

**T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**YARGI KARARLARI IŞIĞINDA
HİZMET KUSURU VE KİŞİSEL KUSUR AYRIMI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aslı Şeyma CERAN

1104010016

**Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Kamu Hukuku**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

OCAK 2022

**T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**YARGI KARARLARI IŞIĞINDA
HİZMET KUSURU VE KİŞİSEL KUSUR AYRIMI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aslı Şeyma CERAN

1104010016

**Anabilim Dalı: Kamu Hukuku
Programı: Kamu Hukuku**

Tez Danışmanı :Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

**Jüri Üyeleri :Doç. Dr. Nilay ARAT ÖZKAYA
Dr. Öğr. Üyesi Elif ALTINOK ÇALIŞKAN**

OCAK 2022

ÖNSÖZ

İdarenin sorumluluğu, sosyal hukuk devleti anlayışının gelişmesi ile ortaya çıkan bir hukuki kavram ve kurumdur. Hangi hukuki gereksinim nedeniyle ortaya çıkmış olursa olsun, günümüzdeki modern hukuk devletlerinde idarenin sorumluluğu ilkesinin hukuki bir düzenlemeye bağlandığını görmekteyiz. Nitekim Anayasa ile idarenin her türlü işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararları karşılamakla sorumlu bulunduğu hükme bağlanmıştır. Fakat dikkat edilirse bu düzenlemede sorumluluğun niteliği ve mahiyeti hakkında herhangi bir belirleme yapılmış değildir. Bu durum bir eksiklik veya olumsuzluk değil; aksine sorumluluğun nedenlerinin ve çeşitlerinin sınırlandırılmamış olması idarenin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınmasını önleyen bir durumdur. İdarenin sorumluluğuna yön veren temel kavram ve ilkeler doktrinle ve yargısal içtihatlarla belirlenmiş, kuramsal çözümlemeler ve tartışmalar da konudaki gelişmelere ivme kazandırmıştır.

İdarenin sorumluluğu, idare hukukunun en dinamik ve buna bağlı olarak da üzerinde en fazla tartışma ve çözümlemeler yapılan konularından biridir. Bu durumun doğal sonucu olarak farklı yaklaşımlar ve değerlendirmeler söz konusu olduğundan tam bir görüş birliğinin bulunduğundan da bahsedilemez. Yapılan tartışmalar ve yaklaşım farklılıkları en çok, idarenin sorumluluğunu belirleyen hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımında kendini belli etmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde kusurların ayrımında büyük öneme sahip olan sorumluluk kavramı ele alınmış, ikinci bölümünde hizmet kusuru ve kişisel kusur kavramları açıklanarak, aralarındaki benzerlik ve farklılıklar belirli bir sistematik yöntemle ortaya konulmuş, son bölümde ise ayırımdan kaynaklanan meselelere değinilerek yargı kararları ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

Tez çalışmam sırasında yardımlarını esirgemeyen tez danışmanım Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Aytaç ÖZELÇİ' ye, aileme ve dostlarıma teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vi
ÖZET	vii
ABSTRACT.....	viii

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK KAVRAMI

I. Sorumluluk Kavramı Ve Hukuk Sistemimizdeki Türleri.....	1
II. Medeni Hukukta Sorumluluk Kavramı.....	3
A. Kusur Sorumluluğu.....	4
1. Kusur Sorumluluğunun Unsurları.....	5
a. Kusur.....	5
b. Hukuka Aykırı Fiil.....	6
c. Zarar.....	7
d. İlliyet Bağı (Nedensellik Bağı).....	8
B. Kusursuz Sorumluluk.....	9
III. İdare Hukukunda Sorumluluk Kavramı.....	10
A. İdari Sorumluluğun Unsurları.....	11
1. Fiil.....	12
2. Zarar.....	13
3. İlliyet Bağı (Nedensellik Bağı).....	14
B. İdarenin Sorumluluk Türleri.....	15
1. Kusur Sorumluluğu (Hizmet Kusuru).....	15
2. Kusursuz Sorumluluk.....	15

C.	İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Haller.....	17
1.	Mücbir Sebep (Zorlayıcı Nedenler).....	17
2.	Beklenmeyen Hal (Umulmayan Hal).....	18
3.	Zarar Görenin Kusuru.....	19
4.	Üçüncü Kişinin Kusuru.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞUNU BELİRLEMEDE HİZMET KUSURU İLE KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

I.	Hizmet Kusuru Kavramı Ve Değerlendirilmesi.....	21
A.	Hizmet Kusurunun Tanımı Ve Hukuk Sistemimizdeki Tarihsel Gelişimi.....	21
B.	Hizmet Kusurunun Özellikleri.....	23
1.	Hizmet Kusuru Anonimdir.....	24
2.	Hizmet Kusuru Geneldir.....	24
3.	Hizmet Kusurunda Asli Sorumlu İdaredir.....	25
4.	Hizmet Kusuru Bağımsızdır.....	26
5.	Hizmet Kusuru Esnektir.....	27
C.	Hizmet Kusurunun Görünüm Halleri.....	28
1.	Hizmetin Kötü İşlemesi.....	29
2.	Hizmetin Geç İşlemesi.....	30
3.	Hizmetin Hiç İşlememesi.....	31
II.	Kişisel Kusur Kavramı Ve Değerlendirilmesi.....	31
A.	Kişisel Kusurun Tanımı Ve Hukuk Sistemimizdeki Tarihsel Gelişimi.....	31
1.	Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru Teorisinin Tarihsel Gelişimi.....	31
2.	İdare Hukukunda Kişisel Kusur.....	33

