

ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN DAVRANIŞLARI SONUCU MEYDANA GELEN ZARARLARDAN İDARENİN SORUMLULUĞU*

Meltem ERTUĞRUL**

ÖZET

Geniş bir teşkilat yapısı ve faaliyet alanı olan idarenin faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilere zarar vermesi söz konusu olabilmektedir. Bu zarar verici davranışlar kural olarak idareye atfedilmektedir. İdari hizmetin görülmesi sırasında kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanan zararlarda idarenin hangi sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutulacağı, Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde Türk hukukundan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Örneğin, Alman Hukukunda idarenin sorumluluğu adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmektedir. Hukukumuz idarenin sorumluluğu bakımından Fransız sistemini esas aldığından, idarenin kamu görevlilerinin faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin genellikle Fransız hukukuyla karşılaştırmalı eserler bulunmakta, ancak Alman ve İsviçre hukukuna yönelik incelemeler sınırlı sayıda bulunmaktadır. Bu çalışmada bu boşluğun doldurulması amaçlanmış, Almanya'da ve İsviçre'de idarenin kamu görevlilerinin kamu görevini kusurlu yerine getirmeleri sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumluluğu, ilgili ülkelerin kanunlarına göre incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğu, İsviçre Hukukunda İdarenin Sorumluluğu, İdarenin Sorumluluğu, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Art. 839, VG. Art. 3.*

* Bu çalışma yazarın doktora tezinden türetilmiştir.

** **Dr. Öğr. Üyesi,** İzmir Bakırçay Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/İZMİR, e-posta: meltem.ertugrul@bakircay.edu.tr,

ORCID: 0000- 0001-7265-5119

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1123743

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/05/2022

**RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION FOR DAMAGES CAUSED
BY THE BEHAVIOR OF PUBLIC
OFFICIALS IN GERMAN AND SWISS LAW**

ABSTRACT

It is possible that public officials who perform the actions of the administration, which has a wide organizational structure and field of activity, may harm individuals during the performance of public service. In principle, these damaging behaviors are attributed to the administration. According to which liability provisions the administration will be held responsible for damages arising from the behavior of public officials during the execution of administrative service, German and Swiss legal systems are regulated differently from Turkish law. For example, in German Law, the responsibility of the administration is resolved in civil jurisdiction, according to the provisions of private law. Since our law terms of the responsibility of the administration, is based on the French system, there are generally works comparable to the French law. There are a limited number of studies about the responsibility of the administration caused from the activities of the public officials, on the German and Swiss law. In this study, it was aimed to fill this gap and was tried to be examined according to German and Swiss laws, of the responsibility of the administration for the damages caused by the faulty performance of the public duty.

Keywords: *Responsibility of the Administration in German Law, Responsibility of the Administration in Swiss Law, Responsibility of the Administration, German Civil Code (BGB). Art. 839, VG. Art. 3.*

GİRİŞ

Türk İdare Hukuku sisteminde, idarenin kamu gücünü kullanarak yerine getirdiği faaliyetlerden meydana gelen zararlarda özel hukuk sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağı, bu konuda ayrı bir idare hukuku sorumluluk ve yargı sisteminin kurulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle kamu hizmetini yerine getirirken kamu görevlilerinin davranışlarından meydana gelen zararlardan idarenin sorumluluğu, idari yargıda idare hukukunun sorumluluk prensiplerine göre belirlenmektedir¹. Alman ve İsviçre hukukunda ise farklı esaslar kabul edilmiştir.

Alman Hukukunda, kamusal görevlerin yürütülmesi sırasında kamu görevlilerinin davranışlarından idarenin sorumluluğu özel hukuka ilişkin hükümlere göre çözümlenmektedir. İsviçre’de ise egemenlik yetkisi kantonlar ile federal devlet

¹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2013 s. 367; Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, 19, Kitap: 1, 2004, s. 177; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 490.

arasında paylaştırılmış ve her kantona idarenin sorumluluğu konusunda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bu sebeple İsviçre hukukunda idarenin sorumluluğunda farklı kanunlar ve uygulamalar söz konusudur. Federal Devletin sorumluluğuna ilişkin ise özel bir kanun bulunmaktadır.

Çalışmamızda, Almanya ve İsviçre’de idarenin faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin² görevleri sırasındaki eylem ve işlemlerini oluşturan davranışlarından kaynaklanan zararlarda, idarenin sorumluluğu incelenmeye çalışılmıştır.

I. ALMAN HUKUKUNDA

A. Genel Olarak

Kamu görevlilerinin idari hizmeti yerine getirirken meydana getirdikleri zararlardan sorumluluk, esasen Alman Medeni Kanunu’nun (Bürgerliches Gesetzbuch) 839. paragrafında ve Alman Anayasası’nın 34. maddesindeki hükümlere göre belirlenmektedir. Bu hukuk sisteminde, kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin kusurlu davranışlarından kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu, Medeni Kanun esaslarına göre adli mahkemelerde karara bağlanmaktadır³.

İdarenin kusura dayanmasa dahi, vatandaşların özgürlük, hayat, sağlık gibi Anayasa ile korunan hukuki bir duruma el atılmasından kaynaklanan zararlarda ise sorumluluk “*fedakarlığın denkleştirilmesi*” ilkesiyle kabul edilmiştir⁴. Bu sorumluluk ilkesinin temelini 1794 tarihli Prusya Kanunu’nun (Allgemeines

² Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görevlendirilmiş olan memur ve diğer personeller için çalışmamızda genel olarak bu terim kullanılmıştır. Ancak ilgili hukuk düzenlemelerinde özellikle memur kavramı kullanıldığı haller için memur kavramı tercih edilmiştir.

³ Erbguth Wilfried, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess-und Staatshaftungsrecht*, 7. Auflage, Nomos, 2014, N. 20, s. 517; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015, N. 1098, s. 433; Stefan Ulrich Pieper, *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014, N. 53, s. 1120; Robert Uerpman-Witzack, *Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2013, N. 397, s. 132; Patrick Reinert, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, §§ 611-1296 (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012, N. 120, s. 1706; A. Ülkü Azrak, “Alman İdare Hukukunda Devletin Âmme Hukuku Sahasındaki Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, *İÜHFİM*, 28 (2), 1962, s. 380.

⁴ Manfred Baldus/Bernd Grzeszick/Sigrid Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, 2013, N. 330, s. 86; Bernd Kannowski *Kommentar zum BGB* (Herausgegeben von: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann), Band III Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-853, Mohr Siebeck, 2013, N. 89, s. 2903; İlhan Uluhan, “Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *İÜHFİM*, Ayrı Bası, XLIII (1-4), 1978, s. 6-7, 16 vd.

Landrecht für die Preußischen Staaten) 74. ve 75. maddeleri oluşturmaktadır⁵. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine göre oluşan sorumlulukta, idarenin egemenlik alanını kullanmasından kaynaklanan yaşam, özgürlük, sağlık gibi değerlere idarenin kusuru olmaksızın ve hukuka aykırı olmayan bir fiille zarar vermesi, fakat zarar görenin bu zarara katlanma yükümlülüklerinin bulunmaması gerekir. Bu durumda idare kamulaştırmaya ilişkin Anayasa'nın 14/III. maddesinin⁶ kıyasen uygulanması ile sorumlu tutulmaktadır⁷. Örneğin, zorunlu aşı kampanyası kapsamında aşılana kişinin, aşı nedeniyle yaşadığı sağlık sıkıntılarında devletin sorumluluğu fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır⁸. Bu davalar da adli yargıda görülmektedir⁹.

Alman hukukunda, bunlar dışında da idarenin motorlu araçlardan kaynaklanan sorumluluğu gibi idarenin özel kanunlara göre sorumlulukları da söz konusu olabilmektedir¹⁰.

B. İdarenin Kamusal Görevin İhmalinden Kaynaklanan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

1 Ocak 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafında, memurların görevlerini yerine getirirken sebep oldukları zararlardan sorumluluk kişisel olarak memura yüklenmiştir. Düzenlemeye göre;

“Bir memur, üçüncü bir kişiye karşı görevinden doğan bir yükümlülüğünü kasten veya ihmalle ihlal ederse, üçüncü kişinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Memur sadece ihmali davranışta bulunmuşsa, zarar görenin başka bir şekilde zararını tazmin edememesi halinde, memurdan tazminat talep edilebilir.

Memur, kendi kamu görevi olan bir hukuksal konu hakkındaki kararında, görevini ihlal ederse, bundan doğan zararlardan ancak görev ihlalinin (aynı

⁵ Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 330, s. 86; Ulusan, s. 6-7, 16 vd.

⁶ İlgili hükme göre; “Kamulaştırma, ancak toplumun yararı için olanaklıdır. Kamulaştırma yalnız tazminatın biçim ve ölçüsünü düzenleyen bir yasayla veya bir yasaya dayanarak yapılabilir. Tazminat, toplumun ve ilgililerin yararları adaletli bir biçimde denkleştirilerek belirlenir. Tazminatın miktarı üzerinde anlaşmazlık halinde, adli yargı nezdinde kanun yolları açıktır.”

⁷ Holger Wöckel, *Grundzüge des deutschen Staatshaftungsrecht*, IÖR, 2006, N. 328, s. 85; Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ayrı Basım, 1980, s. 89; Ulusan, s. 4-5.

⁸ Ulusan, s. 25.

⁹ Wöckel, s. 48; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 221, s. 52.

¹⁰ Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 350, s. 90; Gürsoy, s. 92.

zamanda) suç olması halinde sorumludur. Kamu görevini yerine getirmeyi, haksız şekilde reddetme ya da geciktirme halinde bu kural uygulanmaz.

Zararın doğmasını önleyecek bir yasal yolu, zarar görenin kasıtlı ya da ihmali davranışla kullanmaması halinde tazminat yükümlülüğü meydana gelmez.”

23 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe giren Alman Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)’nın 34. maddesine göre ise, “Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü bir kişiye karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk kural olarak, devlete veya hizmetinde bulunduğu kuruluşa aittir. Kast veya ağır ihmal hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu haklarının kullanılması için adli yargı yolu kapatılamaz.” Anayasa’daki hüküm kapsamında sadece memur değil, kamu hizmetinin yürütülmesinde görevlendirilmiş diğer kişilerin davranışlarında da idare sorumludur.

Kamu görevlisinin, kamu görevini yerine getirirken sebep olduğu zararlarda, eylemi gerçekleştiren memurun kişisel olarak sorumlu olmasına ilişkin Alman Medeni Kanunu (BGB) hükmü ile Anayasa’da bulunan kamu hizmetini yerine getiren kişilerin, görevlerinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde meydana gelen zararlardan sorumluluğun devlet veya hizmeti yerine getirenin bağlı bulunduğu kuruluşa ait olması hükmü birbiriyle çatışıyor gibi görülmektedir. Ancak Alman hukuku doktrininde bu hükümlerin birbiriyle bağlantılı olarak yorumlanarak, Medeni Kanun’daki hükmün sorumluluğu doğurucu nitelikte, Anayasa’da bulunan hükmün ise sorumluluğun süjesini değiştirici ve sorumluluğun kapsamını genişletici nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹. İki hükmün de sorumluluk kapsamının ve süjesinin belirlenirken dikkate alınması gerekir¹². Bu doğrultuda kamu görevlisinin

¹¹ Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 72. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2013, § 839, N. 12, s. 1401-1402; Jürgen Papier, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, (Herausgegeben von: Franz Jürgen Sächer, Roland Rixecker, Hartmut Oetker), (München, 6. Auflage, C. H. Beck., 2013), BGB, N. 121, s. 2577; Fritz Ossenbühl/ Matthias Cornils, *Staatshaftungsrecht*, C. H. Beck, 2013, s. 12; Erbguth, N. 1, s. 503; Reiner Schulze, *Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 8. Auflage, Nomos, 2014, BGB 839, N. 1; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2015, N. 1253, s. 324; Pieper, N. 2, s. 1109; Michael Ahrens, *Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, C.F. Müller, 2013, N. 15, s. 6; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 98, s. 23; Maximilian Fuchs, *Deliktsrecht*, Sechste Auflage, Springer, 2006, s. 194; Heinz. J. von Wöstmann, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2*, §§839, 839 a, Sellier de Gruyter, 2013, N. 20, s. 20.

