

İDARENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Hasan Nuri Yaşar*

İdarenin sorumluluğu(responsabilité administrative) üzerinde düşünmek teorik olarak idarenin faaliyetleri üzerinde gerçekleşiyor gibi olsa da, aslında bir anlamda idari yargı üzerinde düşünmek demektir. Eğer kamu yönetimi ağırlıklı bir bakış açısına bağlı kalınsaydı, idarenin faaliyetlerinden doğan sorumluluğu sadece iyi idare ve iyi yönetim kavramları üzerinden düşünülebilir, buradan idareye yönelik mesajlar çıkarılabilirdi. Ancak idari yargıyı ortaya çıkaran neden, idarenin başına buyruk davranmayı içselleştirmesi gibi sübjektif ve takdir yetkisi üzerine kurulu serbestliği gibi nispeten objektif sorunlar etrafında düğümленince, bizim için, sorunların idareyi haklı kılacak gerekçeleri de üretecek potansiyele sahip sosyolojik bakış açısı değil hukuki analiz öne çıkıyor.

1. İdarenin sorumluluğu ve idari yargı problemi

Kuvvetler ya da daha uygunu işlevler ayrılığı kuralına bağlı demokratik düzenlerde sorumluluğunun politik bakımdan asıl muhatabı yürütmedir. Yürütme içindeki "idare cihazı"nın sorumluluğu yürütmenin sorumluluğundan ayrı düşünülemez. Bu aslında, "sürünün bütününden sorumlu olma" ilkesidir.

Türk doktrininde idari yargı ve yürütme ve dolayısıyla idari yargı ve idare ayrımı nadiren ele alınmaktadır². İdari yargı, idari gerekleri kavrama beklentisi doğrultusunda yürütmenin içinden çıkmıştır. İdari yargılar bu günde Fransa'da bütünüyle, ülkemizde ise kısmen idareden gelmektedir. Bu

* M.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

¹ DURAN, "İdare cihazı" deyimini, "Düzenli toplumlarda Devletin ya da kamu gücünün her günkü görünümü" olarak açıklamakta(s. 1), İdareyi "Yasama, hükümet etme ve yargılama olmayan tüm kamusal kurum ve işler" olarak tanımlarken(s. 2), "İdare bir kanunu veya hükmünü Anayasaya aykırı görse de, bu konuda dava ve itiraz hakkı olmadığı, aksine uygulamak ödev ve zorunluluğu bulunduğu için, üstün "Hukuk" ile değil yasalarla bağlıdır"(s. 36) demektedir. Bkz. DURAN Lütfi, "İdare Hukuk Ders Notları", Fakülteler Matbaası, 1982.

² Bkz. YAŞAR Nuri, "İdari Yargı, İdari yargıç ve Yargısal Emir", Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, özellikle s. 34 vd. AZRAK, benimde tamamıyla katıldığım üzere, "Türk doktrinini, Yargı ve Yürütme yahut İdare fonksiyonlarının karşılaştırılması konusu üzerine pek az eğilmiştir" demektedir. Bkz. AZRAK Ülkü, "Yargı ve İdare, İki fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme" in İHFM, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, 1969, s. 128-155.

nedenle, idari yargıya yönelik idari gerekleri kavrama beklentisi, yargıcın, idareci gibi düşünme alışkanlığı kazanarak, yargısal fonksiyonunun gereklerinden uzaklaşmasına ve yargısal denetiminin zayıflamasına yol açma riskinin varlığına ilişkin eleştirilerin konusunu oluşturur.

İdarenin yargı denetimine tabi olması hiç kuşkusuz *hukuk devleti* ile ilgilidir³. Hukuk devleti kavramının, genelde yargı, özelde ise idari yargıyla arasında karşılıklı bir etkileşim (interactivité) söz konusudur. İdari yargı, yürütme işlemlerini (bazı istisnalar hariç) denetlemekle hukuk devleti bakımında önemli bir işlev görmektedir. İdari yargının kanunları yürütmek ve kural koymakla yetkilendirilmiş hükümetler üzerinde doğrudan etkili olması doğal olarak yürütme içindeki idare üzerinde yetkili olmasını gerektirir⁴.

Başlangıçta idari yargı içinde yer aldığı *Yürütmenin bir diğer parçası olan İdareyi hukuka saygılı olmaya zorladığı bir yargısal organ*⁵ olmak niteliğine sahipti. Ancak Fransa'da idari yargı yürütme organı içinde kalsa dahi, tutuk yargı⁶- (*justice retenue*-mevkuf kaza) rejiminin ortadan kalkarak yetkili yargı yeri (*justice déléguée*-mevkül kaza)⁷ olmasıyla yargıç da *administrateur-juge* (idareci-yargıç) haline gelmiş ve yürütmeyi de kapsayan bir biçimde idareyi hukuka saygılı olmaya zorlama hedefi süreklilik göstermiştir. Ülkemizde idari yargının kuvvetler ayrılığı ilkesine göre konumlanmış olmasına karşın bu ölçüde etkili olduğu kolaylıkla söylenemez.

İdari yargıyı ortaya çıkaran bürokratik (politik) neden ve gerekçelerin yanında ayrıca "hayatın içinden gelen" gerekçeler vardır. Adli yargının, idarenin işlemlerini denetlemesini engellemek ilk nedeni, yargılanan tarafın, Devlet olarak algılanan İdare olması ile İdare Hukukunun doğumuna yol açan ilk teknik gerekçe olan "*idari işlem teorisi*"⁸ arasında sıkı bir kavramsal ilişki var. Bugün de geçerliliğini koruyan idari işlem teorisi ile devlet olarak algılanan İdare, kendi işlemlerinin farklılık ve ayrıcalığını denetlenen alanın "özellikli" olduğu gerekçesiyle, adli yargı denetiminden ve kararlarından uzak tutacaktır⁹. *Bu yaklaşımın doğal sonucu bireysel talepleri karşılamak amaçlı yargılamaya hiçbir biçimde muhatap olmamak olarak ortaya çıkmaktadır*. Diğer bir söyleyişle sadece işlemlerin hukukiliğinin kontrolü bakımından değil, ayrıca bunlardan doğabilecek muhtemel zararlarının karşılanması talebinden de uzak durmak amaçlanmıştır.

³ CHEVALLIER Jacques, "L'Etat de Droit", Clefs, 2. Baskı, Montchrestien, 1994, Eleştirel bir bakış için bkz. LUISIN Bernard, "Le mythe de l'Etat de droit" in Etat, Société et Pouvoir à l'aube de XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de François BORELLA, PUN, 1999.

⁴ WEIL P., in Préface, s. IX vd. in (Danièle LOSCHAK), "Le rôle politique du juge administratif française", L.G.D.J., Paris, 1972.

⁵ BARTHELEMY H., "Droit administratif", Librairie Arthur Rousseau, 1916, s. 933; ANREA-DES Stratis, "Les contentieux administratif des Etats modernes", Sirey, 1934, s. 13.

⁶ VIGUIER Jacques, "Le contentieux administratif", Dalloz, 1998, s. 15 vd. Bu konuda ayrıca bk. ERKUT Celal, "Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı", İstanbul 2004.

⁷ VIGUIER, ibid. s. 17.

⁸ CHAPUS René, "Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique, administration et son juge", Paris, 1999, s. 187.

⁹ Aynı yönde Müslühiddin Adil, aktaran ARAL Rüştü, "Yargı Yönünden Danıştayın Gelişim", Yüzyıl Boyunca Danıştay, ikinci baskı, Ankara, 1986, s. 279 vd.

Ancak, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin *Blanco (1873)* kararı bu kabulü sarsan ve bir bakımından sorunu çözen neticeler doğurdu¹⁰: ilk olarak, adli yargıyı *Blanco* isimli kız çocuğunun ebeveyninin tazminat talebini sonuca bağlamaktan alıyordu. İkinci olarak, bu başvurunun yargılama yerinin idari mahkemeler olduğunu belirledi. Üçüncü olarak, bu karar idarenin sözleşme dışı tazminat sorumluluğunun varlığını ortaya çıkaran yolu açtı. Dördüncü olarak, idari yargı yetkisi ile idare hukukunun içeriği arasında kesin bağ kurdu.

Bu karar kamu hizmetini idari yargının tek yetki alanı olarak ortaya koymaktaydı. Bununla birlikte, netice de, idari yargıyı da, idare hukukunu da modern anlamda doğuran bir “tazminat” talebi oldu. Böylece kamu yararı ile özel yarar arasında sadece bir zıtlık değil, bir ilişki olduğu gerçeği de ortaya çıkmıştı.

