

# AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TEMEL İLKELERİ

**PROF. DR. E. ETHEM ATAY**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ**

Sayın Başkan teşekkür ediyorum. Tabi ben pazarlıkta her zaman için dündür bugün bugündür ilkesinden hareket etmenin faydalı olacağı kanaatindeyim. Kolay ve rahat bir konu diye seçtiğim şey sonra dün akşam farkına vardım ki bütün iki oturumu hülasasını Avrupa Birliği Ülkeleri açısından değerlendirip, temel sorunları tespit edip, çözüm önerisinde bulunmak. Yani sorumluluk hukukunda sorunlu bir şey anlatmaya çalışacağım. bundan dolayı başta özür diliyorum. Açıklamalarım da belki çok yüzeysel olacak. Geçen idarenin sorumluluğuyla ilgili kitaplardan karıştırırken ilk cümlesi çok hoşuma gitti. Diyor ki “idarenin faaliyetleri sırasında başkasına zarar vermeyeceğini düşünmek kadar ütöpik bir şey olamaz.”. Dolayısıyla idare varsa idare zarar verir. İdarenin vermiş olduğu bu zararın tazmini gerekir. Fakat Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği Ülkelerinde bu meseleyi nasıl çözmüşler diye araştırma yaptım. Bu arada geçenlerde alıp da okuyamadığım kitabı okuma imkânı buldum. Tabi Avrupa Birliğinin varlık sebeplerinden bir tanesi ekonomik yapılanmayı gerçekleştirmekle birlikte bir de hukuki bir entegrasyon projesi. Bu hukuki entegrasyon projesinde farklı farklı hukuk sistemleri mevcut. Bu farklı hukuk sistemlerini tek çatı altında oluşturacaksınız, federatif bir yapıya götüreceksi-

niz, bu çerçeve içerisinde de idare hukukunun temel ilkelerini de oluşturmak zorundasınız. Çünkü işin doğası bu. Bu çerçeve içerisinde baktığımız zaman, Avrupa Birliği üyesi Ülkelerin idare hukuku anlamında sınıflandırılmasında dört gruptan söz etmek mümkün. Birincisi Fransız Modeli dediğimiz içerisinde Türkiye'nin de bulunduğu, fakat okuduğum eserlerde hiç Türkiye'ye atfı yapmıyorlar. Bu da biraz canımın sıkıyor tabii. Herhalde ya bizden kaynaklanıyor ya da onların ön yargısından. Çünkü kitabın başlangıcında Avrupa Birliği üyesi olmuş ve olmaya yakın ülkelerin hukuk sistemleri değerlendirilecek diyor. Aklınıza gelebilecek bütün aday ülkelere ilişkin bir şeyler söylenmiş fakat Türkiye'ye ilişkin herhangi bir atfa ben rastlayamadım.

### GİRİŞ

İdarenin sorumluluğu kısaca idare edilenlere verdiği zararların idare tarafından tazmin edilmesi olarak tanımlanabilir. İdarenin sorumluluğu büyük bir ölçüde özel hukuk sorumluluğu gibidir. Ancak burada kastedilen husus sorumluluk alanına ilişkin özel hukuk hükümlerinin idarenin sorumluluğu için de aynen uygulanamayacağıdır. İdarenin sorumluluğunda ibrenin zararın mağduruna doğru yöneldiği gözlemlenmektedir.

İdarenin sorumluluğu mukayeseli hukukta ve özellikle Fransız hukukunda kamu kudretinin sorumluluğu (*responsabilite de la puissance publique*) olarak da tanımlanmaktadır. Bu anlamda idarenin sorumluluğu aynı zamanda idare cihazının sorumluluğu olarak, bazen daha geniş bir anlam, bazen de daha daraltılmış bir anlam taşır. Daha geniş bir anlam taşımasının sebebi sorumluluğun bu anlamda kamu hizmetine bir görevi dolayısıyla katılan veya kamu kudreti kullanan herkese uygulanmasıdır. Daha da daraltılmış olmasının sebebi ise, idarenin tazmin uyumsuzluklarının tamamı bir idarenin sorumluluğu anlamını taşımamaktadır. Örneğin idari bir ajanın özel bir amaç gütmesi (bu durum kamu görevlilerinin özel alanı olarak da tanımlanabilmektedir.)

Kavramın katı anlamı; kamu görevlilerine veya muhtemelen de bir kamu yararını ya da kamu kudretinin ayrıcalıklarını kullanımına doğrudan katılan kişilere tatbik edilen kurallardan oluşmaktadır.

İdarenin sorumluluğunun şartları yargıcın idari uyumsuzluklarda tam yetki kullanabileceği (*un juge de plein exercice*) döneme rastlar. Bu dönemin ayırt edici özelliği tutuk yargı sisteminden (*justice retenue*) devredilmiş yargı (*justice déléguée*) sistemine geçilmiş olması ve yargıcın millet adına hüküm tesis etmeye başlamasıdır. Kanunun açıkça öngörmediği durumlarda sorumluluk-

tan söz edilemez. «*Kral kötülük yapmaz*» (*le roi ne peut malfaire*) bu dönemi en iyi bir şekilde ifade eden deyişidir. Bu deyişe göre şekillenen anlayış ve hukuk özel olarak kanunla öngörülmeven durumlarda idarenin sorumluluğuna hükmedilemez. Dönemin geçerli teorisi borçlu devlet (*l'Etat débiteur*) olarak adlandırılmış ve bu teoriyi uygulayan tutuk adaletten yetkilerini alan ve buna göre kullanan Fransız Danıştayı devlete veya kamu tüzel kişilerine karşı işlemleri dolayısıyla medeni hukuk sorumluluğunu uygulamayı yasaklamış ve açıkça bir kanuni düzenlemenin bulunduğu haller hariç takdir yetkisi veya egemenlik işlemleri [*pouvoir discretionnaire ou acte de souveraineté*] dolayısıyla esasa ilişkin sorumluluk anlamında karar vermeyi reddetmiştir. Fransız Hukuku anlamında 8 Şubat 1873 tarihli Blanco Kararı ile Uyuşmazlık Mahkemesi (*Tribunal des conflits*) genel idarenin sorumluluğunun şartlarını dile getirmiştir.