3.	Kişisel Kusur Kavramı ve Haksız Fiil.....	37
B.	Kişisel Kusur İle Hizmet Kusuru Ayırımının Ölçütü Ve Kişisel Kusur Sayılan Haller.....	39
1.	Kamu Görevlisinin Suç Niteliğindeki Davranışı.....	39
2.	Kamu Görevlisinin Kötü Niyetli Davranışı.....	43
3.	Kamu Görevlisinin Ağır Kusuru.....	44
4.	Yargı Kararlarına Uymama.....	46
C.	İdare İle Zarara Uğrayanın Arasında Kusur ve Sorumluluk Bağı.....	49
1.	Kusurların Birleşmesi.....	49
2.	Sorumlulukların Birleşmesi.....	49
D.	Kişisel Kusurun Pozitif Hukuktaki Yeri.....	50
1.	Anayasal Düzenlemeler	50
a.	1982 Anayasası 40/3 Maddesi Çerçevesinde Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru.....	50
b.	1982 Anayasası 129/5 Maddesi Çerçevesinde Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru.....	51
2.	657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu.....	52
a.	DMK Madde 13'ün Gerekçesi Ve Getirilmek İstenen Sistem	52
b.	Türk Hukuk Sisteminde DMK Madde 13'e İlişkin Yaklaşımlar.....	54
3.	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu.....	55

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET KUSURU İLE KİŞİSEL KUSUR AYRIMININ ORTAYA ÇIKARDIĞI HUKUKİ KONULAR

I.	Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Ayırımına İlişkin Kavram Karmaşası.....	57
A.	Görev Kusuru Kavramının Sorumluluk Hukukundaki Yeri.....	57
1.	Öğretide ve Yargısal İçtihatlarda Görev Kusuru.....	57

2. Görev Kusurunun Önemi.....	61
B. Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımına İlişkin Görevli Yargı Mercii Sorunu.....	62
II. İdarece Tazmin Edilen Zararın Kamu Görevlisine Rücu Edilmesi Sorunu.....	64
A. Rücu İlişkin Mevzuatta Yer Alan Düzenlemeler.....	65
B. Rücu Davalarında Ortaya Çıkan Problemler.....	66
1. Rücu Mekanizmasının İşletilmesi Zorunluluğu Meselesi.....	66
2. Rücu Davalarında Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi ve Uygulanacak Hukuk Meselesi.....	67
III. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing).....	71
A. Hukuk Düzeninde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Kavramı	72
1. Kavram Ve Değerlendirilmesi.....	72
a. İşyerinde Psikolojik Tacizin Görünüş Şekilleri.....	73
i. Dikey Psikolojik Taciz.....	74
ii. Yatay Psikolojik Taciz.....	74
b. İşyerinde Psikolojik Tacizin Belirlenmesi	75
2. İşyerinde Psikolojik Tacizin Mevzuatımızdaki Yeri.....	82
B. İdari Mobbing.....	86
1. Kamu Kurum Ve Kuruluşlarda Meydana Gelen Psikolojik Tacizde İdarenin Sorumluluğu.....	86
2. Görevli Yargı Merciiin Belirlenmesi Sorunu.....	89
3. Vakıf Üniversitelerinde Psikolojik Taciz.....	96
SONUÇ.....	103
KAYNAKÇA.....	104

KISALTMALAR

AHM	: Asliye Hukuk Mahkemesi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
c.	: Cilt
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
DXD	: Danıştay (İlgili) Dava Dairesi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
sy.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YXHD	: Yargıtay (İlgili) Hukuk Dairesi

ÖZET

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA HİZMET KUSURU VE KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

ASLI ŞEYMA CERAN

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu üzerinde en çok tartışılan konulardan biridir. Sorumluluğun sınırının ve kapsamının mevzuatta yer almayarak her somut olaya göre değerlendirilmesi, içtihatla görüş farklılığına neden olmuştur.

Çalışmamızda idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde önemli rol oynayan hizmet kusuru ve kişisel kusur kavramları ile nispeten daha sonra kullanılmaya başlanan görev kusuru kavramı ele alınmıştır. Kamu görevlisinin görevinden tamamen ayrılamayan davranışları ile vermiş olduğu zararların kişisel kusuru oluşturduğu, içtihatlarda bunun görev kusuru olarak da nitelendirildiği, kamu görevlisinin görevinden tamamen ayrılabilen davranışlarının ise salt kişisel kusuru oluşturduğu hususları açıklanarak hangi durumda ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi gerektiği farklı görüşleri içeren yargı kararları ışığında ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Kişisel Kusur, Hizmet Kusuru, Kusursuz Sorumluluk, Kusur Sorumluluğu, Görev Kusuru

ABSTRACT

DISTINCTION BETWEEN PERSONAL FAULT AND SERVICE FAULT ACCORDING TO JUDICIAL DECISIONS

ASLI ŞEYMA CERAN

The liability of the administration for the faults that occur during the performance of public services is one of the most discussed issues. The fact that the limit and scope of liability is not included in the legislation and that it is evaluated according to each concrete case has caused a difference of opinion in the legal precedent.

In our study, the concepts of service fault and personal fault, which play an important role in determining the liability of the administration, and the concept of duty fault, which began to be used relatively later, are discussed. It has been explained that the actions of the public official which cannot be separated from his job duties completely and the damages he has caused constitute a personal fault, that this is also described as a fault of duty in the legal precedent; and that the actions of the public official that can be separated from his job duties are purely his personal faults, and in which case it should have been resorted to the relevant public official is discussed in the light of judicial decisions containing different opinions has been tried to be explained.