İdarenin faaliyetlerinden kaynaklanan mali sorumluluğu, neticede idari yargıcın genel yarar ile özel yarar arasında kuracağı denge de kararlaştırılacaktır¹¹. Ancak, iki kavram arasındaki denge, kamu düzeni içinde yerleşik değişik “mikro kamu düzenleri” bağlamında değerlendirilmektedir. Bir idari işlemin iptali üzerine kararlaştırılacak tazminatın belirlenmesinde, örneğin imar kamu düzeni, ekonomik kamu düzeni, sağlık kamu düzeni gibi farklı kavramlar devreye girmekte ve idari kararının hukuk düzeninde yarattığı bozulmanın etkileri bu alt kamu düzeni kavramlarının kendi bağlamlarında ele alınmasıyla sonuca bağlanmaktadır. Burada doğal olarak kamu düzeni kavramının koruyucu etkisi, kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerinin yarattığı zararın derecelendirilmesinde bireysel hakların korunmasının aleyhine rol oynayacak, diğer bir söyleyişle “idari gerekler”in analizi öne çıkacaktır. Diğer yandan, davanın tarafını bir gün idari yargıç bile olabilecek memurlar oluşturmaktadır ve bunlar mensubu oldukları idare adına işlem yaptıkları için taraf durumuna gelmişlerdir¹². Bu durumda, idare idareci-yargıçtan kendi lehine bir destek bekleyecektir. Nitekim, bu desteği doğal gördüğü anlaşılan ve daha sonra Adalet Bakanı olan Debré, 1958 tarihinde bile “idari hakim yoktur, sadece yargıç fonksiyonu gören idari görevliler vardır” diyebilmiştir¹³.

İdari yargı, kuvvetler ayrılığı ilkesi, Devletin ayrıcalıklı olduğu anlayışına bağlı olan bu “gelenek” ışığında yorumlanmasıyla ortaya çıktığına göre¹⁴ bu ayrıcalıklılık hali nasıl olacak da izale edilecektir? Chapus’a göre idari yargının var oluş nedeni, İdarenin yargılanmasıdır ancak, “idarenin yargılanması ilkesi, gene idare etmektir”¹⁵ denilmektedir. Yine, Chapus’a

¹⁰ “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)”, Sirey, 10^{ème} éd. Paris 1993, s. 1-7.

¹¹ Bkz. LINOTTE Didier, “Recherche sur la notion d’intérêt général en Droit administratif français”, These, Bordeaux, 1975; TRUCHET D., “Les fonctions de l’intérêt general dans la jurisprudence du Conseil d’Etat” L.G.D.J., 1977; CHEVALLIER J., “L’intérêt général dans l’Administration française” in Rev. int. de science adm., 1975; AKILLIOĞLU T., “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler” in İHİD, Sayı: 1-3, in Lüfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı, 1988; DESWARTE Marie-Pauline, “L’intérêt general dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel” in Revue Française de Droit Constitutionnel, Rev. trim. 1993, No: 13.

¹² BONNARD Roger, “İdarenin Kazai Murakebesi”, çev. A. R. Turnagil, İstanbul, 1939, s. 108.

¹³ VIGUIER, ibid., s. 24.

¹⁴ RIVERO Jean –WALINE Jean, “Droit administratif”, Dalloz, 1998, s. 137.

¹⁵ CHAPUS René, “Droit administratif général”, Tome I, Montchrestien, 1995, s. 676.

göre, idari yargıç, sadece idare hukukunda uzmanlaşmış yargıç olmayıp, idareci ruhunu anlayan, kişisel olarak İdarenin etkinlik gerçeğini, ihtiyaçlarını ve sorunları bilen bir “idareci-yargıç”tır¹⁶.

Ülkemize gelince, Cumhuriyet döneminde, 1336 sayılı Dahiliye Encümeni mazbatasıyla, “*Büyük Millet Meclisin izhar, tanzim tefsiri kavanin gibi bir çok vazai fi bizzat rüiyet etmekte olduğundan Şurayı Devlet teşkilinin vazife tedehülünü mucip olacağı... gerekçesiyle Şurayı Devlet teşkiline lüzum olmadığına karar verilmiştir*”¹⁷ denilerek bütün Osmanlı kurumlarıyla birlikte Danıştay’da kaldırıldı, ancak bu dönemde bile adli yargıya idari işlemlere ilişkin yetki tanınmamış ve idari rejim usulü sürdürülmüştür¹⁸. Şurayı Devletin 1924 Anayasası ile yürütme içinde bir yargı organı olarak örgütlenmesi, ancak üyelerinin seçiminde TBMM’nin yetkili kılınması yolunun seçildiği görülüyor. 1961 Anayasası da (m. 140) Danıştaylı bir idari yargı sistemi benimsemiş, ancak, başkan ve üyelerine hakimlik teminatı verdiği Danıştay’a, “idari uyuşmazlıkların çözümü” ve “istişari” görevlerine ek olarak bir de “idari görevler” yüklemiştir. Bu görevler dolayısıyla, Danıştay sık sık İdareyle karşı karşıya kalmış, bu durum, hükümetlerin istişari alanda Danıştay’a müracaatını zayıflatmış ve Fransa’nın tersine, istişari görevlerinin gelişmemesine yol açmıştır¹⁹.

Fransa ve ülkemizde, İdarenin kamu gücüne sahip olmasına özel bir anlam yüklenir ve İdarenin yararı, bireysel hak ve özgürlüklerden önce gelir. Bu anlayış, kuşkusuz, İdarenin kendini değerlendirmesinde de belli ölçüde etkilidir. İdarenin bağımsızlığı ilkesi, yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarının bir sonucu olduğu gibi, bunları korumanın da bir aracıdır. İdarenin bağımsızlık ilkesine bağlılığı, “*sui generis*” bir yargı organına kavuşmasına rağmen azalmamaktadır. Zira kamu gücü kullanmasının yarattığı ayrıcalıklı ruh hali, idareciler tarafından mesleki bir zorunluluk gibi algılanmaktadır. İdarenin, bu kararlılığına bağlı olarak kendi “özgül” konumunu anlayacak, algılayacak bir yargı arayışı, idari yargının ortaya çıkmasıyla ilk baştaki önemini kaybetti ise de, bu durum, İdarenin bağımsızlık ilkesine duyduğu kıskanç bağlılıktan vazgeçtiği anlamına hiçbir zaman gelmemiştir. İdare, bu özelliğini korumakta bugün de, her zamanki gibi oldukça titiz davranmaktadır. Nitekim Anayasamızın 125. Maddesindeki, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verme yasağı, özellikle bu anlamda gelmektedir.

İdari yargıcın ve politik bir rol üstlendiği genellikle kabul edilmektedir²⁰. Conseil d’Etat, Weil’e göre, “kamuoyunun geçici isteklerine karşı çıkarak, azınlık haklarının korunmasını keşfediyor ve sürekli bir biçimde İdareye karşı fren görevi yapıyor. Politik tartışmaların ortasında kaldığında, içinde yaşanan politik ve sosyal durumu yansıtan ancak kamu hürriyetlerinin kullanılmasını savunan tercihler yapıyor”²¹. Loschak’a göre ise, “idari

¹⁶ CHAPUS, idem.

¹⁷ ARAL, ibid, s. 267.

¹⁸ Bkz. YAŞAR, ibid. s. 32.

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK A. Ş. - TAN T., “İdari Yargılama Hukuku”, Cilt: 2, Turhan Yay., Ankara, 1999, s. 20-21.

²⁰ WEIL, Conseil d’Etat’ın “potansiyel bir politik etkisini”nin bulunduğunu vurguluyor. Bkz. LOSCHAK, ibid., in Préface. s. VIII.

²¹ WEIL, bkz. LOSCHAK, ibid., in Préface. s. XII vd.

yargıç ile iktidar arasındaki ilişki diyalektiktir: iktidarın işlemlerinin meşruluğu için yargıca ihtiyacı var, çünkü yargıcın varlığı yurttaşların tahakküm altında yaşamadığını gösteriyor”²².

Ülkemizde idari yargının anayasal dayanağını düzenleyen 1982 Anayasasının Yargı yolu başlıklı 125. maddesinin 4. paragrafında, “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez*” diyerek idari yargı ve yargıcının yetkisinin varması muhtemel ufku daraltmış ve en başından kısıt almıştır. İdari yargı denetiminin kapsamını etkileyen bir diğer hususta, *aleniyet ilkesidir*. İYUK'nun “Dosyaların incelenmesi” başlıklı 20. maddesinin 3. bendindeki “*Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek Cümle: 10/6/1994 - 4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez*” kuralı varlığını sürdürmektedir. Tabii olarak idari yargının duruşmasız olması, duruşma yapıldığında ise zabıt tutulmaması, yargıçlarla görüşmenin bir usule bağlanmamış olması gibi sorunlar dolayısıyla işleyişinde de sorunlar vardır.

Nitekim Akilloğlu'na göre²³, “Bizde genellikle yasamanın yeterince esnek olmadığından, birçok problemi önceden çözmediği için sonradan sorunlarla karşılaştığımız iddia edilir. Oysa yargı aşamasında ortaya çıkan sorunlar bazen daha vahimdir. Yargı yasalara karşı tutucu bir direnç gösterir, çünkü yasayı anlamlandırırken sonuçta yorumcunun yaklaşımı önem kazanır. Yargıç ne kadar hukuksal gelişmeye ve gerçek hukuk devleti düşüncesine yakındır? Yargılama ortamı ne derece adaletin gerçekleşmesine özeldir?” diye sormak ve sorunu yargı alanına taşımak gerekmektedir.

