunduğu, öte yandan, kamu görevlerine katılma ile ilgili zararların mesleki risk olarak mütalaa olunduğu düşünülürse, bu ilkenin teknik anlamda değil de, hakkaniyeti nasafet sözcüklerini pekiştirmek için kullanıldığı görüşüne ulaşmak zor almayacaktır.

Bu sebeple; İstanbul Emniyet Müdürlüğünde toplum polisi olarak görev yapmakta iken; 1/5/1977 günü Taksim Meydanında cereyan eden olaylarda vurularak ölen merhumun yakınlarınca açılan tazminat davasında, "idari hizmetlerin görülmesi sırasında görev ile ilgili olarak genel külfetler dışında, fertlere ve özel mülkiyete verilen zararların...objektif sorumluluk esaslarına göre tazminat gerekir. Aksi halde bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye

(57) 12.D.21.4.1966,E.1965/2874, K.1966/1450,Esin,Y.:a.g.e., sh.246.

yükletilmesi söz konusu olur ki bunada ne eşitlik esası ne de hakkaniyet ve nasafet kuralları izin verir" (58) şeklinde serdölunan gerekçenin anlamı bu olmak gerekir.

Misaller üzerinde ilanihaye durmanın lüzumsuz olduğuna zira Duez'in dediği gibi uyandırdıkları pratik ilgiye rağmen bilgi ve fikir bakımında zenginliği en az olan kısmın bu olduğunu düşünüyoruz (59).

Son olarak şunu da eklemek gerekir ki, mesleki risk ilkesinin tatbiki sayılan bu hallerin muhataralı ya da tehlikeli faaliyet ve tesislere ilişkin olma zarureti bulunmamaktadır (60).

(58) 12.D.30.1.1980,E.1978/3239, K.1980/243, Danıştay Dergisi, 1981, s.40-41, sh.393-395.

(60) Duran, L.: Türkiye İdaresinin...,sh.70.

(59) Duez, P. (Çev.Senil,İ.): Mukavele Dışında Anne Kudretinin Mesuliyeti, Ankara 1950,sh.26.

SONUÇ

Yönetim ile sorumluluk kavramlarının birarada değerlendirilmesinin mümkün görünmediği dönemlerden,bugün idareyi,verdiği zararlardan kusursuz olsa dahi sorumlu kılabilme,hatta sosyal hasar kuramı adı altında illiyet başını da kaldırarak tazminle yükümlü tutabilme noktasına geliniş; yalnızca mesuliyet hukukunun değil,beşeriyetin de kaydettiği en büyük gelişmelerden biri olmuştur.

15 ve 16.ncı asırlarda bugünkü çağ devletlerinin öncüleri merkeziyetçi monarşiler ortaya çıkmazdan evvel,Eski Yunan devrine kadar,idare etmenin sınırsız,keyfi,mutlak bir hak olarak görülmesi,feodal nizamı yıkan monarşilerde de bu halin,"egemenlik" adı verilen bir kavramla adeta hukuki izahının getirilmesi ,sorumlu idare olgusundan bahsetmeyi imkansız kılıyordu.Aydınlanma dönemi ile fikir planında başlayan gelişmelerin aksiyona dönüşmesi,sosyoekonomik yapı ile beraber mevcut devlet anlayışının değişimi,hukuk devleti sisteminin kabulü,bir devrin sonu,yeni bir dönemin ise başlangıcı olmuştur.

Batıda,amme kudretinin mesuliyetini bir asır kadar evvel mümkün kılan bu gelişmelere, Türk hukuku da Cumhuriyetin ilânını müteakip devletin kamusal alanda sorumsuzluğu esasını yıkmak suretiyle katılmış bulunmaktadır.

Ancak,inceleme konumuzu teşkil eden sözkonusu mesuliyetin;esas itibarıyla bir tazminat davası oluşu dolayısıyla,teorik esaslarını ortaya koymada bir güçlükle karşılaşılmazken,

pozitif çerçevede idari mesuliyeti belirlemek uzun süre mümkün olmamıştır. Şüphesiz bunda idare hukukunun, bir içtihat hukuku olmasının payı pek büyüktür. Bu sebeptendir ki, mesuliyet sahasında getirilen teşri düzenlemelerde, idarenin verdiği zararlardan sorumlu olacağının ilke olarak belirlenmesi ile yetinilmiş, gelişimle öteden bu yana yargı organlarının görevli olacağı kabul edilmiştir.

Önceleri idari sorumluluk için yalnızca kusur prensibine yerverilen bu sahaya ihtiyaçlar neticesi bilahare sebebiyet prensibinin de dahil edilerek kusurlu-kusursuz sorumluluk halleri ayrımının yaratılması, idari mesuliyet hukukunda hangi kurama öncelik tanınacağı sorununu gündeme getirmiştir.

