

HUSUSI HUKUK

MAHKEME KARARLARINDAN VE YARGISAL TASARRUFLARDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN

I. Tarihi Gelişim

1. Devletin özel hukuk veya kamu hukuku alanında sorumluluğu daima ve her devirde sözü edilen bir sorun değildir. Özellikle Devlet iktidarının Allah'tan geldiğine inanıldığı eski devirlerde bu iktidarı temsil eden bir vekil sayılan hükümdarlar ancak Allaha, Devlet memurları da sâdece kendilerine karşı sorumlu addolunmuşlardı. Hükümdarlar ile onların adına görevlerini yürüten memurların muamelelerinden doğan zararların Devlete tazmin ettirilmesi ise düşünülmemişti. Bununla beraber, Orta Çağlarda bile, batı ülkelerinde ve özellikle Cermen Hukukunda Devletin, kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında tezahür eden karma bir kişiliği olduğu fikri benimsenmiş ve buna göre, iki veçhe arzeden Devlet kişiliği, otorite tasarruflarında sorumsuz, özel hukuk tasarruflarında ise sorumlu addolunmuştur (*).

Cermen Hukukuna hâkim olan bu telâkki tarzı, Anglo-Sakson memleketlerinde benimsenmemiş, fakat İslâm âlemine Beytülmal Nazariyesi ile girmiş ve bunun sonucu olarak da Devlete izafe olunabilen muamelelerden zarar görenlerin özel hukuk esaslarına göre Devletten tazminat alabilmeleri kabul olunmuştur.

(*) Bu konuda geniş bilgi almak için, bkz. B. Bender, Staatshaftungsrecht, 2. völlig neubearb. u. erw. Aufl. Karlsruhe 1974.

2. Modern kamu ve idare hukukunda, adalet esaslarının ve ekonomik ilişkilerin en basit gerekleri gözönünde bulundurularak Devletin sorumluluğu eski hukuklardaki ayırma lüzum görülmeden benimsenmiş, hattâ bir çok yerde Devlete mal edilen idarî fiillerden doğan tazminat taleplerinin özel merciileri tayin edilmiş ve bu merciiere başvurma usulleri ayrıca düzenlenmiştir.

II. Devletin Malî Sorumluluğu ve Bugünkü Hukuk

2. Devletin malî sorumluluğu özellikle şu iki mesele ile yakından ilgilidir:

a) Devletin sorumluluğu mutlak mıdır, yani Devlete mal edilen her idarî fiilden veya muameleden doğan zararlardan Devlet sorumlu mudur? Yoksa, Devletin sorumluluğu sınırlı mıdır? Sınırlı ise, bunun kapsamı nedir?

b) Devletin sorumlu olduğu tazminat, kamu hukukunun veya özel hukukun hangi hükümlerine göre takdir olunacaktır?

Bu iki mesele henüz tamamen açıklığa kavuşturulmamıştır. Genellikle, yasama ve yargı fonksiyonlarının yürütülmesinde olduğu gibi, Devletin idarî tasarruflarından da sorumluluğu kabul edilmemekte ve bu sorumluluk sâdece kanunların açık hükümlerinde belirtilen özel ve istisnai hallere hasredilmektedir.

Bizce, Devletin hâkimiyet tasarruflarından sorumsuzluğu, genel menfaatlerin korunması görüşüne dayansa bile, herkesin menfaatine yapılan tasarrufların doğurduğu zararları herkese taksim etmiyerek belirli kişilere ve yalnız ilgililere yüklemek adalete uygun bir hareket olmayacağından, Devletin malî sorumluluğunu sınırlamak hakkaniyet fikri ile bağdaşmaz.

