

ALMAN KAMU HUKUKUNDA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ (*)

Dr. İlhan ULUSAN

I. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN KAMU HUKUKUNDAKİ ANLAMI VE YERİ

1. *Devletin Yarattığı Zararın Hukukî Dayanağı Olarak Fedakârlığın Denkleştirilmesi*

Hukukta çıkar çatışması (Interessenkollission) sadece özel hukuka vergi değildir. Hatta tarihsel gelişim itibariyle devlet ile birey arasındaki çıkar çatışması ve devletin üstün çıkarları karşısında kişinin bireysel çıkarlarının gerilemesi zorunluluğu tarihin eski çağlarından günümüze, Sosyal Devlet evresine değin sürüp gitmiştir (1).

Sözüedilen çıkar çatışmaları çeşitli biçimlerde gözükabilir. Buna ilişkin çeşitli olasılıklar üzerinde durmanın gereksizliği yanında yaşamdan alınmış bazı örnekleri sıralamak yararlı olacaktır :

(*) Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin genel olarak Medenî Hukukta ve Türk Kamu Hukukundaki yerine ve uygulama alanına bu makale çerçevesinde yer vermiyoruz. Bu konular, «Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı» adlı incelememizde etraflıca ele alınmıştır. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Türk Kamu Hukukundaki anlamı ve uygulama alanı için bakz. age, s. 18 vd.

(1) Karş. Heuser, s. 4.

Devletin açtığı ve yürüttüğü zorunlu aşı kampanyası sırasında bireyin uğradığı sağlık bozuklukları (2) ya da yapılan tedavi sırasında hastanın organizmasında meydana gelen zararlar (3) ve yine bir sanığın kolluk tarafından izlenmesi sırasında kurşun sekmesi sonucu üçüncü bir kişinin yaralanması (4) veya bir öğrencinin beden eğitimi dersinde zor bir hareketi yaparken düşüp sakatlanması (5) hep bu birey ile devlet arasındaki çıkar çatışmasını dile getiren olgulardır.

Ancak sözünü ettiğimiz çıkar çatışmasının sadece bireyin kişi varlığına ilişkin olması zorunlu değildir. Gerçekten kişinin malvarlığı hakları da devletin hukuka uygun (kamulaştırma) veya hukuka aykırı müdahaleleri (6) yoluyla da zarara uğratılabilir (7).

Bütün bunlar ve benzer durumlar incelendiğinde, ilk bakışta, devletin bireyin malvarlığı ya da kişivarlığına yönelik bir müdahalede (8) bulunduğu, bireyin bu durumda hukuken korunmuş çıkarlarında — diğer bireylere göre — daha ağır zarara uğradığı ve yapılan müdahale ister malvarlığına ister kişivarlığına yönelsin, kamunun yararına bir nitelik taşıdığı (zum Wohle der Allgemeinheit) için bireyin kendi çıkarından fedakârlıkta bulunduğu kolayca gözlemlenebilir.

Gözüken bir diğer ortak olgu da, çeşitli görünümdeki müdahalelerin, uygun bir biçimde bedellendirilmesi ya da Alman Hukukunun benimsediği deyimle, denkleştirilmesi zorunlu bir zara-

(2) Aşı zararları (Impfschäden) uygulamayı uzun süre meşgul etmiştir. Bu konuda ilginç kararlar niteliğinde olmak üzere; BGHZ 9, 83 (87); BGHZ 24, 45 ve bu sonuncu kararı tamamlayan BGHZ 31, 87; BGHZ 45, 290.

(3) BGHZ 25, 238.

(4) FGHZ 20, 81 (82).

(5) DVBl. 67, 636.

(6) RGZ 140, 276 (283); ayrıca karşı. BGHZ 7, 296 (298).

(7) Devletin hukuka uygun ve hukuka aykırı müdahaleleri hakkında ileride etraflı açıklamalar yapılacaktır.

(8) Buradaki müdahaleden kasıt, devletin kamusal gücüne dayanarak giriştiği davranışlardır. Yoksa devletin kamu hukukundan doğan yetkisinin dışında kalan müdahalelerinin özel hukuk kurallarına bağlı olarak çözüleceği açıktır.

ra yol açmalarıdır (9). Wolff'un (10) belirttiği gibi en azından «adalet düşüncesi» bunu gerektirir, zira yukardaki örnekler incelendiklerinde, bireyin devletin müdahaleleri karşısında uğradığı zarar, yükümlerde eşitlik (das Prinzip der Lastengleichheit) ilkesine de (11) ters düşmektedir (12). Bunun doğal sonucu olarak; devletin müdahalesiyle karşılaşan birey, diğer kişilerden daha ağır bir fedakârlığı kamunun gönenci (refahı) uğruna yapmakla yükümlü kılınmaktadır. Gerçekten devletin hukuka uygun müdahaleleriyle, örneğin bir taşınmazın ya da diğer bir malvarlığı hakkının kamulaştırılması, bireyi mülkiyet hakkından, diğer bireylerden ayrı olarak, daha açık bir deyişle tek başına fedakârlıkta bulunmaya zorlar. Yukarıki örneklere dönersek, aşılama kampanyaları sonunda, aşının doğal sonuçları dışında, kişiye gelen zararlarda da, birey eşitlik ilkesine aykırı olarak, diğer kişilere özellikle aşılansızlara göre, ağır bir fedakârlık altına girmektedir. Kolluk memuruna ait seken kurşun sonucu ölen ya da yaralanan kimse için de aynı şeyler söylenebilir (13).

Devletin hukuka uygun veya aykırı; kusursuz ya da kusurlu davranışlarıyla, bireye verdiği zararın karşılanması yükümünün

(9) Kimminich, JuS 1969, s. 349.

(10) Wolff/Bachof, I, s. 524-525.

(11) Genel Eşitlik İlkesi, Alman Hukukunun yanısıra Türk, Fransız ve İsviçre Hukuklarında da devletin genel olarak bireylere verdiği zararın denkleştirilmesi konusunda kabul edilen ilkelere önemli bir tane-sini oluşturmaktadır. Bu konuya biraz ileride tekrar değineceğiz. Alman öğretisinde Mayer, Verwaltungsrecht, s. 297 ve özellikle s. 306 vd. da, devletin yaptığı müdahaleler sonucu ferdi eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde zarar görmesi halinde, onun yarattığı bu fedakârlığının hakkaniyet (Billigkeit) gereği karşılanması zorunluluğuna işaret etmiş, yazarın bu özel ya da ağır fedakârlık görüşü (die Lehre vom besonderen Opfer), daha sonraları içeriği biraz değiştirilerek geniş biçimde uygulanmıştır. Otto Mayer'in bu düşüncesi pek soyut bir tabana dayandığı gerekçesiyle öğre-tide eleştirilere uğramıştır, buna ilişkin olarak bkz. Stödter, s. 87.

(12) Yükümlerde eşitlik ilkesi kavramı ve devletin doğan zararları karşılama yükümlülüğü içindeki yeri için bkz. Gueng, s. 52 özellikle s. 56.

(13) Bireyin eşitlik ilkesine aykırı olarak çıkarlarından, daha somut deyişle malvarlığı ya da kişivarlığı haklarından fedakârlıkta bulunmaya zorlayan ve bunu devletin doğan zararı karşılama yükümü için zorunlu sa-yan düşünce, zaman zaman aksamış, özellikle Alman Federal Mahkemesi zamanla bu olguyu yumuşatıp genişletme gereğini duymuştur. Bunlara ileride değineceğiz. Ayrıca karşı. Luhmann, s. 52-53.

hukukî bir temele oturtulması zorunluluğu açıktır. İşte bu temel, tarihsel gelişim (14) sonucu, özellikle Alman uygulamasının çabasıyla beliren fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Bu ilkenin özelliği; sonradan değişik biçimde adlandırılmasına karşın, devletin başlangıçta sadece hukuka uygun, ancak özellikle uygulamanın zorlamasıyla, kusursuz ya da kusurlu olarak hukuka aykırı müdahalelerini de içine alacak biçimde bir genişliğe ve uygulama alanına sahip bulunmasıdır. Bugün Alman Kamu Hukukunda devletin müdahaleleri karşısında, bu müdahaleye hedef olan kişinin ileri süreceği istemin genel bir nitelik taşıdığında kuşku duyulmamaktadır (15).

2. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Pozitif Dayanağı Olarak Einl. ALR § 74 ve § 75 Hükümleri

Devletin kamusal faaliyetleri sonucu doğan zararlarının giderilmesinde ilke olarak kabul edilen fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinin hangi pozitif hukuk hükümlerine dayandığını da incelemek gerekir. Bu alanda gelenek hukuk kuralları olarak geçerliliği bugün de kabul edilen Prusya Devletleri Genel Eyalet Hu-

(14) Bakz. aşağıda II, 1 ve 2 altındaki açıklamalar.

(15) Bunun içindir ki, Alman Hukukunda genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi isteminden (allgemeiner Aufopferungsanspruch) söz edilmektedir, karşı. Schack, Gutachten, s. 23. Ayrıca karşı. Kimminich, JuS 1969, s. 349. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, başlangıçta fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi sadece hukuka uygun müdahaleler (özellikle kamu-laştırma) için kabul ediliyordu, karşı. Schack, Gutachten, s. 9. Bu istemin genellik kazanması özellikle kusursuz «hukuka aykırı» müdahaleleri de içine aldığı zaman perçinleşmiştir, bu konuda temel nitelikte karar için bkz. RGZ 14, 276 (283). Sözü edilen bu kararda, yüksek mahkeme, devletin hukuka uygun davranışları yanında, özellikle yasanın yanlış yorumlanması gibi, kusursuz yanılma eseri olarak ancak hukuka aykırı müdahalelerinin de karşılanması işaret etmiş ve dolayısıyla sözkonusu ilkeyi bir hayli genişletmiştir. Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof), bu aşamayı aynen kabul ettiği gibi — BGHZ 6, 270 (296) — fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine Alman İmparatorluk Mahkemesinin yukardaki — RGZ 140, 276 (293) — kararına yollama yaparak, devletin kusursuz hukuka aykırı davranışları için bu ilkenin öncelikle (erst recht) kabul edilmesi gereğine işaret etmiştir. Federal Mahkeme, daha sonra bu öncelikli yorum mantığı (Erst recht Logik) çerçevesinde kabul ettiği fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini diğer bir kararında — BGHZ 13, 88 (92) — doğrulamıştır.

kukunun Giriş Bölümünde (Einleitung zum allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten) yer alan 74. ve 75. paragraf hükümleri üzerinde biraz durmak istiyoruz. Fedakârlığın Denk- leştirilmesi İsteminin ilk pozitif dayanağı olarak kabul edilen (16) Einl. ALR § 74 ve § 75 şu hükümleri taşımaktadır:

§ 74 : «Devletle bireylerin çıkarları arasında gerçek bir çatış- ma doğduğunda, devleti meydana getiren bireylerin münferid hak ve çıkarları, ortak yararın geliştirilmesine yönelik devletin hak ve yükümlülükleri karşısında geriler.»