2. İdarenin sorumluluğu

İdarenin yargı denetimine tabi olması, sadece işlem ve eylemlerinin “düzeltmesi”ni değil, bu eylem ve işlemlerin malî değeri olan bireysel haklar üzerinde yarattığı etkilerin de karara bağlanmasını amaçlamaktadır²⁴. Ancak malî değeri olan hakları olumsuz etkileyen her eylem ve işlemin tazmini gerektiği söylenemez.

Bununla birlikte, eğer malî sorunlar/sonuçlar doğuran yargı kararı vermek mümkün olmasaydı, bireylerin uğradığı zararlarının karşılanması söz konusu olmayacağı gibi, idarenin işlemlerini hukuka uygun gerçekleştirmesi sadece “yargı kararının bağlayıcılığından doğan bir cezai sorumluluk” olmaktan öteye gidemez, o da yasama organının takdirine bağlı olarak

²² LOSCHAK, ibid., in Préface, s. XIV.

²³ AKILLOĞLU Tekin, “İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargısı” in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresinde sunulmuş tebliğ, Ankara, 10-14 Mayıs 1993. (Danıştayın 125. yılı dolayısıyla), s. 222-230.

²⁴ İdarenin sorumluluğu konusu da ayrıntılı bir çalım için bkz. ATAY E. Ethem-ODABAŞI Hasan-GÖKCAN H.T., “İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat davaları”, Seçkin, Ankara 2003; Ayrıca bkz. GÜNDAY Metin, “İdare Hukuku”, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 318 vd.

sürekli çıkan af ya da benzeri düzenlemelerle etkisiz olurdu. Demek oluyor ki, idarenin mali sorumluluğu sadece bireysel zararının karşılanması (Any. m.125/son) anlamına gelmemekte aynı zamanda idari yargı kararlarının uygulanmasını da kolaylaştıran (İYUK m.30) ve gerek tazminat yükünün ağırlığı, gerekse artık doğrudan idari eylem ve işlemi yapan kamu görevlisine yönelme potansiyeli taşınması (Any. m.137, DMK. m.12,13)²⁵ dolayısıyla aynı yanlışlığının tekrarını engelleyen bir sonuca da yol açmaktadır. Tazminatın, idare tarafından ödenmesinden sonra, kamu görevlisine rücu edilmesi düzenlemenin etkisini zayıflatsa bile, bu düzenleme sorumluluk hukuku bakımından oldukça ileri bir bakış açısını yansıtmaktadır. Ayrıca, bu düzenleme idarenin sorumluluğu bakımından daha etkili bir yargılama düzeni ihtiyacının yanı başında yargı düzeninin dışında oraya çıkmış ek bir olanaaktır.

Bu düzenlemelerde “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır”(DMK. m. 12/2) ve “İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır”(m. 13/2) biçiminde genellikle “suç oluşturan” hususları kapsasa bile, 12/2. fıkradaki “kusur, ihmal veya tedbirsizlik” sonucu oluşan zararların klasik idari sorumluluk anlayışı içindedir ve gerek 12 gerekse 13. maddeler bir bütün olarak mülhaza edildiğinde sorumluluk

²⁵ “Kişisel sorumluluk ve zarar

Madde 12 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/5 md.)

Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödetirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.

Kişilerin uğradıkları zararlar:

Madde 13 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/6 md.)

(Değişik birinci fıkra 6/6/1990-3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

(Ek: 26/3/2002-4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir”.

anlayışının gidiş yönü etkileyicidir. Yargı organlarını bu düzenlemeye “tepki verme” biçimi sorunu anlaşılır kılacaktır. İşte bu nedenle idari yargının anlamı üzerine düşünmek önem kazanmaktadır.

Şimdi burada anlatılan yargılama düzeni ve yargıcını hatırd tutarak, idarenin sorumluluğu sorununu ele alabiliriz.

3. İdarenin mali (tazmin) sorumluluğunun kaynağı nedir?

İdarenin sorumluluğunun eğitici bir etkisi var. Sorumluluk mali olunca eğitici etkisinin daha da önem kazandığı söylenebilir. Zira bu sorumluluk, idare ile mağdurlar arasında yaşanan sorunların parasal karşılığının daha geniş çevreler tarafından, özellikle Maliye, sonra Adalet ve İçişleri Bakanlıkları gibi, öğrenilmesine yol açar. Yine idareyi sadece sùbjektif bir iptal davasının tarafı olarak yargı kararı yoluyla denetlemek bir ölçüye kadar etkili olabileceğinden, mali sorumluluk tamamlayıcı bir etki yaratır. Öte yandan kamu görevlileri karşılamak zorunda kalacakları zarar verici tutumlardan sakınmak durumunda kalırlar. Gerçi mali sorumluluk doğrudan idare tarafından yerine getirilmektedir. Ancak gerek rücu mekanizmasını öngören DMK'nun 12 ve 13. maddeleri gerekse kişisel kusur oluşturan eylem ve işlemlerin bazılarının ayrıca suç olarak nitelendirilerek idari faaliyetten tecrit edilmesi bu terbiye edici niteliği güçlendirmektedir.

İdarenin sorumluluğunun ilk özelliği “medeni” ve adli yargıdan ayrılmış özel bir sorumluluk türü olmasıdır. Kamu görevlilerinin ceza sorumluluğu da idare hukukunun dışındadır ve Ceza Hukukunun konusuna girmektedir. İkinci özelliği, sözleşme dışı (extra-contractuelle) sorumluluk olmasıdır²⁶.

İdarenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk kavramının devreye girmeşiyle özel hukuk sorumluluğunu da aşan yeni ve kapsamlı bir sorumluluktur. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1921 tarihli “*bac d'Eloka*” kararıyla adli ve idari yargı yetkisinin idarenin mali sorumluluğuna ilişkin konuları netleşmiş, idarenin mali sorumluluğuna uygulanacak hukuk özel hukuktan kesin kuralarla ayrılmış, buna bağlı olarak kendi içinde gelişmiş ve geniş biçimde yenilenmiştir²⁷. Bu nedenle, idarenin sorumluluğu hem teorik hem de pratik bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira bu sorumluluk türü, bir yandan hukuk devletinin gerçekleştirilme aracı olurken, diğer yandan bir medeniyet biçimini yansıtmaktadır²⁸.

Yukarıda açıklanan düşünceler doğrultusunda idarenin sorumluluğunun kaynağı ne olabilir? İdarenin mali sorumluluğu, en başından beri özel hukuka nispetle sözleşme dışı sorumluluk olarak ortaya çıkmış, Blanco kararı ve onu takiben Conseil d'Etat'nın içtihatları doğrultusunda, kusura dayandırılmıştır. İdarenin kamu hizmeti görme yükümlüğü dolayısıyla kolayca dayanılacak kavram “hizmet kusuru”dur. Hizmet kusuru ise, kamu hizmetinin görülmesinde, kamu görevlilerinin ihmali sonucu, ortaya çıkan bir eksiklik olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, idarenin sorumluluğu “kusur” kavramına dayanıyor gibi görünmektedir. O halde, kusur idarenin sorumluluğunun kaynağı olabilir mi?

²⁶ RIVERO-VALIN, ibid. s. 257.

²⁷ Özellikle 1921 tarihli “*bac d'Eloka*” kararı adli ve idari yargı yetkisi arasındaki ayrımı açıklığa kavuşturmuştur. Bkz. DUPUIS Georges-GUEDON Marie-José-CHRETIEN Patrice, “Droit administratif”, 10^{eme} éd. Sirey, Paris 2007, s. 568.

²⁸ RIVERO-VALIN, ibid. s. 257.

Bu soruya cevap vermeden önce, hizmet kusuru gerçekte sadece kamu görevlilerince işlenebileceğinden kamu görevlilerinin kusuru ile idarenin kusuru arasında bir fark arayışının bir önemi var mıdır sorusuna cevap vermek gerekir: Kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımının sadece kamu görevlilerinin mali değil cezai sorumluluğu bakımından da önemli sonuçları vardır. İdarenin mali sorumluluğunun özel hukuktakinden farklı ortaya çıkmasının bir sonucu, uzun bir süre sorumluluğun saptanmasında kast, ihmal, dikkatsizlik, tecrübesizlik gibi unsurlar aranmaması oldu. Oysa bu durum bireyler bakımından önemli gibi görünmese de, idarenin sorumluluğunun tek bir kavrama bağlanmış oluyordu. Bu ise iyi idare ilkesine uygun değildir. Zira böylece kamu görevlilerinin her türlü davranışı idarenin garantisi altına girmekte ve çoğu zaman suç oluşturan davranışların bile cezai bakımından müeyyideye bağlanması mümkün olmamaktaydı. Zamanla bu konuda bir ayrışma meydana geldi ve idari görevlilerin *kişisel kusur* içeren (la faute personnelle) kasıtlı ve hukuka aykırı işlem ve fillerinden doğan ve cezai sonuçları da bulunan ayrı bir sorumluluğu olduğu gerçeği ortaya çıktı.

