

I. ULUSAL İDARE HUKUKU
KONGRESİ

BİRİNCİ KİTAP

İ D A R İ Y A R G I

1-4 MAYIS 1990

A N K A R A

I. GİRİŞ

Türkiye İdaresinin sorumluluğu konusu, üzerinde onca yazılıp-çizilmesine ve yarım asrı geçkin bir idari yargı deneyimine karşın, içerdiği sorunlardan günümüzde dahi arınabilmiş görünmüyor. Gerçi, gerek sorumluluk hukukunun, gerek idare işlevinin bu bağlamdaki görünümünün, katı ve kireçlenmiş çözümlerden uzak kalması, değişen dünyamızda sözkonusu değişimin birey ve otorite arasındaki "karşılaşmalar"a da yansıtacağı gerçeğiyle, belki dinamik bir sonuç olarak algılanabilirdi. Ancak, sorunun ülkemizde gösterdiği boyuta bakıldığında, bu "belki" ile başlayan iyimserliği paylaşmak güçleşmektedir.

Türk hukukunda bu alandaki bazı sorunların çözümsüzlüğü neredeyse "kroniklik" niteliğine bürünürken; diğer yandan da, o güne değin gündemimize girmeyen fakat, kamusal sorumluluk hukuku açısından artık salt tarihi değeri olan -ve dolayısıyla modern hukukta, çoktan aşılması- çözümler, hukukumuzda yepyeni bulgular olarak coşkuyla karşılanabilmektedir!

Bunların içinde en çarpıcı olanın; idarenin sorumluluğunu, kamu görevlisinin "devlete kanalize edilen" haksız fiil sorumluluğu olarak niteleyen yaklaşım olduğu söylenebilir.

657 sayılı Yasanın 13. maddesi hükmü vesile edilerek bir ölçüde ve çekingen bir üslupla gündeme sızan bu yaklaşım, 1982 Anayasası'nın 129/V. ve m.40/II hükümleriyle, sanki daha bir güç bulmuş olarak, savunulabilmekte; böylelikle, Türkiye İdaresinin baştan beri "asli" olan sorumluluğu, içinde yer aldığı kamu hukuku ilkelerinden çözümlenip, "artık hukukumuzun bu alanda Alman sistemini benimsediği" gerekçeyle, "dolaylı-üstlenilmiş" bir sorumluluk olarak yorumlanabilmektedir. Sonuçta, çağdaş sorumluluk sistemleri, görevlinin haksız fiiline dayalı kamusal (!) sorumluluk çözümlerini çoktan geride bırakarak, idarenin asli sorumluluğu ilkesine ulaşırken; Türk hukukunda bu gelişme tam anlamıyla ters bir süreç başlatılmış, "kanalize edilmiş sorumluluk" adı altında "başkasının fiilinden", dolaylı bir sorumluluk felsefesine yönelinmiştir.

"Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu" başlıklı bildirim, bu değişimin kuramsal ve hukuki boyutlarını bir ölçüde de olsa sorgulayıp, bu yabancılaştırma ol-

* Dr. Cüneyt OZANSOY, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Yardımcı Doçenti.

gusunun bilinçaltını kurcalamak amacına yönelmiştir. Bu amaçın, kısa bir bildiri içinde yüzeysel olmadan nasıl kotarılacağına parlak bir örneği olma savı ise, müellifin ilgi ve beceri alanına "külliye" yabancıdır.

II. BİR TERİMİN ÇAĞRIŞIMLARI

Gerek doğal, gerek toplumsal değerler, zaman içinde birtakım "aşınmalar"a uğrarlar. Pek de özgün sayılamayacak olan bu saptama; ilgili nesneye yönelik bir süreci de çağrıştırır: Biliriz ki, her aşınma, aslında birşeylerin yitip gitmesi pahasıdır. Ama, yine aynı süreç, bir başka açıdan olumlu beklentiler de doğurabilir: Yenileşme dediğimiz olgu da nihayet, önündeki kanalların açılıp soluk almasını, böylesi bir takım aşınmalara borçludur.

Bildiri başlığı içinde yer alan "erozyon" sözcüğü de öncelikle bu tür çağrışımlar uyandırabilir ve kamusal sorumluluk sistemimiz ile ilgilendirildiğinde, yukarıda anılan sürecin her iki yönünü de anımsatabilir. Ama, hemen araya girip belirteyim ki, bu bildiriyle gündeme getirilen "aşınma", pek olumlu bir yan içermiyor. En azından, şimdilik!

Türkiye idaresinin sorumluluğu olgusunda bir erozyon yaşandığını ileri sürerken, bunun "bir gece ansızın" başlayan ve o güne değin oluşturulan bütün yapıyı "ufalayan" bir süreç olduğu savında değilim. Bir geçmişi ve oradan beslenen kökleri var elbette. Ama, anılan değişimin özellikle 1980 sonrasında ivme kazandığı da bir başka gerçek.

Gerçi, Türkiye'de kamusal sorumluluk konusu, hiç bir döneminde tartışmalardan ve eleştirilerden arınmış bir yapıya bürünmedi. Böyle bir dönem pek yok gibi. Ama özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesiyle getirilen hükümle bu tartışmalar bir uzlaşmazlık boyutu da kazanmış oldu. Anılan yasa hükmü sayesinde, sorun, bazı görüşlere göre büyük ölçüde "çözülmüş", bir başka değerlendirmeye göre de "altüst" edilmişti. Tabii, diğer yandan, 13. madde hükmünün çözüm konusunda yukarıda anılan her iki yoruma da izin vermeyecek denli "karaşsız ve bulanık" bir üslup benimsediği kanısı da, taraflar bulmuştu. Yine bu arada, bazı terimler (hangi kavramları içerdikleri konusunda bir consensus gereğine yüz vermeden) pek sık kullanılır oldu: İdari Kusur, Hizmet Kusuru, Hizmetin Kusuru, Hizmetten Ayrılabilen/Ayrılamayan Kusur, Görev Kusuru, Görevsel Kusur, Kişisel Kusur, Salt Kişisel Kusur.... vd.

