

ALMAN İDARE HUKUKUNDA DEVLETİN ÂMME HUKUKU SAHASINDAKİ FAALİYETİNDEN DOĞAN MESULİYETİ

Asistan A. Ülki AZRAK

I. UMUMİYETLE:

Almanya'da devletin hukuki mes'uliyeti meselesi, hukuk devleti ve idari rejim müesseselerinin tekâmülüyle ehemmiyet kazanmıştır. Bilindiği gibi XIX. asırda Fransız İhtilâlini takip eden devrelerin mahsulü olan hukuk devleti mefhumu Almanya'da da gün geçtikçe zaruretini hissettiren bir mefhum olmuştur. Bu asırda cenuptaki federe Alman devletlerinden başlayarak kuzeye doğru devletin âmme hukuku sahasındaki faaliyetinden dolayı hakları muhtel olan ferdlerin bu haklarının vikayesini temin etmek üzere bir takım kanun yollarına müracaat edebilmeleri esası kabul olunmuştur. Fakat bu devrede ortaya çıkan »Fisk = hazine» ve «Gemischte Rechtsverhältnisse = muhtelif hukuki rabitalar» nazariyeleri devletin mes'uliyeti için yeter bir esas teşkil etmekten uzaktı. İlk nazariyeye göre ferdler karşısında devlet hükmi şahsının değil de onun bir parçası olan hazinenin mes'uliyeti kabul olunuyordu. Bu ise ferdlere gayet mahdut bir himaye imkânı sağlıyordu. Zira devletin ferdi hakları ihlâl edici faaliyetinin neticeleri hazineye aksettiği nispette bir dâva imkânı elde edilmiş oluyordu. Muhtelit hukuki rabitalar nazariyesine gelince, burada da idarî fiil ve kararların âmme hukukunu ilgilendiren tarafları esaslı bir kazai murakabeye tâbi tutulamıyor, sadece medeni hukuku ilgilendiren tarafları adli kazanın murakabasından geçebiliyordu. Bu ise görüldüğü gibi kazai murakabanın sahasının bir hayli daraltılması demek olduğu için gene yeter bir teminat sayılamaz.

Bütün bu istihalelerden sonra, önce Weimar Anayasasının, bilâhare 1949 Bonn Anayasasının hükümleri devletin âmme hukuku sahasındaki faaliyetleri dolayısıyla fertlere ika edilen zararların

gene devlet hükmi şahsı (veya zararı ika eden âmme hükmi şahsı) tarafından tazmini esasını kabul etmiştir. Ayrıca Alman doktrininde devletin hukukî mes'uliyeti halleri birbirinden tefrik ve menşe ve mahiyetlerine göre ayrı ayrı tetkik edilmiştir. Bunu ilerki bähislerde inceliyeceğiz. Yalnız burada şuna işaret etmemiz gerekir ki Alman hukukunda, Türk ve Fransız hukukunda olduğu gibi «hizmet kusuru» *faute du service public*, «teşkilât bozukluğu» (*mauvaise organisation*) veya «hizmetin hâtalı işleyişi» (*fonctionnement défectueux du service*) gibi mefhumlar yerleşmiş değildir. Fakat neticeleri itibariyle bunlara azçok yakın ve hemen hemen aynı gayeyi güden «Vazife mes'uliyeti» (*Amtshaftung*) yahut «âmme mükelefiyetlerinin ihlâlinden doğan mes'uliyet» (*Haftung aus Amtspflichtverletzung*) mefhumları Alman hukukuna girmiştir. Ayrıca devletin kusursuz mes'uliyeti de kabul olunmuştur ki bu, Alman hukuku için ileri bir hamle sayılabilir. Bunları aşağıda tafsil edeceğiz.

II. NEVİLERİ:

1. VAZİFE MESULİYETİ VEYA DEVLETİN, AJANLARININ FİLLERİNDEN DOĞAN MESULİYETİ:

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

A — U m u m i y e t l e :

DEVLETLER HUKUKU ENSTİTÜSÜ

«Vazife mes'uliyeti» (*Amtshaftung*) veya «âmme vazifesinin ihlâlinden doğan mes'uliyet» (*Haftung aus Amtspflichtverletzung*) mefhumlarının tazammun ettiği mâna, devletin veya diğer âmme hükmi şahıslarının direktif ve nezaretleri altında âmme hizmetlerini gören devlet ajanlarının fertlere hizmetlerin ifası esnasında ika ettikleri zararlardan devletin mes'ul olmasıdır. Bu mefhum «hizmet kusuru» mefhumuna yaklaşık olmakla beraber onunla aynı şey değildir. Şöyle ki bu mefhum hizmet kusuru mefhumunun şümulüne giren bütün halleri ifade etmez. Meselâ hizmetin kuruluşundaki hata «vazife mes'uliyeti» ni istilzam etmez. Bu hali Alman hukuku daha ziyade tehlike nazariyesi (*Gefährdungshaftungstheorie*) yoluyla halletmek temayülündedir.