Keywords: Personal Fault, Fault of Service, Strict Liability, Liability for Fault, Fault of Duty

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK KAVRAMI

I. SORUMLULUK KAVRAMI VE HUKUK SİSTEMİMİZDEKİ TÜRLERİ

Modern hukuk sistemlerinde nadir görülen istisnalar dışında (örneğin; Türk Medeni Kanunu m.981)¹ alacaklının kendi gücü ile borçlunun malvarlığına el koyması mümkün değildir. Alacaklının alacağını hukuki himaye altına almak, borcun yerine getirilmesi için alacaklıya zorlama imkânı vermek, edimin ifasını borçlunun dürüstlüğüne bırakmamak için ilke olarak her borç ilişkisinde borcun yaptırımını olarak sorumluluk zorunlu kılınmıştır².

Hukuka aykırı eylemle meydana gelen zararı giderme yükümlülüğüne sorumluluk denir³. Doktrinde ve içtihatlardaki tanımlamalara bakıldığında sorumluluk, genel geçer davranış kurallarına veya yüklenilen borca aykırı davranan kişinin vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğüdür⁴. Diğer bir tanımlamayla sorumluluk, borçlunun üstlendiği edimleri yerine getirmemesi halinde alacaklıya alacağını talep etme, borçluyu zorlama, hatta cebri icra imkânı dahi veren borcun yaptırımını niteliğindeki kurallar bütünüdür⁵. Benzer diğer bir tanıma göre de hukuki sorumluluk, hukuka aykırı şekilde meydana gelen zararın karşılanmasını öngören bir

¹ İlgili madde metninde, rızası dışında kendisinden alınan şeye karşı zilyede, durumun haklı kıldığı ölçüde kuvvet kullanma hakkı hüküm altına alınmıştır.

² Eren, Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 23. bs, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 83-84.

³ Bağdatlı, Selahattin, “Hukuk Sözlüğü”, Derin Yayınları, 2011, s.549.

⁴ Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, c.2, 15. bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.17.

⁵ Eren, “Borçlar Hukuku”, s. 83.

hukuki kurumdur⁶. Yargıtay ise hukuki anlamdaki sorumluluğu, taraflar arasında bulunan borç ilişkisinin zarar görmesi sonucu meydana gelen zararın giderilmesi yükümlülüğü şeklinde tanımlamıştır⁷.

Tarihsel olarak bakıldığında sorumluluk kavramının gelişiminde birbirini izleyen üç dönemin etkisinin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki kölelik sisteminin iç işleyişinden kaynaklanan bir hata sonucunda kölelerin gözden düşme, toplu değer kaybı gibi yükümlülüklerle muhatap kaldıkları toplumsal sorumluluk dönemidir. Bu dönemi takip eden bireyselleştirilmiş sorumluluk döneminde ise Roma Hukukunun topluma yansması sonucu bireyin yüceltiildiği görülmüştür. Sonuncu olarak ise 1789 yılında İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile kamu külfetinde eşitlik ilkesi sonucu belli yükümlülüklerin tüm yurttaşlar arasında eşit şekilde paylaştırılması ile sosyalleşmiş sorumluluk dönemine ulaşıldığı görülmektedir⁸.

Öğretide sorumluluk; geniş anlamda, dar anlamda ve en dar anlamda olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Geniş anlamda sorumluluk, sözleşme dışı sorumlulukla beraber sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu, hukuk sistemimizin de benimsediği dar anlamda sorumluluk yalnızca sözleşme dışı sorumluluğu, en dar anlamda sorumluluk ise sadece özel kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinde meydana gelen zararları tazmin yükümlülüğünü ifade etmektedir⁹.

Öğretide sorumluluk kavramının “-den sorumluluk” ve “-ile sorumluluk” şeklinde iki ayrı anlamda kullanıldığı da görülmektedir. “-den sorumluluk” bir kişinin hukuk düzeninde var olan genel bir hukuk ödevinden ya da hukuki bir ilişkiden doğan geniş anlamda sorumluluğunu ifade etmektedir. “-ile sorumluluk” borçlunun alacaklıya malvarlığı ile sorumlu olduğu dar anlamda sorumluluğu ifade etmektedir.¹⁰

⁶ Narter, Sami, “Tazminat Hukuku”, 1.bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.867.

⁷ YHGK, E. 2017/11-124, K. 2019/657, T. 13/06/2019; YHGK, E. 2021/4-307, K. 2021/833, T. 24/06/2021.

⁸ Atay, Ender Ethem; Odabaşı, Hasan, “Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları”, 2. bs, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s.36.

⁹ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.510- 511.

¹⁰ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.510.

Hukuk sistemimizde sorumluluk hukuku “*Hukuki Sorumluluk*” ve “*Cezai Sorumluluk*” şeklinde iki ana başlıktan oluşmaktadır. Hukuki sorumluluk ise kendi içinde “*Medeni Hukukta Sorumluluk*” ve “*İdare Hukukunda Sorumluluk*” olmak üzere ikiye ayrılır.¹¹ Çalışma konumuzun dışına çıkmamak adına bu bölümde cezai sorumluluğa değinmeden, karşılaştırmaya esas teşkil edecek şekilde sadece Medeni Hukukta Sorumluluk ve İdare Hukukunda Sorumluluk kavramları ele alınmıştır.