¹² Detterbeck, N. 1054, s. 407; Rolf Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, C. H. Verlag, 2015, N. 1062, s. 379; Schulze, BGB 839, N. 1, 2; Friedrich Kreft, *Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar*, Band II 6. Teil §§ 832-853 (bearbeitet von: Karlheinz Boujong, Friedrich Kreft, Karl Nüßgens), 12. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 1989, § 839, N. 22, s. 15.

görevini yerine getirirken sebebiyet verdiği zararlardan sorumluluk öncelikle görevlinin şahsında doğmakla birlikte, bu sorumluluk Anayasa hükmü gereği idareye aktarılmakta ve kamu görevlisinin bu zararlardan dolayı artık kişisel bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹³.

İdarenin, kamu görevlisinin davranışları nedeniyle oluşan zararlarda, sorumlu tutulmasının nedeni, yapılan faaliyetin kamusal niteliğinin olması ile kamu görevlisinin idare tarafından atanması ve görevin ona emanet edilmiş olması temellerine dayanmaktadır¹⁴. Kamu görevlisinin zarardan kişisel olarak sorumlu olmaması düzenlemesiyle, hem zarar görenin ödeme gücü yeterli olmayan kamu görevlisi yerine malvarlığı daha geniş olan idareden tazminat alabilmesi hem de kamu görevlisinin çalışma motivasyonunun kötü etkilenmesinin önlenmesi sağlanmıştır¹⁵.

Anayasa'nın 34. maddesinde yer alan hüküm kamu görevlisini sadece, zarar görene karşı sorumlu olmaktan kurtarmaktadır. Hüküm kamu görevlisinin kast veya ağır ihmali davranışları halinde, idarenin rücu hakkını saklı tutmuştur. Bu nedenle idare kastı veya ağır ihmali bulunan kamu görevlisine ödediği tazminatı rücu edebilir¹⁶. Bu dava da adli yargıda görülmektedir¹⁷.

2. Sorumluluğun Koşulları

a. Kamusal görev

Alman hukukunda, idarenin BGB'nin 839. paragrafına göre kamu görevlisinin davranışından kaynaklanan sorumluluğunun doğması için, kamu görevlisinin kamusal faaliyet içerisinde görevini yerine getirirken zarara yol açmış

¹³ Erbguth, N. 1, s. 503; Papier, BGB, N. 121, s. 2577; Ipsen, N. 1254, s. 324; Elke Gurlit, *Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis 69*, Begründet von, Ingo von Münch, Herausgegeben von, Philip Kunig, 6. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2012, N. 9, s. 2112; Schmidt, N. 1064, s. 381; Peter Bähr, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, Vahlen, 2013, s. 367; Kreft, § 839, N. 22, s. 15; Azrak, s. 370.

¹⁴ Ipsen, N. 1249, s. 323.

¹⁵ Ipsen, N. 1249, s. 323.

¹⁶ Palandt Kommentar, § 839, N. 88, s. 1413; Thomas Mayen, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch II* (herausgegeben von: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer), 14. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2014, § 839, N. 103, s. 3705; Ossenbühl/Cornils, s. 120; Pieper, N. 51, s. 1119; Schmidt, N. 1110, s. 403; Schulze, BGB 839, N. 27; Hans J Wolff/ Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, C. H. Beck, 2010, N. 138, 139, s. 45-46; Wöstmann, N. 385, s. 205; Hubertus Kramarz, *BGB Kommentar* (Herausgegeben von: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 10. Auflage, Luchterhand Verlag, 2015, § 839, N. 80, s. 1878; Kreft, § 839, N. 131, s. 50; Helge Sodan/Jan Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 6. Auflage C. H. Beck, 2014, § 89, N. 23.

¹⁷ Reinert, N. 120, s. 1706.

olması aranmaktadır¹⁸. İdarenin özel hukuk alanında yaptığı faaliyetlerden doğan sorumluluk, bu hükümler kapsamına girmez¹⁹. Anayasa hükmü sadece idarenin kamu görevine ilişkin faaliyetleri bakımından kamu görevlisinin sorumluluğunda süjeyi değiştirdiğinden, idarenin özel hukuk faaliyetlerinde Anayasa hükmünün etkisi söz konusu olmaz ve kamu görevlisinin üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde, görevli BGB'nin 839. paragrafına göre sorumlu olur²⁰. Örneğin, Alman hukukunda (hastanın isteğiyle yapılan) hasta tedavi faaliyeti özel hukuk alanına giren bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Kamu hastanesinde doktorun hastayı tedavi etmesi, doktor kamu görevlisi olsa bile kamu hizmetinin yerine getirilmesi sayılmaz. Bu nedenle doktorun hatalı tedavisi nedeniyle oluşan zararlarda doktor, BGB'nin 839. paragrafına göre kişisel olarak sorumludur. Doktorun çalıştığı hastanenin sorumluluğu ise BGB'nin 31²¹, 89²² ve 831²³. paragraflarına dayandırılabilir. Ancak akıl hastanesine zorla kaldırmada olduğu gibi, doktorun zorla tedavi yapmasının gerekmesi halinde, doktorun eylemi kamu görevinin yerine getirilmesi niteliğindedir. Bu durumda doktorun hatalı tedavisi sonucu, idarenin BGB'nin 839. paragrafı ve Anayasa'nın 34. maddesine göre sorumluluğu doğar. Yine Almanya Federal Silahlı Kuvvetlerinde bulunan sağlık merkezindeki faaliyetler de kamu görevi oluşturmaktadır²⁴. Bunun dışında örneğin, polis memurunun silahını temizlerken özensiz davranması ve meslektaşını yaralaması gibi hallerde kamu hukukuna ilişkin faaliyet bulunduğundan zarardan idare sorumlu tutulmaktadır²⁵.

BGB'nin 839. paragrafında düzenlenen hüküm, BGB'nin 823. maddesinde düzenlenen haksız fiillerden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna göre özel bir

¹⁸ Detterbeck, N. 1056, s. 408; Erbguth, N. 6, s. 505; Gurlit, N. 17, s. 2118; Schmidt, N. 1071, s. 384; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 11, s. 9; Gisbert Kaiser, Bürgerliches Recht, 11. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2007, N. 856, s. 469; Sodan/Ziekow, § 86, N. 4

¹⁹ Detterbeck, N. 1056, s. 408; Erbguth, N. 6, s. 505; Gurlit, N. 17, s. 2118; Schmidt, N. 1071, s. 384; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 11, s. 9.

²⁰ Uerpman-Witzack, N. 400, s. 132.

²¹ “Dernek, yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyesi veya yasal olarak atanmış başka bir temsilcinin görevlerini yerine getirirken yaptığı bir eylem nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur.”

²² “31 hükmü Hazine için olduğu kadar kamu hukuku kapsamındaki şirketler, vakıflar ve kurumlar için de geçerlidir.”

²³ “Adam çalıştıran, çalışanın görevini yerine getirdiği sırada hukuka aykırı olarak üçüncü kişiye verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, tayin edilen kişiyi seçerken, denetlerken, yönetirken, cihaz veya ekipman tedarik ederken gerekli özeni göstermiş ise veya özen gösterseydi de zarar meydana gelecek idiyse tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaz.”

²⁴ BGHZ 20, 376; BGHZ 108, 230; Palandt Kommentar, § 839, N. 93, 95, s. 1413; Mayen, § 839, N. 43, s. 3692; Gurlit, N. 20, s. 2120; Reinert, N. 29-31, s. 1679-1680.

²⁵ Detterbeck, N. 1057, s. 409.

düzenlemedir. Bu nedenle kamu görevlisinin eylemlerinden kaynaklanan zararlarda 823. paragraf değil, 839. paragraf hükmü uygulanır²⁶. Kamu görevlisinin, kamusal hizmeti yerine getiren eylemlerinden kaynaklanan zararlarda, BGB'nin adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen 831. paragrafı uygulama alanı bulmaz²⁷. Ancak, idarenin özel hukuk alanına giren faaliyetlerinde çalıştırdığı kişinin yol açtığı zararlardan sorumluluk BGB'nin 831. paragrafına göre belirlenir²⁸.

Kamusal faaliyet yerine getiren kamu görevlisinin, bu faaliyet sırasında motorlu taşıtları kullanırken sebebiyet verdikleri zararlarda, sorumluluk kural olarak Karayolları Trafik Kanunu (Straßenverkehrsgesetz) hükümlerine göre belirlenir. Ancak bu Kanun hükümlerinin uygulanması idarenin BGB'nin 839. paragrafı ve Anayasa'nın 34. maddelerine göre olan sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, sorumluluk sebepleri yarışmaktadır²⁹.

b. Sorumluluğa yol açan görevli

İdarenin sorumluluğunu doğuran zarara sebep olan kişiler, idari yardımcılar veya idare tarafından atanan üçüncü kişiler olabilir³⁰. Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafında sorumluluğa sebep olan kişi “*memur*” olarak düzenlenmişken, Anayasa'da “*kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kimse*” ifadesi kullanılmıştır. Böylece Anayasa'daki hüküm, BGB'deki sorumluluğa neden olan kişi kavramını genişletmiştir. Zarara sebep olan görevli, devlet veya kamu gücünü kullanan belediye, üniversite gibi başka bir kurum için hareket ediyor olabilir. Bu tüzel kişilerin sorumluluğu için sorumluluğa neden olan kişinin kişisel statüsü önemli olmayıp, idarenin faaliyet alanının kamu hukukuna ilişkin olması yeterlidir³¹.

²⁶ Mayen, § 839, N. 17, s. 3687; Schmidt, N. 1064, s. 381; Uerpman-Witzack, N. 383, s. 128.

²⁷ Gerald Spindler, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296* (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012, N. 3, s. 1625; Ahrens, N. 109, s. 37.

²⁸ Ahrens, N. 114, s. 38.

²⁹ Ossenbühl/Cornils, s. 117; Erbguth, N. 27, s. 520; Ipsen, N. 1298, s. 334.

³⁰ Erbguth, N. 5, s. 505; Pieper, N. 21, s. 1112; Schmidt, N. 1063, s. 379; Wöstmann, N. 37, s. 28; Reinert, N. 3, s. 1675; Azrak, s. 371.

³¹ Palandt Kommentar, § 839, N. 17, s. 1402; Mayen, § 839, N. 30, s. 3689; Ossenbühl/Cornils, s. 14, 15; Erbguth, N. 4, s. 504; Detterbeck, N. 1055, 1056, s. 407; Ipsen, N. 1254, s. 324; Schmidt, N. 1063, s. 379; Schulze, BGB 839, N. 6; Uerpman-Witzack, N. 380, s. 127; Reinert, N. 15, s. 1677; Ahrens, N. 20, s. 8; Kaiser, N. 857, s. 469-470; Arndt Teichmann, Jauernig *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug) Kommentar* (herausgegeben von: Rolf Stürner), 15. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2014, § 839, N. 6, s. 1332-1333; Bähr, s. 368; Kreft, § 839, N. 49, s. 22; Max Thomas Maria Middendorf, *Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2001, s. 34; Curt M Jeromin/Christian Kirchberg, *Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Heribert Johlen, Michael Oerder), 3. Auflage, C.H.Beck, 2012, §18, N. 9; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 99, s. 23; Wöckel, s. 7; Fuchs, s. 195; Kannowski, N. 86, s. 2901.