XIX. yüzyılda birçok ülkede geçerli olan anlayış “*devletin sorumsuzluğu ikesi*”dir. İlke bazı ülkelerde mahalli idareler içinde uygulanmıştır. Kamu kudretinin ayırt edici özelliği mahalli idarelerin işlemlerine sorumluluk anlamında mali bakımdan tazminin sağlanması yolunda olumlu cevap verememiştir. Ancak yavaş yavaş ilkeden sapmalar görülmeye başlamıştır. Bu sapmalar bazen özel mülkiyetin kutsal niteliği, özel mülkiyet malikinin maruz kaldığı zararın tazmin edilmesi gerekliliği anlamındaki yükümlülüğünden kaynaklanmış, bazen de devletin mahalli idarelere kamu tüzel kişiliği tanınmasının sonucu olmuştur. Tazmin yükümlülüğünün kabulü anlamındaki bu tanıma sadece kamu kudretini elinde bulundurma olgusunun ötesindedir. Böylece XIX. Yüzyılın sonlarından itibaren ilke git gide daha da fazla istisnalar taşımaya başlamıştır. XX. Yüzyılın ortalarında devletin sorumsuzluğu ilkesi tamamıyla terk edilmiştir. Burada artık ilkenin tersi yönünde bir anlayış ağır basmaya ve kabul görmeye başlamıştır. Artık Kıta Avrupasında ilke “*devletin sorumluluğudur.*” Ayrıca ilke artık anayasal bir ilke niteliğini kazanmaya başlamıştır. Örneğin 1947 İtalyan Anayasası, mad. 28; 1949 Almanya Anayasası, mad.34; 1976 Portekiz Anayasası, mad. 22; 1978 İspanya Anayasası, mad. 9, 106 ve 149. Günümüzde ilke hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmektedir.

Tazmin yükümlülüğünün temellerini belirlemek amacıyla iki teori ileri sürülmüştür. İlk teoriye göre medeni hukuktaki sorumluluk teorisinin bir değişime uğraması bahse konudur. Bu değişim bazı Avrupa ülkelerinde otonom bir biçimde gerçekleşmiştir. Bu teori günümüzde hâlâ idarenin sorumluluğundan bahsedildiğinde bu sorumlulukla özel hukuk sorumluluğu arasında yeterince ortak noktanın varlığını açıklamaktadır.

İkinci teori ise Fransız Devrimi'nin “*özel mülkiyetin güvencesi*” ve “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*” şeklinde ifade edilen iki temel noktanın birçok Avrupa ülkesinde az çok kabul görmesinin sonucu olarak gelişim göstermiştir. Bu teori anormal bir şekilde zarara uğrayan kişilerin zararlarının kamu yararının bir gereği olarak tazminine imkan tanımıştır.

İlk teori ilke olarak bir hakkın ihlali ya da rastlantısal olarak işlemlerin neden olduğu zararların tazminine uygulanmıştır. Buna karşılık ikinci teori kasdi olarak verilen zararlar ve bazen de geniş bir tarzla özel kişilere empoze edilmeye doğru bir yönelim içerisine girmiştir.

Yüce Millet'in cezalandırılmayacağı (*l'impunité de la grande nation*) dogmasının XIX. Yüzyıla kadar geçerliliğini sürdürdüğünün akılda tutulması gerekir. Kamu yararı ancak iyi olan şeylerden dolayı sorumlu olabilir. Fransız Hukuku anlamında idarenin sorumluluğunun hukuki anlamda otonomisi teyit edilmek suretiyle idarenin sorumluluğu bir ilke olarak Blanco kararıyla o zamana kadarki anlayışı değiştirmiştir. Böylelikle artık kamu kudretinin sorumluluğu ilkesinin geçerli olduğu döneme geçilmiştir. Fransız ve Türk hukukundaki mevcut sistem söz konusu olan çıkarların uyumlaştırılmasına çalışmakta ve bunu yaparken de kamu görevlilerini belli bir ölçüde korumakta ve fakat kamunun tazmin borcunu da son kuruşuna kadar ödemektedir. Böylelikle iki tür sorumluluktan seçim yapma durumuna düşmekte, bazen de iki sistemin birlikteliği düşünülmektedir.

İdarenin sorumluluğu alanında kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklına zarar -ki bu zararın tazmini için doğrudan kamu görevlisi hedef alınır ve buna karşı adli yargıda dava açılır- ile idarenin hedef alındığı ve idari yargı- cın önüne taşındığı hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk arasında bir ayırım yapmak gerekir. Ayırım genellikle Önemli bir hassasiyet gerektirmekte ve birçok hususa bağlı olarak değişkenlik gösteren içtihadı tabi kılınmıştır. Bu nedenledir ki yargıçlar genellikle mağdurun çıkarını ön planda tutarak idareyi sorumlu tutarlar ve bu arada eğer kişisel kusurda söz konusu olursa, idare öncelikle zararı tazmin eder ve fakat daha sonrada sorumluluğu bulunan kamu görevlisinden ödediği miktarın bir kısmını geri alır. Bu borcun ödenmesi sistemi (*ystème de remboursement*) rücu davası (*action dite récursoire*) yoluyla gerçekleştirilir.

Rücu davalarında idarenin talebi yargıçtan kamu görevlisinden tamamıyla veya belli bir ölçüde zarara sebebiyet verdiğinin tanınması ve ondan kusuru oranında da ödenen tazminatın alınıp kendisine verilmesidir.