II. MEDENİ HUKUKTA SORUMLULUK KAVRAMI

Medeni hukukta sorumluluk, meydana gelen zarar sebebiyle mağdurun maruz kalmış olduğu olumsuz durumun kural olarak zarar veren tarafından yargı önünde giderilmesine ilişkin yükümlülüklerin tümüdür¹². Başka bir anlatımla medeni hukukta sorumluluk, zarardan kimin sorumlu olduğunu gösteren ve zararın giderilmesi için zarar görenin, zarar verene karşı talepte bulunma hakkını düzenleyen kuralların tümüdür¹³. Geniş anlamda sorumluluk haksız fiil sorumluluğu ile birlikte sözleşmeden kaynaklı sorumluluğu ifade etmektedir. Çalışma konumuzun sınırlarını belirlemek adına bu başlık altında sadece haksız fiil sorumluluğu ele alınacaktır.

Medeni hukukta sorumlulukla öncelikle zarar görenin zararının hukuki yolla giderilmesi, zarar verenin kendi malvarlığı ile zararı tazmin etmesi yani zararın denkleştirilmesi amaçlanır. Böylelikle kişilerin daha temkinli ve dikkatli davranmasını sağlaması sebebiyle sorumluluğun önleyici niteliği de bulunmaktadır. Ceza hukukundaki sorumluluk toplumun tümünü ilgilendiren değer veya çıkar ihlallerinin karşılığı iken, medeni hukuktaki sorumlulukta bireysel çıkarın korunması amaçlanmıştır¹⁴.

¹¹ Kavak, Muhammed Halid, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Belirlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021, s.3.

¹² Atay, Odabaşı, s.35.

¹³ Kılıçoğlu, Mustafa, “Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk”, c.1, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 1.

¹⁴ Atay, Odabaşı, s.35.

Türk Borçlar Kanunu'nda zarardan doğan hukuki sorumluluğun iki türü bulunmaktadır. Bunlar kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluktur¹⁵. Haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturan kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk Borçlar Kanunu'nun 49 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir¹⁶. Esas olan, hukuka aykırı eylemi sonucunda zarar verenin kusurlu olması halinde kusuru ölçüsünde sorumluluğunu öngören haksız fiil sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk ise istisnaidir.

A. Kusur Sorumluluğu

Hukuk sisteminde kusurun kınana davranışlardan olması sonucu kusurlu bir davranışla başkasına zarar veren kişinin bizzat zarara katlanması, zararı gidermesi adalet duygusunu tatmin etmektedir. Adalet duygusuna uygun olan kusur sorumluluğu gerekçesini kusurun, zarar veren kişinin ahlaken ve hukuken kınanabilir davranışı olarak nitelendirilmesinden almaktadır¹⁷. Kusur sorumluluğuna doktrin ve uygulamada haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk veya sübjektif sorumluluk da denildiği görülmektedir¹⁸.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.49/1'de kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu düzenlenmiştir. Fransız Medeni Kanunun etkisiyle kusur unsuru madde metninde yer almıştır.¹⁹ Böylelikle hukuk sistemimizde kusur sorumluluğu kural, kusursuz sorumluluk ise istisnai olarak hükme bağlanmıştır. Hukuka aykırı eylemi sonucu bir başkasına zarar veren kişi kusurlu olması halinde kusuru ile orantılı olarak sorumlu tutulacaktır. Öte yandan kusursuz sorumlulukta ise kişinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın şartlarının bulunması halinde sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

¹⁵ Çelik, Ahmet, "Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı", 3.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.491.

¹⁶ Antalya, O.Gökhan, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", c.2, 2.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.47.

¹⁷ Eren, "Borçlar Hukuku", s.515.

¹⁸ YHGK, E. 2021/4-307, K. 2021/833, T. 24/06/2021.

¹⁹ Eren, "Borçlar Hukuku", s.514.

18. ve 19. yüzyıllarda yoğun biçimde uygulanan “*Kusursuz sorumluluk olmaz*” anlayışında, sorumluluğu doğuran mutlak tek sebep kusur olarak görülmüştür²⁰. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısında sorumluluğun kusura dayandırılması kuralı eleştirilmeye başlanarak bazı hallerde kusursuz sorumluluk görüşü savunulmaya başlanmıştır²¹. Bunun sebebi ise sanayinin ve teknolojinin gelişimi ile birlikte zararın meydana gelme tehlikesinin artmasıdır. Teknik ilerlemeler ve buna bağlı olarak tehlikelerin artması neticesinde sorumluluk hukuku açısından esas prensip olan kusur sorumluluğu, yer yer zayıflamaya başlayarak yerini kusursuz sorumluluğa bırakmıştır. Kusursuz sorumluluk istisnai olsa da çağdaş toplum anlayışı, gelişen teknoloji ve sosyal gelişmeler sonucunda istisnanın kural olmaya başladığını da söylemek pek de yanlış olmayacaktır²².

1. Kusur Sorumluluğunun Unsurları

6098 sy. TBK’nın ikinci bölümünde sorumluluk başlığında düzenlenen 49. maddenin ilk fıkrasında “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” biçiminde yer alan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun 4 tane unsuru vardır. Bunlar; kusur, hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağıdır²³. Hukuka aykırı eylem sonucu sorumluluktan bahsedebilmek için bu 4 unsurun da aynı anda bulunması gerekir.

a. Kusur

Kuşkusuz ki kusur sorumluluğunda, sorumluluktan bahsedebilmek için en önemli unsur kusurdur. Kusur haksız fiili oluşturan temel olgudur²⁴. Kusur sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle fiilin işlenmesinde faile atfedilecek bir kusurun bulunması gerekir²⁵.

²⁰ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.514.

²¹ Gözübüyük, A. Şeref, “Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları”, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 188.

²² Eren, “Borçlar Hukuku”, s.513.