Devletin malî sorumluluğunun hangi hükümlere tâbi olması lâzım geldiği meselesine gelince, Devletin özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğu bazı yazarlar tarafından özel hukukun klasik *kusur nazariyesine* dayandırılmaktadır. Bu konuda hâkim olan kanaate göre, memurları vasıtasile kamu hizmetlerini yürüten Devlet, memurların kusurlarından doğan zararlardan Borçlar Kanununun 55 inci maddesi hükmüne göre istihdam eden

kimse sıfatile sorumludur (1). Çünkü, memurların kusurlarından ileri gelen zararlar, — şahsî kusurları halinde ayrıca Devlete karşı da sorumlulukları doğmakla beraber — daha ziyade Devletin memuru seçmekteki veya memurlarına gereken talimatı vermekteki kusuru ile yakından ilgilidir. Bu suretle, Borçlar Kanununun 55 inci maddesine dayanılarak sorumlu tutulabilen Devlet, yine aynı kanun hükmü gereğince zararın vukubulmaması için gereken dikkati gösterdiğini ve itinada bulunduğunu yahut dikkati göstermiş ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Bu telâkki tarzı, idarenin kamu hukuku çevresindeki fonksiyonu gözönünde tutularak yazarlar tarafından eleştirilmiştir (2). Gerçekten, Devlet ile memurlar arasındaki hukukî ilişki akdî nitelikte olmadığından, Devlet ile memurları Borçlar Kanununun 55 inci maddesine göre istihdam edenle müstahdem durumunda incelemek doğru görülmebilir. Öte yandan, memurların statüsü, Devletin keyfî olarak her zaman değiştirebileceği alelade bir talimat hükmüne bağlanmamıştır; kaldı ki, Devletin talimatı indî veya keyfî bir muameleye de istinad edemez. Böyle olunca, Devletin memurlara talimat vermekte kusuru söz konusu olamaz. Bundan başka, memurun seçimi de tamamen Devletin takdirine bırakılmadığından, seçimde kusurdan da söz edilemez. Esasen, sâdece istihdam eden sıfatile sorumluluğu cihetine gitmek, Devlet için olduğu kadar, kişinin hukuku bakımından da tehlikeli olabilir ve sorumluluğun amacına uymaz. Gerçekten, istihdam eden kimsenin sorumluluğu mevcut farzolunan kusuruna dayandığından, Devlet, kusursuzluğunu ispat edemediği tekml hallerde ağır tazminat ödemek tehlikesine mâruz kalabileceği gibi, kişiler de Devletin kusursuzluğunu ispat edebildiği bütün hallerde zararlarını tazmin ettirebilmek imkânlarından mahrum kalmış olurlar.

2. Devletin özel hukuk alanındaki sorumluluğunu kusur esasına dayandırmadan kabul eden sistemler de vardır. Bunlara

(1) Bkz. M. R. Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, İst. 1940, İkinci Bası, shf. 562, No. 18; B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Üçüncü Bası, Ankara 1974, shf. 1040.

(2) Sayın Prof. R. Sarıca, İdarî Kaza adlı ünlü eserinde (bkz. C. I, İst. 1949, shf. 209), Devletin sorumluluğu için Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin uygulanmasını mümkün görmemektedir.

göre, Devletin sorumluluğu için kusur aranmaz; bu sorumluluğun dayanağı, belirli bir kamu faaliyetinin veya genel bir hizmetin yürütülmesinden yararlanan kimsenin menfaatidir; başka bir deyimle, bir kimse kusurlu olmamakla beraber, kendisine menfaat sağlayan bir faaliyeti ile başkasına zarar vermişse, husule gelen zarardan sorumludur.

Memur ve müstahdemlerin sorumluluğundan (Verantwortlichkeit öffentlicher Beamten und Angestellter) söz eden İsviçre Federal Borçlar Kanununun 61 inci maddesinde, memurların ödeyemedikleri zararlardan Devletin sorumluluğu meselesinin Federal Devlet ve Kanton Kanunları ile düzenleneceği bildiri'miştir. Federal Kanunun bu hükmüne dayanan İsviçre Kantonları bu alanda üç çeşit sistem kabul etmişlerdir (**):

A — Devletin, memurun ödeyemeyeceği zararlardan sorumlu olmadığı;

B — Devletin, memurun husule getirdiği zararlardan ancak ikinci derecede, yani kefil sıfatıyla sorumlu olduğu (Subsidiäre Haftung des Staates);

C — Devletin, memurun faaliyetinden doğrudan doğruya, yani birinci derecede sorumluluğu.