Hizmet kusuru ilkesinin anlamı devletin sorumluluğunun ancak bir kusur üzerine inşa edilebileceğidir. Ancak somut olarak kamu kudretinin kusuru nasıl nitelendirilebilecektir? İdarenin sorumluluğu bu anlamda özel hukukta olduğu gibi kusur kavramına dayandırılmaktadır. Ancak kusursuz sorumluluk ilkesinde (*responsabilité sans faute*) önemli olan bir husus söz konusudur. Burada temel nokta bireyin kamu kudretleri önünde eşitliği ilkesidir (*l'égalité des citoyens devant la charge publique*). Hizmet kusuru soyut bir ifadeyle kamu hizmetinin kötü işlemlerinden (*dysfonctionnement du service public*) ibarettir. Bu anlamda geleneksel olarak hizmetin kötü, geç veya hiç işlememesinden (*un service public ayant mal, tardivement ou pas fonctionné*) söz edilir. Kural olarak bir kusurdan bahsedebilmek için kanıtlanmış bir kusurun varlığı gerekir. Bu gibi durumlarda mağdurun idarenin bir kusurunun olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu kuralın katı uygulaması anlamında bazı düzenlemelerin yapılması gerekir.

Böylece idari yargıç önünde usul çekişmeli yargı olacağından yargıç İdareden mağdurun İddialarının çürütülmesini isteyecektir. Diğer durumlarda yargıç idareden resen yapacağı taleple kusurunun bulunmadığını talep edebilecektir. (Örneğin doktor hastasını tedavi sürecinde bekleyen neticeler hakkında yeterince bilgilendirdiğini ispat etmelidir.) Nihayet yargıç kusurunun bulunduğuna dair karineleri yaratmıştır. Bu anlamda olmak üzere bazı yazarlar sonuçları sebebiyle kanıtlanmış kusur kavramından söz etmektedirler.

Eğer bütün kusurlar idareyi sorumlu tutma için yeterli olursa etkinliklerin özellikle tehlikeli ve riskli veya harekete geçilmesinin mümkün olan en hızlı şekilde gerçekleştirilmesi gereken hizmetler söz konusu olduğunda yargıcın söz konusu kuralı hafiflettiğinin belirtilmesi yerinde olacaktır.

#### I-İDARENİN SORUMLULUĞUNDA YETKİLİ YARGIÇ SORUNU

Kamu hukukuna Özgü kuralların uygulanmasının sonucu olan etkinliklerin idare tarafından gerçekleştirilmesi anında idareye karşı sorumluluğu gerektiren davaların kabullenilmesi için yargıcın yetkisinin belirlenmesi bu anlamdaki ilk sorundur. Söz konusu sorun common law sisteminin geçerli olduğu ülkelerde de varlığını korumaktadır. Gerçekten de, birçok ülkede söz konusu sorun yargı kararlarından kaynaklanan bir alana ilişkindir.

Burada bazen özel hukuk yargıcını, bazen de kamu hukuku branşının gelişmesi üzerinde idari yargıcın etkili olmasıdır. Daha sonra sorumluluğun temeli konusu açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur. Burada birçok ülkenin

sorumlulukta sübjektif anlayışa sadık kalmıştır. Buna karşılık bazı ülkelerde ise objektif sorumluluk esasını benimsenmiştir.

İdarenin özel hukuk tüzel kişileri gibi davrandığı durumlarda, sorumluluğa ilişkin kurallar ve bu anlamda sorunu çözecek olan yargı yeri genel yargı yeri, yani adli yargıdır. Bu anlamda idarenin özel hukuk tüzel kişilerinden bir farkı söz konusu değildir. Bu kurala AB üyesi ülkelerden bazılarında istisna getiren düzenlemeler az olmakla birlikte mevcuttur.

13 Ocak 1999 tarihinde değişikliğe uğrayan 26 Kasım 1996 tarihli Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve İdari Yargılama Usulü Genel Kanunu<sup>1</sup> nun 144. Maddesine göre **İspanyol** hukukunda idarenin sorumluluğuna söz konusu kanun hükümleri uygulanır ve bu kuralları uygulamakla yetkilendirilmiş olan yargı yeri de idari yargıdır. Aynı şekilde **Portekiz** hukukunda İdari Yargının Statüsüne İlişkin Kanunun 4/1-g idari yargı yerlerine sorumluluk alanında uyumsuzlukları çözümleme anlamında tam yetki tanımıştır.

**İdarenin kamu hukuku kurallarına göre hareket ettiği zaman yetkili yargı yerinin neresi olacağı AB üyesi ülkelerde farklılık göstermektedir.** Buna göre bazen genel yargı yeri olan adli yargı, bazen de idari yargı söz konusu ihtilafları çözümleme anlamında yetkili kılınmıştır. Diğer yandan zarara neden olan işlem idari niteliği haiz ise birçok ülkede bu anlamda farklı çözüm tarzları benimsenmiştir. Buna göre bazen adli yargı, bazen de idari yargı bu anlamdaki yarışta ön sırada yer almaktadır.

### **1.- İDARİ YARGIÇ İDARENİN SORUMLULUĞU ANLAMINDA YETKİLİ YARGIÇTIR.**

Uzunca bir süre Fransa idarenin sorumluluğu alanında idari yargı yetkili kılınmış tek ülke idi. Bu çözüm tarzı XIX. Yüzyılın ilk yıllarına kadar uzanmaktadır. Bu anlamda Fransız Danıştay'ının devletin sorumsuzluğu ilkesinin terk edilmesinde etkili rol oynadığı bilinmektedir. Bu rolüyle birlikte Danıştay idare hukukunun özgün bir hukuk dalı olduğu ilkesini de oluşturmuştur. Söz konusu bu otonom hukuk dalında idarenin sorumluluğuna da özgün kurallar uygulanmalıdır. Bu alanda idari yargının yetkisine getirilen istisnalar oldukça azdır. Burada getirilen istisnaların kamu araçlarından kaynaklanan kazalar ile eğitim alanında kamu okullarında öğrencilerin uğradığı veya öğrencilerin sebep olduğu zararların idari yargının görev alanı dışında kaldığı bilinmektedir. İdari yargıca başvurmadan önce zarara uğrayan zarara neden olan idareden

uğradığı zararı tazmin etmesini talep etmelidir. Bu uygulamaya Türk ve Fransız hukukunda önkarar (*théorie de la décision préalable*) denilmektedir.