Bireyler bakımından bu ayrımının yapılması olumsuz, idare bakımından olumludur. Zira bireyler uğradıkları zararın kamu görevlisinin kişisel davranışından kaynaklanması durumunda tazminatın tahsilinde (solvabilité) zorlanacak buna karşılık, idare kamu görevlisinin sorumluluğunu yüklenmekten kurtulacaktır. Ancak Anayasanın 129. maddesindeki “Memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” hükmü nedeniyle bu ayrım önemsizleşmektedir. Anayasanın aslında bir yandan kamu görevlilerini korurken diğer yandan tazminatın “ödenebilirliği”ni sağlamak amaçlı bu düzenlemesi, mağduru koruma endişesi gibi olumlu bir sonuç yanında, idare tarafından ödenen tazminata yol açan görevlilere rücu yönteminin bürokratik dayanışma nedeniyle işlememesi, mali sorumluluk kurallarının kamu görevlileri üzerindeki eğitici etkisini azaltıcı etki yaratmış bu da, hukuk devletinin gelişmesini zayıflatmıştır.

Bu mantıksal çıkarsama kusur kavramını desteklemesine karşın, modern devletin gelişimine paralel giden İdare Hukukunun gelişimi, sorumluluğunun sadece kusura bağlı olarak ortaya çıkmasını yeterli bulmamıştır. İdarenin sorumluluğunun devlet kavramına bağlı daha geniş ve kusursuz sorumluluk denilen bir anlamı daha bulunduğu kabul edilmiştir. Böylece “her şeye muktedir idare” engellemeyi başaramadığı zararlardan *kusursuz sorumluluk* nedeniyle sorumluluk altına da girmiş bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak, idarenin sorumluluğunun kusura dayandığı tezi de çökmüş olmaktadır. Hiç olmazsa kusursuz sorumluluk gerektiren sorunlar dolayısıyla kusur teorisi genel bir ilke olmaktan çıkmış olmaktadır.

Kusursuz sorumluluk kavramının devreye girmesi, devletin ayrıcalıkları ile sorumluluklarının kesişme noktasında gerçekleşmektedir ve “risk” kavramının etrafında şekillenmektedir. Böyle olunca idarenin mali sorumluluğu kusur ve risk kavramları etrafında tanımlanmaya çalışılmaktadır.

Burada sorumuza risk kavramını da ekleyerek kusur ve risk kavramları idarenin mali sorumluluğunun kaynağını oluşturabilir mi diye sorduğumuzda da, mantıksal çıkarsama zarar görmese ve idarenin sorumluluğunun kavram-sallaştırılması tamamlanmış gibi görünse de bu sorumluluğunun temellendirilmesinde hala sorunlar mevcut olduğu görülmektedir. Zira kusur ve risk kav-

ramlarının idareyle ilişkilendirilmesine ilişkin bazı sorular yine cevapsız kalmaktadır. İlk olarak idarenin mali sorumluluğu basitçe, idarenin faaliyetleri sonucunda gerçek ve tüzel kişilerin tazmini gereken bir zarara maruz kalma ihtimaline yani kusura dayandırılmaktadır. Oysa kusur sadece idari görevli ya da görevlilerce işlenebilir ve idareye atfedilebilecek bir nitelik değildir. İkinci kavram olan riske gelince, bu kavram idareye yabancı bir terim olan kâr (zarar) kavramı etrafında (kâr-zarar ilişkisi) ele alınabilir. Dolayısıyla bu iki kavramın aslında “sorumluluk idare hukuku”nun temel elemanı olmayıp, sadece bu hukukun uygulanma koşullarını oluşturduğu ortaya çıkmaktadır²⁹. Nitekim risk kavramının bu anlamının idare hukuku bakımından geçersizliği nedeniyle daha çok işin niteliğinden kaynaklanan riskler biçiminde, tehlike, meslek ve sosyal risk kriterleri öne çıkmış bulunmaktadır. Gerçekte idarenin sorumluluğunun temelleri doğrudan kusur ve risk kavramlarında değil, kanımca her ikisini de ihata edebilen “kamu külfetleri önünde eşitlik”(l'égalité devant les charges publiques/fedakârlığın denkleştirilmesi) düşüncesine dayandırılabilir.

Fransız idare hukuku ve onu izleyen idare hukukumuzun, herkes tarafından kabul edilecek ortak özelliğinin “idareyi korumak” olduğunu yukarıda idari yargıyı anlatırken belirlemiştik. Şimdi, eğer sorumluluğu kusur kavramına bağlayacak olur isek, uyuşmazlığın tarafı olan idare ve idari gerekleri kavramla yükümlü “idareci-yargıç” karşısında bireyin çoğu zaman kendisine uzak, kapalı ve teknik gerekçeleri anlaşılmasız olan zararın ispatını sağlamasının kolay olmayacağı ortaya çıkar. Böyle olunca, yargıcın hukuk devletinin başarılı bir koruyucusu olması, artık sadece bireysel arzu ve yeteneğe bağlı hale gelir. Öyle ki, böyle bir uyuşmazlıktan tazminat kararı ve özellikle tatmin edici bir tazminat miktarı çıkarmak sadece bir “inayet meselesi” gibi algılanmak durumunda kalır. Oysa gerek bugünkü gelişmiş hukuk devleti anlayışı gerekse bir tazminat mahkemesine dönüşen İHAM karşısında bu bakış açısını değil savunmak ihsas etmek bile kabul edilebilir görülemez. Bu durumda eğer sorumluluğa bir kaynak bulunacak ise, bunun hukuki görünümü ile insani karşılığı, yargıcın idare ile zarar gören arasında tam da ortada bulunduğunu hissettirebilecek bir yansımaya sahip olmalıdır. İşte burada kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi, belki de, idarenin tarafsızlık niteliğini mükemmele yakın yansıtabilecek bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu kavramda ısrar etmemin nedeni, kavramının bilinmezliği gibi olmayacak bir iddia değil. Burada, kavramının gelişiminin hukuk devletinin gelişim çizgisine paralel biçimde sürmesini sağlayacak hatta onu en etkili kılacak bir araç gibi ele almak amacındayım. Bunun nedenlerini, sadece kavran olarak değil, tazmini gereken zararlarının yeni türleri bakımından da açıklamak önem kazanmıştır.

Kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi, idari faaliyetlerle kamuya sağlanacak bir yarar dolayısıyla ortaya çıkan zarara, bireyin kendi aleyhine, katlanmak zorunda kalmasının yarattığı adaletsizliği ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Kavramı çekici kılan öncelikle “adalet” düşüncesine dayanmasıdır. Yine kamu sorumluluğunun ağırlığının da kavrama içkin olduğunda şüphe yok. Üçüncü nokta her ikisini de aşan bir anlam olan kamusal faaliyetlerin zarar doğurucu etkisini en başından kabul etmiş bir hukuki ilke olarak öne çıkması ve böylece yukarıda idarenin “yandaş” yargı ayrıcalığı itirazını en başından zayıflatıcı bir etki yaratarak “insani” niteliğini belirginleştirmesidir.

²⁹ MAURIN André, “Droit administratif”, 6^{eme} éd. Sirey, Paris 2007, s. 119.

Diğer yandan, belirtmek gerekir ki, bu ilke, ortaya çıkan her zararın karşılanmasını mümkün kılmamaktadır. Örneğin imar irtifakları yoluyla taşınmaz mülkiyetine getirilen sınırlamalar ne Fransa ne de ülkemizde tazmin konusu olabilir. İşte kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi uygulanırken, bu türden olgusal ayrımları kolaylaştırıcı ve idarenin mali sorumluluğunu sağlayıcı kıstas olarak *kusur* ve *risk* terimleri önemlidir. Yoksa bu kavramlar idarenin sorumluluğunun kaynağını oluşturmamaktadır. Böylece görülmektedir ki, kusur ve risk kavramlarına mesafe konulması, temel sorunu ele almak için yöntemsel bir tercih yapılmasını gereğinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, ne kusur ne de risk ölçütlerini önemini yitirmektedir. Hatta bazı alışlagelmiş uyuşmazlık türlerinde son derece kolaylaştırıcı anahtar rolü oynadıklarında şüphe yoktur.