Buna mukabil hizmet kusuru nazariyesinin derpiş ettiği «hizmetin kusurlu ifası» veya «hiç ifa olunmaması» halleri, onu hukuka uygun surette ifayla mükellef olan memurun bağlı olduğu âmme hukuku hükmi şahsının mes'uliyetini istilzam etmektedir. Şunu da ilâve etmek gerekir ki devletin mes'ul olabilmesi için mutlaka memurunun kusuru şart değildir. Meselâ «Devlet memurlarının fiillerinden doğan mes'uliyete müteallik» 1910 tarihli kanunun 1.

maddesine göre hukukî ehliyeti olmamasına binaen kendisine bir kusur atfedilemeyecek olan memurların fiillerinden dahî devletin mes'ul olduğu kabul edilmiştir. Bu da Alman hukukundaki «vazife mes'uliyeti» nazariyesinin bir bakıma «hizmet kusuru» nazariyesine benzemekte olduğunu ortaya koymaktadır.

Şunu da belirtmemiz lâzımdır ki Alman idare hukukunda «vazife mes'uliyeti» düsturuna müsteniden devletin mes'ul tutulmasında biraz «istihdam teorisi» ne (Anstellungstheorie) temayül gösterilmektedir. Şöyle ki her devlet memurunun (kastedilen, geniş mânada ajandır) fiilinden, onun emrinde bulunduğu âmme hükmi şahsı mes'ul olur. Zira onu istihdam eden ve nezaretle mükellef olan, bu âmme hükmi şahsıdır. Mamafih Alman hukukunda mezkûr istihdam nazariyesinin bütün neticeleri «vazife mes'uliyetine» tatbik olunmamaktadır. Gerçekten âmme hükmi şahsının kendisinin emrinde olan memuru seçmek ve nezaret etmek hususunda gerekli bütün ihtimamı ispat ederek (kusursuzluk karinesi) mes'uliyetten kurtulmasına cevaz verilmemektedir. Bu da Alman idare hukukunun medenî hukukun tesirlerinden sür'atle uzaklaşmakta olduğunu gösteren en tipik bir misaldir. Gerçekten âmme hükmi şahıslarının kusursuzluk beyyinesi ikame etmek suretiyle memurlarının fiillerinin tazammun ettiği mes'uliyetten kurtulabilmeleri hali (ki Alman Medenî Kanununun 831. maddesinde zikredilmiştir) ancak bu hükmi şahısların hususî hukuk sahasında icra ettikleri faaliyetler için kabul edilmektedir. Yoksa âmme hukukundan doğan mes'uliyetinden kusursuzluk beyyinesi ikame etmek suretiyle aslâ kurtulamaz.

Yalnız bir halde zarara uğrayan fert doğrudan doğruya devlete müracaat ederek tazminat isteyemez ki o da, zararın ihmal dolayısıyla vukua gelmiş olması ve aynı zamanda bu zararın başka yoldan (meselâ bir sigorta şirketinden) telâfisi imkânı bulunması halidir. Bir de hususî kanunlarda zikredilen şu hallerde devletin mes'uliyeti yerine memurun mes'uliyeti ikame olunmuştur:

- a — Noterlerin fiilleri,
- b — Devlet memurlarının ecnebilere karşı işledikleri fiiller,
- c — Harici politikaya ait tedbirlere teferru eden fiiller,
- d — Posta kanuna göre posta memurlarının fiilleri.

B — P o z i t i f k a y n a k l a r :

Vazife mes'uliyeti, bugün Alman doktrininde bir hayli tekâmül etmiş olmakla beraber esaslarını gene pozitif kaynaklarda bulmak-

tadır. Gerçekten bu konuda birkaç kanun hükmünün zikredilmesi yerinde olur.

a) *BGB (Alman Medenî Kanunu)*: 18 Ağustos 1896 tarihli Alman Medenî Kanununun (BGB) §39. maddesine göre: «Bir memur üçüncü şahıslara karşı ifasıyla mükellef olduğu âmme vazifesini kasten veya ihmal ile ihlâl ederse üçüncü şahısların bu yüzden maruz kalacakları zararları tazmin etmek mecburiyetindedir. Zarar sadece ihmaliyle vücuda gelmişse ancak mutazarrırın zararını başka şekilde telâfi ettirmek imkânı bulunmadığı hallerde mes'ul olur.» Görüldüğü gibi bu hüküm, âmme vazifelerinin ihlâlinden doğan mes'uliyeti birinci derecede memura yüklemiş bulunmaktaydı. Bu, devletin mes'ul olmayacağı fikrinin hâkim bulunduğu devirlerden kalma bir hüküm sayılmaktadır. Zira BGB den sonra ısdar olunan kanunlar bu hükmü esas itibariyle muhafaza etmiş olmakla beraber mes'uliyetin teveccüh edeceği şahsı değiştirmiş ve memurun yerine devleti koymuştur. Böylece bu hüküm kendisinden sonraki kanunların hükümleriyle tâdile uğramıştır.

b) *Devletin memurlarının fiillerinden mes'uliyetine ait Kanun*: 22 Mayıs 1910 tarihinde neşredilen bu kanun, Nasyonal Sosyalist rejimin başlangıcı olan 1933 tarihinde değiştirilmiş ve devletin mes'uliyeti tamamen bertaraf edilmişti. Fakat bu rejim yıkıldıktan sonra bu kanunun eski şekli tekrar ihya edilmiştir. Mezkûr kanunun 1. maddesine göre: «Bir memur kendisine tevdi edilmiş olan âmme kudretini kullanırken kasten veya ihmali dolayısıyla üçüncü şahıslara karşı mükellef olduğu âmme vazifesini ihlâl ederse, BGB - 839. da mezkûr şahsî mes'uliyeti yerine devletin mes'uliyeti geçer. Memur şuurunun yerinde olmaması veya fikrî melekelerini aksafacak derecede bir hastalığı bulunması sebebiyle bir zarar doğmuşsa keza bunu da devlet tazmin edecektir...»