Ülkemiz bir yana bırakılırsa AB üyesi ülkelerde Fransız örneği az sayıda ülke tarafından kabul görmüştür. **Bunlar İspanya, Portekiz, Yunanistan ve kısmi olarak da İsviçre'dir.**

**İspanya'da** önkarar uygulaması idari eylemler anlamında söz konusudur. Portekiz'de yasal düzenleme gereğince idari etkinliklerden kaynaklanan zararların tazminine hükmetme anlamında idari yargı yerleri yetkilidir. **Yunanistan'da** 9 Haziran 1995 tarihli Anayasanın öngördüğü ilke gereğince idarenin sorumluluğu anlamında idari yargı yerleri yetkilidir. Dolayısıyla bu ülkede 11 Haziran 1985 tarihinden beri artık adli yargının idarenin sorumluluğu anlamında hüküm tesis etmesi sadece idarenin özel malvarlığına dair malların yönetimine ilişkin idarenin sorumluluğunu gerektiren uyumsuzluklar anlamında söz konusudur. **İsviçre Konfederasyonu'nun** sebebiyet verdiği zararlar anlamında bu grup ülkeler içinde yer alır. Gerçekten de talebin zarara sebebiyet veren federal idareden öncelikle talebi gerekir. Bu bağlamda karar devletin sorumluluğu anlamında hüküm tesis etme yetkisi Federal Komisyon'a yapılmaktaydı. 1 Ocak 2007 tarihinden itibaren bu Komisyonun yerini Federal İdare Mahkemeleri almıştır. İsviçre Kantonlarındaki uygulama değişkenlik göstermekte olup mağdur bazen genel mahkemelere, bazen de idari yargı yerlerine başvuruda bulunmaktadır.

## 2.- ADLİ YARGIÇ İDARENİN SORUMLULUĞU ALANINDA YETKİLİ YARGIÇTIR.

Günümüzde AB üyesi devletlerin büyük bir çoğunluğunda idarenin sorumluluğuna ilişkin kurallar kamu hukuklu kaynaktan doğmuş olsalar da idarenin sorumluluğu alanında karar verme yetkisi genel mahkemelere aittir.

Bu anlamda öncelikle Common Law ülkelerini ve özellikle de İngiltere ve İrlanda'yı zikretmek gerekecektir. Adli yargının üst dereceli mahkemesi idari otoritelere yönelik tazminata hükmedilmesine ilişkin karar alma anlamında kesin yetkili kılınmıştır. Bu durumun sebebi söz konusu ülkelerin Roma Hukukunun etkisi altında kalan ülkelerden olmalarıdır. Bu hukukun anlayışına göre Devlet dava konusu edilemez. Dava konusu edilebilecek olan ancak onun malvarlığı olabilir. Örneğin **Avusturya'da** 18 Aralık 1948 tarihli Kanunun Uygulaması Dışında Sebep Olunan Zararlar İçin Kamu Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Kanunda bu sorumluluk özel hukuk hükümleri

gereğince çözümlenir. Bu anlamda olma üzere taleplerin öncelikle önkarar alınması uygulaması gibi zararı veren idareye yapılması, buradan tatminkâr netice alınmadığı durumlarda ilk dereceli adli yargı yerlerine başvuruda bulunulması gerekir.

Benzer bir çözüm tarzı da **Almanya’da** benimsenmiştir. Bu çerçevede uygulanması gereken kurallar kamu hukukundan kaynaklansa da çözümde bir değişiklik söz konusu değildir. Kanunda bu anlamda adli yargıya açıkça yetki verilmiştir. Kamu görevlilerinin sorumluluk şartları Medeni Kanunda (§ 839) düzenlenmiştir ve bu anlamda özel hukuk kuralları uygulanır.

### **3.- İDARİ VE ADLİ YARGI YARGIÇLARI İDARENİN SORUMLULUĞU ALANINDA YETKİLİ OLMA AÇISINDAN YARIŞMAKTADIR.**

*Belçika, İtalya ve Hollanda ‘da kamunun sorumluluğuna ilişkin yetkiler adli ve idari yargı yerleri arasında paylaşılmıştır.* Bu paylaşım karmaşık bir niteliği haiz olup, her zaman için bir dengesizlik söz konusudur. Başlangıçta idarenin sorumluluğu alanında tamamıyla yetkili olan adli yargı yerleri idarenin sorumluluğu anlamında bu yetkilerinin günümüzde de neredeyse tamamını muhafaza etmektedir.

#### **A) Belçika**

1831 tarihli Belçika Anayasası’nın koymuş olduğu ilkeye göre; özel hukuk veya politikayla ilgili her türlü uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer. Dolayısıyla idarenin sebebiyet verdiği zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkların tamamı adli yargının görev alanına girmektedir. Aynı zamanda ilk derece adli mahkemeler ile Danıştay arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisini de haiz Belçika Yargıtayı tedrici bir şekilde idarenin sorumluluğunu genişletmiştir. Bu anlamdaki dönüm noktası olarak 5 Kasım 1920 tarihli La Flandria Kararı gelir. Bu kararda devletin özel hukuk sorumluluğu kamu kudreti etkinliklerine de yaygınlaştırılmıştır. 7 Mart 1963 tarihli bir diğer kararında da kusur kavramını hukuka aykırı işlemlerine de yaygınlaştırılmıştır.