Ama, konunun bir başka boyutu var ki, o pek görmezden gelinemeyecek gibi. Üzerinde tartışma barındırmayıp, genel bir kabul görmüş, bir consensus yaratabilirdi: Türkiye idaresinin sorumluluğu "asli bir sorumluluk" idi; idare kendi fiilinden dolayı sorumlu idi. Anayasal ifade ile, "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü-

dü". Yalnız "sorumluluk süjesi" değil, "isnadiyet süjesi"ydi de!

III. ASLİ SORUMLULUKTAN, DOLAYLI SORUMLULUĞA

1. Yargıtay'ın Tutumu

Kamu görevlilerinin kişisel kusurlarına dayalı olarak açılan davalar vesilesiyle, Türkiye idaresinin ve kamu personelinin sorumluluğu konusunda öteden beri etkin bir rol üstlenen Yargıtay, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra da, aynı bağlamda bir içtihat kaynağı olarak gündemi etkileyici konumunu sürdürmekte. Yüksek Mahkemeninin (Yeni) Anayasanın m.129/V ve m.40/II hükümleri karşısında nasıl bir tavır benimseyeceği sorusu, bir süre sonra yanıtına kavuşmuş, -özellikle- Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 tarihli bir kararıyla da, sonraki olası çözümlerin dayanacağı kıstasları "müjdelemişti":

"... T.C. Anayasası'nın 129/5. maddesinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde tazminat davalarının, ileride asıl sorumlularına rücu edilmek kaydı ile ancak idare aleyhine açılabilmesi hükme bağlanmıştır.

.....

"Genel ilke olarak ajanlarının sorumluluklarından yalnızca idarenin muhatap sayılması kaçınılmaz bulunmaktadır.

.....

"T.C. Anayasası zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla buna bağlı hukuki sorumluluğu hiç bir zaman ortadan kaldırmamış, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Açılan davalar zarar görenlere hiçbir ciddi külfet yüklemeyen ve sadece hasım değiştirmek suretiyle merciinde idareye karşı devam ettirilecek ve sonuçlandırılacaktır."
(1).

(1) E.1980/4-1714, K:1983/803- YKD, C.IX, Sayı 11, Kasım 1983, s.1587-1606. Karara ilişkin ayrıca bk. Lütfi DURAN, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", AİD, C.17, Sayı 2, Haziran 1984, s.16-17.

Keza, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin "yeni" döneme ilişkin kararlarına baktığımızda, esas olarak, yukarıda anılan HGK yaklaşımı doğrultusunda çözümler üretildiğini görmekteyiz. Aşağıya bir bölümünü aldığım karar, anılan dairenin hangi noktada olduğuna tipik bir örnektir:

".....

"Devlet memurlarının görev ve yetkilerini kullanırken kişilere verdikleri zararlarda idarenin hizmet kusuru ile memurun şahsi kusuru birlikte bulunabilir. Bu gibi durumlarda, zarar görenin memur aleyhine tazminat davası (görev ve yetki ile bağdaşmayan, örneğin adam dövme, yargı kararlarını yerine getirmeme gibi özel durumlar hariç) açma olanağı bulunmamaktadır (657 S.K. m.13; Anayasa m.129).(....)

"657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ve Anayasanın 129. maddesinde getirilen hükümlerle, memurun sorumluluğu kaldırılmamış; kamu görevlisi olan memurun, tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu diğer sorumlu olan Devlet'e kanalize edilmiştir. Devlet bu düzenlemeyle, memurunun kişiye olan tazmin borcunu yasa gereği doğrudan yüklenmiş olan kişi durumundadır. Borcun zarar görene ödenmesiyle; Devlet zarara uğrayan kimsenin yerine geçerek rücu edebilecektir (...). Memurun kaldırılmayan ancak geçici olarak Devlet'e kanalize edilen kişilere karşı sorumluluğunu kaynağı Borçlar Kanunudur (m. 41)" (2)

(Yargıtay, "Devlete kanalize edilmiş" sorumluluk deyimini pek benimsemiş, birçok kararında bu deyimle yer vererek görevli - idare - zarar gören üçgeniyle ortaya çıkan tazmin yükümlüsü arayışlarında "anahtar kavram"ı bulmuştur! İlginç olan bir diğer nokta da, Yargıtay'ın bu sonuca varmasında, DMK m.13 ve AY m.129/V ile AY m.40/II hükümlerini, aralarında bir anlam ve kapsam farkı görmeden, birbirlerini teyid eden nitelikte görmesidir. İlginçtir diyorum, çünkü, yine aynı Yargıtay, 1982 Anayasası öncesinde, DMK m.13 hükmünün, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarına dayanarak onlar aleyhine kişiler tarafından tazminat davası açılmasına en-

(2) E:1985/7369, K:1985/9399, T.14.11.1985, YDK, C.12, Sayı 4, Nisan 1986, s.509-513.

gel bir biçimde yorumlanamayacağını özenle vurgulamıştı. Uygulama da bir kaç ayrık örnek dışında hep bu doğrultuda olmuş, özellikle İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.10.1979 tarihli kararı, sözkonusu vurgulamayı en açık bir şekilde ortaya koymuştur (3). Dolayısıyla, tümüyle farklı sonuçlara ulaşan iki içtihat biçimine, aynı hüküm (DMK m.13) pek kolay gerekçe yapılabilmektedir. Sonuçta, AY m.129/V ve AY m.40/II ile, sorunun "yeni" bir çözüme kavuşturulduğu belirtilirken, önceki ve tümüyle farklı yaklaşıma gerekçe yapılan DMK m.13 hükmünün de, zaten bu "kanalize edilen sorumluluk" çözümünü benimsemiş olduğu ileri sürülebilmektedir.