c) *Weimar Anayasası*: 11 Ağustos 1919 tarihli bu Anayasa, yukarıdaki kanunun mezkûr hükmünü teyid eder mahiyette bir hüküm sevketmiştir. Gerçekten Anayasanın 131. maddesine nazaran:

«Bir memur kendisine tevdi edilmiş olan âmme kudretini kullanırken üçüncü şahıslara karşı ifasıyla mükellef olduğu âmme vazifesini ihlâl ederse, bundan mütevellit mes'uliyet esas itibariyle devlete yahut o memurun hizmetinde olduğu âmme hükmi şahsına teveccüh eder. Bunların memura rücu hakları mahfuzdur. Adli kazaya müra-caat imkânı bertaraf edilemez.»

Kolayca anlaşılacağı gibi bu hüküm, öncekilere nispetle birkaç adım daha ilerleyerek devletin mes'uliyeti şartlarını daha sarîh surette vâzetmiştir. Bu Anayasa halen mer'iyette olmamakla beraber, kendisinden sonra gelen Bonn Anayasasına ufak tefek değişikliklerle aynı hüküm alınmıştır.

d) *Bonn Anayasası*: 23 Mayıs 1949 tarihli Bonn Anayasası halen Federal Alman Devletinde mer'î olan Anayasadır. Bu Anayasa, Almanya'da iki asır boyunca vücuda gelen inkişaf ve terakki gözönüne alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Almanyadaki hukuk devleti telâkkisi, en kuvvetli ifadesini bu kanunda bulmaktadır. Bonn Anayasasının 34. maddesi şöyledir:

«Bir şahıs kendisine tevdi edilmiş olan âmme kudretini kullanırken üçüncü şahıslara karşı ifasıyla mükellef bulunduğu âmme vazifesini ihlâl ettiği takdirde, bundan doğan mes'uliyet esas itibarıyla devlete veya o şahsın hizmetinde olduğu âmme hükmi şahsına râcidir. Kasıt ve ağır ihmâl hallerinde bu şahsa rücu hakkı mahfuzdur. Gerek tazminat gerekse rücu dâvası için adli müracaat yolları kapanamaz.»

Görüldüğü gibi Bonn Anayasası önceki kanunlarda kullanılan «memur» tâbiri yerine «şahıs» tâbirini ikame etmiş ve bu suretle devletin mes'uliyet sahasını biraz genişletmiştir. Bundan başka devletin rücu imkânını şahsın kasıt ve ağır ihmali hallerine inhisar ettirmek yolunu tutmuştur. Bu noktalara ileride tekrar döneceğimiz için şimdilik bu kadar izahatla iktifa ediyoruz.

C — Mes'uliyetin şartları:

Alman doktrini gerek âmme hukukunda hâkim kaidelerden, gerekse yukarıda zikredilen kanun hükümlerinden devletin mes'uliyetinin şartlarını istihraç ve tafsîl etmiştir. Şimdi bu şartları görelim.

a) *Âmme kudretinin istimali*: Zararı meydana getiren fiil veya idarî tasarrufun «kendisine âmme kudretinin istimali tevdi edilen bir kimse» tarafından yapılması lâzımdır.

Dikkat edileceği veçhile Bonn Anayasasına nazaran bu kimsenin memur olması şart değildir. Bu, bir ehli-vukuf ta olabilir. Şu halde burada devlet memuriyeti statüsünün şartları aranmamalıdır. Saniyen zararın âmme kudretinin istimali dolayısıyla vücut bulması gerekir. Âmme kudreti devletin üstün salâhiyetleriyle mücehhez bir kud-

rettir. Bu kudret, âmme hukuku sahasındaki faaliyetlerin icrasında tezahür eder. Devlet, bu sahada diğer ferdlerden farklı bir şekilde faaliyet gösterdiği gibi tâbi olacağı kaideler de hususi hukuk kaidelelerinden ayrıdır.

Âmme kudretinin istimali, idari tasarruflar yapılması şeklinde tezahür edebileceği gibi idari fiillerin icrası şeklinde de görünebilir. Şu halde zararın, idari tasarruf veya fiillerin yapılması dolayısıyla doğmuş olması gerekir. Buradan da anlaşılacağı gibi zararın âmme kudretinin istimali vesilesiyle değil, istimali dolayısıyla, yani onun neticesi olarak meydana gelmiş olması lâzımdır. Meselâ bir polis memuru, vazife gördüğü bir sırada şahsi bir husumet beslediği bir kimseyle karşılaşarak kavga etmeğe başlasa ve neticede silâh kullanarak onu yaralasa bu fiilinden dolayı devletin hukukî mes'uliyetine gitmek imkânı yoktur. Zira polis memuru bu fiili belki vazife esnasında (yani âmme kudretini kullandığı sırada), işlemiştir. Fakat mezkûr haksız fiilin âmme kudretinin istimali neticesinde ika edildiği söylenemez. Bu fiil ile polislik vazifesi arasında bir ilgi yoktur.