İdarenin kamu görevlisinin eyleminden doğan sorumluluğu, kamu görevlisinin kusurlu davranışlarıyla kamu görevini ihlal etmesinden kaynaklandığından, kamu görevlisinin gerçek kişi olması gerekir, tüzel kişi veya organ faaliyetlerinden doğan zararlar bu kapsama girmez. Ancak organda görev alan gerçek kişilerin davranışlarından doğan zararlarda idarenin sorumluluğu söz konusu olur³². Bunun dışında idarenin özel teknik bilgi gerektiren bazı konularda belirli bir kamu görevini gerçek veya tüzel kişi statüsündeki özel bir kişiye emanet etmesi söz konusu olabilir. Bu durumlarda da idare bu kişilerin fiillerinden sorumludur³³. Kamu tüzel kişinin özel hukuk süjesi statüsündeki kişilerden araç veya ifa yardımcısı olarak kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında yararlanması halinde de idarenin bu kişilerin fiillerinden sorumluluğu bulunur³⁴. Örneğin, polisin görevlendirdiği özel çekici hizmetinin polisle birlikte çalışırken (polis için görev yerine getirirken) verdikleri zararlardan idare sorumlu olabilmektedir³⁵. Ancak burada özel kişilerin idarenin talimatlarına bağlı olmasının aranması gerektiği belirtilmektedir³⁶.

İdari hizmet nedeniyle zarar gören kişinin tazminat isteyebilmesi için, faaliyeti yapan belirli bir kamu görevlisinin ismine ihtiyacı yoktur. Birçok durumda zarar görenin görevlinin adına ulaşması mümkün değildir, ya da zarar anonim olarak idari bir araç nedeniyle gerçekleşebilir. Bu tür hallerde zarara yol açan davranışın belirli bir personelle kişiselleştirilmesi gerekmeksizin idarenin organizasyon kusuru mevcutsa, idare zarardan sorumlu tutulmaktadır³⁷. Örneğin idarenin personel kadrosunun eksik olması nedeniyle hizmetin gecikmesi, personele makul olmayacak şekilde iş yükü yüklenmesi, personele eksik ekipman verilmesi, denetleme eksikliği veya eksik talimat nedenleriyle personelin hatalı işlem yapması halinde idarenin organizasyon kusuru bulunur³⁸.

³² Gurlit, N. 11, s. 2113; Kreft, § 839, N. 144, s. 54-55; Sodan/Ziekow, § 89, N. 7.

³³ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 133, s. 44-45; Ossenbühl/Cornils, s. 17; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 12; Wöckel, s. 8.

³⁴ Papier, BGB, N. 132, s. 2581; Schmidt, N. 1068, s. 383; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 103, 104, s. 24.

³⁵ Mayen, § 839, N. 32, s. 3689; Papier, BGB, N. 138, s. 2584; Schmidt, N. 1068, 1069, s. 383-384; Ahrens, N. 28, s. 11.

³⁶ Mayen, § 839, N. 32, s. 3689.

³⁷ Mayen, § 839, N. 69, s. 3699; Ossenbühl/Cornils, s. 79; Erbguth, N. 16, s. 516; Detterbeck, N. 1083, s. 422-423; Schmidt, N. 1094, s. 396; Christoph Stein/Peter Itzel/Karin Schwall, *Praxishandbuch des Amtes und Staatshaftungsrechts*, 2. Auflage, Springer, 2012, N. 138, s. 69

³⁸ Mayen, § 839, N. 69, s. 3699; Ossenbühl/Cornils, s. 79; Erbguth, N. 16, s. 516; Detterbeck, N. 1083, s. 422-423; Schmidt, N. 1094, s. 396; Christoph Stein/Peter Itzel/Karin Schwall, *Praxishandbuch des Amtes und Staatshaftungsrechts*, 2. Auflage, Springer, 2012, N. 138, s. 69.

c. Zarar

Sorumluluğun doğması için, tazminat talep eden kişinin zarara uğraması gerekmektedir. Kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin eylemi nedeniyle zarara uğrayan kişi, sadece maddi zararını değil, bu fiil nedeniyle uğradığı manevi zararı da idareden talep edebilir³⁹.

d. Fonksiyonel bağ

İdarenin sorumluluğunun doğması için, zarara yol açan davranışın kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında ve hizmet vesilesi ya da sebebiyle gerçekleşmesi gerekir. Yani zarara yol açan faaliyet ile kamu hizmeti arasında iç ve dış bağlantı bulunmalıdır⁴⁰. Dış bağlantı, zarara yol açan eylem ile kamu hizmetinin faaliyet alanı arasında mekân ve zaman ilişkisinin bulunmasını ifade eder⁴¹. İç bağlantı ise, zararlı eylemin hayatın gerçeklerine göre, kamusal görev karakteri taşımasıdır⁴². Örneğin, bir polis memurunun kişisel intikam amacıyla, hizmetin görülmesi sırasında yaptığı zarar verici eylemde, eylem ile kamu hizmeti arasında dış bağlantı bulunmasına rağmen iç bağlantı mevcut olmadığından, idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz⁴³. Polis memurunun o sırada hizmet yerine getirmemesine rağmen eşiyile buluşmak için görev yaptığı hizmet binasında bulunması ve bu sırada üçüncü bir kişiye zarar vermesi halinde, hizmet ile eylem arasında dış bağlantı mevcut olmadığından idarenin sorumluluğu meydana gelmez⁴⁴.

e. Kamusal görevin ihlali

İdarenin sorumluluğunun doğması için ikinci koşul, kamusal görevi yerine getiren kamu görevlisinin zarara yol açan eyleminin, üçüncü bir kişiye karşı

³⁹ Ipsen, N. 1292, s. 333; Detterbeck, N. 1084, s. 423; Ossenbühl/Cornils, s. 111; Schulze, BGB 839, N. 23; Schmidt, N. 1097, s. 397; Middendorf, s. 41.

⁴⁰ Mayen, § 839, N. 38, s. 3690; Ossenbühl/Cornils, s. 28; Erbguth, N. 7, s. 506; Detterbeck, N. 1058, s. 409; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 49, s. 22- 23; Schulze, BGB 839, N. 9; Reinert, N. 34, s. 1681; Ahrens, N. 29, s. 13; Wöstmann, N. 93, s. 57; Teichmann, § 839, N. 14, s. 1335; Kreft, § 839, N. 124, s. 47; Middendorf, s. 34; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 17.

⁴¹ Erbguth, N. 7, s. 507; Detterbeck, N. 1059, 1060, s. 410; Ahrens, N. 30, 31, s. 13.

⁴² Erbguth, N. 7, s. 507; Detterbeck, N. 1059, 1060, s. 410; Ahrens, N. 30, 31, s. 13.

⁴³ Mayen, § 839, N. 38, s. 3691; Erbguth, N. 7, s. 506, 507; Ipsen, N. 1264, s. 327; Reinert, N. 34, s. 1681; Ahrens, N. 31, s. 13; Azrak, s. 372. Bizim hukukumuzda ise, kamu görevlisinin kin, düşmanlık, öç alma, kişisel menfaat temini gibi nedenlerle başkalarına zarar vermelerinin hizmet içinde veya hizmetle bağlantılı olarak yapılması halinde, idarenin görev kusuru çerçevesinde sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir (Danıştay 10. D., 6.11.2013 T., 2011/985 E., 2013/7802 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Günay, s. 376.

⁴⁴ Detterbeck, N. 1059, s. 410.

yüklenilen bir kamu görevinin ihlali şeklinde gerçekleşmesidir⁴⁵. Davranış ihlali, olumlu bir yapma eylemi şeklinde gerçekleşebileceği gibi yapmama biçiminde de gerçekleşebilir⁴⁶. Kamusal görev yazılı hukuk kurallarından veya idari talimatlardan doğabilir⁴⁷.

Yerine getirilen kamu görevi sadece genel kamu menfaatine yönelik değil, ayrıca zarar gören kişinin menfaatlerini de koruyan bir görev niteliğinde olmalı, ayrıca kamu görevlisi yerine getirmekle yükümlü olduğu bir görevi ihmal etmiş olmalıdır⁴⁸. Burada zarar görenin kamu görevinin koruma alanı kapsamına giren kişilerden olması gerekmektedir⁴⁹. Örneğin, polislerin öğrencilerin yaşamlarını koruma görevi bulunmaktadır. Bu durumda okul binası önünde iki öğrencinin sınıf arkadaşını dövmesine müdahale etmeyen polislerin pasif davranışları, görev ihlali oluşturur ve idarenin sorumluluğu doğar⁵⁰.

f. Kusur

Sorumluluğun doğması için kamu görevlisinin zararın doğmasında değil, fakat kamu görevini ihlal etmesinde kusuru mevcut olmalıdır. Örneğin, bir polis memurunun idari düzenlemelerle yasaklanmasına rağmen, silahını bekleme odasında temizlemesi ve bu sırada silahın emniyetinin açılarak silahın ateş alması ve başka bir memurun yaralanması halinde, polisin silahın ateş almasında kusuru bulunmasa dahi idari görevinin ihlalinde kusuru bulunduğu kabul edilir. Bu nedenle sorumluluk meydana gelir⁵¹.

Alman Anayasası'nda kamu görevi yerine getiren kişinin eyleminin kasıtlı veya ihmali davranışla olması aranmasa da BGB'nin 839. paragrafında memurun

⁴⁵ Palandt Kommentar, § 839, N. 43, s. 1406; Mayen, § 839, N. 58, s. 3695; Ossenbühl/Cornils, s. 60; Erbguth, N. 8, s. 507; Detterbeck, N. 1064, s. 411; Ipsen, N. 1273, s. 328; Pieper, N. 25, s. 1113; Schmidt, N. 1063, 1088 vd., s. 380, 392 vd.; Schulze, BGB 839, N. 13; Gurlit, N. 24, s. 2125; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 68, s. 28; Reinert, N. 56, s. 1687; Ahrens, N. 32, s. 14; Wöckel, s. 13; Fuchs, s. 195; Wöstmann, N. 168, s. 91; Kramarz, § 839, N. 27, s. 1869; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 37; Middendorf, s. 34, 40; Sodan/Ziekow, § 89, N. 12.

⁴⁶ Schulze, BGB 839, N. 10.

⁴⁷ Wöckel, s. 13.

⁴⁸ Palandt Kommentar, § 839, N. 44, s. 1406; Ossenbühl/Cornils, s. 61; Detterbeck, N. 1066, s. 412; Erbguth, N. 11, s. 510; Pieper, N. 25, s. 1113; Schmidt, N. 1063, s. 380; Schulze, BGB 839, N. 14; Wöstmann, N. 170, s. 93; Gurlit, N. 25, s. 2126; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 70, s. 29; Fuchs, s. 195; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 125, s. 31; Ahrens, N. 48, s. 19.

⁴⁹ Palandt Kommentar, § 839, N. 44, s. 1406; Mayen, § 839, N. 58, s. 3695; Ossenbühl/Cornils, s. 61; Pieper, N. 25, s. 1113; Schmidt, N. 1063, s. 380; Schulze, BGB 839, N. 14; Wöstmann, N. 170, s. 93; Gurlit, N. 25, s. 2126; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 70, s. 29; Fuchs, s. 195.

⁵⁰ Detterbeck, N. 1068, s. 413.

⁵¹ Erbguth, N. 19, s. 517; Papier, BGB, N. 282, s. 2640; Detterbeck, N. 1080, s. 421; Wöstmann, N. 191, s. 105.

kasıtlı ve ihmali davranışlarıyla kamu görevini ihlal etmesi sonucu oluşan zararlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Anayasa, sorumluluk bakımından eylemi gerçekleştiren kişileri genişlettiğinden, kusur koşulu memur dışındaki kamu hizmeti yerine getiren diğer kişilerde de aranmalıdır⁵². Kamu görevlisinin kasıtlı davranışları, bilerek ve isteyerek kamu görevini ihlal etmesidir. Örneğin, kamu görevlisinin bilinçli olarak kanuni bir düzenlemeyi dikkate almamasında kasıt bulunur. Kamu görevlisinin ihmali davranışının bulunup bulunmadığının tespitinde, faaliyeti yerine getiren kamu görevlisinin hangi beceri ve bilgiye sahip olduğu önemli olmaksızın, görevine bağlı ortalama bir memurun göstermesi gereken özen ölçüsü dikkate alınır⁵³.