Yeniden en başa döner ve kısa bir özet verirsek, idarenin sorumlu tutulmasına yol açan nedenler Fransa'da *Blanco* kararıyla ortaya çıktığında, kamu hizmetinin görülüş usulüyle ilişkilendirilmiş hatta idari yargının alanı da böylece kamu hizmeti ölçütüne bağlanmıştır. Zamanla idari yargının alanını belirleyen ölçütler gibi, idarenin sorumluluğuna ilişkin kurallarda da büyük değişiklikler oldu. Öyle ki, idari yargı alanının belirleyen ölçütler, yargılama yetkisi ve konusu kanunla belirlendiği için önemini kaybetmiş olmasına karşın, sorumluluk kavramı gelişti, genişledi ve hep yargıcın takdirine bağlı kaldı. Zira hukuk devletinin gelişimine paralel olarak idarenin yüklendiği sorumlulukların içeriği de netleşti, idarenin kamu hizmetlerini aşan, kolluk yetkilerine, girişimcilik niteliğine, hatta düzenleyici işlem yapma yetkisine bağlı sorumluluğu olduğu görüldü³⁰. Üstelik bu gelişme idari yargılama usulü ve yargılama düzeyinde büyük değişiklikler olmaksızın sadece İdare Hukukunun gelişmesine bağlı olarak gerçekleşti. Günümüzde, idarenin üstlendiği bazı sorumlulukların özellikle "kamu düzeni" kavramının unsurlarını oluşturan sağlık ve esenlik bakımından ortaya çıkardığı etki ve talepler doğrudan "kusur" ve "risk" kavramlarına başvurulduğunda ortak dilin kaybolma, mantıksal çıkarsamaların boşlukta kalma tehlikesi ve "eşitlik" ilkesini zedelenme ihtimali var.

3.1. Kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi

Kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesinin, idari faaliyetlerle kamuya sağlanacak bir yarar dolayısıyla ortaya çıkan zarara, bireyin kendi aleyhine katlanmak zorunda kalmasının yarattığı adaletsizliğin tazmin yoluyla ortadan kaldırılması olarak tanımlamıştık. Külfet, yetki ve sorumluluk ikilisine dayanan idari işleyiş içinde ortaya çıkan iradi veya irade dışı yükümlülüktür. İdare neticede mali sermayesini kamusal gelirlere karşılamaktadır. Külfet ister bir faaliyetin finansmanından ister bir faaliyetin yol açtığı zarardan doğsun hep aynı kaynaktan karşılanacaktır. Yurttaşlar tarafından finanse edilen idarenin toplum yararına faaliyet gösterirken bir gerçek veya tüzel kişiye zarar vermesi onu, diğer yurttaşlardan daha fazla mali külfete maruz bırakması demek olur. İşte bu durumlarda, idare ortaya çıkan külfeti kamudan elde ettiği gelirden karşılamakla yurttaşları dolaylı biçimde külfete ortak eder. Böylece, herkes bir kamu hizmetinin ya da kamusal bir faaliyetin ortaya çıkardığı yarar ve zarardan eşit biçimde etkilenmiş olur. Kamulaştırma bu ilkenin uygulamasının en tipik örneğidir. Özellikle kusursuz sorumluluk alanında risk kavramının gide-

³⁰ Infra "Hukuk aykırılık ve hizmet kusuru".

rek sosyalize olması (toplumsallaşması) birçok farklı zararın idare tarafından karşılanmasına yol açmaktadır. Bunlara aşağıda değineceğiz.

3.1.1. Kusur sorumluluğu (hizmet kusuru)

İdarenin sorumsuzluğu kamu görevlilerinin sorumsuzluğu demektir. Oysa sorumluluğu ortaya çıkaran kusur her zaman ancak bir ya da birden fazla kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Böyle bir durumda kamu görevlilerinin sorumsuzluğu da idarenin sorumsuzluğuna dönüşür. İster idareden kamu görevlilerine ister kamu görevlilerinden idareye giderek ele alınsın, sorumsuzluk uzun zamandır kabul edilebilir bir “çözüm” değildir. O halde sorumluluğunun kaynağı değilse de ilk ölçütü olan kusur kavramı üzerinde düşünmek gerekir.

İdarenin kusur sorumluluğu ister hukuka uygun ister aykırı olsun her zaman geniş anlamda bir hizmetin ifasına bağlı olarak ortaya çıkar. Kusur doğrudan bir veya birden fazla kamu görevlisinin davranışına bağlanabileceği gibi, genel (anonim) de olabilir³¹. Kamu görevlisi bir kamyon şoförünün hatasıyla oluşan çıkan kaza ile hatalı kamyon alımı nedeniyle şoförün kaza yapması arasında fark vardır: birincisi kişisel kusur ikincisi ise idari kusurdur. Bu birinci kusur, kamu hizmetinin dışında yani özel hayat içinde gerçekleşmiş, bir kamu görevinin ifasının sonucu ortaya çıkmamış veya kamu hizmeti ile hiçbir biçimde ilişkilendirilemeyen bir biçimde gerçekleşmiş ise kişisel kusur, aksi halde hizmet kusuru sayılır³².

Hizmet kusuru, hizmetin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesi gibi üçlü bir ayrıma tabi tutuluyor. Ancak kavramlar arasındaki tedahül sorununu çözmek o kadar kolay değildir. Çünkü hangi durumda hizmetin kötü ya da geç işlediğini belirlemek mümkün olmuyor. Özellikle takdir yetkisi bulunan alanlarda çoğu zaman yerindelik (opportunité) denetimi yapmak anlamına gelen yargı kararı vermektен kaçınma kaygısı kavramların içeriklerinin tam oturmasını, ancak pratik olaylara göre nitelendirme yapılmasını mümkün kılıyor. Bir barajın tahliye kapaklarının fazla açılması kötü işlemeye, uzun süre kapatılmayarak bahçeleri su basması kötü işlemeye sulama döneminin geçmesinden sonra açılması geç işlemeye örnek verilebilir.

Yukarıdaki üç örnekte de hizmetin gereği gibi yürütülmediği açıktır. Demek oluyor ki, hizmetin kötü işlemesi gibi, geç işlemesi de hizmetin gereği gibi yürütülmemesinin içindedir. Yine hizmetin geç işlemesi ise, hizmetin gereği gibi yerine getirilmemesi kavramı içinde olmakla beraber, “zaman” kavramına bağlı olduğundan daha anlaşılabilir niteliktedir. Ancak mevzuat bir süre belirlemediyse ise “makul bir süreyi geçen gecikme” varsa hizmetin geç işlemesi söz konusu olabilir. Fakat neticede sürenin makul olup olmadığı ancak sorumluluk doğuran bir zarar ortaya çıktığında anlaşılacaktır dolayısıyla ancak o zaman süre ile zarar arasında bir ilişki kurma çabasına girişilecektir.

Bu ilişki, her durumda aranmak zorunda mıdır? Danıştay’a göre evet: “İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, bir zararın varlığı, zarar doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu genel koşullardan birinin yokluğu halinde kural olarak idarenin sorumluluğu ortadan kalkar. Gerçekten ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi söz konusu ola-

³¹ DUPUIS-GUEDON-CHRETIEN, ibid. s. 572 vd.

³² DUPUIS-GUEDON-CHRETIEN, Ibid. s. 580.

mayacağı gibi, idare veya idari faaliyetle ilgisi olmayan bir zararı idareye ödetirme olanağından da söz edilemez. Zararla idari faaliyet bir başka deyişle idari eylem veya işlem arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin yokluğu halinde idarenin hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır³³⁻³⁴.

Buna karşılık, Danıştay, "Milli Eğitim Kamu hizmetlerinin sadece eğitim ve öğretim yönü ile ilgili bir hizmet olmadığı, öğrencilerin gözetim ve denetimini de içeren bir kamu hizmeti olduğunu kabul etmek gerektiği, olayda bu hizmetin kötü işlediği, tazminat konusu zararın oluşum biçiminden... öğrencilerin birbirlerine karşı oyun amacıyla da olsa zarar verebilecekleri gözönünde bulundurulurken gerekli tedbirlerin alınması gerekirken bu tedbirlerin alınmamış olduğu, her ne kadar okul bahçesinin çöp, taş vb. maddelerden arındırılmış olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılacakla birlikte öğrencilerin teneffüs sırasında gözetimden uzak kaldığı ve ancak olayın oluşumundan sonra öğrencinin gözüne bir başka öğrenci tarafından, birbirlerine çöp atarken çöp batırılmış olduğunun anlaşıldığı, bu durum kamu hizmeti sırasında bu hizmetin kötü işlemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunu ortaya koyduğu"³⁵ yolundaki

³³ D.10.D., K: 2006/4726, E: 2004/10337, KT: 30.06.2006.