§ 75 : «Buna karşılık devlet, özel hak ve çıkarlarından ortak varlığın yararına fedakârlıkta bulunanlara bir bedel (17) vermek- le yükümlüdür».

Bu iki hüküm, başlangıçta Prusya Kırallığı'nın doğudaki ye- di eyaleti için yürürlüğe konulmuştu (18). Ancak özellikle Alman İmparatorluk Mahkemesi sözüedilen hükümleri tüm Prusya top- raklarını içine alacak biçimde uygulamış (19), daha sonra bütün Almanya'ya yaymıştır. Alman Federal Mahkemesi hemen bütün kararlarında (20) bu iki hükme bazan bir genel hukuk ilkesi ni- teliği (21), bazan da geçerli bir gelenek hukuku kuralı şeklinde yer vermektedir (22).

Einl. ALR § 74 ve §75 hükümlerinin zaman içindeki uygula- masına da kısaca gözatmak yararlıdır. Bu hükümler 4.12.1831 ta- rihli hükümet kararnamesiyle (Kabinettsordre) önemli ölçüde sınırlanmıştır (23). Buna göre, devlete karşı § 75 Einl. ALR'e da- yanarak istenecek bedel istemleri yalnızca devletin hukuka uygun

(16) Kimmich, JuS 1969, s. 349.

(17) Bedel deyimi giderimden (Schadenersatz) farklı olarak Entschädigung karşılığı kullanılmaktadır.

(18) Wolff/Bachof, I, s. 534.

(19) Örnek olarak: RGZ 41, 142 (145); 49, 241 (252-253); 64, 185. Ya- kın döneme ilişkin olarak RGZ 113, 301 (306); 145, 107 (111).

(20) BGHZ 6, 270 (281); 9, 83 (85); 13, 88 (91); 20, 61 (64).

(21) BGHZ; 11 (249); 9, 83 (85).

(22) BGHZ, 16, 374.

(23) Gerçekten 4 Aralık 1848 tarihli Anayasaya göre, Prusya Kralı- na, kural olarak hiçbir şekle bağlı olmaksızın, hukuk yaratma, kaide koy- ma yetkisi tanınmıştır. Hangi konuya ilişkin olursa olsun, bir yasa gibi genellik niteliği taşıyan bu kararlar yayımlanmakla yürürlüğe girmektey- di. Bu konuda ayrıca bkz. Heuser, s. 35.

nitelikte alacağı idarî tedbirleri sonucu, ferdin mülkiyet hakkına ilişkin verdiği zararlara hasredilmiş, bunun dışında kalan varlıklarının ve yasa ya da Kıralityet İşlemleriyle (Majestätsakte) ferdin uğradığı zararları tazmin olanağından yoksun bırakılmıştı (24). Bununla birlikte, daha sonraki yıllarda, sözüedilen kararnamenin bir yasa niteliğinde olmadığı belirtilmiş ve özellikle yargı organına yönelmiş bir emir niteliğinde bulunduğundan, bu tasarrufun sözüedilen paragrafların uygulama alanını daraltamayacağı savunulmuştur (25).

§ 74 ve § 75 hükümlerinin önemli bir özelliği de, bunların daha ALR'nin yayımlanıp uygulamaya konulduğu 1794 yılında, sadece basit bir pozitif hukuk kuralı sayılmayıp, bunun ötesinde (überpositiv), bir genel hüküm (26) ya da bir temel ilke niteliğinde görülmesidir. Bir anayasa hükmü mertebesine (der Verfassungsrang) ulaştığı kabul edilen bu hükümler ve onların özünü oluşturan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi böylelikle devlet çarkının işleminde, tüm idarî faaliyetlerde uygulama alanı bulurken; bir taraftan yasakoyucuyu diğer yandan idarî makamları bağlayıcı bir etkiye sahip bulunmaktaydı (27).

Doğal Hukuk Öğretisinin getirdiği «yasalar üstü (übergesetzlich), devlet ötesi (überstaatlich)» gibi deyimlerden zamanla arınan Einl. ALR § 75 bugün için önemini yine korumaktadır. Ancak günümüzde Einl. ALR § 75'in gördüğü ilginin nedeni onun bir gelenek hukuku normu olarak kabul edilip, bu açıdan kendisine hukuk hayatında geçerlilik tanınmasıdır. Nitekim uygulamanın yanısıra öğretisi de bu kanıyı doğrular biçimde gelişmiştir. Scheuner (28) gerekçe vermeksizin, sözügeçen hükümlerin bir gelenek hukuku niteliğini aldığını ve uygulamanın canlılık kazan-

(24) Uygulama da kararnameyi bu şekilde anlamıştır: RGZ 156, 310; BGHZ 9, 83 (88). Ayrıca karşı. Ziegler, s. 6; Janssen, s. 24.

(25) Ziegler, s. 7.

(26) Huber, Verwaltungsrecht II, s. 36; Janssen, s. 22; Ziegler, s. 4.

(27) Janssen, s. 24 de ius eminens'in baskısı altında bu normun bir üst hüküm (Dachnorm) durumu taşıdıklarını belirtmektedir. Gerçekten ALR'in hazırlanışında Doğal Hukuk Öğretisinin etkisiyle etik, insancıl düşüncelerin büyük payı anımsanırsa, aslında pozitif hukukun bir parçası olan bu hükümlerin ne denli romantik bir anlayış içinde yorumlandıkları ortaya çıkar.

(28) Scheuner, DÖV. 1955, s. 546.

masında büyük değer taşıdığını belirtmektedir. Forsthoff (29), sözüedilen hükümlerin gelenek hukuku olarak kabul edilmesinde isabet bulunduğunu Otto Mayer'in de (30) aynı düşüncede bulunduğunu belirterek kabul etmektedir. Schack ise, gelenek hukukunun varlığını zorunlu kılan *opinio neccessatis*'in sözkonusu olmadığı gerekçesiyle aksi kanıdayken (31), daha sonra fedakâr'lık karşılığı istemin gelenek hukukuna dayandığını kabul etmiştir (32). Ziegler (33), § § 74 ve 75'in bir gelenek kuralının varlığı ve uygulama koşullarının tümünü taşıdığını bu nedenle uygulamaya paralel olarak (34) bir gelenek hukuku kuralı (*Gewohnheitsrecht*) oldukları sonucuna varmaktadır.

Diğer bazı yazarlar, özellikle Wolff (35), Weber (36), Schack (37) ve Scheuner (38) fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini kabul etmekle birlikte, bunun hukukî temelini, gelenek hukuku kurallarına değil, uygulamanın da katkısıyla *Einl. ALR* § § 74 ve 75 çerçevesinde gelişen genel bir hukuk ilkesi ya da düşüncesine (*ein allgemeiner Rechtsgrundsatz oder Rechtsgedanke*) dayandırma eğilimindedirler (39).

(29) Forsthoff, s. 354.

(30) Mayer, II, s. 299.

(31) Schack, JZ 1956, s. 425 ve Gutachten, s. 24. Yakın zamanlarda bu düşünce Heuser, s. 45 vd. da savunulmaktadır.

(32) Schack, NJW, 1959, s. 307.

(33) Ziegler, s. 14.

(34) Fakz. yukarıda dn. 21.

(35) Wolff/Bachof, s. 534.

(36) Weber, Grundrechte II, s. 351.

(37) Schack, Gutachten, s. 54; yazar daha sonra gelenek hukuku görüşüne kaymıştır, karş. NJW. 1959, s. 307.

(38) Scheuner, Verfassungsschutz, s. 104.

(39) Janssen, s. 30-31 de § 75 i mevcut normlardan soyut genel bir hukuk ilkesi olarak nitelimenin Doğal Hukuk Öğretisine dönüş niteliği taşıdığını belirtmekte, fakat bu görüşü yine de doğru bulmaktadır, bkz. age. s. 32.

II. ALMANYA'DA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Genel Açıklama

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Doğal Hukuk Öğretisine değin uzanan köklü bir geçmişe sahiptir. Çeşitli evrelerde gerçekleşen bu gelişme içinde ortak yön olarak, devletin verdiği zararların karşılanması için kusurun aranmaması dikkati çekmektedir. Gerçekten fedakârlığın karşılığını oluşturan istemin bu niteliği, kusursuz sorumluluğun kabulü ve geliştirilmesi açısından özel hukuktaki genel eğilim ile hiç bağdaşmamaktadır (40).

Kusursuz Sorumluluğun kabulü, Roma Hukukundaki bazı istisnaî durumlar (41) bir yana bırakılırsa özel hukukta, bir hayli gecikmiş sayılabilir (42). Kamu hukukundaki durumun aksine, özel hukukta kusur, sorumluluğun gerçekleşmesi yönünden «*conditio sine qua non*» nitelikte görülmüştür. Alman Kamu Hukukunda devletin kusurlu davranışları sonucu da zarar verebileceği sonraları anlaşılmış ve bu noktadaki boşluk uygulama tarafından doldurularak bu tür sorumluluğun da gelişimi sağlanmıştır. Türk ve Fransız Hukuklarında bu denli açık olmamakla birlikte, kusur, failin ihmeline, kastına yani psikolojik, öznel olgulara bağlanmamış, hizmetin aksaması, iyi işlememesi gibi «objektif» bir olgu kusur sorumluluğunda benimsenmiştir.