Kararların ortaya koyduğu kamusal sorumluluk felsefesine ilişkin değerlendirmeyi ise aşağıda yapacağım. Ama, önce yine bu yolda bir görüşü benimseyen yazarlara da çizilen tablonun tamamlanması amacıyla- kulak verelim.

2. ÖĞRETİDEN "EMSAL" GÖRÜŞLER

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyelerinden Çetin AŞÇIOĞLU, konuya ilişkin yazdığı bir makalede, anılan Dairenin yaklaşımını ve terminolojisini yineleyen bir görüş bildiriyor: "... ilkeyle: zarar görene karşı devletle birlikte müteselsil sorumlu olan memurun sorumluluğu, devlete kanalize edilmiştir". (4)

Yine aynı Daire mensuplarından Aytaç MALKOÇ da, bu söylemi benimseyenlerden: "... memur ve kamu görevlisinin tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu, diğer sorumlu olan devlete kanalize edilmiştir" (5).

Öğretinin, AY. m.129/V ve m. 40/II bağlamında idarenin ve personelin sorumluluğu olgusuna bakışının en kapsamlı örneklerinden birini bir "Borçlar Hukuku" kitabı içinde bulmamız ilginçtir (6). Buradaki ilginçlik nitelemem, çalışma alanı idare hukuku olan (benim gibi) bir akademisyenin, bu

-
- (3) E:1978/7, K:1979/2, RG. 29 Kasım 1979, s.62-63. Ayrıca bk. 4.HD. 15.5.1970, E:1969/5644, K:4549, in: Yüksel Esin /Erol DÜNDAR, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 1. Kitap Usul, Ankara 1971; 4HD. 4.4.1979, E:1979/399, K:1979/4578, YDK; c.5, Sayı 7 Temmuz 1979, s.968-970. Konuya ilişkin bk. Lütfi DURAN, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", in: Tahsin Bekir Balta'ya ARMAĞAN, Ankara, 1974, s.59-120.
 - (4) "Memur Güvencesi Yeterli mi?", in: Milliyet, 28 Temmuz 1984, s.2.
 - (5) İsmail MALKOÇ/Aytaç MALKOÇ, Memurlar ve suçlar-Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Ankara 1988, s.579. Anılan kitapta yazar (AY m.129/V hükmü)"İdarenin kusursuz sorumluluğu ilkesine yeni bir düzenleme getirmiş" (s.582) veya "İdarenin kusursuz sorumluluğunu düzenlemiştir" (s.589) şeklindeki görüşleriyle, epey şaşırtıcı olmayı da başarmaktadır.
 - (6) Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C.11. 3.Baş, Ankara 1989, s.176-186.

alanı ona yabancı disiplinlerden kısıkaçlıkla koruma kaygusundan kaynaklanmıyor (7). Ancak idarenin sorumluluğu konusunun "iskan edildiği" bu yeni alana biraz eğilindiğinde, sorunun hangi bölüm içinde ve hangi kıstaslarla "hal(1) edildiği", ilginçlik nitelemesini fazlasıyla hak ediyor.

Yazarın, "Adam çalıştırmanın sorumluluğu" başlıklı bölümün içinde ve "memur ve diğer kamu görevlilerinin üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan devletin sorumluluğu" adıyla yer verdiği sorun, birçok açıdan irdelenmeye değer görünüyor.

Yazar, değerlendirmelerine önce şu saptamayla başlamakta: "1982 Anayasası, 1961 Anayasasının aksine, devlet ve kamu idarelerinin çalıştırdıkları memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere haksız bir işlem ve eylemle vermiş oldukları zarardan doğan sorumluluğu, açık bir şekilde düzenlemiştir"(8). Bu "teredütleri" kesin olarak bertaraf eden anılan hükümler nasıl "okunmalı"? Yazarın, bu konudaki öneri ve saptamalarını yine kendi kaleminden aktarıyorum:

"İdari güvence ilkesinin memuru ve zarar göreni korumak gibi başlıca iki fonksiyonu vardır. Önce, memur veya diğer kamu görevlisi, bu güvencenin sağladığı moral ve hukuki teminat altında, kamu görevini hiçbir baskı altında kalmadan yerine getirir... İdari güvence ilkesi, zarar göreni de koruma amacı gütmektedir" (9).

"Görüldüğü ki, AY 40/II, temel ve genel ilke olarak devletin asli ve birinci derece sorumluluğunu öngörmüş, resmi görevliyi ise sadece "rücü sorumlusu" olarak düzenlemiştir. Devletin asli ve ilk derece sorumluluğunu öngören diğer madde, AY 129/V'tir" (10).

"Devlet veya kamu idaresi, memurla birlikte değil, tek başına, doğrudan doğruya, memur yerine sorumludur" (11).

"AY 40/II ve 129/V'te düzenlenen devletin sorumluluğu, niteliği itibariyle bir kusur sorumluluğu, yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur... Bu sebeple, memur veya kamu görevlisi, kusursuz ise, meydana gelen zarardan devlet sorumlu olmaz" (12).