Bu düzenleme biçimi mutlak olmamakla beraber, Federal Medenî Kanun (ZGB; OR) ve Federal İcra ve İf'âs Kanunu (SchKG) ile kabul edilen Devletin sorumlu olduğu haller kanton kanunları tarafından da saklı tutulmuştur. Bu suretle, İsviçre Hukukunda Federal Kanunlarla ve bu kanunların me hazını teşkil ettiği Türk Hukukunda Devlet :

a) Medenî Kanunun 410 uncu maddesine göre (İMK. m. 427) vasi ve vesayet daireleri tarafından ödenemeyen zararlardan;

b) Medenî Kanunun 917 nci maddesine göre (İMK. m. 955) tapu memurları tarafından tapu sicillerinin tutulmasından doğan tekmil zararlardan;

(**) Konuyu derinleştirmek için, bkz. H. R. Schwarzenbach, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, Zürich 1970.

c) İcra ve İflâs Kanununun 6 ncı maddesine göre de (FİİK. m. 6) icra memur ve müstahdemlerinin ödeyemedikleri zararlarından sorumludur (3).

3. İdare hukuku alanında Devletin sorumluluğu 521 sayılı Danıştay Kanununun 30 uncu maddesinin B) bendi (4) ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesi ile kabul edilmiştir (5).

Danıştay Kanununa göre, idarî eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olan veya zarar gören kişiler, hak ve menfaatlerini ihlâl eden *tasarrufun iptalini* ve bu yüzden mâruz kaldıkları zararları Devlet aleyhine *tam kaza davası* açmak suretile Devlete tazmin ettirebilirler. Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesine göre de, memurlar tarafından yürütülen kamu hukuku görevinin ifasından doğan zararlardan, *ilgili kurum* sorumludur. Böylece, mevcut ve yürürlükte bulunan sistemde, idarî işlem ve eylemlerden doğan zararlardan Devletin sorumluluğuna gidebilmek için, ayrıca Devlete atfedilebilecek bir *hizmet kusuru* aramaya gerek yoktur.

4. Bu sistem, Devleti özel hukuk hükümlerine dayanarak sorumlu tutan sistemden daha basit ve kişinin hukuku için daha teminatlı görünmektedir. Gerçekten, kişinin, kendisine zarar veren tasarrufun Devlet memuru tarafından yürütülen idarî bir tasarruf olduğunu ispat etmesile Devletin sorumluluğu şartı gerçekleşmiş olduğundan, mevcut yürürlükteki sistem ve bu sistemin uygulanması oldukça basittir. Öte yandan, bu sistemde Devlet, istihdam eden kişilerin sorumluluklarında olduğu gibi, kursosuz olduğunu ispat etmek suretile sorumluluktan kurtulamadığından, bu sistemin kişinin hukuku için daha tehlikesiz olduğu ve daha ziyade güvence verdiği söylenebilir.

5. Devlet memurları, kamu hukuku görevlerini her zaman dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadırlar. Bugünkü Türk hukukunda, memurların görevlerini ifa ederken idareye verdikle-

(3) Bu konuda, bkz. Makalemiz (İBD. Haziran 1950, shf. 318 vd.).

(4) Bu kanun ve bu kanunun gerekçesi ile uygulamalarından bir bölümünü açıklayan Danıştay içtihatları için, bkz. İ. Giritli - P. Bilgen, Gerekçeli ve İçtihatlı Danıştay Kanunu, İst. 1966.

(5) Bu kanun için, bkz. Resmî G. 23 temmuz 1965, Sy. 12056.

ri zararlardan dolayı Borçlar Kanununun *haksız fiil esaslarına* göre sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Devlet memurlarının kamu hukukuna tâbi görevleriyle ilgili olarak özel kişilere verdikleri zararların tazmini için ise, bu kişiler memur aleyhine değil, *ilgili kurum*, yani memurun adına görev yaptığı kamu idaresi aleyhine dava açabilirler. İlgili kurumun, evvelce işaret edildiği gibi, sorumlu memura, genel hükümlere göre, rücu hakkı saklıdır.