Tazminat davalarında yargılamada taraflarca getirilme ilkesi uygulanır. Bu nedenle zarar görenin idarenin sorumluluğuna ilişkin talebinde iddia, somutlaştırma ve ispat yükü bulunur⁵⁴. Kamu görevlisinin kusurunu da yine zarar gören ispatlamalıdır. Ancak genel hayat tecrübeleri ve hayatın olağan akışına göre, yapılan görev ihlali ve zararlı sonucun kusurlu bir davranışla gerçekleştiği varsayılabilir⁵⁵.

g. Nedensellik bağı

İdarenin sorumluluğunun doğması için, zarar ile kamu görevlisinin kamu görevini ihlali arasında uygun nedensellik bağının da bulunması gerekir. Buna göre zarar, olayların normal seyri dikkate alınarak belirlenen nedensellik bağlantısına göre kamu görevlisinin eyleminden doğmalıdır⁵⁶. Kamu görevi uygun şekilde yerine getirilmiş olsaydı zarar doğmayacaktı ise, eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunur⁵⁷. İhmali davranışla gerçekleşen zararlarda nedensellik bağlantısının bulunması için, göreve uygun şekilde davranışta bulunulsaydı çok büyük olasılıkla zararın hiç gerçekleşmeyeceği veya bu miktarda meydana gelmeyeceğinin tespit edilmesi gerekir⁵⁸. Görevin uygun şekilde yapılması halinde zararın meydana

⁵² Ossenbühl/Cornils, s. 75; Erbguth, N. 15, s. 515; Ipsen, N. 1279, s. 329; Middendorf, s. 57.

⁵³ Palandt Kommentar, § 839, N. 51, 52, s. 1408; Papier, BGB, N. 288, s. 2641; Erbguth, N. 15, s. 515-516; Detterbeck, N. 1079, s. 421 Pieper, N. 33, s. 1116; Reinert, N. 84-86, s. 1697.

⁵⁴ Mayen, § 839, N. 68, s. 3699; Erbguth, N. 20, s. 517; Schmidt, N. 1102, s. 398; Reinert, N. 122, s. 1707.

⁵⁵ Erbguth, N. 20, s. 517; Schmidt, N. 1102, s. 398; Reinert, N. 122, s. 1707.

⁵⁶ Ossenbühl/Cornils, s. 73; Erbguth, N. 24, s. 518; Detterbeck, N. 1085, s. 423; Ipsen, N. 1276, s. 329; Pieper, N. 36, s. 1116; Wöstmann, N. 223, s. 121; Gurlit, N. 30, s. 2130-2131, Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 87, s. 34; Ahrens, N. 76, s. 28; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 155, s. 37; Middendorf, s. 55; Azrak, s. 373.

⁵⁷ Detterbeck, N. 1085, s. 423.

⁵⁸ Mayen, § 839, N. 66, s. 3698; Wöstmann, N. 224, s. 122; Middendorf, s. 56.

gelmemeye olasılığının bulunması nedensellik bağlantısının mevcut olması için yeterli değildir⁵⁹.

3. Sorumluluğun Doğmamasına veya Azaltılmasına Yol Açan Haller

Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafında⁶⁰ bazı durumlarda sorumluluğun doğmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler idarenin sorumluluğu bakımından da uygulanır. Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin ilk düzenlemeye göre, kamu görevlisinin sadece ihmali bir davranışla zarara sebebiyet vermesi ve zararın (başka bir yolla) üçüncü kişilerce karşılanması (tazmin edilmesi) halinde idarenin sorumluluğu meydana gelmez⁶¹. Bu düzenleme nedeniyle, idarenin sorumluluğunun “*tali (ikincil) nitelikte*” olduğu ifade edilmektedir⁶². Ancak bu hüküm dört durumda⁶³ uygulama olanağı bulmaz ve idarenin sorumluluğu devam eder. Bu düzenleme memurun mali sorumluluğunu sınırlamak için getirilmiş bir hüküm olmakla birlikte, hükmün idarenin sorumluluğuna aktarılması sonucu, idare de bu koşulların gerçekleşmesi halinde sorumluluktan kurtulmaktadır⁶⁴. BGB’de ayrıca hâkimlerin verdikleri yargı kararlarında görev ihlallerinin, ancak bu fiilin aynı zamanda ceza kanunu anlamında suç olması halinde sorumluluk doğuracağı düzenlenmiştir. Ancak hâkimin görevini yapmayı reddetmesi veya geciktirmesi halinde bu sorumluluk kısıtlaması uygulama alanı bulmamaktadır (BGB § 839 Abs. 2)⁶⁵. BGB’deki diğer bir sorumluluktan kurtulma düzenlemesini de zarar görenin kasıtlı veya ihmali davranışlarıyla, zararın doğmasını engellemeyi veya düzeltmeyi amaçlayan kanun yollarını kullanmaması hali oluşturmaktadır⁶⁶. Kanun yolu ifadesi

⁵⁹ Mayen, § 839, N. 66, s. 3698; Wöstmann, N. 224, s. 122; Middendorf, s. 56.

⁶⁰ “*Bir memur, üçüncü bir kişiye karşı görevinden doğan bir yükümlülüğünü kasten veya ihmalle ihlal ederse, üçüncü kişinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Memur sadece ihmali davranışta bulunmuşsa, zarar görenin başka bir şekilde zararını tazmin edememesi halinde, memurdan tazminat talep edilebilir.*” (BGB 839/1).

⁶¹ Erbguth, N. 25, 26, s. 519; Detterbeck, N. 1086, s. 424; Ipsen, N. 1281, s. 330; Pieper, N. 41, s. 1117; Ahrens, N. 80, s. 29; Fuchs, s. 197-198; Wöckel, s. 19.

⁶² Palandt Kommentar, § 839, N. 54, s. 1408; Ipsen, N. 1281, s. 330; Detterbeck, N. 1086, s. 424; Pieper, N. 41, s. 1117; Reinert, N. 88, s. 1699.

⁶³ Bu haller; aynı veya başka bir kamu makamına, başka bir hukuki temele dayanan tazminat talebinde bulunma imkânı, kanuni veya özel bir sigortadan tazminat talep etme imkânı, trafik kazasından kaynaklanan zararlar ile trafik güvenliğini sağlama görevine aykırılık halleridir (Palandt Kommentar, § 839, N. 57, s. 1408, 1409; Mayen, § 839, N. 74-78, s. 3700-3701; Detterbeck, N. 1087, s. 424-425; Erbguth, N. 27, s. 520; Pieper, N. 41, s. 1117, 1118; Schmidt, N. 1105, s. 400; Schulze, BGB 839, N. 31-34; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 100-104, s. 37; Ahrens, N. 82, s. 30).

⁶⁴ Ossenbühl/Cornils, s. 81; Erbguth, N. 27, s. 519-520; Uerpman-Witzack, N. 392, s. 130.

⁶⁵ Mayen, § 839, N. 83, s. 3702; Erbguth, N. 28, s. 520-521.

⁶⁶ “*Zararın doğmasını önleyecek bir yasal yolu, zarar görenin kasıtlı ya da ihmali davranışla kullanmaması halinde tazminat yükümlülüğü meydana gelmez.*” BGB 839/III.

zararı ortadan kaldırmayı veya düzeltmeyi amaçlayan, iptal davası, geçici hukuki koruma gibi tüm hukuki çareleri ve yargı dışı çözümleri de içermektedir⁶⁷. Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin bu hüküm, zararın doğmasını önlemek için kanunen bir çözüm öngörülmediği veya kanunlarda öngörülen imkânın kullanılması halinde bile, başarı şansının düşük ya da şüpheli olması nedeniyle zarar görenin bu yola başvurmasının beklenemez olması durumunda uygulama alanı bulmaz⁶⁸.

BGB'nin 839. paragrafında belirtilen sorumluluktan kurtulmaya ilişkin düzenlemeler dışında başka kanunlarda da, idarenin sorumluluktan kurtulmasına olanak sağlayan düzenlemeler yer alabilir⁶⁹.

Zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin de ortak kusurunun bulunması tazminat miktarının azaltılmasına ya da ortadan kaldırılmasına imkân sağlar⁷⁰.

4. Sorumluluğun Süjesi

Kamu hizmetini yerine getiren kamu görevlisinin davranışlarından dolayı sorumlu tutulacak olan tüzel kişi, kamu görevlisinin görev yaptığı idare veya kamu kurumudur⁷¹. Gerçek kişi veya özel hukuk kişilerinin bu hükümlere göre sorumlu olması söz konusu olamaz⁷². Sorumlu olan kişinin belirlenmesi konusunda doktrinde üç teori bulunmaktadır. Atama/istihdam teorisine göre, zarara yol açan kamu görevlisini istihdam eden tüzel kişi zarardan sorumludur⁷³. Görev teorisine göre, kamu görevlisinin somut olayda görev yaptığı kurum tazminat yükümlüsü olmalıdır⁷⁴. Emanet teorisine göre ise, kamu görevini, kamu görevlisine emanet eden, aktaran kurum zarardan sorumludur. Kural olarak bu kurum da kamu

⁶⁷ Mayen, § 839, N. 85, s. 3702; Erbguth, N. 29, s. 521, 522; Stein/Itzel/Schwall, N. 211, s. 101; Ipsen, N. 1286, s. 332; Schulze, BGB 839, N. 40; Pieper, N. 43, s. 1118; Ahrens, N. 93, s. 34; Wöstmann, N. 337, s. 180; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 77; Wöckel, s. 22.

⁶⁸ Mayen, § 839, N. 87, s. 3703; Ossenbühl/Cornils, s. 97; Ipsen, N. 1286, s. 332.

⁶⁹ Mayen, § 839, N. 89, s. 3703; Stein/Itzel/Schwall, N. 225, s. 106.

⁷⁰ Detterbeck, N. 1094, s. 428; Ossenbühl/Cornils, s. 90; Schulze, BGB 839, N. 24; Ahrens, N. 96, s. 35; Middendorf, s. 177.

⁷¹ Palandt Kommentar, § 839, N. 25, s. 1404; Papier, BGB, N. 360, s. 2668; Erbguth, N. 31, s. 522; Schulze, BGB 839, N. 26; Reinert, N. 116, s. 1706; Ahrens, N. 106, s. 37; Kramarz, § 839, N. 15, s. 1867; Sodan/Ziekow, § 89, N. 21.

⁷² Ahrens, N. 105, s. 36.

⁷³ Mayen, § 839, N. 97, s. 3704; Ossenbühl/Cornils, s. 112-113; Erbguth, N. 31, s. 522; Detterbeck, N. 1096, s. 430; Schmidt, N. 1112, s. 404, 405; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 134-137, s. 45; Reinert, N. 116, s. 1706; Stein/Itzel/Schwall, N. 129, s. 64-65; Kreft, § 839, N. 51, s. 23.

⁷⁴ Ossenbühl/Cornils, s. 112-113; Erbguth, N. 31, s. 522; Detterbeck, N. 1096, s. 430; Schmidt, N. 1112, s. 404, 405; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 134-137, s. 45; Reinert, N. 116, s. 1706; Stein/Itzel/Schwall, N. 129, s. 64-65; Kreft, § 839, N. 51, s. 23.

görevlisini istihdam eden tüzel kişidir⁷⁵. Bazı yazarlar⁷⁶ Anayasa'nın 34. maddesindeki kavrama emanet teorisinin daha uygun olduğu görüşünderken, bazı yazarlar⁷⁷ hükmün atama teorisine dayandığını ifade etmektedirler. Memuru kullanan birden fazla kurumun bulunması halinde, memurun fiilinden dolayı meydana gelen zarardan olayın meydana geldiği zamanda, onu kullanan kurum sorumludur⁷⁸.

Kamu görevinin özel hukuk kişisince görülmesi veya idarenin kamu görevini görürken özel hukuk kişilerini yardımcı olarak kullanması ve bu kişilerin faaliyetlerinden zarar doğması halinde, sorumlu idare bu kişilere görevi veren kurumdur⁷⁹.

Kamu görevlisinin geçici görevlendirmeye başka bir kamu kurumuna gönderilmesi halinde, görevlinin gönderildiği kurumun kamu görevlisi üzerinde sınırsız emir verme yetkisi bulunuyor ise, kamu görevlisinin davranışlarından doğan zarardan gönderilen kurum sorumlu olur⁸⁰.