(7) Böyle bir kaygunun pek de haklı sayılmayacağına örnek bir çalışma için bk. Haluk TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 87-122. Aksi yönde bir örnek için bk. Mustafa Reşit KARAHASAN, Tazminat Davaları, İstanbul 1976, s.1018-1030.

(8) EREN, s.176.

(9) EREN, s.176-177.

(10) EREN, s.177.

(11) EREN, s.178.

(12) EREN, s.178.

"AY 129/V'te Anayasa koyucu, üst kavram olarak 'kusur' kavramını kullandığı için, burada 'hizmet kusuru', 'kişisel kusur' ayırımı da yapılamaz. Aksini düşünmüş olsaydı, hiç şüphesiz Anayasa koyucu 'hizmet kusuru' deyimini kullanırdı. Bu itibarla, memur veya diğer kamu görevlisi, kişisel kusur ve hatta en ağır (kasdi) kişisel kusurla zarar vermiş olsa bile, sorumlu kendisi değil, Devlet veya hizmetinde çalıştığı kamu idaresidir" (13).

"AY 40/II'de yer alan 'haksız işlemler' deyimindeki 'haksız' sözcüğü, haksız fiildeki 'haksız' sözcüğüyle eş anlamdadır... Resmi görevlinin haksız işlem ve eylemi, AY 129/V'e göre kusur şartını (unsurunu) da gerektirdiğinden, bu tür bir işlem ve eylem hangi açıdan bakılırsa bakılsın, mahiyeti itibariyle BK.41'de düzenlenmiş olan bir haksız fiildir" (14).

IV. ÖZEL HUKUKUN "ÖNLENEMEYEN" İSTİLASI VE BİR DEĞERLENDİRME

Gerek içtihat, gerek öğretilen seçilen örnekler yan yana getirildiğinde ortaya epeyce çarpıcı bir tablo çıkmakta. Bu tabloda, Türk kamusal sorumluluk sistemi tümüyle "başkalaştırılmış", bu sistemin dokusu tümüyle değiştirilmiştir.

"Devlet, memur ve müstahdemleri istihdam eden durumdadır... Devlet vesair hükmi şahıslarının mes'uliyeti hakkında kabili tatbik hükümlerin müşterekliği hiç bir veçhile kabili inkar olamaz" (15) görüşü, otuz yılı aşkın bir süre sonra yeniden ve yepyeni(!) bir vitrinle karşımıza çıkmıştır. Tabii, şimdi sorulması gereken şudur: Türk Hukuku bu süreyi, BK m. 55'den BK m.41'e ulaşabilme çabasıyla mı geçirmiştir?

Ve bir diğer soru: 1982 Anayasasının m.129/V ve m.40/II hükümleri, Yargıtay'ın ve öğretinin sergilediği tablo ile bu denli uyumlu mu?

Hemen belirteyim, bu sorulara olumlu yanıt verilemez! Türk kamu hukukunun bünyesi, böylesi yorumları haklı kılmak bir yana, mazur gösterecek bir kanıt dahi içermemektedir. Bu saptamanın, 1982 Anayasasının anılan hükümleri karşısında dahi geçerli olduğu kanısını taşıdığım gibi, en başta yine bu Anayasanın anılan yorumlara tahammül gücü olmadığı da bir başka gerçektir.

Öncelikle ne AY m.129/V ve AY m.40/II, ne de DMK m.13, -rücuya ilişkin hükümleri bir yana bırakılırsa "sorumluluk kurucu" normal değildir, sorumluluk hukuku açısından

(13) EREN, s.179

(14) EREN, s.179-180

(15) Şakir BERKİ, "İstihdam Edenlerin Mesuliyeti", SBFD, Zeki M. Alsen'a Armağan, C.XI, Sayı 3, 1956, s.60-61.

"usul normu" niteliği taşırlar ve "davali tarafı" belirleme-ye yöneliktir. Bu nedenle, gerek Yargıtay'ın, gerek öğretinin (maddi norm niteliği taşıyan AY m.125 son fıkraya hiç değinmeden) anılan hükümleri "devletin sorumluluğunu kuran" nitelikte değerlendirmesi doğru sayılamaz. EREN, devletin sorumluluğuna ayırdığı 11 sayfalık bölümde, AY m.125'i tü-müyle yok saymış ve tek bir sözcükle dahi bu hükümden söz-et-memiştir (16).

Öğreti ve içtihat tarafından pek tutulan "memurun devlete kanalize edilen sorumluluğu" ifadesinin dayanağı ne-dir? Kanımca, buna gerekçe yapılan Anayasa hükümleri, böyle bir ifadeyi ve onun içerdiği çok ciddi sistem değişikliğini haklı kılar bir biçimde yorumlanamaz. Böyle bir yorumun da-yanağı kanıtlara göre, "asıl sorumlu" (kastedilen, isnadiyet süjesi) kamu görevlisidir, ama devlet " araya girmekte" ve aslında kendisine ait olmadığı belirtilen bu sorumluluğu üstlenmektedir! Bir diğer deyişle, devlet , başkasının fiilinden dolayı ve salt tazmin yükümlüsü şeklinde bir sorumlu-luk süjesi olmaktadır. Belki, buna karşı şöyle yanıt verile-cektir: Devletin kendi (asli) sorumluluğu kalkmamakta ve fa-kat bunun yanında görevlinin sorumluluğu da bu sorumluluğa eklenmektedir. Bu görüşün ne denli gerçekçi olduğu bir yana, EREN'in şu ilginç saptaması da kuşku-ları bertaraf etmekte-dir: "memur veya kamu görevlisi, kusursuz ise, meydana gelen zarardan devlet sorumlu olmaz" (17).