Çeşitli etkenlerin yardımıyla kusurun vazgeçilmez ilke olduğunda özellikle Endüstri Devrimi ile bazı kuşkular uyanmış ve birçok ülkelerde objektif sorumluluk esas alınarak yasal düzenlemelere gidilmek zorunluluğu duyulmuştur.

Almanya'da Kamu Hukuku anlamındaki Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Özel Hukuktaki objektif sorumluluğun gelişmesi karşısındaki önceliğini belirttikten sonra bu ilkenin ilginç gelişimini özlü bir biçimde ortaya koymaya çalışalım.

(40) Konzen, s. 26.

(41) Bienenfeld, s. 15 ve s. 16, Esser, Gefährdungshaftung, s. 47.

(42) Esser, Gefährdungshaftung, s. 46.

2. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Gelişim Evreleri

a. Doğal Hukuk Öğretisinde

Kamu Hukuku anlamındaki fedakârlığın denkleştirilmesi isteminin Doğal Hukuk Öğretisi ile bağlantılarını yukarda Einl. ALR § § 74 ve 75 hükümlerini incelerken dile getirmeye çalışmıştık.

Gerçekten Anchütz (43), devlet ile birey çıkarları arasındaki çatışma ve bunun sonucu doğan zararın karşılanması sorununun daha Ortaçağ İtalyan Uygulamasını bir hayli uğraştırdığını sağlam kanıtlarla vermektedir. Çağının hukuk anlayışını yansıtan Grotius (44) devletin müdahaleleri (dominium supereminens) sonucu zarara uğriyan kimsenin bu zararının karşılanması (sifiori potest) zorunluluğundan söz etmektedir.

Sözünü ettiğimiz öğretiyi çerçevesinde devlet birey ilişkileri, varsayımsal «sosyal sözleşme» doğrultusunda değerlendirilmektedir. Öyle ki, birey bir yandan özgürlük, eşitlik gibi doğumla edindiği değerleri, devleti temsil eden yöneticiye karşı korurken, bu sözleşme çerçevesinde yine «doğal hukukun» yarattığı mülkiyet düzenine bağlı kazanılmış haklarını da sosyal sözleşme gereğince kendinde saklı tutmuş, bunları tıpkı özgürlük, eşitlik gibi doğal haklarla eş düzeyde saymıştır (45).

(43) Anschütz, V A. 5 (1897), s. 1 vd. Yazar, s. 36-37 de devleti kişiliğinde temsil eden hükümdârın, o çağdaki Alman Devlet anlayışının da etkisiyle, bireylerin haklarına el uzatabileceğini belirtmektedir. «Princeps ex iusta cause potest rest privati auffere» şeklinde belirtilen bu düşünce daha sonra Bartolus, Baldus özellikle Jason'un etkileriyle yumuşamış ve devletin zecrî müdahaleleriyle oluşan hak değişimlerinde (zwangsweise Transaktionen von Rechten) bireyin uğradığı zararların giderilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir.

(44) Grotius H, De iure belli ac pacis; Anschütz, s. 48 de zikretmektedir.

(45) Dikkat edilmesi gerekli özellik şudur: birey, devletin müdahalesinden uzak tutulan bu hakları pozitif hukuka dayanarak elde etmemekte, bunun üstünde ve ötesinde varlığı varsayılan doğal durumun (Naturzustand) yarattığı mülkiyet düzeninin gereği olarak elde etmektedir. Bu konuda ayrıca karşı. Mayer, II s. 31 vd; Anschütz, V A. 5 (1897), s. 52-53; Forsthoff, I, s. 328 vd; Kreft s. 5 vd.

Patrimonial devlet anlayışı çerçevesinde aynı öğretinin yarattığı bir diğer sonuç da, bireyin kazanılmış haklarına devletin zaman zaman müdahale etmesinin zorunlu sayılmasıdır. Yine Doğal Hukuk Öğretisinin etkisiyle gelişen anlayışa göre, devlet gereğince yöneticiye tanınan «*ius eminens*»den (46) yararlanarak, bireyin kazanılmış haklarına (*ius quaesita*) el uzatabilir. Yalnız, bu müdahalenin devleti kişiliğinde temsil eden hükümdar tarafından toplumun yararı, devletin yerine getirmesi zorunlu hizmetlerin yürütülmesi amacına yönelik olması gerekir. Ancak, bu müdahalesi sırasında, devlet, bireye tanınmış bu hakların sadece işlevini (fonksiyonunu) elinden alabilir; yoksa bu hakkın değerinden ibaret özünü elinden alamaz. Günümüze uygun, daha basit biçimde ifade etmek gerekirse, devlet *ius eminens*'e dayalı müdahaleleri sonucu bireyin korunmuş ve kazanılmış haklarında, sözgelimi mülkiyet hakkında, oluşturduğu zararı karşılamak zorundadır (47).

b. Polis Devletinde

Patrimonial Devlet Anlayışı, yerini merkezî, güçlü bir idare biçimine terk zorunda kalmıştır. Bu dönemde birçok alanda, özellikle hükümdarın yönetim yetkilerinde (48), mahkemelerin kuruluş ve işleyişlerinde, ilk kez gerçek anlamda bütün teb'aya yaygın «yasa» kavramının ortaya çıkmasına karşın, devletin bireyle olan çatışmaları sonucu, bireyin uğradığı zararın karşılanması sorununda sonuç olarak büyük bir değişiklik olmamıştır. Yukarıda Sinl. ALR. § 74 ve § 75 hükümlerini incelerken belirttiğimiz gibi, bir yandan Doğal Hukuk Öğretisinin ortaya koyduğu postüllalara

(46) *Ius eminens*, Patrimonial Devlette, hükümdara tanınan genel yönetme hakkından (*ius politae*) daha etkin bir gücü, üstün bir müdahale yetkisini ifade etmektedir, ayrıca karşı. Mayer I, s. 33.

(47) Bu düşünce devrin bazı düşünürlerince, örneğin Hobbes ve yandaşları gibi, reddedilmiştir. Almanya'da *ius eminens* sonucu uğranılan zararlar 16-18. yüzyıllar süresince ancak kamulaştırmaya ilişkin kalmış fazlaca uygulama alanı bulmamıştır. Geniş bilgi için bakz. Anschütz, VA 5, (1897), s. 77.

(48) Hükümdarın yetkilerindeki mutlaklığı, 14. Louise'nin «L'état c'est moi, devlet benim», büyük Friederich'in «Der König ist der erste Diener des Staates = Kral, devletin ilk hizmetkârıdır» sözleri güzel tanıtlamaktadır.

başvurulurken, diğer yandan da baskın Özel Hukuk Anlayışının etkisiyle, «Fiskus Teorisi» çerçevesinde de devletin faaliyetleri sonucu verdiği zararları kendi hazinesinden karşılaması düşüncesi, yönetilenlerin — sözde de olsa — mevcut özgürlüklerinin ve haklarının tek güvencesi olarak gözükiyordu (49).

c. Özgürlükçü Hukuk Devletinde

Bu dönemde, devletin verdiği zararları karşılama yükümlülüğü tamamen değişik bir tabana oturtulmuştur. Gerçekten, patrimonial devlette, hükümdarın «*ius politae*» daha sonraları «*ius eminens*» den doğan yönetim yetkisi ile, kişinin doğal hukuk gereği edindiği «kazanılmış haklarının» varlığı, sözünü ettiğimiz dönemde değerinden yitirmiştir. Devletin sorumluluğunun tek kaynağını artık, genellik niteliği taşıyan pozitif hukuk kuralları özellikle, yasalar oluşturmaktadır.

Devletin verdiği zararlardan sorumluluğunun yanında, bütün birey için eşit oranda bazı hak kısıtlamalarına gidilebileceği kabul edilmiş, yukarıda değinilen 1831 tarihli Hükümet Kararnamesi (Kabinettsorder) bu yolda atılan ilk adım olmuştur. Diğer yandan özgürlük, eşitlik, mülkiyet gibi kavramlar Doğal Hukukun verileri sayılarak, Anayasalarda yerlerini alarak gerçek güvenceye kavuşmuşlardır (50).

(49) Karş. Mayer I, s. 53 Anm. 27. «yükümle ve öde» (*dulde und liquidieren*) deyimi bu dönemden kalmadır.

(50) Konumuzu ilgilendiren bazı eski Anayasaların mülkiyete ilişkin hükümleri için bakz. 31 Ocak 1850 tarihli Prusya Kırallığı Anayasası'nın 9. maddesi. Weimar Anayasası'nın 153. maddesi. 1949 tarihli Bonn Anayasası'nın 14. maddesi ise bu konuda şöyle bir düzenleme getirmiştir:

(1) Mülkiyet ve miras hakları güvence altındadır. Mülkiyetin içerik ve sınırları yasaca saptanır.

(2) Mülkiyet yükümler, mülkiyetin kullanılması toplumun yararına hizmet eder biçimde olmalıdır.

(3) Kamulaştırma, ancak kamu yararı amacıyla mümkündür. Bu işlem, kamulaştırma bedelinin ödeme şeklini ve ölçüsünü düzenliyen bir yasa veya bir yasaya dayanılarak yerine getirilir. Kamulaştırma bedeli, toplumun ve kişilerin çıkarlarının adaletle uygun olarak dengelenmesi yoluyla saptanır. Bedelin nisbetine değgin uyuşmazlıklar için adliye mahkemeleri önünde dâva yolu açıktır.

Böylelikle, devletin çeşitli müdahaleleri Dünya Savaşlarının getirdikleri zorunluluklar sonucu bir yandan genişlerken, bu genişlemenin yasalara uygun olarak yürümesi gereği duyulmuştur. Bireyler açısından ise, önceleri «ius eminens» karşısında güvence niteliği taşıyan «kazanılmış hakları», soyut ve romantik görünümünden arınıp, pozitif hukuka dayalı bir işlem sonucu bütün sonuçlarıyla elde edilen çıkarlar biçiminde ele alınmışlardır.

III. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN ALMAN KAMU HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

1. Genel Bakış

Yukarki açıklamalarımızda devletin kamu yararı uğruna yaptığı çeşitli girişimler ve faaliyetler sırasında bireylere çeşitli biçimlerde zarar verebileceğinden söz ettik. Yine oluşan zararda devletin kusurlu olabileceği gibi kusursuz bir davranışının da zarara yol açabileceğini, bu davranışın hukuka uygun olabileceği gibi, hukuka karşıt bir görünüm taşımasının da olanaklı bulunduğunu belirttik. Bu zararın bireyin malvarlığı üzerinde gözükebileceği gibi, kişi varlığı üzerinde de kendini duyurabileceğini çalışmanın başında dile getirdik.

Bu bölümde yapılacak iş, bu karmaşık, çeşitli görünüm biçimlerini ayırıp, belirli bir şema içinde sunmaktan ibaret olacaktır. Bu alanda özellikle uygulamanın olumlu katkısına işaret etmek gerekir. Gerçekten bir kez daha anımsatmak gerekirse, devlet kamu yararına yürüttüğü faaliyetlerden sadece hukuka uygun nitelik taşıyanlarından sorumlu olurken, Alman İmparatorluk Mahkemesi (das Reichsgericht), devletin sorumluluğunu kusursuz ancak hukuka karşıt faaliyetlerine de yaymış (51), Alman Federal Mahkemesi (der Bundesgerichtshof) bu sorumluluğu yalnızca kusursuz değil, fakat kusurlu hukuka karşıt davranışları da içine alacak şekilde genişletmiştir (52).

(51) RGZ 140, 276 (283).

(52) BGHZ 7, 296 (298); BGHZ 13, 88 (92).

Alman Federal Mahkemesi, bu genişletme faaliyeti sırasında bir yandan zararın meydana geldiği değer alanına, diğer yandan da faaliyetin hukuka uygun ya da karşıt nitelik taşımaya göre ayrı ayrı nitelendirmelerde bulunmuştur. Gerçekten, devletin bireylerin malvarlıklarına yönelik hukuka uygun müdahalelerini *kamulaştırma (die Enteignung)* adı altında toplarken, bu müdahaleler hukuka karşıt nitelik taşıdığı anda, bunlar *kamulaştırmaya denk müdahaleler (enteignungsgleiche Eingriffe)* olarak nitelenmiştir. Devletin kişivahlığına yönelik müdahalelerinde ise Alman Federal Mahkemesi *dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi isteminin* (der Aufopferungsanspruch im engeren Sinne) varlığını kabul etmiştir. Bu sonuncuların hukuka karşıt ya da uygun veya kusurlu ya da kusursuz nitelik taşımaları olgusu fazla bir önem taşımadığı gibi, bu müdahalelerin bir taslanı sonucu bireyin kişivahlıklarını etkilemesi yani tehlikeli bir faaliyetin olumsuz sonucu olarak belirmesini de ayrıca incelemeye gerek görmeksizin, sözünü ettiğimiz dar anlamda «fedakârlığın denkleştirilmesi» isteminin içinde kabul etmiştir.

Böylelikle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin iki anlamı da belirmiş oluyor. Şimdiye değin bu ilkeyi devletin çeşitli görünüm biçimleriyle tüm faaliyet alanını içine alır biçimde gördük ve inceledik. Buna «geniş anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi» demek olanaklıdır. «Dar anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi istemi» ise Alman Federal Mahkemesinin yaptığı üçlü ayırma göre, devletin bireyin kişivahlıklarına verdiği zararlara ilişkin olmak üzere kullanılmaktadır (53).

Aşağıdaki açıklamalarımızda önce devletin hukuka uygun biçimde bireyin malvarlığına zarar veren müdahalelerini inceleyeceğiz. Bunu, «hukuka karşıt» özelliğiyle kamulaştırmaya denk müdahaleler izliyecek ve nihayet dar anlamda» fedakârlığın denkleştirilmesi istemi kavramı bu alanda incelenecek son görünüm biçimi olacaktır.

(53) Bu ayırım öğretide genellikle benimsenmiştir. Karş. Wagner, NJW. 1966, s. 69 vd; Wolff/Bachof, s. 534 vd; özellikle, Bothe, JuS 1976, s. 515 vd; aksi kanı için bkz. Janssen, s. 136.

2. Somut Görünüm Biçimleri

a. Kamulaştırma

Kamulaştırma, Alman Hukukunda genel anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir görünüm biçimini yansıtmaktadır. Kamulaştırma geçen yüzyılın sonlarından bugüne değin büyük değişikliklere uğramıştır. Gerçekten, kamulaştırma, 1. Dünya Savaşına değin «geleneksel (klâsik)» biçimde ele alınmış ve bir taşınmazın, yasaya dayanılarak yapılan bir hukukî tasarruf sonucu devlete ya da kamu yararına faaliyet gösteren bir girişime bedeli karşılığı devri biçiminde gözükmüştür (54). Ne var ki savaş sonrası dönemin getirdiği zorunluluklar, bu kurunun etki alanını taşınmaz mülkiyetnin dışına taşımış, taşınır mülkiyeti, diğer nesnel haklar, alacak hakları, sınai haklar, geleneksel görüşün aksine, kamulaştırmanın konusunu oluşturur hale gelmişlerdir (55). Malvarlığına ilişkin bu hakların mutlaka özel hukuk karakteri taşımaları zorunlu sayılmamakta, devlet tarafından bireye tanınan hak ve imtiyazlar da (die Berechtigungen) malvarlığını ilgilendirdikleri sürece, kamulaştırmaya konu teşkil etmektedir (56).

Alman Hukukunda kamulaştırmanın temel pozitif dayanağını Alman (Bonn) Anayasası'nın 14/III. maddesi (57) oluşturmaktadır. Sözü edilen hüküm öğretilde eksik, yetersiz bulunmaktadır. Gerçekten; aynı maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde (GG. Art. 14/I Satz. 2) «Mülkiyetin içeriği ve sınırları yasaca saptanır» denmektedir. Bu cümle, mülkiyet hakkına getirilebilecek genel sınırlamayı ya da mülkiyet hakkının sosyal bağlılığını (die Sozialbindung des Eigentums) dile getirmekte ve doğal olarak devlete bir giderim yükümü getirmemektedir. İşte, mülkiyete bu şekilde getirilen genel sınırlamalar ile kamulaştırma arasındaki fark Bonn AY. nin 14. maddesinden çıkmamaktadır.

(54) Karş. BGHZ 6, 720 (276); BGHZ 13, 88 (96).

(55) Karş. BGHZ 6, 270 (276) ve bu kararda yollama yapılan RGZ 105, 251; RGZ 109, 310; RGZ 116, 268; RGZ 150, 9.

(56) Karş. Konow, s. 49 vd; Forsthoff, § 18, s. 339.

(57) Bonn AY'nin 14/III. maddesi kamulaştırma bedelini bir anayasal hüküm haline getirmiştir. Bu niteliğiyle hüküm «Junktivklausel» diye anılmaktadır.

Keza kamulaştırmanın yasaya dayanması zorunluluğu, kamu yararı amacı ve bedellendirilmesi zorunluluğu gibi kamulaştırmanın koşullarından sadece bir kısmı düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu konuda beliren eksiklikleri tamamlama ve açıklama görevi, böylelikle öğretisi ve uygulamaya bırakılmış olmaktadır (58).

Kamulaştırmayı belirleyen olgu, bu tasarrufa hedef olan bireyin ya da bireyler topluluğunun kamu yararı uğruna diğer bireylere göre ağır bir fedakârlıkta (Sonderopfer) bulunmalarıdır. Yoksa devletin Alman AY'nın 14/I c. 2 uyarınca mülkiyetin sınırları ile içeriğinin tayinine yarıyan kamusal faaliyetlerinin kamulaştırma ile ilgisi yoktur (59).

(58) Karş. Forsthoff, s. 334; Konzen, s. 82.

(59) Gerçekten Federal Mahkeme - BGHZ 6, 270 (279 ve 280) - bu konuda kamulaştırma ile devletin, bütün toplum üyelerini etkileyen dolayısıyla eşitlik ilkesine uygun olan ve mülkiyetin içeriğini tayine yarıyan, onu kısıtlayan bazı yükümler koyabileceğini belirttiikten sonra, kamulaştırmanın gerçek anlamını şu şekilde belirtmektedir: «Kamulaştırmada genel, eşit sonuçlar doğuran, mülkiyet hakkının özülüyle bağdaşan bir içerik tayini ya da sınırlaması sözkonusu değildir, bilakis burada sözkonusu olan, yasaca varlığına cevaz verilmiş, cebire dayanan, hakkın devri ya da yükümlendirilmesi yoluyla belirli kişileri ya da toplulukları diğerlerine göre eşitsiz, ağır bir biçimde etkileyen ve bu kimseleri toplum için özel, başkalarından beklenmiyecek fedakârlığa zorlayan ... bir devlet müdahalesidir». Eşitlik ilkesine aykırı davranışın kamulaştırmayı belirliyeceğini söyleyen Federal Mahkemenin bu görüşüne öğretide» **münferid işlem kuramı (Einzelakttheorie)**» adı verilmektedir. Yüksek Mahkeme bu görüşünü sonraki kararlarında da sürdürmüştür.

Bu görüş, öğretide eleştirilere uğramıştır. İlkten çok şekilci olduğu ve ağır fedakârlık kavramının yeterince belirlenmediği ileri sürülmüştür. Özellikle Forsthoff, s. 342 de ve Gueng, s. 176 da bunu dile getirmektedirler. Ayrıca Forsthoff, s. 342 ve Reinhardt, s. 10 da, yasa kavramının eski soyut ve genel biçiminden sıyrıldığını (biçimsel) formell ölçülerden çok maddi ölçülere dayandığını ileri sürerek, bu kavrama karşı çıkmaktadırlar. Özellikle Scheider, DÖV 1965, s. 293 de, bu kavramın toplu kamulaştırmalarda güçlük yarattığını ve ne zaman münferid işlem sonucu bedel yükümü doğuran bir tasarruf, ne zaman bedel yükümlülüğünden yoksun bir genel sınırlamanın sözkonusu olduğunu açıklamadığını ileri sürmektedir. Bu noktaya Federal Mahkeme de değinmiş, ancak bu güçlüğü madde-nin doğasına uygun bulunduğunu (BGHZ 6, 280) belirtmiştir.