1946 yılında Danıştay’ın kurulmasıyla birlikte bu yargı yeri idari bir otoritenin sebebiyet verdiği maddi ve manevi nitelikli İstisnai zararların karşılanmasına ilişkin tazminat taleplerinin hakkında istişari görüş açıklamakla yetkilendirilmiştir. 3 Haziran 1971 tarihli bir kanunla bu yetki yargısal bir yetkiye



dönüştürülmüştür. Ancak uygulamada Belçika hukukunda istisnai zararların tazminine ilişkin idari uyuşmazlıklar önemli ölçüde gelişme göstermemiştir.

## **B) İtalya**

İdarenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü tamamıyla uzunca bir süre adli yargı yerlerinin elindeki bir yetki olarak var olmuştur. Gerçek-tende İtalyan Krallık Anayasası'na göre sadece adli yargı yerleri talep sahibi-nin kişisel haklarını gündeme getirerek idari uyuşmazlıkları görme yetkisine sahiptir. XX. Yüzyılın sonuna kadar adli yargı yerleri ile İdari yargı yerleri arasındaki uyuşmazlıkları çözümleme anlamında da yetkili Yargıtay idarenin bir eyleminden zarara uğrayan özel kişilerin bu zararların mülkiyet veya ya-şama hakkı gibi kişisel bir hakka zarar vermesi halinde ancak tazmin edilmesi mümkün olabilecektir. Bu anlamda anayasa gereğince kişisel haklara ilişkin konularda karar tesis etme yetkisini elinde bulunduran adli yargı yerleri ol-duğu için, bu yargı yerleri idareye karşı açıklan zararın tazmini taleplerini çözümlemede yegane yetkili yargı yerleridir.

1970 yılından itibaren İtalyan Yargıtayı git gide idareye karşı yöneltilen tazminat davalarında adli yargıcın davayı kolayca kabul edebilmesini sağla-mak için sübjektif hakkın varlığını daha kolayca kabul etmeye başlamıştır. 22 Temmuz 1999 tarihinde Yargıtay ilke olarak basit bir hukuki çıkara yönelik tehlikenin adli yargıçtan idarenin sebep olduğu zararın tazmini talep için ye-terli olduğuna hükmetmiştir. Bundan böyle adli yargı idarenin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlama anlamında yetkilidir. Bunun için basit bir hukuki çıkara yönelik tehlikenin varlığı yeterlidir. İtalyan hukukuna göre failin sorumlu tutulabilmesi için sadece kusur yeterli olmayıp, ayrıca bir hak-kın çiğnenmesi de gerekir (Medeni Kanun, mad. 2043) Dolayısıyla idarenin sorumluluğunda da bu şart aranmaktadır. Tazminat talebi öncesinde idari yar-gının işlemleri iptal etmesinde artık hakkın çiğnendiğinin kabulü gerekir.

Yasa koyucu idarenin sorumluluğu anlamında idari yargının görev ala-nını artırıcı düzenlemelerde bulunmuştur. 31 Mart 1998 tarihli bir Kanunla bu anlamda düzenlemede bulunulmuş ve söz konusu Kanunun anayasaya uygunluğuna 6 Temmuz 2004 tarihinde İtalyan Anayasa Mahkemesi karar vermiştir. Buna göre artık görev alanına giren davaların görülmesi sürecin-de idare mahkemeleri idarenin sebebiyet verdiği zararların tazmini taleplerini görüp çözümlemeye yetkilidir. Bu düzenlemenin anlamı görev alanına giren konu kavramının açıklanmasıyla netleşecektir. Buna göre idare mahkemesi bir işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi sırasında aynı zamanda bu

işlemin ilgisine bir zarar verip vermediği hususunu da aydınlığa kavuşturacaktır. Aynı şekilde sadece idari yargının görev alanına girmekte olan konularda bir sübjektif hakkın veya hukuki bir çıkarın ihlal edilmesi durumunda bu anlamdaki zararın tazmini anlamında da yetkili olacaktır. İtalyan hukukunda bu anlamda idarenin sorumluluğu alanında idari yargıcın görev alanında bir genişleme söz konusudur. İptal davasına bağlı olarak tazminat davalarını da çözme hususunda yetkilidir. Özetle idari bir kararın neden olduğu zarar bazı durumlarda idari yargıç tarafından tazminat taleplerinin değerlendirilmesiyle çözümlenecektir.

### C) Hollanda

Bu ülkede geçerli olan ilkeye göre adli yargıç ister özel hukuk hükümlerine, isterse kamu hukuku hükümlerine dayanılarak yürütülsün idarenin etkinlikleri çerçevesinde ortaya çıkan idarenin neden olduğu zararların tazminine ilişkin taleplerin tamamını görmeye yetkilidir. Adli yargının bu anlamdaki yetkisi geleneksel olup Medeni Kanunun bu anlamdaki düzenlemeleriyle de (Yeni Medeni Kanunun 6:162. Maddesi) öngörülmüştür.

Bununla birlikte idari bir kararın sonucunda zarar meydana gelmişse, idari yargıç aynı zamanda da tazminat talebi hakkında da karar vermek durumundadır. İkinci olarak hangi idareden kaynaklanırsa kaynaklansın zararın mağduru idari otoriteden bu zararı tazmin etmesini talep edebilir. Bu durumda talep sahibi idarenin verdiği kararı gerçek bir idari karar gibi değerlendirip bu karara karşı dava açabilir. Böylelikle yargıç sadece tazmin talebini reddeden idarenin kararını iptal etmekle kalmaz. Bu kararın sonucunda idarenin kararda söz konusu edilen mağdurun uğradığı zararın tazminine de hükmetmiş olur.

## II- İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TEMELLERİ

Burada kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasında ayırımın yapılması gerekmektedir. Bu ayırım tamamıyla nispidir. Zira birçok ülkede kusur üzerine inşa edilen idarenin sorumluluğunda belirli ölçüde objektiflik aranmaktadır. Muhtemelen idarenin anonim davranışlarının söz konusu edildiğinde bu husus daha da belirginleşir.