Bugün Türk İdare Yargısının, tazminat davaları açısından bu sorunu ciddi şekilde yaşadığı söylenebilir. 1924 Anayasası döneminden farklı olarak, 1961 Anayasası ile birlikte, mesuliyet hukukuna ilişkin olarak yasal ve anayasal düzenlemelere yerverme anlayışının çözüm getireceği yerde, sorunu daha da karmaşık bir hale koyduğu gözlenmektedir.

Mülhem olunan Fransız idare hukukunun aksine, mesuliyet sahasının Türk hukukunda yeni olması, henüz gerçek anlamda müstekar içtihatların varlığından bahsedilemeyeceği, Danıştayın aynı nitelikteki olayların birinde hizmet kusuru, birinde kusursuz sorumluluk esasını görmesine yolaçmaktadır.

Batıda özellikle Fransız hukukunda, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hizmet kusuru kuramının gözden düşmesine mukabil, kusursuz sorumluluk kuramının büyük gelişme gösterdiği ve bu

gün için idari mesuliyetin esasını teşkil eder hale geldiği kabul edilmektedir.

Türk Danıştayının ise,tazminata konu olayda önce idari kusurun varlığını arama yoluna gittiği,hizmet kusuruna ilişkin içtihatların yanında,kusursuz sorumluluğa dair kararların azınlıkta kaldığı tespit olunmaktadır.Oysa Fransız hukukunda kaydedilen gelişmelerin,doktrin ve yargı organlarımızca yakinen takip olunduğu malumdur.Nitekim üçüncü bölümde incelendiği üzere,Türk Danıştayının kusursuz sorumluluk kuramı çerçevesinde idareyi sorumlu gördüğü hallerin,tehlikeli faaliyetlere,bayındırlık işlerine,hukuka uygun işlem ve eylemlere,kamu görevlilerinin görev başında uğradıkları kazalara hasrolunması boşuna değildir.

Kanaatimizce; hangi kuramın tatbikine yer verileceği sorununun çözümü yine Danıştayda bulunmaktadır,yoksa teşri bir düzenlemede değil.Gerçekten kamu gücü ve yararları ile hususi menfaatlerin karşılaştığı bu sahada her an değişmeye müsait dengezer,kanun hükümlerinde dondurulacak sorumluluk kuralları ile değil,ancak içtihatlarla muhafaza edilebilir.

Aksine bir mevzuat hükmü bulunmadığına göre,Danıştayın Fransız tatbikatından ayrılmasını gerektirecek bir halin bulunmadığını düşünüyoruz.Artık devlet faaliyetlerinin geldiği noktada,hizmet kusuru kuramının idari mesuliyete esas teşkil etmesi zor olup,yeni anlayış doğrultusunda kusursuz sorumluluk kuramına ağırlık verilmesi gerekmektedir.

Pek tabiî, bu hizmet kusuru kuramından vazgeçileceği anlamına gelmez. Ama tatbik sahasının, kusursuz sorumluluk kuramına yer verileceği ölçüde daralacağı şüphesizdir.

Danıştayımıza düşen, içtihatlarda dayandığı esasları mevcut uygulamasının aksine açıkça ortaya koymak suretiyle, hangi kuramın, hangi hallerde uygulanabileceğini belirtmek olmalıdır. Böylelikle içtihatların istikrar kazanması temin edilmiş olacaktır.



KAYNAKÇA

GENEL ESERLER

- Akbay, Muvaffak: Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara 1958,
Ank.Huk.Fak.Yayınları no.125, XVI+538 sh.
- Balta, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1970,
Sevinç Matbaası, XXXI+240 sh.
- Derbil, Süheyp: İdare Hukuku, B.5, Ankara 1959, Yeni Desen
Matbaası, XX+731 sh.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,
C.II Genel Kısım, B.8, İstanbul 1983, Filiz
Kitabevi, XIX+792 sh.
- Duguit, Leon (Çev.Derbil, Süheyp): Kamu Hukuku Dersleri, Ankara
1954, İstiklâl Matbaası, IX+170 sh.
- Düren, Akın: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, Ank.Huk.Fak.
Yayınları no.447, XV+336 sh.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, C.II Genel Hükümler, Ankara 1986,
Ank.Huk.Fak.Yayınları no.484, XXXII+384 sh.
- Eroğlu, Hamza: İdare Hukuku (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve
İdarenin Denetlenmesi), B.5, Ankara 1985, Turhan
Kitabevi, XVI+516 sh.
- Gözübüyük, A.Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 1983, Sevinç Mat-
baası, XVI+336 sh.
- Günday, Metin: İdare Hukuku Dersleri-1 (Giriş-İdari Teşkilat-
İdari İşlemler), (Teksir), Ankara 1984, 306+VII sh.

- İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), B.3, Ankara 1984, Ank. Huk. Fak. Yayınları no.479, LVI+515 sh.
- Okandan, Recai Galip: Umumi Amme Hukuku Dersleri, B.3, İstanbul 1976, Fakülteler Matbaası, 1024 sh.
- Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I-II-III, B.3, İstanbul 1966, İsmail Akgün Matbaası, 2152 sh.
- Özyörük, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, (çoğaltma), Ankara 1972-73, 254+11 sh.

MONOGRAFİLER

- Akural, Sami-Ziylan, Çetin: Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-63), Ankara 1963, Güven Matbaası, IV+288 sh.
- Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, B.4, İstanbul 1982, Fakülteler Matbaası, XX+410 sh.
- Artukmaç, Sadık: Bizde İdarenin Murakabesi, İstanbul 1950, Cumhuriyet Matbaası, 568 sh.
- Başgil, Ali Fuat: Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi, Ankara 1940, Yeni Cezaevi Matbaası, 39 sh.
- Ben-Amıttay, Jacob (çev. Kılıçbay, Mehmet Ali-Köker, Levent): Siyasal Düşünceler Tarihi (Çağlar Boyunca Siyasal Düşüncenin Değişimi), Ankara 1983, Savaş Yayınları, 235 sh.
- Berki, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye), İstanbul 1978, Hikmet Yayınevi, XVI+422 sh.

- Deschnaux, Henri-Tercier, Pierre (Çev. Özdemir, Salim): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, Kadioğlu Matbaası, XXIV+288 sh.
- Duez, Paul (Çev. Senil, İbrahim): Mukavele Dışında Anne Kudretinin Mesuliyeti Meselesi, Ankara 1950, Güney Matbaacılık, 323 sh.
- Duran, Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, Yeni Bası, İstanbul 1964, Fakülteler Matbaası, XIX+683 sh.
- Duran, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular), Ankara 1974, Sevinç Matbaası, XI+101 sh.
- Duran, Lütfi: Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara 1974, Sevinç Matbaası, VIII+66 sh.
- Duran, Lütfi: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul 1988, Çağdaş Yayınları, 334 sh.
- Esin, Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Kt.I Usul, B.2, Ankara 1976, Pars Matbaacılık, XVI+472 sh.
- Esin, Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Kt.II Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, B.2, Ankara 1976, Güven Matbaası, 540 sh.
- Giritli, İsmet: Anne İdaresi Teşkilatı ve Personeli, B.5, İstanbul 1975, İst.Huk.Fak.Yayınları no.304, XXV+360 sh.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat: Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, B.3, Ankara 1977, Kazancı Yayınevi, 194 sh.
- Gözübüyük, A.Şeref: Yönetmelik Yargısı, B.6, Ankara 1983, Sevinç Matbaası, XVI+431 sh.

Hocaoğlu,Şeref: Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulasaları,Ankara 1955,Yeni Desen Matbaası, VIII+1037 sh.

Hocaoğlu,Şeref-Köksal,Semiha-Köksal,Fikret-Kepekçi,İhsan: Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulasaları,Kt.II(1954-1963),Ankara 1963,Ay-yıldız Matbaası,VII+1087 sh.

İmre,Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri,İstanbul 1949,İsmail Akgün Matbaası, XXIV+241 sh.

Kapani,Münci: Kamu Hürriyetleri,B.4,Ankara 1976,Sevinç matbaası,XVI+304 sh.

Kapani,Münci: Politika Bilimine Giriş,B.3,Ankara 1983, XI+166 sh.

Karahasan,Mustafa Reşit: Tazminat Davaları,B.3,Ankara 1981, Sevinç Matbaası,1751 sh.

Karaman,Hayreddin: Anahatlarıyla İslam Hukuku(Giriş ve Amme Hukuku),İstanbul 1984,Ensar Neşriyat, 352 sh.

Keskioğlu,Osman: Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku,Ankara 1969, Müftüoğlu Yayınları,XVI+312 sh.

Lipson,Leslie (Çev.Karamustafaoğlu,Tuncar): Politika Biliminin Temel Sorunları,B.4,Ankara 1986,516 sh.

Okandan,Recai Galip: Amme Hukukumuzun Ana Hatları,İstanbul 1968,İst.Huk.Fak.Yayınları no.1297,492 sh.