³⁴ "Danıştay'ın yerleşik İçtihatlarına göre, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti faaliyeti dışında gerçekleşen ve öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilmiş, mücbir sebebin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Öte yandan, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin doğrudan yerine getirilmesi sırasında idare tarafından beklenilmeyen durumlardan kaynaklanan zararların ise, zararın idarenin doğrudan faaliyetinden kaynaklandığının saptanması, başka bir ifade ile zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağının tespit edilmesi halinde idarenin kusura dayalı sorumluluğu bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda, depremin; idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti faaliyetinden kaynaklanmaması, öngörülememesi ve/veya öngörülebilir nitelikte dahi olsa önlenemez olması nedeniyle mücbir sebep olarak değerlendirilmesi zorunludur. Depremin oluşmasında idareye bir kusur yüklenemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan da söz edilmesi mümkün değildir. Ancak, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremin, etkilediği coğrafi alanın büyüklüğü, nüfus yoğunluğu ve oluşturduğu hasar nedeniyle diğer kamu hizmeti faaliyetlerinin de yürütülmesini etkilediği, arama -kurtarma hizmetinin özelliği ve zaman açısından kısıtlı bir müdahale yöntemi olması nedeniyle gelişmiş ülkelerin dahi bu tip doğal afetler dolayısıyla arama kurtarma faaliyetleri için uluslararası yardım aldığı da göz önünde bulundurulduğunda, arama ve kurtarma faaliyetlerinin yürütülmesindeki güçlüğün idare açısından beklenilmeyen hal olduğu sonucuna varılmıştır... Dosyanın incelenmesinden, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen deprem sonucunda davacının yakınlarının enkaz altında kalarak vefat ettiği anlaşılacakla birlikte, davacının yakınlarının enkaz altında sağ olduğu halde, deprem sonrası yürütülen arama ve kurtarma hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle vefat ettikleri yolunda herhangi bir tespit bulunmadığı saptanmıştır. Bu durumda, davacının yakınlarının ölümünün, idarenin arama kurtarma faaliyetine bağlı olarak gerçekleştiğine dair bir tespit bulunmadığından, tazmin sorumluluğu için bulunması gereken; zarar doğuran olay ile kamu hizmeti (arama-kurtarma) faaliyeti arasındaki nedensellik bağının kurulamaması karşısında idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden idare mahkemesince, davacının yakınlarının enkaz altında kalarak vefat etmesi üzerine manevi tazminat talebiyle açılan davanın reddi yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik görülmemiştir"(D.11.D., K: 2005/5962, E: 2003/2027, KT: 19.12.2005.

³⁵ D.8.D., K: 1988/690, E: 1987/539, KT: 13.10.1988.

kararıyla, dolaylı ilişkiye rağmen haklı olarak idarenin sorumlu olduğu kanaatine varmıştır.

Kötü kaplanan bir asfalt yolda zarar oluşmadığı takdirde hizmet kusuraundan bahsedilemeyecek ise, idarenin sorumluluğu mutlaka bir zararın arkasından gerçekleşecek, bir sözleşmeye dayanmadığından sadece yargı organları önünde mümkün olacaktır. Acaba idarelerin dava söz konusu olmaksızın zararı karşılamaları mümkün müdür? Bu konuda ülkemizde idarenin takdirine bağlı olarak nadiren çözüm bulunabilmektedir. Oysa Fransa'da idarenin sorumluluğu kapsamında kalan bazı durumlarda, örneğin, hastalıklı kanların kullanılması veya bozuk aşılarından kaynaklanan veya amyanta³⁶ bağlı hastalıklar dolayısıyla ortaya çıkan zararların karşılanması için *tazmin fonu* (fond d'indemnisation) kurulmak suretiyle yargı yolu dışında çözümler aranmaktadır.

Bir diğer sorun da, Anayasanın 65. maddesinde belirtilen "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, ... mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" kuralının hizmetin işlenmesini olumsuz etkilemiş olma ihtimalidir. Danıştay 1961 Anayasası döneminde idarenin bu türden gerekçelerle sorumluluktan kurtulmasını destekleyen kararlar vermiştir³⁷. Devletin sorumluluğunun idarenin sorumluluğuyla örtüşürülerek varılacak bu tür bir sonuç hem hukuk devleti bakımından hem de modern devlet bakımından savunulamayacak bir sonuçtur ve sadece "idarenin gerekleri"ni anlamak türünden "raison d'Etat" yaklaşımına bağlanabilir. Üstelik devletin kötü yönetim, tefessüh, kayırmacılık gibi alışkanlıklara dayalı yönetildiği bir düzende idari yargı kararları bu durumu dikkate alarak idarenin kendine gelmesini destekleyecek kararlar vermelidir.

3.1.2. Hukuka aykırılık ve hizmet kusuru

Hukuka aykırı bir işlem tesis edilmesi hizmetin kötü yürütüldüğü anlamına gelir³⁸. Danıştay, aykırılığın "içtihad elverişli" olmasından, "içtihat yanlışlığından", "içtihat hatasından" veya "takdir hatasından" kaynaklaması durumunda, hizmet kusuru olmadığına karar vermektedir³⁹.

Hukuka aykırılık ve idarenin sorumluluğu iki ayrı yargılama usulüne tabidir. Hukuka aykırılık iptal davasının, sorumluluk ise tam yargı davasının konusu oluşturmaktadır. Birlikte ve tek tek açılacak bu davalarda tazminat talebi iptal davasının sonucuna göre karara bağlanmıştır. Üstelik iptal kararı verilmesi, tazminata karar verilmesini zorunlu kılmadığı gibi, iptal kararı taz-

³⁶ DUPUIS-GUEDON-CHRETIEN, ibid, s. 569.

³⁷ Bkz. GÜNDAY, ibid. s. 323-324.

³⁸ Bugün artık yasama organının anayasaya ve ulusalüstü hukuka aykırı tasarruflarından doğan sorumluluğu bulunduğu ilişkin görüşler yaygınlaşmaktadır. Yargı organlarının kararlarından doğan sorumluluğu bulunduğu savunmak yanlış değildir. Bir işkence davasında sorunu çözmezken İHAM kararıyla tazminat mahkumiyetinin ortaya çıkmasına neden olan kararlar veren yargıçların bir mali sorumluluğunun bulunacağını düşünmek şartıcı sayılmaz. Böylece devlet kendisini oluşturan bütün kuvvet veya fonksiyonların bireyler karşısında mali sorumluluğa tabi tutulduğu bir döneme doğru ilerlemektedir.

³⁹ GÜNDAY, ibid. s. 324.

minata karar verilmesinin zorunlu koşulu da değildir. Dolayısıyla, hukuka aykırılık ile mali sorumluluk arasında birebir ilişki kurmak her zaman mümkün olmayabilir. Danıştay, “İnha makamı olan İçişleri Bakanının harekete geçmemesi halinde Bakanlar Kurulu'nun kendiliğinden karar alamayacağı da dikkate alındığında, davacının Bitlis Valiliğine atanmasına ilişkin 24.7.1995 günlü Bakanlar Kurulu Kararı ile tekrar Merkez Valiliğine atanmasına ilişkin 29.10.1995 günlü Bakanlar Kurulu Kararında inhada bulunan İçişleri Bakanının kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan” diyerek⁴⁰, iptal kararı ile kusur arasında doğrusal bir ilişki kurmuş görünmektedir.

Buna karşılık Danıştay düzenleme yetkisinin kullanılmamasını değerlendirdiği örnek bir kararında, “Yürütülen kamu hizmetinin Devletin güvenliği ve varlığıyla ilgili olması, Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerin gözardı edilmesini haklı gösteremez. Devletin varlığı ve güvenliğiyle ilgili bir kamu hizmetinin de, hukuk kuralları çerçevesinde yürütülmesi zorunludur. Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarının uygulanması dışında, kişi haklarının zedelenmiş olması, hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğunu doğurur. Olayda, MİT bünyesinde düzenlenen, yürütülen hizmetin niteliği gereği gizli kalması gerekirken basına sızdırılan belgede gerçeğe uygunluğu herhangi bir şekilde kanıtlanamayan, davalı idare tarafından hiçbir dayanak gösterilemeyen suçlamalara yer verilmek suretiyle Genel Kurmay Başkanlığından emekliye ayrılmış olan davacı hakkında kamuoyunda birtakım şüphe ve tereddütler uyandırılmış, bu şekilde davacının kişilik haklarının ağır biçimde zedelenmesine yol açılmıştır. Yürütmekle görevli olduğu milli istihbarat hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen, hizmetin niteliği gereği olan gizliliği sağlayamayan davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunmaktadır”⁴¹ diyerek idarenin düzenleme yetkisini kullanmamasını hizmet kusuru saymış mali sorumluluk nedenleri arasında göstermiştir. Üstelik bu karar kanımca, idareye olumlu işlem yapma zorunluluğu yükleyen bir niteliğe de sahip olmakla idare hukuku bakımından özel bir anlam taşımaktadır.