Zarara yol açan kamu görevlisinin davranışının kendisine verilen hukuka aykırı bir talimata uygun davranması nedeniyle oluşması halinde, zarardan sorumluluk hukuka aykırı talimatı veren kişinin bağlı olduğu tüzel kişiye ait olur⁸¹. Burada kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışını kendisinin üstü konumunda birinin talimatına uygun davranması sonucu gerçekleştirmesi, zarardan sorumluluğu

⁷⁵ Mayen, § 839, N. 97, s. 3704; Ossenbühl/Cornils, s. 112-113; Erbguth, N. 31, s. 522; Detterbeck, N. 1096, s. 430; Schmidt, N. 1112, s. 404, 405; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 134-137, s. 45; Reinert, N. 116, s. 1706; Stein/Itzel/Schwall, N. 129, s. 64-65; Krefit, § 839, N. 51, s. 23.

⁷⁶ Palandt Kommentar, § 839, N. 25, s. 1404; Papier, BGB, N. 361, s. 2668; Mayen, § 839, N. 97, s. 3704; Erbguth, N. 31, s. 522-523; Pieper, N. 38, s. 1117; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 104; Sodan/Ziekow, § 89, N. 22. Erbguth, ödünç personel çalıştırılması gibi, atama ilişkisiyle görevlendirilmemiş personelin verdiği zararlarda kurum ile personel arasındaki bağlantıyı kurma açısından emanet teorisinin daha uygun olduğu kanaatindedir (Erbguth, N. 31, s. 523).

⁷⁷ Ipsen, N. 1295, s. 333. Ipsen, atipik bazı hallerde personel ile kurum arasında atama ilişkisinin bulunmaması veya kamusal faaliyetin başka bir tüzel kişiyle ilişkilendirilmesi gibi hallerde diğer görüşlerin kabul edilebileceğini belirtmiştir (Ipsen, N. 1295, s. 333).

⁷⁸ Erbguth, N. 31, s. 523.

⁷⁹ Ossenbühl/Cornils, s. 114.

⁸⁰ Erbguth, N. 31, s. 523.

⁸¹ Türk Hukukunda da Anayasanın 137. maddesinin 2. fıkrasında konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği ve yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde, Devlet Memurları Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre de; "*Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*"

ortadan kaldırmaz; ancak talimatı veren ile uygulayan kamu görevlisinin farklı kurumda çalışması halinde sorumlu olan süje değişebilir. Bu hallerde sorumluluk hukuka aykırı talimatı veren kamu görevlisinin bağlı olduğu idaredir⁸².

5. Zamanaşımı

Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin zamanaşımı bakımından da geçerli olan 195. paragrafına göre, genel zamanaşımı süresi üç yıldır. Üç yıllık bu süre, zamanaşımının başlangıcı konusunda başka bir belirleme bulunmadığı sürece, talep hakkının doğduğu ve alacaklının talep hakkının doğumuna temel oluşturan hal ve şartlar ile borçlunun kim olduğunu öğrendiği ya da ağır bir özensizliği olmasaydı öğrenebilecek olduğu zamanın gerçekleştiği yılın bitiminde işlemeye başlar (BGB §199 Abs. I). Ancak yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğün ihlal edilmesinden kaynaklanan tazminat talepleri haksız fiilin işlendiği, yükümlülüğün ihlal edildiği veya zarara yol açan başka durumun gerçekleşmesinden itibaren otuz yılda zamanaşımına uğrar. Burada zamanaşımı süresinin başlangıcında zararın ne zaman doğduğu, öğrenildiği veya ağır ihmal nedeniyle öğrenilmediği gibi hususlar önemli değildir (BGB § 199 Abs. II). Otuz yıllık bu süre azami zamanaşımı süresidir⁸³.

6. Tazminatın Ödenme Biçimi

Alman hukukunda idarenin kamu görevlisinin eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu halinde, tazminatın ancak nakden (para ile) ödenmesine karar verilebilir. Aynen ödeme kararı verilemez. Bu kuralın gerekçesini BGB'nin 839. paragrafının ilk olarak memurun sorumluluğuna ilişkin şekilde düzenlenmesi oluşturmaktadır. Memurun kişisel sorumluluğunu düzenleyen BGB'nin 839. paragrafında, kamu gücü bulunmayan memurun zararı giderirken aynen tazmin yapması mümkün olmadığı sadece nakdi olarak zararı giderebileceği düşüncesinden hareketle, nakdi tazminat öngörülmüştür⁸⁴. Anayasa'nın 34. maddesiyle memurun BGB'nin 839. paragrafına göre belirlenen sorumluluğu idareye aktarıldığından, tazminatın sadece para ile ödenmesine ilişkin sınırlandırma da idarenin

⁸² Mayen, § 839, N. 100, s. 3705; Ossenbühl/Cornils, s. 114; Erbguth, N. 11, s. 509-510; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 137, s. 45; Stein/Itzel/Schwall, N. 135, s. 134.

⁸³ Erbguth, N. 32, s. 524; Detterbeck, N. 1095, s. 429; Ipsen, N. 1297, s. 334; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 125, s. 43; Baldus/Grzeszick/Wienhues, N. 212, s. 50; Reinert, N. 105-106, s. 1703.

⁸⁴ Mayen, § 839, N. 91, s. 3703; Ossenbühl/Cornils, s. 111; Erbguth, N. 24, s. 519; Detterbeck, N. 1093, s. 428; Ipsen, N. 1291, s. 333; Schmidt, N. 1095, s. 397; Schulze, BGB 839, N. 23; Uerpman-Wittzack, N. 398, s. 132; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 128, s. 44; Reinert, N. 115, s. 1705; Ahrens, N.103, s. 36; Kramarz, § 839, N. 55, s. 1874; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 111; Kannowski, N. 85, s. 2901.

sorumluluğuna transfer edilmiştir⁸⁵. Nitekim idarenin sorumluluğu belirlenirken Anayasa'nın 34. maddesi ile BGB'nin 839. paragrafı birlikte değerlendirilmektedir. Tazminat belirlenirken, zarar görenin malvarlığının mevcut hali ile kamu görevlisi göreve uygun davranıyordu zarar görenin mal varlığının olacağı farazi durum arasındaki fark dikkate alınır⁸⁶.

II. İSVİÇRE HUKUKUNDA

A. Genel Olarak

Federal bir devlet yapısı bulunan İsviçre'de, egemenlik yetkisi kantonlar ile federal devlet arasında paylaştırılmıştır. İsviçre'de her kanton idarenin, kamu hizmetinin yerine getirilmesinden kaynaklanan sorumluluğu konusunda, kendi kantonuna ait düzenleme yapma hakkına sahip kılınmıştır⁸⁷. Bu nedenle İsviçre idare hukuku sisteminde çok fazla kanun ve farklı uygulama söz konusu olabilmektedir. Hangi sorumluluk sisteminin uygulanacağını belirlemede öncelikle zarara yol açan faaliyetin kamusal bir görevin yerine getirmesi sırasında gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınır. Zira idarenin kamusal görevin yerine getirilmesi dışında gerçekleştirdikleri faaliyetlerinde gerçekleşen zararlardan sorumluluk özel hukuk hükümlerine göre gerçekleşmektedir⁸⁸.

İsviçre idare hukuk sisteminde sorumluluk süjesi Federasyon, Kanton, Belediye ya da kamu hukuku kapsamındaki diğer tüzel kişilerdir (şirketler, vakıflar veya bağımsız kuruluşlar)⁸⁹.

⁸⁵ Mayen, § 839, N. 91, s. 3703; Ossenbühl/Cornils, s. 111; Erbguth, N. 24, s. 519; Detterbeck, N. 1093, s. 428; Ipsen, N. 1291, s. 333; Schmidt, N. 1095, s. 397; Schulze, BGB 839, N. 23; Uerpman-Witzack, N. 398, s. 132; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, N. 128, s. 44; Reinert, N. 115, s. 1705; Ahrens, N.103, s. 36; Kramarz, § 839, N. 55, s. 1874; Jeromin/Kirchberg, §18, N. 111; Kannowski, N. 85, s. 2901.

⁸⁶ Mayen, § 839, N. 91, s. 3703.

⁸⁷ Gürsoy, s. 95.

⁸⁸ Karl Oftinger/ Emil W, Schweizerisches *Haftpflichtrecht*, *Zweiter Band: Besonderer Teil*, 5. Auflage, Schulthess, 1995, N. 32, 34, 40 s. 286, 287, 290; Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Auflage, Schulthess, 2008, N. 134, s. 29; Joss Gross/Volker Pribnow, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013, N. 15, s. 6; Hans Rudolf Schwarzenbach, "Haftet das Gemeinwesen für Schäden aus Tumulten und Terrorakten?" *ZBI* 77/1976, s. 228; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess, 2006, N. 2243, s. 477; Emil W Stark, "Einige Gedanken zur Haftpflicht für Staatliche Verrichtungen", *SJZ*, 86/1990, s. 5; Christoph Müller, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), 2. Auflage, Schulthess, 2012, Art. 61, N. 20, s. 411; Patrick Sutter, "Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren", *Sicherheit&Recht*, 3/2009, s. 185.

⁸⁹ Gross/Pribnow, N. 3, s. 3; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2237, s. 476; Stark, s. 10.

İsviçre hukukunda federal devletin sorumluluğu ile kantonların sorumluluğu farklı esaslara tâbidir. Federal devletin kamu hizmetlerinin görülmesinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu'na [Verantwortlichkeitsgesetz (VG)] göre belirlenirken, Kantonların sorumluluğu ise, kantonların çıkardıkları özel sorumluluk kanunlarına göre çözümlenmektedir⁹⁰. İdarenin sorumluluğunu doğuran olay, kanton, belediye ya da diğer kamu tüzel kişileri için çalışan kişiler tarafından meydana getirilmiş ise, zararın tazmini bakımından kantonların sorumluluk hukuku kuralları uygulanır. Zarar federal devletin kamu görevini yerine getirmesi sırasında meydana gelmiş ise, federal devletin sorumluluk kuralları uygulama alanı bulacaktır⁹¹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun [Obligationenrecht (OR)] 61. maddesinin ilk fıkrasında, memurların veya kamu görevlilerinin kamu görevini yerine getirdikleri sırada sebep oldukları zararların tazmin yükümlülüğü hakkında, Konfederasyon⁹² ve kantonların İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklı hükümler getirebileceği belirtilmiştir. Birçok kantonun kendine ait bir “sorumluluk kanunu” bulunmaktadır. Bu kanunlarda sadece kamu görevlisinin sorumluluğu değil, ayrıca kantonun da kendi sorumluluğu düzenlenmektedir⁹³.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kişisel sorumluluklarına ilişkin olup, devletin kamu görevlilerinin davranışlarından doğan sorumluluğu ve memurun devlete karşı olan sorumluluğu bu hüküm kapsamına girmez (ZGB Art. 59 Abs. 1). Bu tür sorumluluklar VG ve kantonların çıkardıkları Kanunlar çerçevesinde kamu hukuku kurallarınca düzenlenmiştir⁹⁴. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, kamu görevlileri veya çalışanları sayesinde yürütülen ticari faaliyetler için kanton kanunlarıyla bu bölümün düzenlemelerinin değiştirilemeyeceği ifade edilerek, ticari işlemlerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk, kantonların takdir alanı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla

⁹⁰ Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht Band I*, sechste Auflage, Stämpfli Verlag, 2002, s. 56; Sutter, s. 184.

⁹¹ Annete Guckelberger, “Die Staatshaftung in der Schweiz” *Recht Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis*, 2008, s. 175; Franz Schön, *Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz*, Helbing & Lichtenhahn, 1979, s. 9-10.

⁹² İsviçre'deki tüm federasyonların birleşiminden oluşan tüzel kişi, İsviçre'nin resmi adı (Schweizerische Eidgenossenschaft) İsviçre Konfederasyonu”dur (<<https://de.wikipedia.org/wiki/Schweiz>>, Erişim Tarihi 18.2.2022).