Bu misal Türk ve Fransız hukukundaki hizmet kusuru mefhumunda aranan şartlardan birinin Alman hukukundaki «vazife mes'uliyeti» mefhumundaki mezkûr şarta tetabuk ettiğini gösterir. Gerçekten şahsi kusur ile hizmet kusurunun tefrikinde dayanılan sübjektif kriter Alman hukukundaki yukarıki şartı ileri sürmektedir (O şart ta memurun zarar verici fiili şahsi kin veya husumet hisleriyle işlememiş bulunmasıdır).

b) *Âmme vazifesinin ihlâl edilmiş olması*: Âmme kudretini kullanan kimsenin bunu yaparken üçüncü şahıslara karşı ifasıyla mükellef olduğu bir âmme vazifesini yapmamak veya hatalı yapmak suretiyle ihlâl etmiş olması lâzımdır. Buradaki âmme vazifesinin ihlâlinden kasıt devlet hizmetlerinin müstefidi olarak bu hizmet kadrosunun dışında bulunan ferdlere karşı ifa edilecek âmme vazifesinin ihlâlidir. Yoksa bir memurun âmirine karşı ifasıyla mükellef olduğu vazifelerin ihlâli bu mahiyette olmayıp ancak disiplin cezasını istilzam eder. Âmme vazifesinin ihlâline bir misal verelim:

Talebelerin spor faaliyetlerine nezaretle mükellef olan bir öğretmen bu talebelerin futbol oynarken, oyunun dışında olan üçüncü şahısların bu oyun neticesinde herhangi bir zarara uğramamalarına dikkat etmek mükellefiyetindedir. Bilfarz talebeler futbol oynarken mektebin bitişiğindeki bir evin camını topla kırsalar bu, vazife mes'uliyetini müstelzim olur.

c) *Zararın mevcudiyeti*: Āmme kudretinin istimali dolayısıyla ifa edilecek āmme vazifesi ihlāl edilmiş olmakla beraber bu ihlāl keyfiyeti üçüncü şahıs durumunda olan ferdleri bir zarara dūçar kılmış olmalıdır. Zarar ile fiil arasında doğrudan doğruya bir illiyet rabitası bulunmalıdır. Zararın doğumuna mağdurun fiili doğrudan doğruya sebep olmuşsa mes'uliyet tamamiyle düşer. Zararın doğumunda mağdur kısmen kusurluysa tazminat, kusuru nisbetinde tenzil edilir.

d) *Kusur*: «Vazife mes'uliyeti» devletin kusursuz mes'uliyeti olmadığı için zararın doğumunda devletin ajanı durumunda olan kimselerin kusuru bulunmalıdır. Kusurun derecelerini ayrıca tafsile hacet yoktur. Zararın, kasıt, ihmal ve teseyyüb dolayısıyla doğmuş olması lâzımdır.

Yalnız buradaki kastın «ajanın şahsi kin veya husumeti» halinden tefriki lâzımdır. Zira şahsi kin veya husumetin hizmetten doğrudan doğruya ayrılan, onunla ilgili olmayan bir hal olduğunu daha önce söylemiştik. Halbuki buradaki kasıt, fiilin neticelerini bilmek ve o fiili bilerek, isteyerek işlemekten ibarettir. Bu ince tefrikin her zaman yapılması kolay olmamakla beraber Bonn Anayasasının 34. maddesi kusurun hallerini sayarken ajanın kastını da zikretmiştir. Bunun tatbikatta bir takım karışıklıklara da sebebiyet verdiğini söylemeliyiz.

Diğer taraftan halen yürürlükte olan «Devletin memurlarının fiillerinden dolayı mes'uliyetine ait Kanun» un 1. maddesi memurun kusurlu addedilemeyeceği bir istisnai halde de devletin mes'uliyetini derpiş etmiştir ki o hal de şudur: «Memurun şuurunun yerinde olmaması veya akli melekelerini zaafa uğratacak derecede bir hastalığı bulunması sebebiyle bir zarar doğmuşsa devlet bundan da mes'ul olacaktır». Bilindiği gibi temyiz kudreti olmayan kimsenin hukuki mes'uliyetinden de bahsedilemez. Bu itibarla bilfarz akli zaafiyeti olan bir memurun āmme vazifesini ifa ederken ferdlere ika ettiği zararlardan devlet mes'ul olacaktır.

Memurun temyiz kudretinin bulunmaması sebebiyle doğan zararların devlet tarafından tazmininden sonra artık bu memura rücu imkânı da yoktur; zira memura kabili atıf bir kusur ve dolayısıyla hukuki bir mes'uliyet yoktur. Diğer hallerde zararı ödeyen devlet veya diğer bir āmme hükmi şahsı, memura rücu edebilir.