Salt bu kısacık ifade dahi, Türkiye'de idarenin so-rumluluğu olgusunun dayandığı yasal ve içtihadı gerçekleri inkar etmekle eşanlamlıdır. Yazarın AY m.125/ son fıkra hük-münü "atladığını" bir an için varsayalım; ama, onun da öte-sinde, Danıştay'ın bir yasal norma sığınma gereksinimi duy-madan, yarım asrı geçkin bir süredir uyguladığı "hizmet ku-suru" ve sonrasında "kusura dayanmayan sorumluluk" ilkeleri-ne dayalı koskoca bir "asli sorumluluk" gerçeği ortadayken, anılan ifade daha da şaşırtıcı olmaktadır.

Diğer yandan, devlete kanalize edildiği ileri sürülen sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu olduğu, dolayısıyla kaynağın da Borçlar Kanunu olduğu görüşü, savunulamaz. Bir defa, personelin zarar doğurucu davranışı, "görev" ile bir bağlantı veya ilgiye sahip olduğunda, artık orada "haksız fiil"i aşan, onun "anlayamayacağı" ve dolayısıyla çözemeye-ceği bir özel davranış biçimi vardır. Gerek DMK m.13, gerek Anayasanın anılan hükümleri; görevlinin devlete "kanalize" edildiği ileri sürülen zarar verici davranışının, yine de idarilik niteliğini yitirmediği yaklaşımıyla yorumlanmalı-dır. Devlet, şayet görevlinin belirtilen nitelikteki zarar verici davranışının sonuçlarını karşılamayı kabul etmişse; bunun nedeni, "görevle ilgili" olduğu sürece "kendisiyle de ilgili" olduğu gerçeğini gördüğündendir. Yoksa, görevlinin

(16) Bk. EREN, s.176-186.

(17) EREN, s.178

güvencesi, hukuk dışılığına prim veren ve her türlü "haksız" davranışı devletin üstlendiği bir sistemle sağlamış olur ki, böyle bir yorumun ne vatandaş güvencesiyle ne de hukuk devletiyle bir ilgisi olamaz.

Yine EREN'e göre, anılan Anayasa hükümleri "devletin asli ve birinci derecede sorumluluğunu öngörmüş"tür (18) ve "gerçekleşen zarardan doğrudan doğruya, asli olarak ve birinci derecede sorumlu, devlettir (19).

Bu saptamanın ilginç olduğu kuşkusuzdur. Yazar, sözkonusu hükümlere ilişkin yorumunda tümüyle, sorumluluğun aslında memura ait olduğunu belirtmekte ve fakat, "devlet veya kamu idaresi(nin)... memur yerine sorumlu" (20) olduğu sonucuna vermektedir. Bu sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu söyleyip, kaynağının da BK. m.41 hükmüne dayandığını özellikle belirten yazarın, böylelikle karşımıza "nakledilen, dolaylı" bir sorumluluk tablosu çıkardığı ortadadır. Bu tabloda devlet, "Kendi fiilinden" değil, "başkasının fiilinden" sorumlu olmakta; bu ise, dolaylı bir sorumluluğun ders kitaplarında yer almayı hak edecek denli tipik ve basit bir örneğini oluştururken, adına "asli" sıfatı yakıştırılabilmektedir.

Ortaya konulan sorumluluk modeli "dolaylı"dır ve memurun Bk. m.41 gereği sorumlu olabilmesine bağlıdır. Zaten EREN de, memur kusurlu değilse devlet sorumlu olmaz (21) şeklindeki inanılması güç sonuca varırken, literatüre de yepyeni bir "aslilik" tanımı armağan etmektedir.

Memurun BK. m.41 bağlamında gerçekleşecek bir kişisel sorumluluğuna "muhtaç kılınan" böylesi bir sorumluluk modelinde devlet "sorumluluk süjesi (Haftungssubjekt)" olmakta fakat, "isnadiyet süjesi" (Zurechnungssubjekt) kabul edilmemektedir. Halbuki, asli sorumluluk, "devletin memurunun haksız davranışını üstlendiği değil, fakat kendi haksız faaliyetinden doğan dolaysız bir sorumluluktur" (23).

Yargıtay da anılan kararları ile, yukarda eleştirilenden farklı bir tablo çizmiş değildir. Ancak, Yüksek Mahkeme aynı tabloyu "asli sorumluluk" örneği olarak sunma gayretine de düşmemiştir.

(18) s.177

(19) s. 178

(19) s. 178

(21) s. 178

(22) Bk. Fritz OSSENBUHL, Staatshaftungsrecht, München 1978, s.5;

Prodromos DAGTOGLOU, Bonner Kommentar, Kommentierung des Art. 34 Grundgesetz, Zweitbearbeitung, Hamburg 1970, Randnummer 9; aksi yönde, Karl August BETTERMANN, "Vom Sinn der Amtshaftung", JZ 1961, s.482.

(23) Hans-Jurgen SPAPIER- Kommentierung des 839 BGB in Münchener Kommentar ZUM BGB, Bd. 3, 2. Halbbd, München 1980, Randnummer 7.

Bir diğ er nokta; EREN'in, güvence modeli adı altında, kamusal sorumluluk sistemini tümüyle başkalaştırması, tüm kaygısını görevlinin dava edilmesinin ne denli "olanaksız" olduğunun ıspatına hasretmesidir. Yazarın yaklaşımında, "memur veya kamu görevlisi, kişisel kusur ve hatta en ağır (kasdi) kişisel kusurla zarar vermiş olsa bile" (24), karşımıza korunmaya değ en yeğane mağdur olarak çıkmakta ve okurunda, böylesi bir mağdur karşısında "yüreğinin parçalanmaması", bu duyarsızlığın bizatihi bir "haksız fiil" olarak nitelendirilmesini zorunlu kılmaktadır! (25).