657 sayılı *Devlet Memurları Kanununun* yukarıki esasları tespit eden 12 inci ve 13 üncü maddelerinin hükümlerine göre, memurların kamu hukuku görevini yerine getirirken kişilere verdiği zararlardan, Devlet, kanun gereği temsil edilen sıfatile ve genellikle sorumlu tutulmuştur. Ancak, bu hükümler, mahkemele-
rin yargısal faaliyeti de bir kamu görevi olduğu halde, hâkimler hakkında uygulanamaz; zira, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, hâkimlerin Devlet memuru sayılmadıklarına dair açık bir hüküm getirmemekle beraber, ifa ettikleri yargı fonksiyonunun özelliklerini gözönünde tutarak, hâkimlerle Cumhuriyet savcılarını bu kanunun hükümleri dışında bırakmıştır (bkz. s.g.K. m. 1, f. 2) (6). Böyle olunca, 2556 sayılı *Hâkimler Kanununun*, bu kanunun 7 nci babında «yazılı hükümlerden gayri hallerde Memurların Kanununun hükümlerinin câri» olduğuna dair 128 inci maddesi zımnen ilga edilmiştir ve sorumluluk yönünden memurlarla aynı statüye tâbi tutulmayan hâkimlerin yargısal faaliyetlerin-

(6) Bundan evvelki bir yazımızda, özel menfaatlerin korunması amacıyla yönelik adalet hukukunun önemli bir parçası olan İcra ve İflâs Kanununun hükümlerini hâkimler gibi bağımsız olarak uygulayan icra ve iflâs memurlarının da Devlet Memurları Kanununun kapsamı dışında kalması gerektiği fikrini savunarak bu memurların görevlerinin idare hukukundaki anlamı ile bir kamu hukuku görevi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş ve aynı fikir için kıymetli meslekdaşımız **B. Umar**'a göndermede bulunmuştuk (bkz. İÜHFM. 1967, Sy. 3-4, shf. 340).

Sayın meslekdaşımız **B. Kuru** ise (bkz. İcra Hukuku, Ankara 1965, shf. 32; İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, shf. 15), bu konuda diğer bazı hukukçuların ve tatbikatçıların bizim görüşümüzle aynı istikamette olan mütalealarına rağmen, aksi görüşü savunarak, 657 sayılı kanun ile icra memurlarının ve icra müstahdemlerinin sorumluluklarını düzenleyen İcra ve İflâs Kanununun 5, 6 ve 7 nci maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı fikrinde bulunmuştur (bkz. N. M. Berkin, *Cebrî İcra Faaliyetinden Sorumluluk*, İÜHFM. 1972, C. XXXVII, Sy. 1-4, shf. 217 vd.).

den doğan zararlardan Devlet sorumlu değildir. Ancak, doktrinde *ağır kusur* olarak nitelendirilen (7) ve kanunda tahdidî olarak sayılan bazı hallerde (bkz. HUMK. m. 573, b. 1-7), hâkimlerin yargısal faaliyetleriyle sebebiyet verdikleri zararlardan şahsen sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Bu hallerden biri, hâkimlerin memuriyet vazifesini yaparken ihmal ve terahi (gevşeklik) göstermeleridir (8).

Hâkimlerin memuriyet vazifesi, dava dosyalarının ve mahkemelerdeki yazı işlerinin düzenli faaliyetini yönetmek gibi *sırf idarî işlerle* yargısal fonksiyonu dışında kalan vesayet işleri, terakenin resmî tasfiyesi gibi kısmen idarî nitelikteki *çekişmesiz yargı* faaliyetidir (9).

Hâkimlerin *sırf idarî nitelikteki işlerinde* Devlete ait bir *hizmet kusuru* varsa, bundan zarar gören kişi Devlete karşı Danıştayda *tam kaza davası* açarak Devleti sorumlu tutabilir (10). Böylece, meselâ, bir yerdeki mahkemenin işlerinin çok artmış olmasına rağmen, o yere işlerin hacmine göre ikinci ve üçüncü bir hâkimin atanmaması dolayısıyla müstacel, acele çözümlenmesi gereken işlerin zamanında yürütülmemesinden, kaybolmakta olan delillerin tespit edilememesinden doğan zararın tazmini Devlettten istenebilir.