### 1- KUSUR SORUMLULUĞU

Birçok ülkede kusur sorumluluğu kabul görmekte olup buna aynı zamanda da “*sübjektif sorumluluk*”ta denilmektedir. Bu kusur kavramı yine de ülkeden ülkeye farklı anlama gelmektedir. Bu anlamda üç grup ülkenin varlığından söz edilebilir: İlk olarak, az sayıda olmakla beraber Fransız hukuku an-

layışını benimsemiş ülkeler, İkinci grup ülkeler Alman hukukundaki konuya ilişkin hukuka aykırılık ve kusur anlayışı benimsemiş ve kullanan ülkelerdir. Nihayet İngiltere ve İrlanda gibi sorumluluğu haksız fiil kavramı üzerine oturtan sistemler söz konusudur.

### A) KELİMENİN TAM ANLAMıyla KUSUR SORUMLULUĞU

Fransız hukuku kural olarak bu tür sorumluluğu oluşturmuştur. Konuya ilişkin alandaki idari içtihatlarla göre hukukun kaynakları belirlidir. Bu kusur idari bir kararın hukuka aykırılığından kaynaklanmaktadır. İkinci olarak da özellikle maddi bir etkinliğin söz konusu olduğu durumlarda kamu hizmetinin kötü işlemlerinden bir zarar husule gelmiştir. Kusur kavramının belirli bir derecede bir yoğunluğa ulaşması halinde idarenin sorumlu tutulması gerektiği haller git gide sayıca azalmaktadır. İki idare hali hazırda ağır kusur kavramında yararlanabilmektedir. Bunlar maliye idaresi ve cezaevi idareleridir. Polis tarafından yürütülmekte olan hizmetlerde ağır kusurun sorumluluk anlamında arandığı haller gid gide azalmakta ve istisnai bir hüviyete bürünmektedir. Bununla birlikte devletin sorumsuzluğu ilkesinin etkisi altında kalan ülkelerde hâlâ bazı alanlarda ağır kusurun aranmaya devam ettiğini görüyoruz. Buna karşılık Fransız hukukunda iki durumun varlığı halinde **kusurun varlığı karine olarak kabul edilir** ve bu durumlarda idare sorumluluktan kurtulabilmek için kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekecektir. Söz konusu hallerden ilki *kamu eserleri* ve ikincisi de *hastane hizmetleridir*.

### B) HAKSIZ FİİL VE KUSURA DAYANAN SORUMLULUK

Alman Hukukunda Medeni Kanun (§ 839) kamu görevlilerin görevlerini ifa sırasında sebebiyet verdiği zararları tazminle mükellef olduklarını belirtmektedir. Söz konusu bu yükümlülük kamu görevlilerinden kendilerini istihdam eden kamu tüzel kişilerine dönüşmüştür. Bu sorumluluk hali özel hukuktaki sorumluluktan bir sapma gibi değerlendirilir ve bu sorumluluğun kamu hukukuna tabi bir sorumluluk olduğundan söz edilir. Ancak kamu hukuku niteliğine rağmen bu anlamda kullanılan kurallar özel kişilerin sorumluluğundaki mantıkla aynıyet göstermektedir. Zira özel hukukta olduğu gibi bu anlamdaki sorumluluk haksız fiil ve kusur şartlarına bağımlı kılınmıştır. Bu iki şartın Fransız hukukundaki bir yükümlüğün yerine getirilmemesi (hukuka aykırılık veya haksız fiil) ve kusurun affedilebilecek bir nitelikte olmaması. Bu iki şartın idarenin sorumluluğu anlamında da bir arada bulunması gerektiği Alman öğretisinde kabul görmektedir. İşlemin kamu görevlisine yüklenen bir işlevin görevlerini çiğnemesi ve kusurlu olması gerekir.

Birçok ülkede Alman hukukunda dile getirilen bu iki şartın sorumluluk için arandığı gözlemlenmektedir. Medeni Kanunun kaleme alınması sırasında birçok ülkede bu düzenlemelerin dikkate alındığı bilinmektedir.

*İtalyan Medeni Kanununun* 2043. Maddesine göre: “Diğerlerinin bir hakkına zarar veren iradi olsun olmasın kusurlu her işlem bunu işleyen herkese, söz konusu zararı tazmin zorunluluğunu yükler.” Benzer bir düzenleme 1992 tarihli *İsveç’in yeni Medeni Kanununda* da hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde *Portekiz Anayasası* ‘nın 22. Maddesi geniş bir tarzda kamu tüzel kişilerinin sorumluluğuna ilişkin ilkeyi öngörmüştür: “Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, işlevlerini ifa eden kamu görevlisi ve memurlarla birlikte işlevlerinin ifası esnasında işlemlerinde veya sehven görevlerinin yerine getirilmesinde bir hak ve hürriyetin ve diğerleri için güvence altına alınmış bir durum ya da bir zararın varlığında genel hükümlere göre sorumludur.”

Yunanistan Hukukunda bir kusurun işlenmiş olması şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte hukuka aykırı işlemler sorumluluğun temelini oluşturur.

### **C) HAKSIZ FİİL VEYA MEDENİ SUÇTAN DOLAYI SORUMLULUK**

**İngiliz ve İrlanda hukuk sistemleri belli bir ölçü içerisinde bu sisteme dâhil gibidir. İngiltere’ aksine kanuni düzenleme olmayan hallerde her türlü kamu otoritesi genel hukukun şartlarına göre sebep oldukları zararı gidermekle yükümlüdür.** 1947 tarihli Kraliyetin sorumsuzluğuna son veren kanun ile Kraliyetinde her reşit ve mümeyyiz kişi gibi neden olduğu zararlarından sorumlu olacağını öngörmüştür. Her suç kusur ve bir hakkın ihlali unsurlarını içerir. Burada fiili yol bir suçtur. Dikkate almamak veya kanunun emrettiği bir ödevin ihlali bir suçtur ve buna bağlı zararın tazmini gerekir. İngiltere’de sorumluluğa ilişkin anlayışta yaşanan değişimin arkasında yatan sebeplerden en önemlisi AB ve AİHS hukukunun uygulanmaya başlamış olmasıdır.