²³ Erdoğan, Kemal; Akkurt, Sinan Sami; Tokat, Hüseyin, “Tablolar, Şemalar, Örnek Olaylar ve Test Sorularıyla Borçlar Hukuku”, 2.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.183.

²⁴ Antalya, s.68.

²⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.301.

Her kusurlu davranış aynı zamanda hukuka aykırı bir davranıştır. Her ne kadar TBK. m.49/1’de kusur sorumluluğunun unsurlarına yer verilse de kusurun tanımı yapılmamıştır. Esasen kusur, üzerinde fikir birliği bulunarak açık şekilde tanımlanan bir kavram da değildir²⁶. Doktrinde kusur; hukuk düzenince kınanan, hoş görülmeeyen davranış olarak tanımlanmıştır²⁷. Kusur hukuka aykırı sonucu istemek (kast) ya da istememekle birlikte hukuka aykırılık teşkil eden davranıştan kaçınma için yeterli iradenin kullanılmamasıdır(ihmal)²⁸.

Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Kusurlu davranış ister kasten işlensin ister ihmalen işlensin zarar verenin tazmin yükümlüğü bulunacaktır. Bu nedenle yapılan ayırım ceza hukukundaki kadar büyük önem taşımamaktadır.²⁹ Netice itibariyle kasten veya ihmalen olup olmadığına bakılmaksızın kusurun varlığı halinde zararın tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Zararın kasten veya ihmali kusur ile verilmesi ise tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz edecektir.

b. Hukuka Aykırı Fiil

Hukuka aykırı fiil, hukuk düzeninin, bir hakkı korumaya yönelik yasaklamış olduğu davranışı gerçekleştirmektir³⁰. Doktrindeki başka bir tanımlamaya göre hukuka aykırı fiil, hukuka uygunluğun bulunmaması halinde başkasına zarar verici davranışı yasaklayan veya zararı önleyici davranışta bulunmayı emreden hukuk kurallarına aykırı davranıştır³¹.

Hukuk sistemimizde hukuka uygun fiiller kanunla düzenlenmiştir. Hukuka aykırı fiilden bahsedebilmek için yasaklayıcı veya önleyici belirli bir davranışı emreden hukuk normuna aykırı davranışın yanında, aynı zamanda hukuka uygunluk sebeplerinin de bulunmaması gerekir³². TBK m.63 “*Kanunun verdiği yetkiye dayanan*

²⁶ Oğuzman, Öz, s.54.

²⁷ Antalya, s.416; Oğuzman, Öz, s.53; Eren, “Borçlar Hukuku”, s.594.

²⁸ Oğuzman, Öz, s.53.

²⁹ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.599.

³⁰ Oğuzman, Öz, s.12-13.

³¹ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.611.

³² Eren, “Borçlar Hukuku”, s.612.

ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” şeklindeki düzenlemede hangi hallerde fiilin hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Bu sebeplerden birinin varlığı halinde fiilin hukuka aykırı olduğundan bahsedilemeyecektir.

TBK m.49/2’de ahlak duygusunu ve kamu vicdanını tatmin etmek amacıyla ahlak dışı eylemle bir başka kişiye kasıtlı olarak zarar vermek de hukuka aykırı fiil olarak düzenlenmiştir. TBK m.49/1’de hem kasti hem de ihmali davranış sonucu verilen zararın tazmini hüküm altına alınmışken TBK. m.49/2’de sadece kasti olarak ahlak dışı fiille bir başka kişiye zarar verenin sorumluluğu düzenlenmiştir.

c. Zarar

Ceza hukukundan farklı olarak borçlar hukukunda sorumluluğun amacı cezalandırmak değil meydana gelen zararı karşılamaktır. Hukuki sorumluluktan söz edilebilmesi için bir zararın mevcut olması gerekir³³. Başka bir deyişle haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun doğabilmesi için fiilin hukuka aykırılık teşkil etmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda hukuka aykırılık teşkil eden fiil sonucunda bir zararın da meydana gelmesi gerekir.

TBK m.49’da zarardan söz edilmekle birlikte kavramın tanımı yapılmamıştır. Doktrine göre zarar; hukuka aykırı fiil sonucu kişinin malvarlığında veya kişiliğine ilişkin korunan değerlerinde meydana gelen isteğinin dışındaki azalmadır³⁴. Zarar “geniş anlamda zarar” ve “dar anlamda zarar” şeklinde ikiye ayrılır. Dar anlamda zarar, bireyin malvarlığında meydana gelen maddi kaybı ifade etmektedir. Geniş anlamda zarar ise bireyin malvarlığında oluşan maddi kaybın yanında manevi varlığında meydana gelen kaybı da kapsamaktadır³⁵.

³³ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.544.

³⁴ Antalya, s.133.

³⁵ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.545.

Zararın meydana geldiğinin ispatı TBK. m.50/1'deki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere zarar görene aittir. Maddenin birinci fıkrasında, meydana gelen zararın ve zarara sebebiyet veren kişinin kusurlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü zarar görene yüklenmiştir. Zararın kesin, şahsi ve doğrudan niteliklerinin bulunması gerekir. Zararın kesin olması, zararın miktarının kesin olmasını değil zararın belirli veya belirlenebilir olmasını ifade etmektedir. Bu zarar güncel olabileceği gibi gelecek bir zarar da söz konusu olabilir. Zararın muhtemel olması halinde ise zarar gerçekleşmediğinden sorumluluktan bahsedilemez. Meydana gelen zararın tazmini sadece zarar gören kişinin talep etme hakkının bulunması ise zararın şahsiliği özelliğinin bir sonucudur³⁶. Ancak istisnai hallerde zarar görenin yakınlarının da zararın tazminini talep etme hakkı bulunmaktadır³⁷.