SONUÇ YERİNE

Gerek öğretilen, gerek içtihatlardan alınan "emsallerle" sergilemeye çalıştığım bu tablonun, iyimser motifler taşıdığını söylemek mümkün değildir. Ama, yine bir başka gerçek, bu karamsar sonucun DMK. m.13 ile AY. m.129/v ve m.40/II hükümlerine fatura edilmesinin de gerçekçi olamayacağıdır. Anılan hükümler, sergilenen sonuçların "düzenleyicisi" sayılamazlar. Belki, DMK m.13'ün gerekçesi, "bu hüküm, esas itibariyle, Alman sisteminden ilham almaktadır" (26) şeklindeki ifadeyle, o yolda çözümler üretilmesine "cesaret vermiş" sayılabilir. Ama, bu çözümlerin "başka türlü" olması için çok daha fazla neden vardı ve üstelik bu nedenler Anayasa ve yerleşmiş içtihatlar tarafından da desteklenmişti. Ama, olmadı!

Öncelikle; Alman sistemine uygun çözümler üretme merakı ve çabası; sözkonusu çözümlerin Türk kamu hukuku ile ne ölçüde bağdaşabilirliği sorunu önemsenmeden, bir dizi özensizlikle (ve dolayısıyla talihsizlikle) yanyana gitmiş (27); ardından 1982 Anayasasının anılan hükümlerine, bu çabalara yönelik yeni bir "hayat öpücüğü" işlevi verilmiştir.

Alman kamusal sorumluluk sisteminin merkez kavramı olan "Amtshaftung", görevlinin kişisel sorumluluğuna dayanır ve 1 Ocak 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu BGB'nin 839'uncu maddesine göre oluşacak böyle bir sorumluluğun, yine Alman Anayasası'nın 34 üncü maddesi aracılığıyla devletçe üstlenilmesini gösterir (28). Dolayısıyla, bir görevli sorumlulu-

(24) s. 179

(25) EREN'in bu konuda referans verdiği FORSTOFF'un, Alman öğretilinde, memur lehine bir güvenceye en soğuk bakan yazar olduğunu da belirtiyim. Bk. Ernst FORSTOFF- Lührbuch des Verwaltungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, München 1974, s.4321, 234.

(26) Ek. Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem A. Toplantı 4, C.42, s. Sayısı 977, s.10-11

(27) Ödn. Bk. KARAHASAN- S. 1018-1030

(28) Bk. OSSENBÜHL, s.7; Bernd BENDER, Staatshaftungsrecht - Schadenersatz - Entschädigungs - Und Folgenbeseitigungspflichten aus hohheitlichem Unrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1974, Randnummer 381-397;

ğuna "bağımlıdır" ve devletin bu üstlenmesi, BGB hükmüne göre oluşacak bir kişisel sorumluluktan sonra gerçekleşir (29). Bu nedenle, anılan 34 üncü madde hükmü bir sorumluluk kurucu norm değil; salt usuli, davalı tarafı gösteren bir normdur. (Passivlegitimationsnorm). Bir başka ifadeyle, bu yapılamada, devletin sorumluluk koşulları, BGB paragraf 839 bağlamında görevlinin sorumluluğunu gerektiren koşullara "bağlamıştır" (30) ve ancak böyle bir görev ihlali (Amtspflichtsverletzung) halinde, devlet sorumluluğu "üstlenir".

Bu modelde devlet "birincil" sorumlu olmakla; fakat, bu sorumluluk üstlenilmiş ve dolaylı olduğundan, "asli" sayılmamaktadır.

Türk kamusal sorumluluğunun gerek Anayasal, gerek içtihadı gerçeği ise, böylesi bir yapıya tümüyle yabancı olduğu gibi, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" (1982 Anayasası m. 125/V, 1961 Anayasası m.114/IV) hükmü karşısında, böyle bir montaj da baştan olanaksız (ve tabii gereksiz) hale gelmektedir (31). Kaldı ki, Türk hukuku BGB 839 benzeri bir hükmü içermezken, Danıştay'ın yerleşik içtihatları da "asli devlet sorumluluğunu" teyid etmiştir. Yasa kaynaklı olan Alman sorumluluk sisteminin karşısında, Türk kamusal sorumluluk sistemi "içtihadı" niteliğiyle de uyumsuz kalır.

İşin daha da ilginç yanı; Alman öğretisi ve içtihadı, orada geçerli bu sistemi -biraz da zorlamayla- değiştirmek ister ve kişisel kusur elementini objektif bir niteliğe büründürürebilmek için "Organisationsverschulden" adı altında "hizmet kusuru"na benzer bir nesnel kıstas aranırken (32); Türk hukukunda, bu terkedilmek istenen sisteme duyulan öykünmeyi anlamak daha da güçleşmektedir.

Ancak, Türkiye'de idarenin ve ajanın sorumluluğunun belirlenmesi sorunu, yukarıda anılan görüşlerden ayrılan, bambaşka bir kulvarı benimseyen yaklaşımlarla da değinilmeye değer bir soyutu saklı tutmuştur.

Bu boyut, sözkonusu sorunu "cezai sorumluluk" motifleriyle çözmek istemesiyle belirginleşmekte; önceki yaklaşım-

All Ü. AZRAK, "Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti", İHFM 1960, C.XXVII, 5.2, s.368-374; DAGTOGLOU-Randnummer 7-11, PAPIER-Randnummer 7-11

(29) DAGTOGLOU-Randnummer 7-10.

(30) Walter JELLİNEK, "Schadenersatz aus Amtshaftung und Entfeignungsentschaedigungs", JZ 1955, s.149.