### **D) BAZI ÜLKELERDE GEÇERLİ OLAN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN İKİNCİL DERECEDE OLMA NİTELİĞİ**

Birçok ülkede zararın mağduru zararı önleme yeteneği sahip olduğu durumlarda bu anlamda zararı engelleyici tutum ve davranışın sergilenmemesi hallerinde tazminat alma hakkına sahip olamazlar. Bu anlamda olmak üzere *Alman* (Medeni Kanun, § 839), *Avusturya* (İdarenin Sorumluluğu Hakkında Kanun, § 2), *Portekiz* ve *İngiliz* Hukuku.

## 2- KUSURSUZ SORUMLULUK

İdarenin sorumluluğu anlamında üç ÷lkede (İsvi÷re, İspanya ve Polonya) ayniyet bulunmamak üzere İdarenin sorumluluğunda kusursuz sorumluluğa üstünlük tanınmıştır.

**İsvi÷re’de** 14 Mart 1958 tarihli Konfederasyonun Sorumluluğu Hakkında Kanun ile Konfederasyonun kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla üçüncü kişilere vermiş olduğu zararı kamu görevlisinin kusuru olmasa dahi ödemesi gerektiğini öngörmüştür, (madde 3).

**İspanya’da** İdari Yargı Rejimi ve Genel İdari Yargılama Kanununun 139. Maddesine göre: *“Kamu hizmetlerinin normal veya anormal işlemesinin sonucu olarak ortaya çıkan zararlar anlamında kişiler mallarından veya haklarından birinin bir zarara uğraması durumunda mücbir sebep halleri haricinde kamu idarelerinden zararlarının tazminini talep hakları vardır.”* İspanyol Yüksek İdare Mahkemesi kanunun bu hükmünün idarenin kusursuz sorumluluğu anlamına geldiği ve bu sorumluluktan ancak mücbir sebep veya sorumluluğu ortadan kaldıran diğer hallerin varlığı durumunda kurtulabileceğine hükmetmiştir.

**Polonya Anayasası’nın** öngördüğu düzenlemeye göre hukuka aykırılık durumunda kusur olmasa dahi idarenin sorumluluğu söz konusudur. Anayasanın 77.maddesine göre: *“Herkesin kamu otoritelerinin bir haklarını ihlali sonucunda oluşan zararın tazminini talep etme yetkisi vardır. Bu sorumluluğun modelleri özel hukuk hükümlerine göre belirlenir.”*

## III- TAZMİN EDİLEBİLİR ZARAR VE TAZMİN YÖNTEMLERİ

AB üyesi bütün ÷lkeler maddi zararın tazmininde zararın para ile ödemesi ilkesini kabul etmiştir. Buna karşılık manevi zararın tazmini ve ayniyetle tazmin anlamında aynı çözüm tarzı benimsenmemiştir.

### 1- MANEVİ ZARARIN TAZMİNİ

Fransız hukuku manevi zararın tazminine daha yatkınmış gibi görünmektedir. Bu anlamda olmak üzere Fransız Yargıtayı XIX. Yüzyılın ortasından bu yana manevi zararların tazmininin gerekliliği yönünde karar vermektedir. Danıştay’ın bu yöndeki kararlarının XX. Yüzyılın ortalarından itibaren söz konusu olduğu bilinmektedir. Fransız örneği diğer bazı Avrupa ÷lkelerince izlenmiştir. Bu anlamda Bel÷ika örneği ile birlikte Hollanda ve Yunanistan’da da benzer çözümlerin kabul edildiğinin özellikle vurgulanması yararlı olacaktır.

tir. Aynı şekilde 1978 Anayasasından buyana İdarenin neden olduğu zararların tazminin kabul edildiği **İspanya'da** idarenin neden olduğu her türlü zarar için sorumluluğun genel ilkeleri öngörülmüştür.

Buna karşılık diğer ülkelerde manevi zararın tazmini konusunda bir çekingenliğin bulunduğu belirtilmelidir. 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan **Alman Medeni Kanunu** manevi zarar ve vücut bütünlüğüne ilişkin zararların tazmininde sınırlandırıcı mahiyette düzenlemeler öngörmüştür. Burada tazmin için kişisel hakkın ihlal edilmesi şartı aranmaktadır. Aynı şekilde **İtalyan Medeni Kanunu** manevi tazminata ancak bazı ceza hukuku anlamında işlenen suçların varlığı şartına bağlamıştır. Nihayet *İsviçre 'de* manevi zararın tazmini bir kusurun varlığı şartına tabi kılınmıştır. Bu husus bilindiği üzere maddi zararın tazmininde söz konusu hukukta aranmamaktadır.

### 2- AYNEN TAZMİN

Fransa dahil birçok ülkede öngörülmüş olmasına rağmen bu anlamdaki yegane örneğin kötü bir şekilde inşa edilmiş kamusal bir eserin kaldırılması olduğunun belirtilmesiyle yetinilecektir. Ülkelere göre bu tür bir tazmin iptal davasını karara bağlayan idari yargıcına tanınmış olan bir yargısal emir yetkisidir. Bazen de tam yargı davasına bakan yargıcın bu anlamda bir yetkisinin bulunduğu da görülmektedir.