2. DEVLETİN KUSURSUZ MESULİYETİ:

A — Hukuka aykırı olmayan fiillerden dolayı mes'uliyet:

«Vazife mes'uliyeti» nde memurun kusuru devlete izafe edildiğinden dolayı devletin oradaki mes'uliyeti, bir «kusur mes'uliyeti» şeklinde tezahür etmekteydi. Burada ise devletin kusursuz olarak fertlerin mâmeleklerinde vücuda getireceği zararları, devlet faaliyetinin hukuka aykırı olmadığı hallere göre inceleyeceğiz. Bunun Alman hukukundaki en tipik misalini «İstimlâk = Enteignung» teşkil ediyor. Alman doktrininin takip ettiği sistematığe göre «istimlâk» âmme kudretinin faaliyeti bahsinde değil de devletin hukukî mes'uliyeti bahsinde incelenmektedir.

a) *Istimlâk*: İstimlâk, mülkiyet veya sair mâmeleke müteallik hakların bedeli mukabilinde ferdlerin elinden alınarak âmmeye maledilmesinden ibarettir. Bu itibarla istimlâki mülkiyet hakkına âmmenin lehine konan tahditlerden ayırmak lâzımdır. Alman hukukunda istimlâke ait kaideleri Bonn Anayasasının 14. maddesinde, 1953 tarihli İmar sahası teminine müteallik kanununun 1. ve müteakip maddelerinde bulmak mümkündür. Bu kaidelerin dayandığı genel prensipler ise şunlardan ibarettir.

aa — İstimlâk münhasıran müşahhas bir âmme menfaati lehine yapılabilir,

bb — İstimlâk bir kanunun hükmüne dayanarak veya özel bir kanun ısdarı suretiyle yapılabilir,

cc — İstimlâkin konusu, bir gayrimenkul veya bir gayrimenkulün mütemmim cüzü üzerindeki mülkiyet hakkı, irtifak hakkı, berat hakları, sigorta hakkı, bir şirketteki ortaklık hakkı... v.s. dir. Görüldüğü gibi modern Alman hukukundaki istimlâk mefhumu Türkiye ve Fransadakinden bir hayli geniştir. Şöyle ki Alman hukukuna göre istimlâk sadece gayrimenkul mülkiyeti üzerinde değil, fakat diğer haklar (meselâ alacak hakları) üzerinde de cereyan etmektedir. Bu, modern Alman hukukunun klâsik istimlâk anlayışından bir hayli uzaklaştığını gösterir.

dd — İstimlâk, ancak istimlâk edilen şeyin bedeli peşinen ödenmek suretiyle yapılabilir. Halen Doğu Almanya'da câri olan bedelsiz istimlâke Batı Almanya'da kat'iyen cevaz verilmemektedir. Ödenecek bedelin ölçü ve şeklini ekseriya kanunlar tanzim etmekte-

dir. Fakat bunun yapılmamış olduğu hallerde istimplâki veren idarî makam, bedeli objektif ölçüler dairesinde takdir etmektedir.

b) *Ferdî haklar üzerine âmmenin lehine tahmil edilen külfetler:*

AA. *Umumiyetle:* Bu külfetlerin mahiyeti üzerinde Alman doktrininde uzun tartışmalar cereyan etmiştir. Bir fikre göre bunlar devletin kusursuz ve tamamen hukuka uygun muameleleri dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Ortada devletin zaruretler tahtında, bilerek, isteyerek yaptığı bir muamele vardır. Buradaki zaruret ise âmme menfaatinin himayesidir. Âmme menfaatleriyle ferdi menfaatlerin karşılaştığı hallerde devlet ferdi menfaatleri feda ve âmme menfaatini tercih edecektir. Bu ise âmme menfaatlerini daima ön plânda tutan idare hukuku anlayışına göre hiç bir zaman hukuka aykırı bir tecavüz sayılamaz. *Koelreutter, Bender, H. Wolff* gibi bu noktai-nazarı müdafaa eden müellifler 1794 tarihli Prusya Umumi Kanunnamesi (Preussisches Allgemeines Landrecht) nin bugün bütün Almanya'da bir teamül kaidesi haline gelen 74. maddesine dayanmaktadırlar. Filhakika mezkûr maddeye göre: «Ferdî haklarla âmme menfaatleri karşılaştığı takdirde, âmme menfaati lehine tesis olunan hak ve mükellefiyetler, teb'a mensuplarının ferdi hak ve menfaatlerine takaddüm ve tefevvuk eder.» Şu halde ferdi patrimuanlarda, âmme menfaati lehine hâsıl olacak azalmalar, devletin hukuka aykırı bir muamelesinin mevcudiyetini istilzam etmez.

Buna karşılık Federal Mahkemenin de iltihak ettiği bir noktai nazar devletin bu gibi muamelelerinin hukuka aykırı, fakat kusurdan âri olduğunu kabul etmektedir. Federal Mahkeme, *Forsthoff* ve *Jellinek* gibi müelliflerin taraftar olduğu bu fikri 1953 tarihli bir kararında şöyle belirtmiştir: «Prusya Umumi Kanunnamesinin 75. maddesinin taşıdığı mânaya göre ferdler devletin bir hukukî muamelesi neticesinde mâmeleklerinden bir takım şeyleri âmme menfaati lehine fedâ etmek mecburiyetinde kaldıkları yani bunu yapmağa mecbur tutuldukları takdirde devletin bu muamelesi hukuka aykırılık arzeder.» Mezkûr kanunun 75. maddesi ise şöyledir: «Ferdî bir hak ve menfaatini âmme menfaati lehine fedâ etmek zorunda kalanlara karşı devlet bir tazminat vermek mecburiyetindedir.»

BB. *Şartları:* Bu başlık altında devletin yukarıda izah edilen fiillerinden dolayı mes'ul tutulabilmesinin şartlarını araştıracamız.