⁹³ Rey, N. 113, s. 24; Christian Heierli/Anton K Schnyder, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art 1-529 OR* (herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 61, N. 2, s. 468; Müller, Art. 61, N. 8, s. 408.

⁹⁴ Müller, Art. 61, N. 3, s. 407; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 1, s. 467-468; Fischer, OR 61, N. 1, s. 243; Roland Berner Brehm, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, 2013, N. 5c, s. 984.

memurun kamu görevi dışında yaptığı faaliyetlerden sorumluluğu genel haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre belirlenir⁹⁵. Hükümün kapsamına giren ticari işlemlerden kasıt, idarenin kamu görevleri dışında kâr amacıyla yaptığı işlemler ile özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği işlemlerdir⁹⁶. Hükümdeki sınırlama sadece kantonlar için getirildiğinden, konfederasyonun bu tür zararlar da farklı düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır⁹⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. maddesindeki düzenleme sonucunda, kamu görevini yerine getiren kişilerin, görevini yerine getirirken sebebiyet verdiği zararlardan kişisel sorumluluğunu belirleyen hükümlere yetkili kanton ya da federasyon karar verecektir. Kanton veya federasyon hukuk düzenlemelerinde özel bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise, kamu görevlileri için İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğu hükümleri uygulanır⁹⁸.

Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu'nda, İsviçre Konfederasyonu'nun özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği fiillerden doğan zararlar da özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir (VG Art. 11/I). Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz üzere idarenin özel hukuk alanında yaptığı faaliyetlerden kaynaklanan zararlar da, idare, adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi özel hukuk düzenlemelerine göre sorumludur⁹⁹.

Kural olarak devletin kamusal faaliyetlerinden sorumluluk kamu hukukuna tâbi ise de; bazı tipik sorumluluk hallerinde sorumluluğu doğuran faaliyet kamusal faaliyet olsa da, devlet, özel hukuka ilişkin kanunlarda düzenlenen sorumluluk kurallarına tâbi olarak sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin, caddeler için bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğuna göre sorumluluk, hayvan bulunduranın sorumluluğu, tapu kütüğünün tutulmasından kaynaklanan sorumluluk hükümlerinin

⁹⁵ Rey, N. 140, s. 30; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 6, s. 468; Fischer, OR 61, N. 5, s. 244; Brehm, N. 26, s. 990.

⁹⁶ Rey, N. 132, s. 28; Müller, Art. 61, N. 22, s. 411; Stark, s. 4; Fischer, OR 61, N. 8, s. 245; Brehm, N. 28, s. 991.

⁹⁷ Müller, Art. 61, N. 24, s. 411; Funk, s. 106.

⁹⁸ Heinrich Honsell/ Bernhard Isenring/Bernhard, Martin Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess, 2013, s. 161-162; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 4, s. 468; Rey, N. 132, s. 28; Fischer, OR 61, N. 2, s. 243.

⁹⁹ Oftinger/Stark, N. 32, 34, 40 s. 286-287, 290; Rey, N. 134, s. 29; Gross/Pribnow, N. 15, s. 6; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2243, s. 477; Stark, s. 5; Müller, Art. 61, N. 20, s. 411.

kapsamına giren olaylarda devlet bu sorumluluk kurumlarındaki düzenlemelere göre sorumlu olur¹⁰⁰.

Kantonların belirledikleri idarenin sorumluluğu sistemlerinde kamu görevlilerinin kamu hizmetini yerine getirirken sebep oldukları zararlarda ya görevlinin doğrudan sorumluluğu ya kamu görevlisi ile idarenin müteselsil sorumluluğu ya da idarenin tek başına sorumluluğu gibi farklı sorumluluk sistemleri bulunmaktaydı¹⁰¹. Ancak son yıllarda yapılan değişikliklerle, artık Kantonların çoğunda kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu değil, idarenin aslî, tek başına sorumluluğu benimsenmiştir¹⁰². İsviçre’de kantonlar genellikle, kamu görevlisinin eyleminden dolayı kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Ancak bazı kantonlarda, idarenin kusurlu sorumluluğu kabul edilmiştir¹⁰³. Örneğin, Luzern Kantonunda, kusur karinesine dayanan hafifletirilmiş bir sebep sorumluluğu öngörülmüştür. Buna göre, idare kamu görevlisinin zarar veren eylemde kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir¹⁰⁴.

Bern, Glarus, Luzern, Schaffhausen ve Zürich Kantonlarında, kamu görevini idarenin verdiği yetkiye dayalı olarak özel hukuk kişinin yürütmesi halinde, bu faaliyetten doğan zararlardan özel hukuk kişisi sorumlu olmaktadır. İdarenin sadece ikincil olarak, kamu hizmetinin aksamasını üstlenmesinden kaynaklanan sorumluluğu bulunur¹⁰⁵.

İdarenin, kamu görevlisinin hizmet sırasındaki davranışlarından kaynaklanan zararlarından sorumlu olmasına ilişkin zamanaşımı süreleri Kantonlara göre farklılık gösterebilmektedir. Kantonların on beş tanesinde bir yıllık kısa ve on yıllık uzun zamanaşımı süreleri öngörülmüştür¹⁰⁶. Örneğin, Luzern, Obwalden, St. Gallen gibi bazı Kantonlarda ise, kısa zamanaşımı süresi iki yıllık olarak uygulanmaktadır¹⁰⁷. Bazı Kantonlarda ise, süreler hak düşürücü süre olarak belirlenmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Rey, N. 121, s. 26; Müller, Art. 61, N. 20, s. 410-411; Schwarzenbach, s. 228; Fischer, OR 61, N. 3, s. 244; Guckelberger, s. 176; Sutter, s. 185; Brehm, N. 10, s. 985.

¹⁰¹ Gross/Pribnow, N. 373, s. 127; Jürg Wichtermann, *Bernisches Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Markus Müller, Reto Feller), 2. Auflage, Stämpfli, 2013, N. 6-9, s. 105-107; Müller, Art. 61, N. 8, s. 408.

¹⁰² Gross/Pribnow, N. 373, s. 127; Wichtermann, N. 6-9, s. 105-107; Müller, Art. 61, N. 8, s. 408.

¹⁰³ Gross/Pribnow, N. 381, s. 130; Honsell/Isering/Kessler, N. 7, s. 163; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2229, 2306, s. 475, 491; Wichtermann, N. 47, s. 120; Stark, s. 10-11.

¹⁰⁴ Gross/Pribnow, N. 382, s. 130.

¹⁰⁵ Gross/Pribnow, N. 383, s. 130-131.

¹⁰⁶ Gross/Pribnow, N. 389, 391, s. 135, 136.

¹⁰⁷ Gross/Pribnow, N. 395, s. 136.

¹⁰⁸ Gross/Pribnow, N. 396, s. 136

İsviçre’de sorumlu olan idareye karşı açılan davalarda, uygulanacak yargılama usulü kurallarını da Kantonlar belirlemektedir¹⁰⁹. Sorumlu olan idare, idari mahkeme veya adli mahkemelerde yargılanabilmektedir. Genellikle Kantonlarda idari yargı görevli kılınmıştır¹¹⁰. Fakat örneğin Zürih Kantonu’nda idarenin sorumluluğunda kural olarak adli yargı görevli kılınmıştır¹¹¹. Bazı Kantonlar özel bir yargılama sistemi öngörmüşken, bazı Kantonlarda Medeni Usul Hukuku kurallarıyla tamamlanan İdari Yargılama Usulü kuralları uygulanmaktadır¹¹².

Federal devlette idarenin sorumluluğu ise, İsviçre Federal Anayasası’nın 146. maddesine¹¹³ göre çıkarılan, Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu’nda düzenlenmiştir. Sorumluluk Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, memurların kamusal faaliyeti yerine getirirken üçüncü kişilere karşı sebebiyet verdikleri hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlarda memurların kusuru dikkate alınmaksızın Federal Devlet sorumlu kılınmıştır¹¹⁴.

VG’ye göre idarenin sorumluluğu, esasen adam çalıştırmanın sorumluluğuna yakın nitelikte ve idarenin özen gösterme yükümlülüğüne aykırılığında kaynaklanan kusursuz sorumluluğu şeklinde bir sorumluluk sistemidir¹¹⁵.

B. Kanunilik Kuralı

İdarenin kamusal faaliyetlerinden sorumlu olması için, kanton veya federasyonların sorumlu olmasına ilişkin bir düzenlemenin bulunması gerekir. Bu ilke “*kanunilik ilkesi*” olarak ifade edilmektedir¹¹⁶. Bu ilke gereği, sorumluluğa ilişkin bir hüküm yoksa idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Dolayısıyla,

¹⁰⁹ Gross/Pribnow, N. 104, s. 39.

¹¹⁰ Gross/Pribnow, N. 104, s. 39.

¹¹¹ Haftungsgesetz § 19; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2304, s. 490.

¹¹² Gross/Pribnow, N. 384, 385, s. 131-132.

¹¹³ Hükümde, organının kamusal faaliyet yerine getirirken hukuka aykırı fiilleri nedeniyle oluşan zararlardan Konfederasyonun sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

¹¹⁴ Gross/Pribnow, N. 14, s. 6; Guckelberger, s. 176; Marianne Ryter, *FHB Fachhandbuch*, (Herausgeben: Giovanni Biaggini, Isabelle Häner, Urs Saxer, Markus Schott), Schulthess, 2015, N. 29.3, s. 1214; Sutter, s. 184. Bu sorumluluk türünün aynı zamanda adam çalıştırmanın “*Organizasyon Sorumluluğu*”nda (OR 55) olduğu gibi organizasyon hatası olduğu kabul edilmektedir (Oliver Waespi, “Organisationshaftung - mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung”, *HAVE*, 2004, s. 54).

¹¹⁵ Waespi, s. 60.

¹¹⁶ Honsell/Isering/Kessler, N. 4, s. 162; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 3, s. 468; Oftinger/Stark, N. 39, s. 288-289; Schwarzenbach, s. 229; Rey, N. 119, s. 26; Wichtermann, N. 10, s. 107; Stark, s. 2; Brehm, N. 8, s. 984; Schön, s. 5.

federal devlet ve kantonlar hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı ancak kanunların izin verdiği durumlarda sorumlu tutulabilmektedirler¹¹⁷. Bu kural nedeniyle, hukuk yaratma yoluyla idarenin sorumlu tutulması büyük ölçüde zorlaşmıştır¹¹⁸. Kamu hukuku alanında idarenin sorumluluğuna ilişkin hüküm bulunmaması halinde, idarenin sorumluluğu açısından özel hukuk sorumluluk hükümleri de ikincil nitelikte uygulanmaz¹¹⁹. Ancak özel bir düzenleme olmaması halinde kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu bakımından uygulanacak olan OR'nin 41-61 hükümleri gereği, kamu görevlisinin özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olabilir¹²⁰.

C. Sorumluluk Kanunu'na Göre Federal Devletin Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Sorumluluk Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, memurların kamusal faaliyeti yerine getirirken üçüncü kişilere karşı sebebiyet verdikleri hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlarda memurların kusuru dikkate alınmaksızın Federal Devlet sorumlu kılınmıştır. Bununla birlikte diğer kanunlarda özel sorumluluk düzenlemeleri bulunmaktaysa, federal devletin sorumluluğu hakkında bu özel düzenlemeler uygulanır (Art. 3/II VG)¹²¹. Bu nedenle federal devletin sorumluluk kanununa göre oluşan sorumluluğu ikincil nitelikte kabul edilmektedir¹²².

Bu kanun hükümleri devletin kamusal faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlarda uygulama alanı bulur. Devletin özel hukuk kişisi olarak hareket etmesi halinde, devletin sorumluluğu özel hukuk hükümlerine göre belirlenir (Art. 11 VG)¹²³. Bu hallerde de zarar gören kişi, kamu görevini yerine getiren memura değil, idareye karşı dava açmalıdır (Art. 11/II VG).