d. İlliyet Bağı (Nedensellik Bağı)

Kusur sorumluluğundan bahsedebilmek için diğer bir unsur da uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Nedensellik bağı da denilen illiyet bağı, sorumluluk hukuku açısından temel unsur niteliğindedir. Gerek kusur sorumluluğunda gerek kusursuz sorumlulukta mutlak olarak bulunması gereken bir unsurdur. Sorumluluğun düzenlendiği TBK m.49 madde metninde “*zarar veren*” düzenlemesi ile illiyet bağı kastedilmektedir³⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun güncel 07/07/2021 tarihli, 2017/(13)3-2244 Esas ve 2021/951 Karar sayılı ilamında iki olay arasındaki sebep sonuç ilişkisi olan uygun illiyet bağını, en öz ifade ile meydana gelen sonuç ile bu sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttıran mecburi şart arasındaki bağ olarak tanımlamıştır³⁹.

İlliyet bağının kabulü hususunda birbirinden farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden en önemlileri “*şart teorisi*” ile “*uygun illiyet bağı teorisi*” dir. Şart

³⁶ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.560-561.

³⁷ Örn. TBK m. 56/2 hükmü ile kişinin ağır bedensel zarara uğraması veya ölümü halinde, zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

³⁸ Eren, “Borçlar Hukuku”, s.562.

³⁹ YHGK, E. 2017/(13)3-2244, K. 2021/951, T. 07/07/2021.

teorisine göre bir olayın var olması, mecburi olarak o olayı meydana getiren her bir şartın varlığına bağlıdır. Yani şartlardan birinin bulunmaması halinde olay meydana gelmemelidir. Sonucu oluşturan tüm şartlar eşittir ve şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişinin sorumluluğu bulunmaktadır. Böylelikle sorumluluk sınırsız şekilde genişlediğinden sonuç hukuka ve adalet duygusuna aykırı düşmektedir. Bugün hukuk sistemimizde kabul gören teori ise uygun illiyet bağı teorisi. Bu teoriye göre, fiilin genel hayat deneyimlerine ve olayların normal akışına göre, davranışın somut olayda meydana gelen zararı, mahiyeti ve ana eğilimi itibarıyla gerçekleştirmeye elverişli olması, en azından zararın doğmasına veya artmasına katkısının bulunması gerekir. Başka bir anlatımla meydana gelen zararın, zarar verene yükletilebilmesi için olayın normal akışına göre uygun bir zarar olması gerekmektedir. Fevkalade zararların zarar verilene yükletilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak uygulamada bu amaçla çelişkili şekilde olayın normal akışına uygun olmayan zararların uygun zarar sayılarak zarar verenin sorumluluğuna gidildiği de görülmektedir⁴⁰.

TBK kapsamında sorumluluktan bahsedilebilmesi için illiyet bağının kesilmemesi gerekir. Fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesilmiş olması halinde sorumluluktan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. İlliyet bağını kesen durumlar; mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru veya üçüncü kişinin kusuru olarak sayılabilir⁴¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13/6/2019 tarihli 2017/11-124 Esas 2019/657 Karar sayılı ilamında illiyet bağının kesilmesi olasılığının dar yorumlanması gerektiğini belirtilerek sorumluluktan kurtulma olasılığının oldukça zorlaştırıldığını görülmektedir.

B. Kusursuz Sorumluluk

Türk Hukukunda asıl olan kusurlu sorumluluk halidir. Verilen zarardan dolayı sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikli ve asli olarak zarar verenin kusuru aranmıştır. Her ne kadar kusur sorumluluğu esas alınsa da bilimde, endüstride ve teknolojiye yaşanan gelişmeler karşısında kusur sorumluluğu yetersiz kalarak,

⁴⁰ Eren, “Borçlar Hukuku”, s. 565-570.

⁴¹ Eren, Fikret “Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi”, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.174.

hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkmıştır. Bu sebeple doğan zarardan bazı hallerde kusuru olmayan kişilerin de sorumlu tutulması kusursuz sorumluluğu meydana getirmiştir⁴².

Kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için kusur şartı hariç olmak üzere kusur sorumluluğunda aranan “*hukuka aykırı fiil*”, “*zarar*” ve “*illiyet bağı*” şartlarının yine bir arada bulunması gerekir. Tüm bu şartlara ek olarak kusursuz sorumluluk halinin kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Hangi hallerin kusursuz sorumluluk sayılacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. TBK’nın 65-71 maddeleri arasında kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu şeklinde üçlü ayrıma tabi tutulmuştur. Tüm bu şartların bir arada bulunması halinde kusursuz sorumluluktan bahsedilebilecek, zarar verenin kusuru bulunmasa dahi tazmin yükümlülüğü bulunacaktır.

III. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk geniş anlamda, bireyin vermiş olduğu zararı gidermeyi amaçlayan bir yükümlülüktür. İdare hukuku açısından sorumluluk ise, idari faaliyet sonucunda zarar gören ile idari faaliyeti meydana getiren arasında idare lehine, zarar gören aleyhine bozulan mali, hukuki ve sosyal dengenin yeniden yerine getirilmesidir⁴³. Başka bir tanımlamaya göre idari sorumluluk; kamu otoritelerinin yerine getirdikleri etkinlik ve işlemler sonucu meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğüdür⁴⁴. Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu’nun güncel tarihli kararında idarenin hukuki sorumluluğu, idari faaliyetler sonucunda idare tarafından yönetilenlerin zarara uğraması halinde bozulan mali dengenin yeniden kurulmasına yönelik, verilen zararın idarece tazminine ilişkin hukuksal bir kurum olarak ifade edilmiştir⁴⁵.