Alman Federal İdare Mahkemesi (Bundesverwaltungsgericht) ise yapılan işlemin ağırlığına (die Schwere) ve etki alanına (die Tragweite) önem vermektedir (B Verw. GE 5, 143 = NJW 1962, s. 2171). Yargıca geniş

Yapılan müdahalenin hukuka uygun olması ve bu işleme hedef olanları diğer bireylere göre ağır bir fedakârlıkta bulunmaya zorlaması sözügeçen müdahaleyi kamulaştırma olarak nitelene-ye yetmez. Alman Federal Mahkemesi uzunca bir süre malvarlığına ilişkin bu müdahalelerin doğrudan (unmittelbar) nitelik taşıması ve bilerek, istenerek (bewusst und gewollt) yapılması zorunluluğuna işaret etmiştir (60). Das Finalitätsmerkmal (61), adı verilen, müdahalenin, bir hedefe yönelik olması zorunluluğundan, Federal Mahkeme yavaş yavaş kurtulmuş ve aslında bu özelliği taşıyamalarına karşın, — dolayısıyla — oluşan zararları da karşılama yolunu tutmuştur (62). Alman Federal Mahkemesi'nin bu

takdir yetkisi veren, bu maddî anlamlı kurama **ağırlık kuramı** (die Sch-weretheorie) adı verilmektedir. Öğretideki yeni ölçütler için, Battis, s. 45 vd.

(60) Gerçekten 4.2.1957 tarihli kararında — BGHZ 23, 235 (240) — yapılan müdahalenin doğurduğu zararların giderilmesi için, sözügeçen müdahalenin başından beri doğrudan doğruya ve bilerek istenerek, kişi ya da kişi topluluklarına yöneltilmesini zorunlu saymıştır. Aynı kararında yüksek mahkeme, dolayısıyla zarar görenlerin bedel istemiye hakları olmadığını belirtmiştir.

Aynı düşüncüyü bu kez yapılan kamusal müdahalenin bilerek ve istenerek belirli bir kişi ya da kişi topluluğu hedef alınarak yapılması zorunluluğunu da içine alacak biçimde Federal Mahkeme'nin 18.9.1959 tarihli — BGHZ 31, 1 (2) — kararı dile getirmektedir. Sözügeçen kararda, Federal Anayasa Mahkemesi kararıyle kapatılan bir partide aylıkla çalışan bir kişinin, partinin malvarlığı hazineye geçtiği cihetle, uğradığı zararın tazmini, yapılan müdahalenin kendisini hedef almadığı, malvarlığına ancak dolayısıyla zarar verdiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Yakın tarihli bir diğer kararda, Federal Mahkeme işletme sahibinin işletmesinde müsaade ile bulundurduğu patlayıcı madde miktarını, o bögenin oturulur hale gelmesi nedeniyle, kısarken, karşı dâva açıp zararının giderilmesini isteyen işletme sahibinin istemini, o yöredeki kişilere verilen oturma ve inşaat ruhsatlarının dâvacının haklarına doğrudan etkide bulunmadığını ileri sürmüştür.

(61) Bu konudaki geniş açıklama için bakz. Selmer, s. 31-32; Konzen, s. 84; Berger, s. 1-6; Gronefeld, s. 36 vd.

(62) Bunun bir örneğini yol düzeyinin yükseltilmesi nedeniyle, yolun iki yanında uzanan büyük tarım arazisine ulaşmak ve bu arazinin bakımı ve geliştirilmesi için ek giderler yapmak zorunda kalan arazi mülkiyetinin haklı görülmesine ve dâvacının bu müdahale sonunda zarara uğradığına ilişkin bir Federal Mahkeme Kararı oluşturur (BGHZ 30, 241). Aynı doğrultuda bir diğer karar da, belediyenin verdiği ruhsat sonucu, kaldırılma konulan tezgâhın, bir lokantanın müşterilerine engel olması ve

eğilimi «üçüncü kişinin uğradığı zararın giderilmesi (Dritt-schaden)» olarak nitelenmiş ve genellikle olumlu karşılanmıştır (63). Yalnız burada Federal Mahkeme'nin farkında olmadan yaptığı ince ayırımı belirtmek gerekir. Gerçekten, yüksek mahkeme, üçüncü kişilerin bedel istemlerini olumlu karşılarken, yapılan müdahale ya doğrudan doğruya bir kişiye yönelmiş ve üçüncü kişinin zararı, örneğin verilen ruhsatların olumsuz etkileri gibi (BGHZ 23, 157), yansıma yoluyla meydana gelmekte veya yol düzeyinin değiştirilmesi (Strassenniveauveränderungen) ya da silâhlı kuvvetlerin manevra ve talim faaliyetlerinde olduğu gibi, yerine getirilmesinde kamu yararı bulunan idarî faaliyetlerin başkaları üzerinde olumsuz yan etkileri (Nebenwirkungen hoheitlicher adressatloser Verwaltungstätigkeit) biçiminde gözükmektedir (64).

Malvarlığına yapılan müdahalenin bir diğer özelliği de, bunun hukuka uygunluğu ve daha da önemlisi kamunun yararına (zum Wohle der Allgemeinheit) uygun nitelik taşımasıdır. Özellikle belirttiğimiz bu ikinci husus, kamulaştırmanın genel anlam-

inşaat sahibine, malzemesini yolun bir kenarına yığmasına ilişkin müsaadenin bir konfeksiyon mağazasının girişine engel olması sonucu dâvacıların zarar gördükleri kabul edilmektedir (BGHZ 30, 241 ve BGHLM Nr. 76 Art. 14 GG).

Özellikle bu son iki kararın gerçekten kamulaştırmaya ilişkin bulunduğu tartışılabilir. Zira bir yandan hukuka karşıt, diğer yandan bir yasaya ya da yasaya dayalı bir idarî tasarrufa dayanmayan kararları Selmer, s. 115 de kamulaştırmaya denk müdahaleler (enteignungsgleiche Eingriffe) olarak nitelenmektedir. Konzen, s. 84 de bu görüşe katılırken, yol düzeyinin değiştirilmesine ilişkin kararda kabul edilen zorunlu yan zararların kamulaştırmaya ilişkin Alman A.'nın 14/III. maddesine uygun bulmaktadır.

Federal Mahkeme'nin bu konudaki en önemli kararı 14.10.1963 tarihli olup, silâhlı kuvvetlerin manevraları sırasında çıkan orman yangını sonucu odun yığınları yanan kimsenin kamulaştırma bedeli isteyebileceğini hükme bağlamış ve zararın ya doğrudan doğruya vya olayda olduğu gibi bir kamusal müdahalenin yansıması yoluyla da gerçekleşebileceğini kabul etmiştir. — BGHZ 37, 44 (47) —

(63) Berger, s. 100; Se'mer, s. 36; Horst, s. 33 vd; Konzen, s. 85.

(64) BGHZ 30, 241; BGHZ 37, 44 (47). Kimminich, JuS, 1969, s. 350 de Federal Mahkeme'nin belirli bir kişiye yönelik bulunmayan bir kamusal müdahalenin yan etkileri biçimindeki zararları gidermekle, bu durumların fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin somut görünüm biçimlerini oluşturduklarının bir kez daha doğrulandığını belirtmektedir.

da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin somut görünüm biçimi olarak kabulünü, olanaklı kılarken, diğer yandan da bu müdahalede bedel yükümlüsünün saptanmasına ışık tutmaktadır. Sözü edilen yükümlü, genellikle kabul edildiği gibi müdahaleden yararlanan (der Begünstigte) kişidir (65). Yalnız burada yararlanmadan mutlaka kamulaştırma sonucu, bir kamu hukuku işletmesinin malvarlığında oluşan artma anlaşılmalıdır. Bu son nokta geleneksel kamulaştırma anlayışına da o denli yabancıdır. Gerçekten yapılan müdahalenin kamunun yararına olacağı sanısıyla yapılmış bulunması yeterlidir. Yoksa kamusal yararın gerçekten nesnel biçimde görünmesi — örneğin yol açma amacıyla yapılan kamulaştırmada yolun mutlaka açılması — zorunlu değildir. Buradaki yarar, kamunun çıkarını, başkasının çıkarları uğruna izliyebilme olanağının varlığından ibarettir (66).

b. Kamulaştırmaya Denk Müdahaleler (Enteignungsgleiche Eingriffe)

Kamulaştırmanın en belirgin özelliğinin «hukuka uygun» nitelikte bir müdahale olduğunu belirtmiştik. Yine anımsatmak gerekirse, devletin «hukuka karşıt» müdahalelerinin ise Alman İmparatorluk Mahkemesinin bu tür istemlerin yerindeliğini kabul etmesinden sonra, bedellendirilme olanağına kavuştuklarına değinmiştik (RGZ 140, 276, 283) (67). Ne var ki, aynı kararda devletin hukuka karşıt (68) müdahaleleri sonucu doğan zararların

(65) Karş. Konzen, s. 85.

(66) Karş. Horst, s. 15-16, Konzen, s. 86.

(67) Bilindiği gibi § § 74, 75 Einl. ALR, sadece devletin hukuka uygun müdahalelerine (kamulaştırma) vergi sayılmaktaydı. EGB'nin yürürlüğe girmesinden sonra, «Haksız Eylemler» içinde düzenlenen memurun hukuka karşıt ve kusurlu davranışı sonucu bireye verdiği zararın giderilmesini öngören görev (makam) sorumluluğu (die Amsthftung, § 829 EGB) hükümden sonra, devletin kusursuz fakat hukuka karşıt sorumluluğunun nasıl düzenleneceği bir boşluk olarak görülmüş ve önceleri hukuka uygun devlet ilkesi, ya da Medeni Kanundaki haksız zenginleşmeye değgin hükümlere dayanılarak, boşluk doldurma çabalarına girişilmiştir. Bu konuda geniş açıklama için bkz. Heidenhain, s. 73-74 ve 75; Schack, VA. 40, 426 vd; Stödter, s. 44 vd.

(68) Devletin hukuka karşıt davranışlarının tümünü ortaya koymak olanaksızsa da, konunun aydınlanması yönünden, hukuka karşıt davranış

karşılanması, sözügeçen müdahalelerin kusursuz olmaları koşulu-
luna bağlanmaktaydı.