Özelleştirmeler nedeniyle devlet kurumu olma niteliğini kaybetmiş demiryolu, posta hizmetleri kurumu gibi şirketler ile ordunun eylemleri (Art 1/II VG) VG'nin uygulama alanı dışında kalmaktadır¹²⁴.

Kusurlu kamu görevlisine karşı zarar gören tazminat talebinde bulunamaz (Art. 3/III VG). Ancak, idare tazminatı ödedikten sonra kasıtlı veya ağır ihmali

¹¹⁷ Sutter, s. 184; Heierli/Schnyder, Art. 61, N. 3, s. 468; Schwarzenbach, s. 229; Gürsoy, s. 97.

¹¹⁸ Gürsoy, s. 99.

¹¹⁹ Sutter, s. 184.

¹²⁰ Schwarzenbach, s. 228.

¹²¹ Keller, s. 57; Schön, s. 12-13; Gürsoy, s. 119.

¹²² Guckelberger, s. 176; Schwarzenbach, s. 230.

¹²³ Guckelberger, s. 177; Müller, Art. 61, N. 7, s. 408; Ryter, N. 29.20, s. 1218; Gürsoy, s. 106.

¹²⁴ Schön, s. 10.

davranışıyla zarara sebebiyet veren memura, memurluk ilişkisi sona ermiş olsa bile tazminatı rücu edebilir (Art. 7 VG)¹²⁵. Memurun bağlı olduğu Federal Hükümet, kendisinden tazminat istendiğinde, rücu ihtimaline karşı, memura derhal ihbarda bulunmalıdır (Art. 3/IV VG).

2. Sorumluluğun Koşulları

a. Zarara yol açan fiilin kamu görevinin emanet edildiği kişiler tarafından gerçekleştirilmesi

VG'nin 1. maddesinde bu kanun hükümlerinin uygulanacağı kişiler sayılmış ve memurlar dışında da federal devlet tarafından kamu görevinin doğrudan emanet edildiği kişiler de kanun kapsamına dâhil edilmiştir. Böylece kamu görevinin emanet edildiği tüm kişilerin kamu görevinin yerine getirilmesi sırasındaki zarar verici fiillerinden dolayı, idare sorumlu tutulabilir (işlevsel memur kavramı)¹²⁶. Ancak burada federal devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevlerinde memurun eylemlerinden dolayı, devletin sorumluluğu bulunur. Kantonlar tarafından yerine getirilen hizmetlerde federal devletin bu kanuna göre sorumluluğu bulunmaz¹²⁷.

Federal devletin sorumluluğu konusunda idare sadece kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirdiği sıradaki zararlarından sorumlu tutulmamış; kamu hizmetinin üçüncü bir kişiye gördürülmesi sırasında meydana gelen zararlarda da idare sorumlu kılınmıştır (Art. 19 VG)¹²⁸.

Zarar gören kişinin, zarara yol açan kamu görevlisinin kim olduğunu ispatlaması gerekmemektedir¹²⁹. Zarara yol açan fiil tek bir kamu görevlisinin fiilinden kaynaklanabileceği gibi, birden fazla kamu görevlisi tarafından da meydana getirilmiş olabilir¹³⁰.

b. Fonksiyonel bağ

VG'nin 3. maddesinde idarenin sorumluluğu için, kamu hizmeti ile zarar verici fiil arasında fonksiyonel bağ olması aranmaktadır. Bu doğrultuda, kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında ve bu görevin ifası dolayısıyla meydana gelen fiillerden zarar doğmuş olmalıdır. Kamu görevlisinin görevini yerine getirmediği,

¹²⁵ Guckelberger, s. 184; Keller, s. 58; Müller, Art. 61, N. 5, s. 408.

¹²⁶ Gross/Pribnow, N. 23, s. 9; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2240, s. 476; Guckelberger, s. 177; Waespi, s. 55; Ryter, N. 29.44, s. 1222; Schön, s. 15; Gürsoy, s. 101.

¹²⁷ Guckelberger, s. 177.

¹²⁸ Gross/Pribnow, N. 295, s. 99; Ryter, N. 29.156 vd., s. 1245.

¹²⁹ Guckelberger, s. 176.

¹³⁰ Gürsoy, s. 102.

ancak görev yaptığı sırada zarar verici fiili gerçekleştirmesi halinde, fiil ile kamusal faaliyet arasında fonksiyonel bağ bulunmaz ve idare kamu görevlisinin davranışından sorumlu tutulamaz¹³¹. Örneğin, kamu görevlisinin mesai saatleri içinde, çalıştığı masadan uzaklaşıp mutfağa gittiği sırada bir kişiye çarpıp telefonunun kırılmasına sebebiyet vermesi halinde, kamusal faaliyet ile fiil arasında fonksiyonel bağ bulunmaz. Keza memurun mesai saatleri dışında (boş zamanında) verdiği zararlarda da bu kanun hükümleri değil, özel hükümler uygulanır¹³². Ancak örneğin, bir memurun inceleyeceği önemli bir evrakı eve götürmesi ve akşam evde evrakı incelerken sigara ile evrakı yakması halinde de resmi faaliyetin hala bulunduğundan söz edilmelidir¹³³.

c. Hukuka aykırı fiil

İdarenin kamu görevlisinin davranışı nedeniyle sorumlu olması için, görevlinin zarar verici davranışı hukuka aykırı olmalıdır¹³⁴. Kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışı ihmali şekilde de gerçekleşebilir. Ancak bunun için, ihmali davranışın kendi başına kamu görevinin ihmali sayılması ya da idarenin bir koruma yükümlülüğünün olması gerekir¹³⁵.

İsviçre idare hukuku sisteminde, hukuka aykırılık kavramı ihlal edilen hakka göre ikili bir ayırımla değerlendirilmektedir. Yaşam, mülkiyet gibi mutlak (temel) hakları ihlal eden davranışlar hukuka aykırı sayılırken, sadece malvarlığı haklarının ihlali halinde hukuka aykırılık ancak o malvarlığı değerini koruyan bir hukuki düzenleme varsa söz konusu olmaktadır¹³⁶. Örneğin, askeri bir uçağın havada başka bir uçakla çarpışması ve yolcuların ölmesi halinde, pilot uçağı doğru kullanmış olsa bile, temel hak niteliğindeki yaşam hakkını kaybeden yolcuların mevcudiyeti nedeniyle sadece ölüm olayı bile resmi faaliyetin hukuka aykırı olması sonucunu

¹³¹ BGE 130 IV 27, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F130-IV-27Ade, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021; Gross/Pribnow, N. 32, s. 12; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2244, s. 477; Rey, N. 117b, s. 25; Waespi, s. 55, 56; Guckelberger, s. 179; Müller, Art. 61, N. 18, s. 410; Schön, s. 14; Gürsoy, s. 102-103.

¹³² Guckelberger, s. 179.

¹³³ Guckelberger, s. 179.

¹³⁴ Gross/Pribnow, N. 37, s. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2248, s. 478; Guckelberger, s. 180; Ryter, N. 29.83, s. 1230; Schön, s. 17; Gürsoy, s. 107.

¹³⁵ BGE 123 II 577, 583, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-II-577%3Ade, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021; Gross/Pribnow, N. 37, s. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2249, s. 478; Ryter, N. 29.103, s. 1234.

¹³⁶ Gross/Pribnow, N. 43, s. 16; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2248, s. 478; Guckelberger, s. 180; Sutter, s. 189-190.

doğurur¹³⁷. Yine devlet hastanesinde tedavi olan bir hastaya (aydınlatılmış onamı alınarak) yapılan ameliyat sonucu kaçınılmaz olan risk gerçekleşmiş ve hastada bir sakatlık oluşmuşsa, doktorun ameliyatta kusuru bulunmasa dahi, idarenin gerçekleşen bu riskten dolayı sorumluluğu doğar¹³⁸. Buna karşın mutlak hakları ihlal etmeden sadece malvarlığı hakkını zedeleyen davranışlarda, sadece zararın mevcut olması davranışın hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Ayrıca mağduru böyle zararlardan koruyacak resmi görevin de ihlal edilmiş olması, hukuka aykırı bir davranışın bulunması gerekir. Örneğin, bir yargılamanın haklı bir sebep olmaksızın uzun sürmesi nedeniyle davacının malvarlığının zarara uğraması halinde, Anayasa'nın 29. paragrafına göre davaların makul bir süre içinde karara bağlanması gerektiğinden bu kuralın ihlali hukuka aykırılık oluşturur¹³⁹.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haklı savunma, rıza gibi sebeplerin varlığı halinde de idarenin sorumlu tutulduğu fiilin hukuka aykırılık unsuru bulunmaz¹⁴⁰.

d. Kusur

Devletin sorumluluğu için zarara yol açan hukuka aykırı fiilin kural olarak kusurlu olması gerekmez. Bu nedenle idarenin kamu görevlisinin davranışlarından doğan sorumluluğu esasen kamu hukukuna dayanan kusursuz sorumluluk oluşturmaktadır¹⁴¹. Bununla birlikte idarenin eylemi sebebiyle bir kişinin yaralanması veya ölmesi halinde oluşan manevi zararların istenebilmesi için, memurun eyleminin kusurlu olması aranmaktadır (Art. 6/I VG). Buradaki kusur ihmal veya kasıt şeklinde olabilir¹⁴².

e. Zarar

İdarenin sorumluluğu için, özel hukuktaki sorumluluk sisteminde olduğu gibi idarenin eylemi sebebiyle maddi veya manevi bir zararın meydana gelmesi gerekir¹⁴³.

Kamusal faaliyetin yerine getirilmesi sırasında zarar gören kişinin zararın doğması veya artmasında sorumlu olması veya zarara razı olması halinde idarenin tazminat yükümlülüğü azalabilir veya tamamen ortadan kalkabilir (Art. 4 VG)¹⁴⁴.

¹³⁷ Guckelberger, s. 180.

¹³⁸ Gross/Pribnow, N. 45, s. 16-17.

¹³⁹ Guckelberger, s. 180.

¹⁴⁰ Guckelberger, s. 181.

¹⁴¹ Gross/Pribnow, N. 36, s. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2262, s. 481; Wichtermann, N. 36, s. 116, 117; Waespi, s. 54; Müller, Art. 61, N. 6, s. 408; Schön, s. 23; Gürsoy, s. 107.

¹⁴² Guckelberger, s. 183.

¹⁴³ Guckelberger, s. 177; Ryter, N. 29.62, 29.78, s. 1226; Schön, s. 18; Gürsoy, s. 112.

f. Nedensellik bağı

Sorumluluğun doğması için, kamu görevlisinin hukuka aykırı fiilinin hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre o zararı doğurmaya elverişli olması, yani nedensellik bağlantısının bulunması gerekir¹⁴⁵. Bu bağlantının mevcut olduğunu zarar gören ispatlayacaktır¹⁴⁶.

VG düzenlemelerine göre idarenin sorumluluğunda idarenin kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmamaktadır. Ancak idarenin sorumluluğunun doğması için, zarar ile kamu görevlisinin davranışı arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerektiğinden, idare nedensellik bağının bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹⁴⁷.

3. Sorumluluğun Süjesi

VG'ye göre sorumluluğun süjesini kamu görevlisine ödeme yapan İsviçre Konfederasyonu oluşturur¹⁴⁸. Burada kamu görevlisinin kişisel bir sorumluluğu bulunmaz ve kamu görevlisine doğrudan dava açılmaz¹⁴⁹. Ancak kamu görevlisinin fiillerinden dolayı idarenin sorumluluğu bulunmakla birlikte, idare kasıtlı veya ağır ihmaliyle zarara yol açan çalışanına zararı rücu edebilmektedir (Art. 7 VG)¹⁵⁰.

4. Zamanaşımı Süresi

VG'nin 20. maddesinin 1. fıkrasında, zarar görenin Borçlar Kanunu'nun 41. vd hükümlerindeki haksız fiil zamanaşımı sürelerine göre dava açması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda tazminat talebi zararın ve failin öğrenilmesinden üç yıl, her halde zarar verici davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği günden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğramaktadır. Bir kişinin bedensel olarak yaralanması veya ölümüne yol açan zararlarda ise, tazminat talebi zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren üç yıl herhalde zarar verici davranışın gerçekleştiği veya sona erdiği tarihten itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (Art. 60 OR).