3.1.3. Kusurun yoğunluğu

Danıştay eski kararlarında ağır hizmet kusuru kavramını kullanmaktadır. Ancak hangi davranışların ağır hizmet kusuru olduğuna dair bir içtihat oluşturamamıştır⁴². Ağır hizmet kusuru kavramı kamu görevlilerini korumanın bir aracı haline gelebilir. Böylece ancak ağır bir kusur varsa mali sorumluluk doğacak, kusur hafif ise sorumluluk doğmayacağı gibi mağdur zarara katlanmak zorunda kalacaktır. Bu durumda idarenin mali sorumluluğunun kaynağı olan kamu külfetleri karşısında eşitlik kavramı da çarpıtılmış olacaktır. Danıştay yargı kararlarının uygulanmamasını ağır hizmet kusuru saymıştır. Sadece hizmet kusuru olarak görmüş olsaydı ne fark edecektir? Eğer ağır kusur, yukarıda söylenenin tersine kamu görevlisinin bireysel sorumluluğuna gidip

⁴⁰ D.5.D., K: 1997/2485, E: 1995/3611, KT: 10.11.1997.

⁴¹ D.10.D., K: 1989/857, E: 1988/1042, KT: 20.04.1989.

⁴² GÜNDAY, ibid. s. 325.

aracı olarak kullanılmakta ise sorun yoktur. Ancak ağır kusur olarak nitelendirilmeyen durumların zararlarının mağdura yüklenmesi anlamına gelecek ise ne olacaktır?

İşte bu ikilemler en başından beri sorun çözücü değil sorun yaratıcı sonuçlar doğurduğundan ağır kusur kıstasının kullanılması eğilimi azalmış, kamınca sadece bir “vurgu”ya dönüşmüştür. Üstelik artık idare kusursuz sorumluluk ilkesine tabi tutulabildiğine göre ağır kusur koşulu bu bakımdan da önemini kaybetmiştir. Kusurun ağırlığı artık sadece tazmin miktarının belirlenmesinde karşı bir kıstas olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede bakıldığında, Danıştay’ın “Türkiye gibi birinci derecede deprem bölgesinde bulunan ve sık sık depremlerin olduğu ve gelecekte de olacağı bilinen bir ülkede, depreme dayanıklı, deprem koşullarına uygun bir bina olmadığı, deprem nedeniyle sadece bu hizmet kusurunun ağırlaştığı, dolayısıyla davalı idarenin meydana gelen zararı hizmet kusurunun bulunması nedeniyle tazmin etmesi gerektiği” yolundaki tutarsız yerel mahkeme kararını tartışmaksızın onaylarken⁴³ kullandığı mantığı anlamak mümkün değildir. Üstelik, Danıştay “Dava, herhangi bir idari işlemde dolayı değil, davalı idarelerin İmar Bankasının karşılığı olmadığı halde açığa Devlet iç borçlanma senedi satışını engellemeleri, yeterli denetim yapmayıp, hareketsiz kalmaları, bir başka ifadeyle idari eylemleri nedeniyle açılmış bir tam yargı davasıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, idarelerin denetim eksikliği veya hareketsizliği, idari eylem niteliğini taşımaktadır”⁴⁴ dediği kararında, eylemsizliğin ağırlaştırıcı etkisinin olup olmadığını araştırmamıştır. Dolayısıyla kararlar arasında tutarlılık çizgisi zayıflamakta, ağır kusur kavramının anlamı bir türlü belirginleşmemektedir.

4. Kusursuz sorumluluk

İdarenin kusursuz sorumluluğu idari faaliyetlerin içinde bulunan risk faktörüne bağlanmaktadır. Ancak daha önce belirtildiği gibi, burada söz konusu olan risk, idare hukukuna yabancı bir kavram olan kâr-zarar ikilemine bağlı risk değil, ifa edilen faaliyetin hem yararlananlar hem de onu ifa eden görevliler bakımından ortaya çıkardığı risktir. Fransız doktrininde, risk kriterinin zaman içinde sosyal dayanışma anlayışının genişlemesine bağlı olarak sosyalize (socialisation des risques) olduğu sürekli vurgulanmaktadır⁴⁵. Bu vurgunun nedeni, kavramının hatırlatılmasından ziyade, içeriğindeki kapsamlı genişleme ve hata dönüşümü vurgulamaya matuf sayılabilir. Risklerin sosyalleşmesi söz konusu olunca, sınıflandırma da kolaylaştırıcı bir yöntem olarak ortaya çıkar. Risk kavramı birkaç türlü sınıflandırılabilir: İdarenin tehlikeli faaliyet ve araç-gereçlerini kapsayan tehlike riski ile toplumsal olayları anlatan sosyal risk.

⁴³ D.6.D., K: 2004/1691, E: 2004/359, KT: 19.03.2004.

⁴⁴ İDD., K: 2006/353, E: 2006/109, KT: 02.12.2006.

⁴⁵ DUPUIS-GUEDON-CHRETIEN, ibid. s. 566.

4.1. Riske bağlı kusursuz sorumluluk

Riske bağlı kusursuz sorumluluk farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Ancak asıl ayırıcı kıstas, bir faaliyetin zarar doğurma risk taşıması veya doğası itibarıyla tehlikeli olmasıdır.

4.1.1. Bayındırlık işleri

İdarenin bayındırlık faaliyetlerinin sonucu olarak ortaya çıkan zararların karşılanması eskiden beri kusursuz sorumluluk kıstası çerçevesinde ele alınmaktadır. Ancak özellikle Fransız Hukukunda, bayındırlık işlerinden doğan sorumluluk örneğin RİVERO-VALIN tarafından “risk” kavramı dışında⁴⁶ DUPUIS tarafından ise risk kapsamında ele alınmaktadır⁴⁷. Kanaatime göre, bu tür hizmetler gerek yaygınlıkları gerekse biteviye ve sıradan nitelikleri dolayısıyla risk kapsamında ele alınmalıdır. Bir yolun gerekli tamiratının aksatılması, bir yol yapımında komşu taşınmazların zarar görmesi gibi durumlarda ortaya çıkan zarar kamu külfeti kavramıyla tamamıyla örtüştüğünden risk ölçütüne bağlı olarak kusursuz sorumluluk ilkesine göre karşılanmak durumundadır. Bu ayırımın önemli bir sonucu şudur: eğer bayındırlık hizmetleri risk kapsamında değerlendirilmeyecek ise, hem kusur, hem de risk kavramı kullanılamaz hale geldiği, işlevlerini kaybettiği için, kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi yanında yeni bir sorumluluk kaynağı varmış gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki, bu makalemizde bu yaklaşıma sürekli biçimde karşı durmuş bulunmaktayız. Bu hizmetlerin doğası, yapım ve sürdürülme (entretien) aşamalarında ortaya çıkan aksaklıklar bireyler bakımından zarar verici nitelikte sonuçlara yol açabilmesi her zaman bir risk içerir. Burada söz konusu olan özü itibarıyla “her zaman tehlikeli olmamakla beraber”, tazmini gereken bir zarar verme riski “her zaman” bulunan hizmetlerdir. Örneğin, bir kanalizasyon kapağının açık bırakılması veya kapağın bir araç geçerken yerinden çıkması, alt yapı sisteminin sızıntı yapması gibi. Bu durumlarda her türlü tedbiri aldığı ve zararın üçüncü kişinin kusurundan kaynaklandığını ispat etmek idarenin yükümlülüğündedir. Çünkü zararı oluşturan nedenleri ortadan kaldırmak idarenin mutlak sorumluluğu altındadır. Üstelik bu zararların karşılanmasında zarar görenlerin hizmetten yararlanan olması gerekmez. Hizmete yabancı durumda bulunanlarda bu suretle zarar görebilir ve zararlarının karşılanması gerekir.

4.1.2. Tehlike ölçütü

Özünde tehlike barındıran durum ve etkinliklerden doğan risk olarak da adlandırılabilir bu kıstas, *tehlikeli araç ve gerecin yakınında bulunmaya bağlı zararlar*, *tehlike içeren faaliyetlerin yol açtığı zararlar* ve *tehlikeli teknik veya işlerin yol açtığı zararlar* olmak gibi üç biçimde belirginleşmektedir.

Tehlikeli araç ve gereçlerin yakınında durmak zorunluluğunun sonucu, örneğin bir silah ya da patlayıcı ya da sönmemiş kireç deposu veya elektrik trafosu patladığında yol açtığı zarar, ister üçüncü kişilere ister kamu görevlisine zarar versin kusursuz sorumluluk ilkesine göre karşılanacaktır. Ancak kamu görevlisinin kusurunun ayrıca araştırılması gerekir. Tehlike içeren faaliyetlere bağlı zarar kavramı çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Zira bir

⁴⁶ RİVERO-VALIN, ibid. s. 273.

⁴⁷ DUPUIS-GUEDON-CHRETIEN, ibid. s. 585.

tarafından bomba imha ekibinde çalışmayı, diğer yandan bir suçlu ya da rehabilitasyona tabi tutulan çocuğun bakımını üstlenmeyi, kan nakli veya akıl hastalarının tedavisi gibi oldukça farklı ve giderek genişleyen konuları içerebilmektedir. Dolayısıyla, bu biçimiyle risk gerçek bir toplumsallaşma yaşamaktadır. İdari bir görevin ifasına bağlı tehlikeli teknik ve etkinlikler ise, örneğin silah kullanma yetkisine, iş kazası sayılabilecek durumlara uygulanmakta, mağdur bakımından kusursuz sorumluluk esası geçerli olmakla beraber, kamu görevlisinin kişisel kusuru ile zarar arasında bir ilişki kurmayı ya da rücu kuralı kapsamında kamu görevlisine rücu edilebilmeyi kolaylaştırıcı bir ayırım sağlamaktadır.