Devletin hukuka aykırı ancak, kusurlu davranışlarının da incelenen ilke ve kamulaştırmaya ilişkin Alman AY'nın 14/III. maddesinde öngörülen esaslar çerçevesinde giderilmesi zorunluluğunu ise, ancak Alman Federal Mahkemesi ortaya koyabilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararı — BGHZ 6, 270 (290) — ve yine aynı mahkeme tarafından verilen önemli bir başka kararlarla tamamlanmıştır. Gerçekten yüksek mahkeme (69), kusursuz hukuka karşıt, kamusal faaliyetlerin doğurduğu zararların karşılanması kabul edildiğinde, buna ilişkin ilkelerin öncelikle (erst recht) hukuka karşıt ve kusurlu, davranışları da içereceğini benimsemiştir. Böylelikle, bugün kamulaştırmaya denk müdahaleler denince, malvarlığına hukuka karşıt biçimde yapılan kusurlu veya kusursuz her türlü hukuka karşıt müdahale akla gelmektedir (70). Öğretide bu eğilim genellikle benimsenmektedir (71).

olarak öğretide, idarenin bir hukuk normu gözetmeksizin ya da mevcut hukuk normunun yanlış uygulanmasından doğan müdahalelerin anlaşılmasına işaret edelim, böyle, Konow, s. 72; Forsthoff, s. 354.

Federal Mahkemenin bu alandaki kararlarına gözetmek gerekirse, bir inşaat ruhsatının hukuka karşıt biçimde iptali (BGHZ 19, 1) ya da bir işletme müsaadesinin istem sahibinden esirgenmesi (EGH LM. Art. 14 GCNr. 71), yıkık bir taşınmazdan hukuka karşıt olarak inşaat malzemesi alınması (BGHZ 13, 81), bir eczane işletmesi ruhsatnamesinin haksız iptali (BGHZ 15, 17), bir taş ocağında patlayıcı madde kullanılmasına ilişkin istemin hukukî neden olmadan reddi (EGHLM Art. 14 GGNr. 10) hep «kamulaştırmaya denk» müdahaleler anlamında görülmüştür. Ayrıca yukarıda s. 116, dn. 62 değindiğimiz yol düzeyinde değiştirilmesine ilişkin karar (BGHZ 30, 24) ve mahalli idarenin verdiği ruhsat sonucu, işletmenin müşteri çevresinin azalmasına ilişkin karar da - BGHZ 23, 157 (166) - bu niteliktedir. Burada dikkati çeken nokta, aslında hukuka uygun bir idari davranışın, başkalarının malvarlığını olumsuz biçimde etkilemesi nedeniyle (dolayısıyla zarar) hukuka aykırı bir niteliğe bürünmesidir. Karş. Kimminich, JuS 1969, s. 359. Ayrıca bakz. Ulusan, s. 46 dn. 39.

(69) BGHZ 7, 291 (298) ve 13, 88 (92).

(70) Açıkça bunu ifade eden — BGHZ 32, 208 — karar.

(71) Böyle, Forsthoff, s. 354; Wolff, s. 574; Schack, JZ 1956, s. 427; Fischer, Gutachten, s. 47 vd; Janssen, s. 117; Schneider, s. 32 vd; Kimminich, JuS 1969, s. 359. Karşı fikir için bakz. Stödter, DÖV 1953, s. 139 vd; Konow, s. 88.

Alman Federal Mahkemesi, başlangıçta hukuka uygunluk ögesi dışında, kamulaştırmaya denk müdahaleleri, kamulaştırma ile eş tutmuş ve bu konudaki temel kararında — 6, 270 (290) —, hukuka karşıt kamusal müdahalelerin, eğer sözügeçen müdahalelere hukuken cevaz verilmiş bulunsaydı, gerek içerik gerek sonuçları itibariyle, kamulaştırma niteliğinde sayılabilecek idiyse kamulaştırmaya denk müdahaleler sayılıp bedel yükümü doğurabileceğini belirtmiştir. Yine bu kararında Federal Mahkeme, kamulaştırmada olduğu gibi, ona denk tutulan müdahalelerde de bütün ögelerin özellikle zarar gören kişinin diğer bireylere göre «ağır fedakârlıkta bulunmaları» (ein besonderes Opfer) koşulunun aranması gereğine işaret etmiştir.

Ancak Alman Federal Mahkemesi, varsayıma dayanan temel kararında fazla ısrar etmemiş, hatta bundan bir süre sonra tamamen uzaklaşmıştır. Gerçekten, yüksek mahkeme, sonraki bir kararında — BGHZ 13, 88 (92) — kamusal müdahaleyi, hukuka uygun olsaydı kamulaştırma sayılabilecek miydi, biçiminde yorumlamadığı gibi, kamulaştırmaya ilişkin çok önemli bir özellikten — kamusal müdahalenin kamunun yararına yönelik olması olgusu — ödün vererek, devletin kamu hukukuna dayanarak giriştiği her türlü hukuka aykırı müdahaleyi, kamulaştırmaya denk müdahaleler olarak nitelendirme yolunu tutmuştur (72).

Bu konuda çok önemli adımı Alman Federal Mahkemesi 25 Nisan 1960 tarihli kararıyla (73) atmıştır. Önceki kararlarının bir devamı niteliğinde olan bu kararında yüksek mahkeme önceki görüşünü — BGHZ 6, 270 (290) — tümüyle terketmiş ve eğer yapılan müdahale hukuka uygun olsaydı, kamulaştırma sayılabilecek idiyse, kamulaştırmaya denk işlemin varlığını kabul etme-

(72) Federal Mahkemenin bu yeni eğilimi öğretide benimsenmiştir, karşı. Heidenhain, s. 113; Luhmann, s. 48; Horst, s. 8; Gueng, s. 174. Yalnız yapılan müdahalelerin kamu yararına uygun bulunması, herhalde terk dilmemesi gerekli bir özelliktir. Zira, memurun hukuka karşıt, kusurlu davranışlarını BGB içinde düzenliyen hükümlerle (§ 839 BGB), sözünü ettiğimiz kamulaştırmaya denk — kusurlu — müdahaleleri birbirlerinden ayıracak tek ayraç, sonuncu durumda müdahalenin kamu yararına uygun bulunduğu olgusudur. Ancak Federal Mahkeme, sözünü ettiğimiz kararda — BGHZ 13, 88 (90) — BGB § 839 hükmü ile fedakârlığın denkleştirilmesi isteminin yarışabileceğini de kabul etmektedir. Bu son durum için bak: Lerche/Scheuner, JuS 1961, s. 240 ve 245; Horst, s. 7-8.

(73) BGHZ 32, 208 (211).

nin sakıncalı olduğunu zira bu şekilde müdahale hukuka uygun sayılırsa, bu takdirde mülkiyet hakkının Alman AY'nın 14/I c. 2 uyarınca öngörülen «genel sınırlamasının» sözkonusu olacağını savunmuştur (74). Bu nedenle yüksek mahkeme, yapılan kamusal müdahalenin hukuka karşıt olduğu saptandıktan sonra, bu müdahaleye mâruz kalanın ağır bir fedakârlıkta bulunduğu kendiliğinden kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (75). Böylelikle, devletin hukuka aykırı olarak yaptığı tüm müdahaleler kamulaştırmanın getirdiği diğer koşullar aranmaksızın, bireyin ağır fedakârlığı bu haksız müdahale çerçevesinde esasen var-avılcılığı için, *kamulaştırmaya denk müdahaleler* biçiminde sayılmıştır (76).

Öğretide son zamanlarda, hukuka aykırı kamulaştırmaya denk müdahalelerin doğrudan doğruya kamu yararını zedelediği ve devletin yükümlülüğünü doğurucu nitelik taşıdığı ve Federal Mahkeme'nin belirttiği gibi, eşitlik ilkesinin zedelenmesi sonucu, bireyin ağır fedakârlık yapmak zorunda bırakılmadığından sözedilmektedir (77). Yine bu görüşe göre, devletin sorumluluğu; bireyin katlanmak zorunda kaldığı ağır fedakârlığa değil, doğrudan doğruya devletin — kusurlu ya da kusursuz — hukuka karşıt müdahalesine dayanmaktadır (78).

Alman Federal Mahkemesi'nin devletin *tamamen hukuka uygun (kamulaştırma) ve kusurlu hukuka karşıt* (BGB § 839, ve Alman AY. 34 md.) sorumluluğu arasındaki kusursuz hukuka karşıt ve daha sonraları kusurlu hukuka karşıt sorumluluğunu kabul etmesi, birçok yönden, zarar gören bireyi tatmin amacını gütmüş ve bunda başarılı olmuştur. Yukarıda değindiğimiz görüş çerçevesinde ağır fedakârlığın kamulaştırmaya ilişkin Alman AY'nın 14/III maddesi anlamında olmadığı kabul olursa bile, verilen zararın yine de kökeni Einl. ALR. § 75 de gözüken fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandığını söylemek gerekir (79).

(74) BGHZ 32, 208 (212).

(75) BGHZ 32, 208 (211).

(76) Aynı kanıda Kimminich, JuS 1969, s. 359 aksi düşüncede, Heidenhain, s. 176. Yeni bir kararında Federal Mahkeme bu görüşünü tekrarlamaktadır, BGH NJW 1965, s. 912.

(77) Karş. Dürig, JZ. 1955, s. 524; Heidenhain, s. 101 özellikle s. 102; Konzen, s. 95 ve s. 96.

(78) Heidenhain, s. 117.

(79) Aynı kanıda Gueng, s. 175, Konzen, s. 98 de örtülü olarak bu

c. *Dar Anlamda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İstemi (Der Aufopferungsanspruch im engeren Sinne)*

Son olarak Alman Federal Mahkemesi, devletin kamusal faaliyetleri sırasında bireylerin kişivarlıklarında oluşturdukları zararları da § § 74 ve 75 Einl. ALR hükümlerinin yardımıyla çözümlenmeye çalışmıştır (80).