İdarenin memura rücu talebi ise, idarenin zarar görene tazminat ödemeyi kabul etmesi veya yasal olarak bağlayıcı bir tazminat kararının kesinleşmesi üzerinden üç yıl, her halde zarar verici davranışın gerçekleşmesinden on yıl;

¹⁴⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2267, s. 482; Guckelberger, s. 183.

¹⁴⁵ Guckelberger, s. 182; Ryter, N. 29.117, s. 1237; Sutter, s. 191.

¹⁴⁶ Guckelberger, s. 183; Ryter, N. 29.127, s. 1239.

¹⁴⁷ Gross/Pribnow, N. 60, s. 22; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 2260, s. 480; Waespi, s. 56.

¹⁴⁸ Waespi, s. 55.

¹⁴⁹ Waespi, s. 60.

¹⁵⁰ Gross/Pribnow, N. 82, s. 31; Ryter, N. 29.208 vd., s. 1256.

bedensel zarar veya ölüm halinde ise her halde zarara yol açan eyleminin gerçekleşmesinden itibaren yirmi yıl sonra zamanaşımına uğramaktadır (Art. 21 VG).

SONUÇ

Toplumların sosyal refahı, güvenliği, sağlığı, özgürlükleri gibi haklarını koruma görevi olan idare, bu görevlerini gerçekleştirmek için çeşitli örgütler kurar ve bu amaçlara yönelik faaliyetlerde bulunur. İdarenin bu faaliyetlerini yerine getirdiği sırada meydana gelen zararlardan sorumluluğu Almanya ve İsviçre’de Türk hukukundan farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Alman hukukunda, idarenin kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin görev sırasındaki kusurlu davranışlarından kaynaklanan sorumluluğu Medeni Kanun esaslarına göre adli mahkemelerde karara bağlanmaktadır. Alman Medeni Kanunu’nun 839. paragrafında, memurların görevlerini yerine getirirken sebep oldukları zararlardan sorumluluk kişisel olarak memura yüklenmiştir. Ancak Alman Anayasası’nın 34. maddesinde, sorumluluğun süjesini değiştirici ve sorumluluğun kapsamını genişletici nitelikte bir hüküm getirilmiş ve kamu hizmetini yerine getiren kişilerin, görevlerinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde meydana gelen zararlardan sorumluluğun devlet veya hizmeti yerine getirenin bağlı bulunduğu kuruluşa ait olması esas kabul edilmiştir. Bu doğrultuda kamu görevlisinin görevini yerine getirirken sebebiyet verdiği zararlardan sorumluluk öncelikle görevlinin şahsında doğmakla birlikte, bu sorumluluk Anayasa’nın 34. madde hükmü gereği idareye aktarılmaktadır. Sonuç olarak kamu görevlisinin bu zararlardan dolayı artık kişisel bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak idare ödediği tazminatı, kastı veya ağır ihmali bulunan kamu görevlisine rücu edebilir.

Alman hukukunda, idarenin kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kimsenin davranışından kaynaklanan sorumluluğunun doğması için, kamu görevlisinin kamusal faaliyet içerisinde görevini yerine getirirken zarara yol açmış olması aranmaktadır. Sorumluluğun doğması için, tazminat talep eden kişinin zarara uğraması gerekmekte, ayrıca zarara yol açan davranışın kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında ve hizmet vesilesi ya da sebebiyle gerçekleşmesi gerekir. İdarenin sorumluluğunun doğması için diğer bir koşul, kamusal görevi yerine getiren kamu görevlisinin zarara yol açan eyleminin, üçüncü bir kişiye karşı yüklenilen bir kamu görevinin ihlali şeklinde gerçekleşmesidir.

Alman hukukunda idarenin sorumluluğu bakımından üç ve otuz yıllık farklı zamanaşımı süreleri öngörülmüştür.

Federal devlet yapısına sahip olan İsviçre’de, sorumluluk sisteminin belirlenmesinde öncelikle zarara yol açan faaliyetin idarenin kamusal bir görevi yerine getirmesi sırasında gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınır. İdarenin

kamusal görevleri dışında yerine getirdikleri faaliyetlerinden sorumluluğu ise özel hukuk hükümlerine göre gerçekleşmektedir.

İdarenin kamusal faaliyetlerinden sorumlu olması için, kanunilik ilkesi gereği, kanton veya federasyonların sorumlu olmasına ilişkin bir düzenlemenin bulunması gerekir. Zarar kanton, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri için çalışan kişiler tarafından meydana getirilmiş ise, zararın tazmini bakımından kantonların sorumluluk hukuku kuralları uygulanır. Federal devletin kamusal faaliyetlerden sorumluluğu Federal Devlete İlişkin Sorumluluk Kanunu'na göre belirlenirken, Kantonların sorumluluğu ise, kantonların çıkardıkları özel sorumluluk kanunlarına göre çözümlenmektedir. Her kanton idarenin sorumluluğu konusunda kendisi düzenleme yapma hakkına sahip kılınmıştır. İsviçre hukukunda kantonlar genellikle, memurun eyleminden dolayı kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Ancak bazı kantonlarda, idarenin kusurlu sorumluluğu kabul edilmiştir.

Sorumlu olan kantona karşı açılan davalarda, uygulanacak yargılama usulü kurallarını da Kantonlar belirlemektedir. Sorumlu olan idare, idari mahkeme veya adli mahkemelerde yargılanabilmektedir. Kantonlarda genellikle idari yargı görevli kılınmıştır.

Federal devletteki kamu görevlilerinin kamusal faaliyeti yerine getirirken üçüncü kişilere karşı sebebiyet verdikleri hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlarda ise, Sorumluluk Kanunu, kamu görevlilerinin kusurunu dikkate almaksızın Federal Devleti sorumlu kılmıştır. Bununla birlikte diğer kanunlarda özel sorumluluk düzenlemeleri bulunmaktaysa, federal devletin sorumluluğu hakkında bu özel düzenlemeler uygulanır. Sorumluluk kanununda idare, kamu görevlileri dışında, federal devlet tarafından kamu görevinin doğrudan emanet edildiği kişilerin davranışlarından da sorumlu tutulmuştur.

Federal Devletin sorumluluğu için, kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında ve bu görevin ifası dolayısıyla meydana gelen fiillerden bir zarar doğmuş olmalıdır. Ayrıca görevlinin zarar verici davranışı hukuka aykırı olmalıdır. İdarenin sorumluluğu için, idarenin eylemi sebebiyle maddi veya manevi bir zararın meydana gelmesi, kamu görevlisinin hukuka aykırı fiili ile zarar arasında nedensellik bağlantısının bulunması da gerekir.

Sorumluluk Kanunu'nda sorumluluğun süjesini, kamu görevlisine ödeme yapan merkez konfederasyon oluşturur. Kamu görevlisinin fiillerinden dolayı idarenin sorumluluğu bulunmakla birlikte, idare kasıtlı veya ağır ihmaliyle zarara yol açan çalışanına zararı rücu edebilmektedir.

KAYNAKÇA

- Ahrens M, *Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, C.F. Müller, 2013.
- Azrak A Ü, “Alman İdare Hukukunda Devletin Âmme Hukuku Sahasındaki Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, *İÜHFİM*, 28 (2), 1962, s. 367-381.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2013.
- Bähr P, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, Vahlen, 2013.
- Baldus M/ Grzeszick B/ Wienhues S, *Staatshaftungsrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, 2013.
- Brehm R, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, 2013.
- Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015.
- Erbguth W, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess-und Staatshaftungsrecht*, 7. Auflage, Nomos, 2014.
- Fuchs M, *Deliktsrecht*, Sechste Auflage, Springer, 2006.
- Gross J/ Pribnow V, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013.
- Guckelberger A, “Die Staatshaftung in der Schweiz” *Recht Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis*, 2008, s. 175-186.
- Gurlit E, *Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis 69*, Begründet von, Ingo von Münch, Herausgegeben von, Philip Kunig, 6. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2012.
- Günday M, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2013.
- Gürsoy K T, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ayır Basım, 1980, s. 71- 133.
- Häfelin U/ Müller G/ Uhlmann F, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. vollständig übergearbeitete Auflage, Schulthess, 2006.
- Heierli C/ Schnyder A K, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art 1-529 OR* (herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

- Honsell H /Isenring B /Kessler M, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess, 2013.
- Ipsen J, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2015.
- Jeromin C M/ Kirchberg C, *Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Heribert Johlen, Michael Oerder), 3. Auflage ,C.H. Beck, 2012.
- Kaiser G, *Bürgerliches Recht*, 11. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2007.
- Kannowski B, *Kommentar zum BGB* (Herausgegeben von: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann), Band III Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-853, Mohr Siebeck, 2013.
- Keller A, *Haftpflicht im Privatrecht Band I*, sechste Auflage, Stämpfli Verlag, 2002.
- Kramarz H, *BGB Kommentar* (Herausgegeben von: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich), 10. Auflage, Luchterhand Verlag, 2015.
- Kreft F, *Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar*, Band II 6. Teil §§ 832-853 (bearbeitet von: Karlheinz Boujong, Friedrich Kreft, Karl Nüßgens), 12. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 1989.
- Mayen T, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch II* (herausgegeben von: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer), 14. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2014.
- Middendorf T M M, *Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2001.
- Müller C, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), 2. Auflage, Schulthess, 2012.
- Kaplan G, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, 19, Kitap: 1, 2004, s. 173-199.
- Oftinger K/ Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zweiter Band: Besonderer Teil, 5. Auflage, Schulthess, 1995.
- Ossenbühl F/ Cornils M, *Staatshaftungsrecht*, C. H. Beck, 2013.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 72. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2013.
- Papier J, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz*, (Herausgegeben

- von: Franz Jürgen Sächer, Roland Rixecker, Hartmut Oetker), 6. Auflage, C. H. Beck., 2013.
- Pieper S U, *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014.
- Reinert P, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, §§ 611-1296 (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Auflage, Schulthess, 2008.
- Ryter M, *FHB Fachhandbuch*, (Herausgeben: Giovanni Biaggini, Isabelle Häner, Urs Saxer, Markus Schott), Schulthess, 2015.
- Schmidt R, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, C. H. Verlag, 2015.
- Schön F, *Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz*, Helbing&Lichtenhahn, 1979.
- Schulze R, *Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 8. Auflage, Nomos, 2014.
- Schwarzenbach H R, "Haftet das Gemeinwesen für Schäden aus Tumulten und Terrorakten?" *ZBI* 77/1976, s. 225-251.
- Sodan H/ Ziekow J, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 6. Auflage C. H. Beck, 2014.
- Spindler G, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, §§ 611-1296 (herausgegeben von: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth), 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.
- Stark E W, "Einige Gedanken zur Haftpflicht für Staatliche Verrichtungen", *SJZ* 86/1990, s. 1-12.
- Stein C /Itzel R/ Schwall K, *Praxishandbuch des Amtes und Staatshaftungsrechts*, 2. Auflage, Springer, 2012.
- Sutter P, "Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren", *Sicherheit&Recht*, 3/2009, s. 175-192.
- Teichmann A, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug) Kommentar* (herausgegeben von: Rolf Stürner), 15. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2014.
- Uerpmann-Witzack R, *Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 4. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2013.
- Ulusan İ, "Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", *İÜHFİM*, Ayrı Bası, XLIII (1-4), 1978.

Waespi O, “Organisationshaftung - mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung”, *HAVE*, 2004, s. 271-281.

Wichtermann J, *Bernisches Verwaltungsrecht* (Herausgegeben von: Markus Müller, Reto Feller), 2. Auflage, Stämpfli, 2013.

Wolff H/ Bachof O/ Stober R/ Kluth W, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, C. H.Beck, 2010.

Wöckel H, *Grundzüge des deutschen Staatshaftungsrecht*, IÖR, 2006.

Wöstmann H J, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, §§839, 839 a*, Sellier de Gruyter, 2013.