#### A) İptal Kararı Veren Yargıcın Emir Verebilmesi

**Almanya** hukuka aykırılığın giderilmesi amacıyla açılan iptal davasında bütün sonuçların belirlenmesi amacıyla idari otoritelere karşı yargısal emir verme yetkisini yargıca tanıyan ilk ülkedir. 21 Ocak 1960 tarihli İdari Mahkemelere ilişkin Kanunun § 113/1. Maddesine göre: “*Eğer idari karar önceden uygulanmış ise, mahkeme dilekçede talep edilmesi üzerine idari otoriteden daha önceki durumun yerine getirilmesini bu yerine getirme işleminin yönteminin ne olacağına kararlaştırabilir.*”

Bu çözüm tarzı yakın tarihlerde **Fransa** ve **İspanya** 'da yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Fransız hukukunda 8 Şubat 1995 tarihli değişiklikle İdari Yargı Koduna eklenen düzenlemeyle (L.911-1) yargıcın yetkileri önemli derecede artırılmıştır. Bundan böyle idari yargı kararında kararın nasıl uygulanacağı yönünde bir açıklamanın bulunması bir zorunluluktur. Kararda ayrıca kararın gereğinin hangi süre içinde gerçekleşeceği gerekli durumlarda belirtilmektedir. İptal kararı üzerine İdarenin sadece yeni bir karar alması zorun-

luluğunun bulunduğu durumlarda yargıç kararda alınacak kararın hangi süre içinde gerekleŒeceđine de karar vermektedir.

Aynı yönde düzenlemeler **İspanya'da** da görölmektedir. 13 Temmuz 1998 tarihli İdari Yargı Hakkındaki Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana davacı yargıçtan dava konusu işlemin iptaliyle birlikte hukuka uygun durumun tesisi için elverişli çözümler ve bu çözümlerden biri olarak da tazminata hükmetmesini talep edebilir. Sonuç olarak idari yargıç iptal kararıyla birlikte idareden alınacak kararı ve bu kararın hangi süre içinde alınması gerektiğine ve bu işlemi yaparken de idarenin takdir yetkisinin kullanılmasına da müdahale edebilmektedir, (madde 71)

Nihayet **İtalya'da** idari yargıç kararını iptal ettiği idari otoriteye uygulamanın nasıl gerekleŒeceđi yönünde bir yargısal emir kullanabilme yetkisine sahiptir. Bu emirde eski kararın nasıl değiştirilmesi gerektiği ve hatta gerektiğinde de maddi işlemlerin neler olacağını da belirtebilmektedir. Aynı yönde örnek olması açısından **Hollanda** ve **Portekiz'**inde sayılması mümkündür.

### **B) Tam Yargı Davası Yargıının Aynen Tazmin Kararı Verebilmesi**

Bazı ülkelerde tam yargı yargıı yargısal emir verme yetkisini zarara neden olan idareye karşı kullanabilmektedir. Böylece **Belçika Yargıtayı** hukuka aykırı işlemlerle zarara sebebiyet veren idareye zararı aynen tazmin etme anlamında mahküm etme hususunda kendini yetkili görmüştür. Aynı şekilde zararın kaynağının durdurulmasını sağlayacak önlemleri de belirleyebilir. Benzer anlamda olmak üzere **Yunanistan'da** aynen tazminin devre dıŒı bırakılması söz konusu değildir. **İspanya'da** da ilgilinin onayı üzerine yargıç parasal tazmin yerine aynen tazmine de hükmedebilir.

**PROF. DR. ETHEM ATAY** - Parasal tazmin yerine aynen tazmine hükmedebiliyor. Özetleyecek olursak... İki üç cümleyle olmak şartıyla... İdarenin veya devletin sorumluluğundaki baŒtaki anlayıŒ idare hukukunda tamamen deđiŒmeye baŒladı. Bu çerçeve içerisinde zararın mağdurunun korunması ön plana alınmaya baŒlandı. Fakat bunun gerçekleştirilmesi hususunda uygulanacak yöntem ve hangi yargı yerinin buna hükmetmesi hususunda hukuk sistemlerinin tarihsel geçmişinden kaynaklanan farklı uygulamalar var. Fakat yaptığım araŒtırma çerçevesinde bu anlamda Avrupa Birliği'nde birlik hukukunun üye ülkelere empoze ettiği direktif ve saire rastlayamadım. Dolayısıyla bu anlamda iç hukuk sistemlerini serbest bırakmıŒlar. Fakat hem topluluk hukuku hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanması üye

## Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

devletlerdeki birtakım uygulamalarda idare hukukundaki yeknesaklaşmaya ve idare hukukunun temel nosyonuna ters düşen uygulamaları ortadan kaldırır mahiyettedir. Bu anlamda ulusal hukuk sistemlerinin de birlik hukukundan bu yönde gelen doğrudan uygulanabilmeye ilişkin ilkeyi rahatlıkla uyguladıklarını görüyoruz. Fransa’da bu anlamda bir direngenlik söz konusuydu. Özellikle Fransız Danıştay’ının bir direngenliği söz konusuydu. Fakat zaman içerisinde artık Fransız Danıştay’ı da bu direngenlikten vazgeçti, vazgeçmek zorunda kaldı. Zaten Anayasal düzenlemeyle artık Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi gereğince birlik hukukunun üye ülkelerden doğrudan uygulanma ve üstünlüğü ilkesi kabul edildi. Sabrınızdan dolayı teşekkür ediyorum. Umarım konuyu toparlayabilmişimdir. Bu anlamdaki endişelerimi de inşallah sizlerin nezdinde giderebilmişimdir. Teşekkür ederim.

**OTURUM BAŞKANI MEHMET ÜNLÜÇAY** - Biz de size teşekkür ederiz Sayın Atay. Sayın Atay bizi Avrupa Birliği ülkelerinde idarenin sorumluluğu temel ilkeleri konusunda bilgilendirdi. Kendisine çok teşekkür ediyoruz. Şimdi ülkemizdeki sorumluluk uygulamalarına geçmiş olacağız. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller” başlıklı tebliğini sunmak üzere Sayın Dr. Celal Işıklar’a söz veriyorum.