Kişivarlığına ilişkin zararların karşılanma koşulları, ilk bakışta yukarıda incelediğimiz malvarlığı zararının bedellendirilmesine ait esaslarla benzerlik gösterir. Gerçekten devletin, kamusal bir faaliyeti ve bunun sonucu bireyin — bu kez — kişi varlığında diğer bireylere göre yerine getirmek durumunda kaldığı ağır fedakarlıkla (ein besonderes Opfer) birlikte zarar burada da görülür. Yalnız sözünü ettiğimiz «dar anlamda» fedakârlık karşılığı istemleri yakından incelediğimizde, bunların kamulaştırmanın aksine, bir bireyin hukuken korunmuş çıkarlarını hedef alan müdahalelerden çok, devletin kamu hukukundan doğan faaliyetleri sonucu oluşan — genellikle beklenmiyen, atipik — zararları (Folgeschäden) içerdiği gözükmemektedir (81).

Alman Federal Mahkemesi'nin kişivarlığına ilişkin olmak üzere yukarıda saydığımız öğeleri uyguladığı durumlar incelendiğinde, bunların genellikle iki grup halinde toplandığı görülür. İlki, devletin *sağlık hizmetleri* — özellikle *aşı kampanyaları* — sırasında bireylere verdiği zarar; diğeri ise zarar görenin aslında o zarara hedef olmamakla birlikte, bir başka kimseye yönelik faaliyet sırasında *raslantı sonucu* uğradığı zararlardır (82).

Genellikle *aşı zararları (Impfschäden)* adı altında toplanan ilk grup kararlarda, Federal Mahkeme (83), Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (84) aksine, *aşı kampanyası ve aşının doğal*

sonuca varıyor, ancak devletin hukuka aykırı — risk sorumluluğundan — sözediyor. Ayrıca bkz. Bothe, JuS 1976, s. 515-516.

(80) § 75 Einl. ALR'nin çevresini kişivarlığı zararlarına da yansıtan ilk karar için BGHZ 7, 96 (100).

(81) Karş. Janssen, s. 154; Konzen, s. 90.

(82) Örneğin kovalama sırasında polisin tabancasından çıkan kurşunun üçüncü kişiye isabet edip yaralaması gibi.

(83) BGHZ 9, 83 (87).

(84) RGZ 156, 305 (311), yüksek mahkeme *aşı zararlarının* birey aç-

etkileri dışında meydana getirdiği sağlık bozukluklarının birlikte incelenmesi gereğine işaret etmiş ve bunları «ağır fedakârlık» olarak nitelenmenin zorunlu olduğu görüşüne varmıştır. Yine aynı kararda — BGHZ 9, 83 (88) — yüksek mahkeme, § 75 Einl. ALR'nin bir gelenek hukuku normu olarak sadece malvarlığına ilişkin zararlarda değil, kişivarlığında oluşan zararlarda da uygulama alanı bulacağını belirtmiştir (85).

Federal Mahkeme, bireyin toplum yararına uğradığı kişivarlığı zararlarının, eğer bireyi tedaviye zorlayan bir yasa varsa, her zaman ağır bir fedakârlığın eseri olduğunu kabul etmiştir. Bu konudaki temel kararda (86) önemli ve ağır sonuçlar doğurma olasılığı taşıyan bir tıbbî tedavî sonucu oluşan zararlar fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kapsamı içinde ele alınmıştır.

Kişivarlığına gelen zararların çevresini Federal Mahkeme zamanla daha da genişletmiştir. Gerçekten yine aşı zararlarına (Impfschäden) değgin bir kararında (87), sağlık makam'arının anne ve babalara hitâben yayımladığı pankartlarda veremin tehlikelerine ve korunma çaresi olarak «tamamen tehlikesiz» BCG verem aşısının yararlarına değginmiş olmaları nihâyet bu konuda ebeveynlere öğütlerde bulunmaları, Federal Mahkeme tarafından, bu öğütlerin bireyler üzerinde yarattığı mânevi cebir gereği, bir zorlama sayılmış ve bireyin bu öğütlerin etkisiyle aşılınması ve çocuklarını aşılattırması, kamu yararına fedakârlığın gerçekleşmiş sayılması için yeterli görülmüştür (88).

Federal Mahkeme, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama alanını daha da genişletmiştir. Bir kararında (89) yük-

sından ağır bir fedakârlık olarak gözükmediğini, aşının herkese karşı aynı muhtevâyâ sahip bulunduğunu ve sonradan gözlemlenen istisnai nitelikteki sağlık bozukluğunun ağır bir fedakârlık olmadığını belirtmiştir.

(85) Bu görüş öğretilerde de kabul edilmiştir, bu konuda bakz. Horst, s. 10; Kimminich, JuS 1969, s. 353; Forkel JZ 1969, s. 9; Steffen, s. 112.

(86) BGHZ 25, 238 (242).

(87) BGHZ 25, 41 (45.).

(88) Federal Mahkeme'nin sağlık makamlarının öğütlerini birey vicdanına baskı olarak kabul etmesi bir hayli tartışılabilir. Gerçekte para cezası, okula kayıttan men gibi bazı yaptırımlar sözkonusu olmadığı sürece, salt aşılammaya ilişkin öğütlerin yarattığı olumlu tutumu «ağır fedakârlık» olarak nitelenmemek gerekir.

sek mahkeme, yine aşılama kampanyaları sırasında dâğıtılan pankartlarda bu kez hastalığın tehlikeli sonuçlarına hiç değinilmediği, velilere bir öğütte bulunulmadığı halde, bizâtihi aşya dâvet edici kamusal tutum sonucu bireyin uğradığı zararlar «toplum yararına» yapılan «ağır fedakârlığın» gereği olarak nitelenmiştir. Bu kararında Federal Mahkeme, devletle birey arasında, kökeni anayasal düzende ve devletin vatandaşlarını en iyi ve en doğru biçimde koruması düşüncesinde yatan Sosyal Devlet İlkesine dayalı bir güven ilişkisinin varlığını kabul etmiştir. Bu güvene uygun hareket ederek, devletin aşı öğüdünü tutan bireyin bundan herhangi bir olumsuz sonuç doğmayacağı sanısıyla hareket ettiği dolayısıyla güveni boşa çıkan bireyin uğradığı zararın devlet tarafından giderilmesi gerektiği zira bu zararın toplumun yüksek çıkarları uğruna yapılmış bir fedakârlık (ein Sonderopfer) olduğu, aynı kararda dile getirilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, bazı durumlarda yapılan faaliyet kamusal nitelikli olmasına karşın, bireyin bu faaliyet çerçevesinde uğradığı zararlarının giderilmesini kabul etmemiştir. Nitekim, yasa uyarınca hizmetin görülmesi sırasında bireylerin zarar görebilecekleri öngörülmüşse; bu durumda, örneğin askerlik hizmetinin ifası sırasında olduğu gibi, sözkonusu ilkenin uygulama alanı kalmıyacağı ileri sürülmüştür (90). Ancak daha sonraki bir kararında (91) Federal Mahkeme, askerlik hizmeti gereği bireyden ölüm dahil, her türlü fedakârlığın beklendiğini ve bu nedenle bu hizmet sırasında ağır bir fedakârlığın sözkonusu edilemeyeceğini bir kez daha belirttikten sonra, bu hizmetten ayrı nitelikte sayılabilecek fedakârlık durumlarının varlığına işaret etmiştir (92). Keza, bir mahkûmun, aynı hücrede bulunan ve o zama-

(89) BGHZ 31, 187.

(90) BGHZ 9, 83 (87).

(91) BGHZ 20, 61 (64).

(92) Gerçekten yüksek mahkeme bir kararında — BGHZ 20, 61 (66) — bir askerinin tedâvisi sırasında verilen ilacın tamamen bilimsel araştırma amacıyla kullanılmış bulunduğunun saptanması durumunda, askerin emre itaat yükümü çerçevesinde ağır bir fedakârlıkta bulunduğunun kabul edilmesi zorunluluğuna işaret etmiş ancak doğuracağı sonuçlar lâ-yikiyle bilinmemekle birlikte, başarılı tedâvi sağlayacak başka bir yöntem bulunmayan hallerde, tam anlamıyla denenmiş bir ilacın tedavi maksadıyla kullanılması durumunda incelenen ilkenin uygulanamayacağına artık ağır bir fedakârlığın olmadığı gerekçesiyle, karar vermiştir.

na değin akıl hastası olduğu bilinmiyen bir diğer mahkûm tarafından yaralanması olayında (93) bireyin toplum uğruna yaptığı ağır bir fedakârlığın bulunmadığı belirtilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin bu alanda verdiği önemli kararlardan biri de öğrencilerin bazı zor sportif hareketleri yaparlarken, özellikle beden eğitimi sırasında uğradığı zararlardan devletin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde sorumluluğunu kabul etmemesidir (94). Federal Mahkeme 16.1.1967 tarihli bu kararına gerekçe olarak, okula devam zorunluluğunun (Schulzwang) burada birey açısından ağır fedakârlık niteliği taşıyacak bir cebir görünümü taşımadığı, sözkonusu zararın, doğa gereği (naturegegeben) varolan; insanın içinde doğup, büyüyüp geliştiği genel yaşam tehlikesinin (allgemeines Lebensrisiko) bir sonucu olarak belirdiği, olayda öğrencinin beden eğitimi hareketleri sırasında yaralanmasının tamamen bu genel yaşam tehlikesinin somut görünüm biçimlerinden birini oluşturduğu ve bu nedenle zarar gören kişinin diğer bireylere göre katlanmak durumunda kaldığı ağır bir fedakârlığın bulunmadığını belirtmiştir (95).

Yine Federal Mahkeme tarafından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı olarak ele alınıp değerlendirilen ve bireyin kişivarlığı üzerinde zararlara yol açan ikinci grup olaylara da kısaca değinmek istiyoruz. Bu ikinci grubun örneğini, bir kaatili izleyen polis memurunun yasaya uygun biçimde kullandığı silâhından çıkan kurşunla oradan geçen üçüncü bir kişinin yaralanması (96) oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi, kişivarlığına verilen zararlar, daha çok yürütülen kamusal faaliyetin dolaylı zararları olarak gözükmekte-

(93) BGHZ 45, 76 (78); aksi sonucu savunan bir başka kararı için bkz. LM Art. 14 C cd = NJW 1971, s. 1881.

(94) BGHZ 45, 327 (328-329).