4.1.2.1. Sosyal risk ölçütü

Aslında kitle hareketlerinin kapsayan bir bağlamda ele alınması gerekirken, ülkemizde sosyal risk daha çok terör olayları dolayısıyla uğranılan can ve mal kayıpları ile ilişkilendirilmektedir. Özellikle gerek kamu görevlileri gerekse sivil bireylerin can kaybı Danıştay tarafından sosyal risk kapsamında değerlendirilmekte ve idarenin sorumluluğuna karar verilmektedir. Danıştay, 1997 yılında verdiği bir kararında, “Kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiç bir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi kusursuz sorumluluk ilkesini doğurmuştur. Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara bağlı olarak idarenin yürüttüğü hizmetlerin bazılarının, bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir. İşte içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir”⁴⁸ diyerek geniş bir bakış açısı kullandığını gösterirken, 1982 yılında verdiği bir başka kararında, “Bakılan davada, zarar doğrudan doğruya bir idari ajanın fiilinden doğmamıştır. Zararın, idarenin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ve diğer yasalarla kendisine verilen emniyet ve asayiş sağlama görevini gereği gibi yerine getirmemesinden ve zamanında gerekli önlemleri almamasından doğduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bir kamu hizmeti olan kolluk görevinin, zarar doğurması kuvvetle muhtemel olaylardan idare önceden haberdar edilmediği veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtiler bulunmadığı sürece genel nitelikteki önlemlerle yürütülmesi doğaldır”⁴⁹ diyerek kusur sorumluluğu çerçevesinde idarenin kusurlu sorumluluğunun bulunmadığına, yine aynı kararında bu defa kusursuz sorumluluk ölçütü olarak sosyal hasar olup olmadığını tartışırken, “Fransa ve Almanya’da genel nitelikteki yasal düzenlemelerle uygulamada bu kurama yer verilmiştir. Ülkemizde ise belli sosyal olaylardan doğan zararların tazmininde yasa koyucu bu yola gitmiş; genel bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde benimsenen görüşe göre, bir zararın sosyal hasar kuramına göre tazmin edilebilmesi için, bu zararın toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya harp nedeniyle meydana gelmiş bulunması, zarar doğuran olayı önlemek idarenin görevlerinden olmasına karşın idarenin kusuru olmaksızın bunu önleyememiş bulunması veya daha büyük zararlara sebebiyet vermemek için önlemekten bilerek kaçınması gerekir. Davacının hazineden kiraladığı dal-

⁴⁸ D.10.D., K: 1997/2544, E: 1996/3396, KT: 23.06.1997.

⁴⁹ D.10.D., 1982/777, E: 1982/2952, KT: 12.04.1982.

yanın tahrip edilmesine ilişkin olayda yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmemesi karşısında davalı idarenin sosyal hasar kuramına göre tazminatla yükümlü tutulmasına da olanak bulunmamaktadır” diyerek sosyal hasar kavramını anlamadığını gösteren bir yaklaşım sergilemiş veya belki dönemin politik ortamından etkilendiğini göstermiştir.

Ülkemizin temel sorunlarından biri yerleşik kavramları ebediyen aynı anlamda kullanma hastalığıdır. Oysa kavramlar ele alındıkları dönemin anlayışı, bilgi birikimi ve hatta onu ele alanın yaratıcı zekâsına bağlı olarak ilk anlamıyla bağı kopmadan içerik itibarıyla yenilenebilir ve geliştirilebilirler. Günümüzde sosyal risk kavramının Danıştay kararında ele alınış biçimi ve içeriği tamamıyla aşılmış arkaik bir nitelikli kalmıştır. Risk kavramının sosyalleşmesi artık sadece asayiş olaylarını değil, bulaşıcı hastalıklar, bunların tedavisinde ortaya çıkan büyük yanlışlar, depremlerin ortaya koyduğu yapı sorunları, hastalıklı kan verilmesi, çevre sorunlarının genel zararlı etkisi vs. gibi birçok konunun sosyal risk kavramı içinde ele alınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunda farklı aşamada ele alınabilecek bir genişleme, bir “incelikli”(affinité) gelişim baş göstermektedir. Bu gelişmeye kavramların geleneksel anlamlarıyla karşılık vermek kolay olmasa gerek...

5. İdarenin sözleşme etrafında sözleşme dışı sorumluluğu

İdari sözleşmelerin ve özellikle imtiyaz sözleşmelerinin zaman içinde ekonomik dengesinin bozulması idarenin yüklenici lehine düzeltici tedbirler almasını gerektirir. Bu tedbirlerden “fait du prince” (egemen eylemi) ve “imprevizyon” (öngörülemelik) kriterleri, idareyi oluşturan zararın tazmini konusunda sorumlu tutmanın araçlarıdır. Özellikle fait du prince kriterinin temelinde idarenin iradesinde olan nedenlerden dolayı imtiyaz sözleşmecisinin zarar görmesi söz konusu olduğunda, idarenin düzeltici işlem yoluyla zararı karşılayıcı tedbirler almak zorunluluğu yatmaktadır. Bir savaşın çıkması, gümrüklerin aşırı yükselmesi veya sınırların kapanması gibi durumlarda idarenin doğrudan doğruya zarar görene ilişkin bir kararı olmasının sorumlu tutulması da geniş anlamda kusursuz sorumluluk kavramı içinde ele alınabilir mi?

Doktrinde ve uygulamada bu konuda yeterli analizlerin olduğu söylenebilir. Ancak imtiyazcı talep ettiğinde devletin sözleşmeyi sürdürme zorunluluğu gibi ortaya çıkan bu olumlu katkı sözleşme hukukunun bir parçası değildir. Buna karşılık öngörülemelik kriteri, öngörülemeyen ve başa çıkılamayacak ve nihayet sözleşmenin ifasını imkânsız kılacak olayların meydana gelmesini sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması ve zararların idarece paylaşılmasını isteme hakkı verdiğine göre, idarenin bu sorumluluğu sözleşmeyi sona erdirerek yerine getirmekten kaçınmaktansa yüklenmesi, kamu külfeti olarak ortaya çıkması anlamına gelir. Burada sorun ortada bir sözleşme olması değil, esas olan sözleşme ile yerine getirilen faaliyetin bir kamu külfetine tekabül edip etmediği meselesidir. Bu analizle, sözleşme etrafında gerçekleşen bu sorumluluğun kusur ya da risk kavramına göre karşılanması gerektiğini söylemek istemiyorum. Ancak, idarenin sözleşmeye dışı sorumluluğunun tek bir kaynağı olduğu düşüncesiyle, gerek fait du prince gerekse imprévizion prensiplerinin ayrı bir sorumluluk kaynağı olarak görülmesi gibi bir yanlış algının üretilmesi “riski”ne karşı durmayı amaçlıyorum. Zira olabilir ki, bu türden taleplerin tartı-

şıldığı bir uyumsuzlukta gerçekte bir kamu külfeti olarak algılanmayacak zararların karşılanması talebi gündeme gelebilir ve sözleşme ile de açıkça belirtilmediği halde zararın karşılanması çabasına girişilebilir. Böyle bir durumda, hem sözleşmeden doğmayan hem de kamu külfeti olmayan diğer bir söyleyişle karşılanması mümkün olmayan dolayısıyla gerçek anlamda bir sorumluluk olmayan hususların karşılanması sorumluluk hukukunun dışına çıkılması anlamına gelebilir.

Öte yandan, eğer egemen olgusu sorunu sadece imtiyaz sözleşmelerinin etrafında geçerli olsaydı sözleşmenin dışında kalan bireylerin kendi iştiğal konuları ile ilgili bir talebi idare önüne getirmeleri mümkün olmayacaktı. Ancak biliyoruz ki, Anayasa ekonomik nedenlere dayanan olağanüstü hallere özgü taksite bağlama, borcu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırma veya erteleme gibi bireysel koruyucu muafiyet sağlanmasına olanak vermektedir. Ayrıca, bu tür idari desteklerin verilmesi için anayasal bir dayanağın olması zorunlu da değildir.

Burada kullanılan egemen olgusu veya öngörülmezlik kriterlerin sorumluluk kavramına yabancı gibi durması yanıltıcıdır. Önemi olan idarenin bir kamu hizmetinin sekteye uğramaması için sözleşmenin bir parçası olmayan sorumluluk yüklenmiş olmasıdır. Bu kriterlere dayanan yükümlülüklerin dayanağı dar ve teknik anlamda idarenin mali sorumluluğu içinde bulunmasa bile, geniş anlamda idari sorumluluk ilkesinin içerisinde kaldıklarından kuşku duyulamayacağı kanısındayım.