Buna karşılık, hâkimlerin *sırf idarî nitelikteki işlerinde hizmet kusuru* yoksa, Devletin sorumluluğuna gidilemez. Bu halde, kusurunun derecesine göre, yalnız hâkim sorumludur ve bu sorumluluk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümlerine değil, haksız fiillere ilişkin genel hükümlere tâbidir. Haksız fiillerde, Devleti *temsilen* hareket edilemeyeceğinden, hâkimin, meselâ duruşma sırasında sinirlenerek ibraz edilen bir delili imha

(7) Bkz. N. Bilge, shf. 78; B. Kuru, shf. 1031.

(8) HUMK. nun 573 üncü maddesinin 7 nci bendi, bu maddeye 1929 yılında 1539 sayılı bir kanunla sonradan eklenmiştir.

(9) Sayın Prof. N. Bilge, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun sözü edilen 573 üncü maddesine eklenen «ihmal ve terahi» ile ilgili bulunan kısmın, başka hukukçulara da göndermede bulunarak, daha çok çekişmesiz yargı ile ilgili olduğunu söylemektedir (bkz. s.g.e., shf. 80). Cerçekten, uygulamadaki çeşitli konulara ilişkin iş hacmi, bunun böyle olduğunu doğrulamaktadır.

(10) Bkz. B. Kuru, shf. 1030.

etmesi, zabıtları dosyaları yırtması, taraflara hakaret etmesi gibi fiillerinden ve idarî faaliyetindeki kişisel (şahsî) kusurlarından doğan zararın tazmininde Devletin sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu hallerde, hâkime karşı adalet mahkemesinde Borçlar Kanununun haksız fiillere dair hükümlerine dayanılarak şahsen tazminat davası açılabilir (11).

6. Hâkimlerin yargısal fonksiyonu dışında kalan kısmen idarî nitelikteki *çekişmesiz yargı* faaliyetine gelince, bu faaliyetin önemli bir kısmını teşkil eden vesayet işlerinde, memuriyet vazifelerini vesayet dairesi sıfatı ile yürüten sulh ve asliye hâkimlerinin ödeyemedikleri zararlardan Hazine, yani Devlet açıkça sorumlu tutulmuştur (bkz. MK. m. 410, 347). Hâkimin memuriyet vazifesinin ifasındaki kusuru ise, yukarıda işaret edildiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 üncü maddesinde *tahdidî* olarak sayılan hâkimlerin kanunî sorumluluk hallerinden biridir. Böyle olunca, hâkimlerin kanunda yazılı diğer sorumluluk hallerinde de ödeyemedikleri zararlardan *Devletin ikinci derecede* sorumlu tutulması için sebep yoktur.

Bunun yanında, mahkemelerin bağımsızlığı (istiklâli) prensipinin, yargısal tasarruflardan dolayı *Devletin doğrudan doğruya* sorumlu tutulmasına mâni olduğu düşünülebilir. Eise de, hâkim, yargısal faaliyetini Devlet adına ve onun *organı* olarak yürüttüğüne göre, bu faaliyetten doğan zarardan Medenî Kanunun 43 inci maddesi gereğince hâkimle birlikte Devletin de sorumlu tutulmasının mümkün olduğu söylenebilir (12). Bu konuda, *organ teorisi* uygulanacak olursa, hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden zarar görenler, tazminat davasında hâkimle birlikte Devleti de hasım gösterebilecekler ve bu durumda davayı kazandıkları takdirde, verilen tazminat hükmü Devlete karşı da kesin hüküm (kaziyei muhkeme) teşkil edecektir. Organ nazariyesine dayanan Medenî Kanunun 48 inci maddesi uygulandığında, hâkim, yargı organı olarak verdiği karar ile Devlet tüzel kişiliğinin iradesini belirtmiş ve bu suretle Devleti ilzam etmiştir. Hâkimin kararı kusurlu ise, bundan şahsen kendisi sorumlu olduğu gibi, kusurlu karardan zarar görenlere karşı Devlet de sorumludur ve bunun

(11) Bkz. B. Kuru, shf. 1030.

(12) Bkz. B. Kuru, s.g.e., shf. 1040.

sonucu olarak *doğrudan doğruya* dava edilebilecektir. Pek tabii, böyle bir davaya mâruz kalan Devletin, kusurlu karar verdiği iddia edilen hâkime rücu edebilmesi için, davayı ona *ihbar* etmesi mümkündür (bkz. HUMK. m. 49).