(95) Sözünü ettiğimiz olayda Frankfurt Yüksek Eyâlet Mahkemesi (OLG Frankfurt) dar anlamda fedakârlık karşılığı istemin koşullarının gerçekleştiğini kabul etmiştir (NJW 1967, s. 632). Keza öğretilde «genel yaşam tehlikesi» ölçüsü tenkit edilmekte, özel yaşam tehlikesinin ne olduğu ve ikisinin farkları sorulmaktadır: Eöyle, Mohnhaupt/Reich. NJW 1967, s. 759. Yine bu karar anayasadaki temel haklara ve kişi dokunulmazlığına ilişkin hükümleri gözetmediği için de eleştirilmektedir. Eöyle, Steffen DRiZ 1967, s. 113. Aksi kanıda Forkel, JZ 1969, s. 7.

(96) BGHZ 20, 81 (82). Türk uygulamasındaki benzer durumlar için, Ulusan, s. 53-54.

dir. Bir başka deyimle, oluşan zararlar, idarenin aldığı hukuka uygun tedbirlerin istenmiyen sonuçları olarak da nitelenebilir (97). Bu nedenle Konzen'in (98), bu tür zararlar nedeniyle doğan sorumluluğun kaynağı olarak, bireyin toplum çıkarı uğruna yaratmak durumunda kaldığı «tehlike ortamlarından» (Gefahrenlage im Interesse der Allgemeinheit) söz etmesi nedensiz değildir (99).

Nitekim Forsthoff (100), bu bölümde ele aldığımız kişivarlığına ilişkin zararların tümünü, bu konudaki kamusal faaliyetlerin müdahale biçiminde belirli bir kişiye yönelmediği gerekçesiyle ve hatta — lokomotif bacasından çıkan kıvılcımın bir ormanı yakması olayında (101) olduğu gibi — bazı malvarlığı zararlarını da «*Kamu Hukukundan Doğan Tehlike Sorumluluğu*» (*Öffentlich - rechtliche Gefährdungshaftung*) adı altında toplayıp, yeni bir sorumluluk türü yaratmak istemiştir. Forsthoff'un bu denemesi öğretilerde genellikle olumsuz karşılanmıştır (102). Nitekim Federal Mahkeme (BGHZ 9, 83), bir kamusal faaliyetin sonuçlarından soyutlanamayacağını, böyle olunca, dolaylı biçimde de olsa, oluşan zararın giderilmesi zorunluluğuna işaret etmektedir. Gerçekten, Forsthoff'un Kamu Hukukundan Doğan Tehlike Sorumluluğu içine soktuğu bazı malvarlığı zararları, örneğin lokomotif bacasından çıkan kıvılcımın verdiği hasar, tüm aldatici görüşüne karşın, bu kavram altında ele alınmaya uygun olmadığı gibi, özellikle medenî hukuktan ayrı bir tehlike sorumluluğunun kamu hukukunda ayrıca kabulü doğru bulunmamaktadır (103).

(97) Konzen, s. 91; Schack DÖV 1961, s. 370.

(98) Konzen, s. 92.

(99) Ne var ki Konzen, s. 93 de bir Federal Mahkeme kararına değinerek — BGHZ 28, 310 (312) — traktör kullanırken bireyin uğradığı zararı konu edinerek, burada özel hukuk anlamında bir tehlike sorumluluğunun varlığına işaret etmektedir. Yazar diğer yandan, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin devletin kişivarlığına ilişkin zararlardan sorumlu tutulmasında da uygulama alanı bulmasını savunmaktadır. Yazarın, bu iki yanlı ifadesini bağdaştırmak zordur.

(100) Forsthoff, § 19 s. 357 vd.

(101) RGZ 58, 130.

(102) Schuner, DÖV, 1955, s. 565; Schack, DÖV 1961, s. 730.

(103) Ne var ki, devletin kişivarlığına karşı giriştiği bazı olaylardan özellikle kaatil avı sırasında tamamen üçüncü kişi durumunda bulunan bir kimsenin, kaatilin yakalanmasıyla toplumun edineceği çıkar uğruna ağır

BİBLİYOGRAFYA

- ANSCHÜTZ, Gerhard, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen, durch rechtmässige Handlung der Staatsgewalt, VA 5 (1897), 1
- BERGER, Joachim, Das Kriterium der Unmittelbarkeit in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes zum öffentlichrechtlichen Eingriff, jur. Diss. Würzburg, 1970.
- BIENENFELD, Rudolf, Haftungen ohne Verschulden, Berlin und Wien, 1933
- BOTHE, Michael, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, JuS 1976, 515
- DÜRIG, Günter, Grundfragen des öffentlich - rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955, 521
- ESSER, Josef, Schuldrecht (allgemeiner Teil), 3. Auflage, Karlsruhe, 1968
- ESSER, Josef, Schuldrecht (besonderer Teil), 4. Auflage, Karlsruhe, 1971
- FORKEL, Hans, Zum Opfer beim Aufopferungsanspruch, JZ 1969, 7
- FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band (Allgemeiner Teil) München und Berlin, 1973
- HEIDENHAIN, Martin, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, Berlin 1965
- HEUSER, Gerhard, Die Rechtsnatur des Aufopferungsanspruchs. jur. Diss. Marburg, 1969

fedakârlıkta bulunması, bize bir hayli yapmacıklı gözüküyor. Bu ve benzer durumlarda sorumluluğun tehlike ilkesine dayalı olduğunu kabul etmek yararlı olacaktır. Bu bakımdan Federal Mahkeme'nin cebir unsurundan yoksun kişivarlığı üzerinde zarara yol açan her türlü davranışını fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde çözümlenmeye uğraşmak pek yerinde sayılmamak gerekir. Ayrıca bakz. Ulsan, s. 54.

Buna karşılık aşı olaylarında çeşitli etkinlik düzeylerinde de olsa, bir cebir ögesinin varlığı ve toplumun tümünün sağlığı, gönenci uğruna girilen bir müdahaleye katlanma yükümlülüğü ve zarar belirince bunun ağır bir fedakârlık (ein besonderes Opfer) olduğu daha kolay söylenebilecektir.

- GRONEFELD, Volker, Preisgabe und Ersatz des enteignungs-
gleichen Finalitätsmerks, Berlin 1972
- GUENG, Urs, Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungs-
pflicht, Zürich und St. Gallen, 1967
- HORST, Paul - Günter, Querverbindungen zwischen Aufopferungs-
anspruch und Gefährdungshaftung einerseits und
Aufopferungsanspruch und Eingriffshaftung anderer-
seits, Berlin, 1966
- JANSSEN, Günter, Der Anspruch auf Entschädigung bei
Aufopferung und Enteignung, Stuttgart, 1966
- KIMMINICH, Otto, Die öffentlichrechtlichen Entschädigungs-
pflichten, JuS 1969, 349
- KONOW, Karl Otto, Eigentumsschutz gegen Eingriffe der öf-
fentlichen Hand, Berlin 1968
- KONZEN, Horst, Aufopferung im Zivilrecht, Berlin, 1969
- KREFT, Friedrich, Aufopferung und Enteignung, Kalsruhe, 1968
- LERCHE Peter/SCHEUNER Ulrich, Amtshaftung und enteig-
nungsgleicher Eingriff, JuS 1961, 237 ve 248
- MOHNHAUPT Heinz / REICH Norbert, Aufopferungsansprüche
bei Schulunfällen, NJW 1967, 758.
- SCHACK, Friedrich, Empfiehlt es sich, die verschiedenen
Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus
der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund,
Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?
(Verhandlungen des 41. deutschen Juristentags, Band:
I), Tübingen, 1955, 1 (Schack, Gutachten)
- SCHACK, Friedrich, Der für den Aufopferungsanspruch neben
der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum, JZ
1956, 425
- SCHACK, Friedrich, Funkenschäden im Eisenbahnbetrieb, NJW
1965, 1702
- SCHEUNER, Ulrich, Grundlagen und Art der Enteignungsent-
schädigung (Reinhart-Scheuner, Vervassungsschutz des
Eiguntums), Tübingen, 1954

- SCHEUNER, Ulrich, Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DOV 1955, 545
- SCHNEIDER, Egon, Enteignung und Aufopferung, Berlin und Frankfurt, 1964
- SELMER, Peter, Der Aufopferungsanspruch auf vermögensrechtlichem Gebiet, jur. Diss. Frankfurt a.M., 1965
- STEFFEN, Erich, Der Aufopferungsanspruch in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1967, 110
- STÖDTER, Rolf, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg, 1933
- ULUSAN, İlhan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul, 1977
- WAGNER, Heinz, Eingriff und unmittelbare Einwirkung im öffentlichrechtlichen Entschädigungsrecht, NJW 1966, 569
- WEBER, Werner, Eigentum und Enteignung (Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 2. Band) Berlin 1954, 321
- WOLFF, J. Hans/Bachof Otto, Verwaltungsrecht I 9. Auflage, München 1974
- ZIEGLER, Georg, Der öffentlichrechtliche und der arbeitsrechtliche Aufopferungsanspruch (Ein Vergleich), jur. Diss. Würzburg, 1963

K I S A L T M A L A R

age.	:	Adı geçen eser
Anm.	:	Anmerkung
Art.	:	Artikel
AY.	:	Anayasa
bakz.	:	Bakınız
BGB.	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH.	:	Bundesgerichtshof
BGHZ.	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B Verw. GE.	:	Entscheidungen des Bundesverwaltungsge- richts
c.	:	Cümle
dn.	:	Dipnotu
DÖV.	:	Deutsche Öffentliche Verwaltung
DRiZ.	:	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	:	Deutsche Verfassungsblätter
Einl. ALR.	:	Einleitung zum allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten
f.	:	Fıkra
GG.	:	Grundgesetz
Jur. Diss.	:	Juristische Dissertation
JuS.	:	Juristische Schulung
JZ.	:	Juristenzeitung
karş.	:	Karşılaştırınız
LM.	:	Nachschlagwerk des Bundesgerichts heraus- gegeben von Lindenmaier, Möhring
NJW.	:	Neue Juristische Wochenschrift
OLG.	:	Oberlandesgericht
RGZ.	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zi- vilsachen
s.	:	Sahife
VA.	:	Verwaltungsarchiv
vd.	:	ve devamı