Hukuk tarihimizde idarenin sorumluluğu düşüncesi ilk kez Şura-yı Devlet’in kurulmasından sonra kuvvet kazanmıştır. Ancak devletin sorumluluğunun idare

⁴² Erdoğan, Akkurt, Tokat, s.199.

⁴³ Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, “Türk İdari Yargılama Hukuku”, 6.bs, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s.518.

⁴⁴ Atay, Odabaşı, s.41.

⁴⁵ DİDDK, E. 2020/1621, K. 2021/394, T. 04/03/2021.

hukukuna tabi olması, Cumhuriyet Döneminde mümkün olmuştur. Günümüzde idarenin sorumluluğunun dayanağını hukuk devleti, sosyal devlet gibi önemli ilkeler oluşturmaktadır⁴⁶.

Herhangi bir kamusal faaliyet sonucu idarenin, kişilere maddi ya da manevi zarar vermesi durumunda, idarece bu zararların tazmin edilmesinin gerekip gerekmediği, gerektiği takdirde hangi esaslara göre bu zararların tazmin edileceği hususu idare hukukunda sorumluluğun konusunu oluşturmaktadır⁴⁷. İdare yerine getirdiği faaliyetler esnasında bireylere zarar vermesi halinde Anayasa gereği bu zararlardan sorumlu olacaktır. Anayasanın 40'ıncı maddesi, *“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* ve 125'inci maddesinin yedinci fıkrası *“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükümleriyle idarenin mali sorumluluğu bireyler yönünden güvence altına alınmıştır.

İdare hukukunda, özel hukuktaki sorumluluk anlayışından esinlenerek ve fakat idare hukukunun da özellikleri göz önünde tutularak özel hukuktakinden ayrı, idare hukukuna özgü bir sorumluluk geliştirilmiştir⁴⁸. İdarenin yerine getirmiş olduğu faaliyetler dikkate alındığında sorumluluk ilkesi Özel Hukuka nazaran İdare Hukukunda daha geniş bir alanı kapsamaktadır.

A. İdari Sorumluluğun Unsurları

Anayasaya ve idari yargıya ilişkin kanunlarda idarenin sorumluluğu kabul edilmekle⁴⁹ birlikte zarar verici her faaliyetinden dolayı da idarenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. İdarenin gerçekleştirdiği faaliyetler esnasında meydana gelen zararlardan dolayı kişilerin zararlarının tazminini idareden isteyebilmeleri için idareye atfı kabil edilebilen olumlu ya da olumsuz bir **fiilin**, kesin ve belirli hale gelen **zararın**

⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.522.

⁴⁷ Ulusoy, Ali D. “Yeni Türk İdare Hukuku”, 3. bs, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.579.

⁴⁸ Gözübüyük, A. Şeref, “Yönetsel Yargı”, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.285, Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, “İdare Hukuku Genel Esaslar c.1”, Turhan Kitabevi, 2018, s.794-795.

⁴⁹ Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev, Akgüner, Tayfun, Berk, Kahraman, “İdare Hukuku”, 5.bs, Der Yayınları, İstanbul 2012, s.89.

ve idarenin fiili ile bu fiil sonucu meydana gelen zarar arasında uygun **illiyet bağı**nın bulunması gerekir⁵⁰. İdarenin hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu için sayılan şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Danıştay da bir kararında *“Bu bağlamda, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için ise, ortada bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle, zararlar idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekir. Daha açık bir anlatımla, zararın gerçek nedenini idari faaliyet oluşturmaktadır. Şartlardan birinin yokluğu halinde kural olarak idarenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.”*⁵¹ İfadesi ile idarenin sorumluluğu için gerekli şartları sayılmıştır. Zararın bulunmaması halinde idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilemeyeceği gibi idare veya idarenin faaliyetleri ile ilgisi bulunmayan zararda da idarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

1. Fiil

İdarenin sorumluluğundan bahsedilmesi için öncelikle zarar doğurucu fiilin idareye bağlanması yani bu fiilin idare adına veya idarece yapılmış olması gerekmektedir⁵². İdarenin gerek kusur sorumluluğu gerekse kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada idareye atfı mümkün olan bir fiilin bulunması gerekecektir.

İdare hem idari işlem hem de idari eylemle zarara sebebiyet verici faaliyetlere sebep olabilir. Bu faaliyetler icrai davranışla gerçekleşebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleşebilir. İdari işlemlerin tek taraflı veya iki taraflı olması mümkündür. Zarar, idarenin çift taraflı işlemlerinden yani idari sözleşmelerden kaynaklı olabileceği gibi, idarenin tek taraflı meydana getirmiş olduğu işlemlerden de kaynaklanabilir.

Zarar meydana getirici etkinlik tek bir kamu kuruluşu tarafından meydana getirilebileceği gibi birden çok kamu kuruluşunun faaliyetinden de kaynaklanabilir.

⁵⁰ Kalabalık, Halil, “İdare Hukukunun Temel Kavramı Ve Kurumları”, 5.bs, Sayram Yayınları, 2014, s.570.

⁵¹ D15D, E. 2017/1256, K. 2017/6565, T.09/11/2017.

⁵² Gözübüyük, “Yönetmelik Yargısı”, s.818.

Bu durumda zararın tazmini için açılan davalarda zararı meydana getirenlerin tümü davalı olarak gösterilmelidir.