Önce şunu söylememiz gerekir ki idari bir muamele neticesinde âmme menfaati lehine ferdi haklarından fedakârlık etmek zorunda kalan ferdlere «Feragat dâvası = Aufopferungsklage» adı altında bir tazminat dâvası ikame etmek yetkisi verilmiştir. Bunun pozitif mesnedi ise Prusya Umumi Kanunnamesinin 74. ve 75. maddelerinden istihraç edilerek halen mer'iyette tutulan bir teamül kaidesidir. Yani bu dâva bugün örf ve âdet hukukuna dayanmaktadır. Şimdi bu dâvanın şartlarını inceliyelim:

aa) Bir kere bir fert veya bazı ferdler, âmme menfaatinin temini maksadıyla ısdar olunan bir idari tasarruf dolayısıyla istisnai ve fevkalâde bir zarara düşer olmalıdır. Burada dikkat edilecek nokta zararın umumi değil, istisnai ve fevkalâde oluşudur.

bb) İdari tasarruf dolayısıyla zarara uğrayan ferdin bu suretle bir sübjektif hakkı ihlâl olunmuş bulunmalıdır. Meselâ devlet bir nehrin yatağını âmme menfaatinin temini maksadıyla değiştirmişse o nehirde balık avlamakta olan balıkçıların devletten tazminat istemeğe hakları yoktur. Zira o nehirde balık avlamak onların bir sübjektif hakkı değildir. Fakat idareyle yaptıkları bir anlaşma ile bilfarz kendilerine bir vergi mukabili burada avlanma ruhsatı verilmişse bu takdirde bir sübjektif hakları doğmuş olduğu için idareye müracaatla tazminat isteyebilirler. Bunun gibi gayrimenkulü üzerinden umumi bir yol geçirilen bir fert gayrimenkulünün istifade edemediği kısmı için idareden münasip bir tazminat talep edebilir ki buna Fransız ve Türk hukukunda «dolayısıyla istimlak = expropriation indirecte» adı verilmektedir. Bu mefhum Alman hukukunda da dolayısıyla istimlak (mittelbare Enteignung) adı altında yerleşmiş bulunmaktadır.

cc) Zarar, parayla ölçülebilecek mali patrimuan veya gene parayla ölçülebilecek olan vücut ve sıhhat üzerinde meydana gelmiş olmalıdır. Sıhhat üzerinde hasıl olabilecek zararlara bir misal: bir salgın hastalığı önlemek üzere talebelere iğne yapılmasına idarece karar verilmiştir. Bu talebelerden birinde bilinmeyen bir allerji neticesinde aşı menfi tesir uyandırmış ve talebenin sıhhatını bozmuştur. Burada mağdur talebe, sıhhatça uğradığı istisnai zararın tazminini kusurlu olmayan idareden talep edebilir.

dd) İdarenin muamelesiyle zarar arasında doğrudan doğruya bir illiyet rabitası bulunmalıdır. Araya mağdurun da fiili girdiği

takdirde artık idareden tazminat istemeğe mahal kalmaz. Meselâ cephesindeki bir çatlağın tamir edilmemesi yüzünden zamanla mâili inhidam olan bir binanın zabıta tarafından yıktırılması üzerine bu binanın mâilîki durumunda olan fert idareden tazminat isteyemez.

Bunun gibi, sokakta şaka olsun diye bir arkadaşını silâh tehdidiyle kovalayan bir ferdin polisçe yaklanarak tevkifi neticesinde o fert mevkuf tutulması dolayısıyla uğradığı zararları idareden isteyemez. Zira zararlı neticenin doğumuna kendisi sebep olmuştur.

B — H u k u k a a y k ı r ı f i i l l e r d e n d o l a y ı m e s ' u l i y e t :

İlk nazarda biraz garip görünmekle beraber, devleti hukuka aykırı olmayan kusursuz fiillerinden mes'ul tutmak için bir takım hukuki mesnetler arayan ve bulan Alman doktrini devletin hukuka aykırı fiillerinden dolayı onu mes'ul tutup tutmamakta bir hayfî tereddüt göstermekte ve Yüksek Federal Mahkeme de müteaddit defalar bu konuda menfi kararlar vermiş bulunmaktadır. Bütün mesele, tatbiki gereken umumî kaidenin bulunamayışındadır. Aşağıda Alman müelliflerinin bu konuda ileri sürdükleri fikirleri ele alacağız:

a) *Otto Mayer'e göre:* Müellif 1904 tarihli eserinde devletin hukuka aykırı fiillerinden kusursuz mes'uliyetini «hakkaniyet ve adalet prensibi» ne (Billigkeitsprinzip) istinad ettirmeğe çalışmış, fakat sonra tek başına adalet prensibinin böyle bir dâva açılmasına yeter bir mesnet teşkil etmeyeceğini düşünerek bu defa da 1924 tarihli eserinde Alman devletlerinin müşterek örf ve âdet hukukuna (gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht) dayanmıştır.