(31) Bu konuda DMK. m.13 açısından bk. DURAN, T.B.Balta'ya Armağan, s.92-94, TANDOĞAN, s.102-107.

(32) Bk. OSSENBUHL, s.42-43, BENDER, Randnummer 593; DAGTOGLOU-Randnummer 173.

dan birçok noktada ayrılrsa da, son toplamda kamusal sorumluluk sistemini, ona yabancı kalması gereken unsurlarla donattığından, muhalif olduğu yaklaşımla ortak bir payda oluşturmaktadır.

Örneğin, DMK m.13 hükmünün, (görevlinin kişisel sorumluluğuna ilişkin, "konuyu altüst eden" (33) bir düzenleme içerdiğinden hareket eden DURAN, kamu personelinin bir koruyucu zırh kazandığı gerekçesiyle, sözkonusu hükmü "T.C Anayasası ilke ve kuralları ile bağdaştırılması mümkün görülme-yecek nitelikte genel ve salt"(34) olarak değerlendirmiştir.

Bu hükmün "netayıcı şu olacak ki, bundan böyle memurlar çok cür'etli olacaktır, hep kötü karar vermekten çekinmeyeceklerdir, çünkü kendileri mesul değildir, idarenin de onu takip edeceği çok şüphelidir" (35) görüşü, bir gerçeğe parmak basmakta, hele bu gerçek Türkiye uygulamasında ürktücü bir boyut da kazanmaktadır.

Ancak, Türk kamu hukukunun kendisine pek çok şey borçlu olduğu tartışmasız olan DURAN, bu haklı endişesini gidermek için geliştirdiği sistemde, iki yan sonucun da doğmasına kayıtsız kalmıştır. Esas olarak, görevlinin "kişisel kusur" alanını olabileceğince genişleten bir yorumla m.13 hükmünün aşılabileceğine inanan yazarın bu tutumu, "idari-lik" alanını (görevlinin kişisel kusur alanı lehine) daraltırken", görevle ilgili olan pek çok davranış biçiminin sorgulanmasını" adalet mahkemelerine vermekte; diğer açıdan da, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi yolunda en önemli görevin (ve aynı zamanda tehlikenin) kamu görevlileri üzerinde yoğunlaştığı -haklı- gerekçesiyle, tazminat korku ve yaptırımına bu yolda bir misyon yükleyerek, bu alana "cezai sorumluluk" ilkesini ithal etmektedir (36).

Değerli hukukçunun bu gözlem ve önerileri genellikle kabul görmüş, Yargıtay 4. HD de, DMK m.13 ile ilgili uygulamalarında, yazardan esinlendiği açıkça görülen çözümler üretmiştir.

Kanımca, mali sorumluluk ilkelerinin öncelikle kamu görevlileri üzerinde bir "yaptırım mekanizması" (37) olarak görülmesi ve bu bağlamda bir "cezalandırma misyonu" ile donatılması, çağdaş hukuki sorumluluk çözümlerine aykırı düşmekten başka; böylesi bir misyonun gerektirdiği yorum biçimine de idari/ kamusal nitelikli faaliyet alanını küçültme-

(33) DURAN, T.B. Balta'ya Armağan s.62

(34) Lütfi DURAN- Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, s.3

(35) Lütfi DURAN, in: Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s.111

(36) Özellikle bk. DURAN, T. B. Balta'ya Armağan, passim

(37) Salt GÜRAN, "Türk İdare Hukukunda Tam Yargı Davalarının Hedefi ve İşlevi", YARGI DERGİSİ, s.10 Ağustos, 1979, s.22

den ulaşmak güçtür. Bu güçlük, belki rücu kurumunun etkin ve gerçekçi bir şekilde uygulanmasıyla aşılabilir; ama, bunun da yine idari yargı içinde gerçekleşmesi dileğinin -şimdilik- pek fazla şansı görünmüyor.

Denilebilir ki, sözkonusu soruna ilişkin çözümler, önceden yapılan "tercihlere" uyarlı kılınmaya çalışmaktadır. Bu bir açıdan çok doğal ve hatta gerekli bir yöntem olarak nitelendirilebilirse de, bu tercihlerin dayandığı değerlerin yekdiğerini "dışlar" tavrı benimsemesi, sarkacı sürekli aksi yönere fırlatmaktadır. Zarara uğrayan bireyin korunması gereğiyle ödeme gücü yüksek bir davalı yaratma gayreti, çoğu kez, hukuka aykırı davranan memuru bir anlamda ödüllendiren sisteme dönüşmekte, bu tehlike önlenilmek istendiğinde de, kamu hukukunun kolayca benimseyemeyeceği bir hukuki sorumluluk felsefesi, cezai sorumluluk çözümlerinden medet ummaktadır.

Tabii, tüm bu yaklaşımların ardındaki kuramsal doku merak edilip, üzerine eğilindiğinde, karşımıza, birkaç aktör çıkmaktadır. Bunlardan biri, özel hukukun hukuki sorumluluk alanını tümüyle kendi çözümleriyle donatma isteğinin, Zümrüt-ü Anka kuşu gibi; yeniden ve yeniden dirilmesidir. Bu etki öylesine yoğundur ki, bir kamu hukukçusunun, idarenin sorumluluğuna ilişkin getirdiği tanıma dahi tümüyle sinebilmektedir: "İdarenin hukuki sorumluluğu da, idari faaliyetler (etkinlikler) sonucu, idare ile yönetilenler arasında idare yararına bozulan ekonomik dengenin tekrar tesisini amaç edinen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır" (38).