- Onar,Sıddık Sami: İdare Hukukunun Tekamül Safhaları ve Bugünkü Esasları,Ankara 1936,Yeni Cezaevi Matbaası,44 sh.
- Ortaylı,İlber: Türkiye İdare Tarihi,Ankara 1978,Yeni Desen Matbaası,XVII+289 sh.
- Özdemir,Necdet: Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu,Tez,Ankara 1963,Yeni Desen Matbaası,XI+165 sh.
- Özer,Atilla: Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası,Ankara 1984,Bilim Yayınları no.2, 671 sh.
- Özsunay,Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler,B.5,İstanbul 1982,İst.Huk.Fak.Yayınları no.549,LVI+486 sh.
- Öztan,Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk,Ankara 1970,Sevinç Matbaası,XXVIII+171 sh.
- Öztürk,Kazım: Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,C.III,Ankara 1966,Ajans-Türk Matbaası,2481-3974 sh.
- Sarıca,Ragıp: Hizmet Kusuru ve Karakterleri,İstanbul 1949,Fakülteler Matbaası,43 sh.
- Soysal,Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı,B.6,İstanbul 1986,Gerçek Yayınevi,415 sh.
- Tandoğan,Haluk: Türk Mes`uliyet Hukuku,Ankara 1961,Ajans-Türk Matbaası,XXXIII+538 sh.

- Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, Turhan Kitabevi, XXI+261 sh.
- Uler, Yıldırım: İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, Sevinç Matbaası, XVI+157 sh.
- Uman, Osman Nuri: Hukuki Mes'uliyet, Ankara 1939, Yeni Cezaevi Matbaası, 26 sh.
- Umur, Ziya: Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul 1982, İst.Huk.Fak.Yayınları no.651, XXIV+653 sh.
- Uluslan, İlhan: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Fakülteler Matbaası, XIX+355 sh.
- Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, B.6, Ankara 1987, Savaş Yayınları no.18, XIX+371 sh.
- Yenice, Kazım-Esin, Yüksel: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, Arısan Matbaası, XVI+799 sh.
- Zabunoğlu, Yahya K.: İdari Yargı Hukuku Dersleri, (Teksir), Ankara 1980-81, Ank.Huk.Fak.Yayınları, 296+XI sh.

MAKALE VE TEBLİĞLER

Anıl; Yaşar-Ulu, Cevdet: "Tazminat Davalarında Adli Yargı ile İdari Yargının Görev Alanını Belirleyen İlkeler" Adalet Dergisi, 1982, C.73, S.4.

Azrak, Ali Ülkü: "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979.

Başpınar, Recep: "Tam Yargı Davaları", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968.

de Lemothe, D.A.L.G.(Çev. Berbil, Süheya): "İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Yeni Gelişmeler", Ank. Huk. Fak. Der., 1960, C.17, S.1-4.

Devrim, Semahattin: "Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden İdare Hukukundan Doğan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluğu" Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1979-80, S.24-25.

Devrim, Semahattin: "Anayasanın 125 nci Maddesi Üzerinde Bir İnceleme", Silahlı Kuvvetler Dergisi, 1980, C.99, S.274.

Duran, Lütfi: "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, 1984, C.17, S.2.

Elöve, Mustafa E.: "Yüzyıl Boyunca Danıştay", İstanbul Barosu Dergisi, 1968, C.42, S.7-8.

Ervardar, Fehamettin: "Devlet Memurları Sorumlulukları Alanında Yeni Düzenlemeler", İstanbul Sanayi Adası Dergisi, 1983, C.18, S.214.

Güran, Sait: "Anayasanın 128 ve 129 uncu Maddeler Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu", Amme İdaresi Dergisi, 1984, C.17, S.2.

Güran, Sait: "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", Danıştay Dergisi, 1979, C.9., S.34-35.

Gürsoy, Kemal Tahir: "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III, Sempozyumu, Ankara 1980.

Hatemi, Hüseyin: "Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişinin Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I, Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977.

İnan, Atilla: "Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarında Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, 1981, C.II, S.42-43.

KAYNAKLARI HAVİ YAYINLAR

Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C.42, Ankara 1965.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9, Ankara 1982.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S.13, Ankara 1976.

Yargıtay Kararları Dergisi,

C.5, S.4, 1979.

C.5, S.7, 1979

C.5, S.11, 1979

C.9, S.4, 1983.

C.12, S.4, 1986

C.12, S.9, 1986,

C.13, S.10, 1987.

Danıştay Kararları Dergisi,

C.2, S.5, 1972

12. Daire Kararları Kt.I, C.II, 1976.

S.26-27, 1977

S.40-41, 1981.

S.50-51, 1983.