b) *Hans Furler'e göre:* Müellif, 1923 yılında neşrettiği bir makalede devletin kusursuz mes'uliyeti için en sağlam esası «Risk nazariyesi» ve «Tehlike mes'uliyeti prensibi = Gefaehrdungshaftungsprinzip» in teşkil edebileceğini ileri sürmüştür. Buna göre idarenin faaliyetlerinin arzettiği tehlikelilik ve fertlere müsavat prensibinin dışında ika eylediği hasarlar kusur aranmaksızın tazmin edilmelidir. Fransız Devlet Şûrasının ötedenberi kabul ettiği bu prensip Alman hukuk doktrininde de rağbete mazhar olmuştur. Buna iki misal verebiliriz: bir polis memuru yakaladığı bir suçluyu, en yakın merkezden telefonla yardım istemek maksadıyla oradaki bir sivile muvakkat teslim eder. Sivil üçüncü şahıs suçlunun kaçmasına engel olmak isterken suçlu onu bıçağıyla yaralar. Burada

memurun kusuru olmamasına rağmen üçüncü şahıs durumunda olan ferdin maruz kaldığı zararların idarece tazmini gerekmektedir.

c) *Walter Jellinek'e göre:* Müellif, 1948 de neşredilen eserinin son tabında idarenin kusursuz mes'uliyetini izah ederken «menfaat» veya «Sebepsiz iktisap» nazariyesinden hareket etmiştir. Ona göre bir idarî makam herhangi bir muamelesiyle ferde zarar verirken kendisi de bir menfaat temin etmişse, patrimuanındaki çoğalma nisbetinde mutazarrır ferde bir tazminat vermek mecburiyetindedir.

d) *Ernst Forsthoff'a göre:* Müellifin, 1958 de neşredilen eserinde idarenin kusuru olmadan hukuka aykırı olarak ferdlere ika ettiği zararların tazmininde pozitif bir mesnet aramak lâzımsa bunun Prusya Umumi Kanunnamesinin yukarıda mezkûr 74. ve 75. maddelerinde bulunacağı ileri sürülmektedir. Şu halde buradan kıyasen çıkarılacak bir hüküm (argumentum per analogiam) vardır. Şöyle ki devletin kusursuz ve hukuka uygun olarak ika ettiği zararlara tatbiki gereken mezkûr maddelerin kusursuz ve hukuka aykırı olarak ika ettiği zararlara tatbik edilmemesi için hiç bir mantıki sebep yoktur. Esasen devleti hukuka aykırı olmayan fiillerinden kolayca mes'ul tutarken hukuka aykırı olan fiillerinden mes'ul tutmamak pek akla yakın bir şey olmasa gerektir. Yalnız mezkûr maddelerin kıyasen tatbiki için idarenin zarar verici fiili bilerek, isteyerek yapmış olması gerekir. Fakat bu fiil kazara, elde olmayan sebepler dolayısıyla işlenmişse bu takdirde risk nazariyesinin tatbiki daha doğru olur. Hele devrimizde idari faaliyetler genişleyerek kaza imkânları pek ziyade artmış bulunmasına binaen risk nazariyesinin tatbiki suretiyle bu sahada zengin bir içtihat elde etmek mümkündür.

e) *Yüksek Federal Mahkeme'ye göre:* Gerçi Mahkeme 1926 tarihli bir kararında gayet isabetli olarak «âmmen menfaatinin temini zımında icra edilen faaliyetlerin zararlı neticelerinin tek ferdin omuzlarına bırakılmayarak âmmeye taksim ve tevzi edilmesi, bir hukuk devleti için inkârı mümkün olmayan hukuk ve adalet kaidelelerindenendir» şeklinde bir noktai nazarı müdafaa etmiştir. Fakat bundan sonraki içtihatlarında idarenin kusursuz ve hukuka aykırı olarak ika ettiği zararlar için tatbik edecek bir genel prensip veya pozitif bir hüküm bulamamış olması da şayanı teessüftür. Bir iki kararında da Prusya Umumi Kanunnamesinin zikri geçen maddelerindeki hükümleri tatbik etmiş olmasına rağmen halâ bu konuda

bir içtihat birliğine varılmamış ve bu gibi dâvalar daima tereddütle karşılanmakta bulunmuştur. Mamafih müellifler Alman içtihatlarında son zamanlarda Fransız Devlet Şûrasının meşhur «idari hasa mes'uliyeti = responsabilité pour risque administratif» teorisinin revaç bulmağa başladığını söylemektedirler.

3. ESKİ HALE İADE MÜKELLEFIYETİ:

Bu, esas itibariyle iptal edilen bir idari tasarrufun meydana getirdiği neticelerin bertaraf edilmesi zımında yapılacak bir talep üzerine mahkemenin vereceği karara bağlıdır. Mezkûr talep müstakil olarak değil, bir iptal dâvası zımında yapılmak lâzım gelir. Yalnız hemen şunu ilâve edelim ki iptal edilen bir idari tasarrufun tatbikiyle doğan zararların bu yoldan takibi neticesinde mahkeme idareyi nakdi değil, fiili bir edime mahkûm edecektir. Bilfarz idare bir şahsın menkul malını müsadere etmiş ve o şahıs bu müsadere kararına karşı iptal dâvası açtığı halde kararın icrası tehir olunmayarak derhal tatabikine geçilmişse karar iptal olunduğu takdirde mahkeme, idareyi eski hale iadeye mahkûm edecektir. Bunun neticesinde idarenin mes'uliyeti, haksız olarak müsadere ettiği menkulü dâvacıya iade etmektir. Dâvacının ayrıca müsadere dolayısıyla maruz kaldığı bir takım munzam zararlar varsa bunları da ayrıca açacağı «Vazife mes'uliyeti dâvası = Amtshaftungsklage» ile tazmin ettirebilir. Bunun gibi idari kararın tatbiki dolayısıyla ortaya çıkan durum, eski hale iadeyi imkânsız kılıyorsa, karar iptal edildiği takdirde mutazarrır fert keza etüdün başında bahsettiğimiz ve bizdeki hizmet kusuruna tekabül eden «Vazife mes'uliyeti» yoluna gidecektir. Şu halde idarenin eski hale iade mükellefiyeti şeklinde tezahür eden mes'uliyetinin şartlarını şöylece sıralayabiliriz:

- A) İdari tasarrufun sakatlığı mahkemece tespit ve tasarruf iptal olunmuş bulunmalı,
- B) İptal olunan tasarruf daha önce icra edilmiş olmalı,
- C) İptal olunan tasarrufun tabiki ferdin bir hakkını ihlâl etmiş bulunmalı,
- D) Mutazarrır ferdin talebi üzerine mahkeme eski hale iadeye karar vermiş olmalı.

III. YETKİLİ KAZA MERCİLERİ:

İdarenin buraya kadar nevelerini izaha çalıştığımız mes'uliyeti esas itibariyle âmme hukukundan doğan bir mes'uliyet olmakla beraber Alman İdare Hukukunda ötedenberi hâkim olan telâkkilerin neticesinde bu dâvalar idare mahkemelerinin salâhiyet sahası dahi-line sokulamamıştır.

Gerçekten gerek Federe Memleketler İdare Mahkemeleri, gerekse Federal Alman İdare Mahkemesi idari tasarrufların objektif hukuka uygunluğunu kontrol edebilmekle beraber bu tasarrufların tatbiki neticesinde veya idarenin fiilleri neticesinde doğan ferdi zararların tazminine hükmedememektedirler.

İdarenin kusursuz mes'uliyetine olduğu gibi bizdeki hizmet kusuruna tekabül eden vazife mes'uliyetine de adliye mahkemeleri karar vermektedirler. Bu, Bonn Anayasasınının 34. maddesindeki sarih hükme dayanmaktadır. Şöyle ki mezkûr hükme göre «... gerek tazminat gerekse rücu dâvaları için adli müracaat yolları kapanamaz». Bundan çıkarılacak mâna idarenin fertlere tazmin edeceği zararlar zımında açılan dâvaların adliye mahkemelerinde rüyet edilebileceğidir.

Yalnız eski hale iade talebini iptal dâvasını rüyet etmekte olan idare mahkemesi karara bağlayacaktır ki esasen bu gerçekte bir tazminat talebi olmaktan uzaktır. Eğer iptal edilen idarî tasarrufun tatbiki neticesinde ortaya çıkan zararlar eski hale iade yoluyla izale edilemiyorsa bunun için adliye mahkemesinde idare aleyhine munzam mahiyette bir «vazife mes'uliyeti dâvası» açılmak icap edecektir. Aradaki fark aşikârdır. Eski hale iade talebi iptal dâvası zımında yapılabileceği için idarî dâvaların umumî müruruzaman müddetine tâbi olduğu halde aslında bir tazminat talebi olan «vazife mes'uliyeti dâvası» BGB. nin derpiş ettiği haksız fiil müruru zamanına tâbidir. Esasen idarenin zarar verici fiillerinden dolayı mes'uliyeti Alman hukukunda haksız fiil mes'uliyetine benzetilmiştir. Kusursuz mes'uliyet hallerinde dahi aynı kaziyeyi tatbik etmek mümkün olmaktadır. Zira haksız fiillerde de failin kusursuzluğuna rağmen tazminat itasına mecbur tutulduğu haller vardır.

Hülâsa şunu söyleyebiliriz ki burada tafsil edilen idarenin mes'uliyeti âmme hukukundan doğan bir mes'uliyet olarak telâkki edildiği halde âdeta bir paradox yapılarak bunların muhakemesi adliye mahkemelerine bırakılmıştır ki Alman İdare Hukukunun

henüz tekâmül halinde ve tamamlanmamış olan bir tarafını teşkil etmektedir. Bonn Anayasasının yukarıda zikri geçen hükmü aşağı yukarı yarım asırdır Alman idare kanunlarında ve Weimar Anayasasında kabul edilen sistemin devamından başka bir şey değildir.

Asistan A. Ülku AZRAK

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- BACHOF, Otto:** Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung - 1951, Tübingen - s. 115-138
- BENDER, Bernd:** Allgemeines Verwaltungsrecht - 1956, Freiburg - s. 158-182.
- FORSTHOFF, Ernst:** Lehrbuch des Verwaltungsrechts - 1958, Berlin - s. 279-318.
- FURLER, Hans:** Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates («Verwaltungsarchiv» Asimilî mecmuanın 1928 tarih ve 33. cildinde, s. 340).
- JELLINEK, Walter:** Verwaltungsrecht - 1948, Offenburg - s. 320-330.
- KOELLREUTER, Otto:** Grundfragen des Verwaltungsrechts - 1955, Berlin - s. 62-65.
- MAYER, Otto:** Deutsches Verwaltungsrecht - 1924, Leipzig - s. 297.
Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht (Neue Zeit- und Streitfragen, 1904 - Dresden) s. 6 ve müt.
- WOLFF, Hans:** Verwaltungsrecht I - 1958, Berlin - s. 295-330.