İdare ile yönetilenler arasında ne ekonomik ne de hukuki denge vardır; olması da zaten gerekmez (ve hatta olması evladır). İdarenin zarar doğuran faaliyetinin niçin idare yararına bir ekonomik sonuç doğuracağı da -bazı aykırı haller dışında- anlaşılammaktadır. İdare patrimonasında böyle sebepsiz zenginleşme benzeri artışlar son derece enderdir ve hele bir kamusal sorumluluk sistemine esas hiç olamaz. Kişivariğine ilişkin zararlar konusunda söyleyecek hiçbir sözü olamayacak bu yaklaşım, zarar olgusunda, servet yitimi ve servet transferi ayırımını hiç görmeyip, tüm sorunu ikinci duruma sıkıştırmasıyla da, idarenin sorumluluğunu bir sebepsiz zenginleşme ya da istirdat davası çözümüne mahkum etmektedir.

Bu alanda bir diğer -aktör değil- suflör de, "devletin hukuka aykırı davranmayacağı dogması"dır. Devlet ile memuru arasındaki ilişkiyi bir vekalet ilişkisi olarak görüp, "si

(38) Yüksel ESİN, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Baskı, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1976, s.14, ayrıca bk. Kazım YENİCE/Yüksel ESİN, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.77; yine bu yönde tanım örnekleri için bk. Necdet ÖZDEMİR, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 1963, s.5; Recep BAŞPINAR, "Tam Yargı Davaları", in: Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s.482.

excessit, privatus est" ilkesi gereği, hukuka aykırı davranan memurun artık devleti değil fakat, kendisini temsil ettiği ve böylelikle "contra mandatum" gereği, yine yalnız kendisinin sorumlu olacağı yolundaki "mandatum (vekalet) kuramı" bir yandan (39), yine aynı sonuçlara varmakta güçlük çekmeyen "The King can do no wrong" ilkesi bir yanda sürekli aynı dogmayı terennüm eder: Devletin hukuka aykırı davranma ehliyeti yoktur. Memurlara da böyle bir yetenek verilmemiştir. Bu vekalet aşılmışsa, devlet taraf olamaz, tek sorumlu memurdur!

Bu ilkelerin artık salt tarihi değeri olduğu ileri sürülüp, çağımızda kendisine yer edinemeyeceği sanılsın. KELSEN'in ve pozitivistin sesi öyle pek uzaklardan gelmiyor: "Gott kann nicht das Böse wollen, der staat kann kein unrecht tun: Tanrı (nasıl) kötülük isteyemez(se), devlet (de) hukuka aykırı davranamaz" (40).

Türk kamusal sorumluluk hukuku da, tüm bu kalıntıların sarmalında sıkışmakta; kutsal ve dizgilenemeyen otorite kullanma geleneğinin bireyleri ve hukuk devleti ilkesini ufalayan hoyratlıklarını, bu alana cezai sorumluluk ilkeleri ithal ederek aşmak isterken, mandatum kuramının kuracağına düşmekte (41), aksi yöndeki çözümlerde devletin sorumluluğunu "üstlenilmiş" bir sorumluluk haline dönüştürmekten çekinmeyerek böylelikle, devlet hazinesini -bir zamanlar Almanya' da kullanılan benzetmeyle "Prügelknabe" (şamaroğlanı) olarak görüp, "Fiscus" kuramının ucuzluğuna teslim olabilmektedir.

-
- (39) Mandatum hakkında bk. Martin HEIDENHAIN, Amtshaftung Und Entschädigung aus enteignungsgleichen Eingriff- Berlin 1965, s. 19-20; DAGTOGLOURandnummer 12; Martin HEIDENHAIN, "Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns", JZ 1968, s.488; Jürgen KOHL, Die Lehre von der Unrechtsunfaehigkeit des Staates, Köln 1977, s.78-80; OSSENBUHL, s.2-3; PAPIER, Randnummer C10 Duri BEZZOLA, Der Einfluss des privaten auf die Entwicklung des offentlichen Schadenersatzrechts in der schweiz, in Deutschland und in Frankreich-Winterhur 1960,
- (40) Hans KELSEN, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, s. 79.
- (41) Bunun tipik bir örneği, Yargıtay'ın, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlilerine ilişkin saptamasıdır. Yüksek Mahkemeye göre, görevlinin, yargı kararını yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetkisi yoktur" (4.H.D. 27.2.1986, E:1986/1268, K:1986/1841, YKD. C. 12. 5.6 haziran 1986, s.797). Böylelikle, "Kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine, uyulması gerekli bir Anayasa emridir" (4.HD. 13.5.1986, E:1986/1995, K:1986/4064, YKD, C.12, 5.9 Eylül 1986, s.1288). Açıkça görülüyor ki, Yargıtay "Bağlı Yetki"ye aykırı bir davranışı, bir yetki, görev kullanımına ilişkin görmemektedir. Bu yaklaşım hiçbir açıdan savunulamaz. Bu konuda ayrıca bk. Yıldızhan YAYLA, "Karar İncelemesi", Hukuk Araştırmaları, C.1, s.3 Eylül-Aralık 1986, s.53.

Türk hukuku bu sorunları aşacaktır. Olumsuzluk, bir sonuç olarak da algılanabilir ve karamsar bir tabloyu "seyretme" mahkumiyetine dönüşebilir; ama, yine aynı olumsuzluk, bu tabloyu değiştirmek ve olumluya dönüştürmek için "birşeyler yapmanın" itici gücü de olabilir. O zaman, Türk kamu hukukçularına düşen görev de, sözkonusu sorunu kendi topraklarında tutmanın mücadelesini vermek ve kamusal gücün hukuka aykırı faaliyetini de bir kamu hukuku sorunu olarak görüp çözmekten geçmektedir.