2. Zarar

İdarenin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için gerekli şartlardan ikincisi olan zarar kavramının hukuk sistemimizde belirli bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa, İYUK ve TBK’da meydana gelen zararın sadece tazminine yönelik düzenlemeler yapılmakla yetinilmiş⁵³, tanımı doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır. Doktrinde ise zarar, dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar şeklinde ikili ayrıma tabi tutulmuştur⁵⁴.

Dar anlamda zarar, yani maddi zarar; kişinin iradesi dışında malvarlığındaki parasal nitelikteki değerin tahrip olması veya üzerindeki tasarruf yetkisinde meydana gelen kısıntıdır⁵⁵. Ayrıca maddi zarar malvarlığında azalma şeklinde olabileceği gibi artışından mahrum bırakılması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Geniş anlamda zarar ise; kişinin malvarlığında veyahut şahıs varlığında kendi iradesi haricinde oluşan azalmadır.⁵⁶ Dar anlam zarar kavramı sadece maddi zararı kapsarken geniş anlamda zarar kavramı maddi zarar ile birlikte manevi zararı da kapsamına almaktadır. Manevi zarar ise kişinin duygu, şeref veya ününü etkileyen zarardır.⁵⁷ Başka bir deyişle kişinin vücut bütünlüğüne, haysiyetine, şerefine yapılan saldırı veya bir yakınına yapılan saldırı sonucu duyulan bedensel, ruhsal elem ve üzüntü olarak tanımlanabilir⁵⁸.

İdarenin zarara sebebiyet veren kamusal faaliyetlerinin meydana getirdiği zarardan dolayı tazmin yükümlülüğünden bahsedebilmek için zararın belli ve kesin olması, özel olması, kamu yükümlülüğü biçimini almaması gerekir⁵⁹. Özel hukukta olduğu gibi idarenin tazmin sorumluluğundan bahsedebilmek için ortada belli, gerçek

⁵³ Akylmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.522.

⁵⁴ Eren, “Borçlar Hukuku”, s. 545.

⁵⁵ Atay, Odabaşı, s.188.

⁵⁶ Atay, Odabaşı, s.190.

⁵⁷ Atay, Odabaşı, s.191.

⁵⁸ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.321.

⁵⁹ Atay, Odabaşı, s.181-187, Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.319.

ve kesin bir zararın olması gerekir. Bunun yanında gelecekte oluşacak zararın kesin olması hali de dikkate alınmalıdır. Zararın gelecekte doğacağı kesin ise tazmini gerekir. Öte yandan doğacak zararın muhtemel veya tesadüfi olması halinde idarenin sorumluluğundan bahsedilmeyecektir. Zararda bulunması gereken diğer bir nitelik ise özel olması yani zarardan belli kişilerin etkilenmesidir. Genel nitelikte kamu külfeti olarak ortaya çıkan zararlarda tazmin sorumluluğundan bahsedilemez⁶⁰.

3. İlliyet Bağı (Nedensellik Bağı)

Meydana gelmiş olan zarar ile zarar doğurucu eylem arasındaki sebep-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir⁶¹. Başka bir ifade ile idarenin davranışı ile meydana gelmiş olan zarar arasındaki uygun mantıksal bağı ifade etmektedir⁶². Hukuki sorumluluğun en önemli şartı olan illiyet bağı, tazminat hukukunun temel ilkesidir. İlliyet bağının bulunmadığı durumlarda sorumluluktan bahsedilemez. Bu nedenle özel hukuktaki sorumluluk kavramında olduğu gibi kamu hukukunda da önemli yere sahip olan unsurlardandır.

Anayasa 125. maddede belirtildiği üzere idare kural olarak idari işlem ve eylemleri sonucu oluşan ve nedensellik bağı kurulabilen zararları tazmin etmekle sorumludur. Başka bir deyişle idare ancak ve ancak kendisinde doğrudan bağlanabilir nitelikte olan işlem ve eylemlerden sorumlu tutulacaktır⁶³. Genel olarak somut olaylarda nedensellik bağının tespiti teknik ve uzmanlık gerektirdiğinden mahkemeler birkişilik kurumuna başvurmaktadır.

⁶⁰ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.321.

⁶¹ Eren, “Borçlar Hukuku”, s. 561

⁶² Sancakdar, Oğuz; Önüt, Lale, Burcu; Özelçi, Aytaç; Altınok Çalışkan, Elif; Bilgin, Nilüfer; Seyhan, Serkan, “İdari Yargı Pratik Çalışma Kitabı”, 10.bs, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.153.

⁶³ Atay, Odabaşı, s.205.

B. İdarenin Sorumluluk Türleri

Doktrin ve içtihatlarda idarenin kusur ve kusursuz sorumluluğu olmak üzere iki tür sorumluluğu bulunduğu kabul görmektedir⁶⁴. Uygulamada idarenin kusura dayanan sorumluluğu aynı zamanda “hizmet kusuru” olarak da ifade edilmektedir⁶⁵.

1. Kusur Sorumluluğu (Hizmet Kusuru)

İlerde detaylı şekilde anlatılacağı üzere bu başlıkta hizmet kusuruna sadece kavramsal olarak değinilmekle yetinilecektir. Öğretide hizmet kusuru; idarenin bir hizmetin kurulması, düzenlenmesi ya da işleyişi esnasında meydana gelen bozukluk veya aksaklığı ifade etmektedir⁶⁶. Diğer bir tanımlamaya göre hizmet kusuru, idarenin kamu hukuku alanındaki faaliyeti esnasında meydana gelen zarar sebebiyle doğan sorumluluğu olarak ifade edilmektedir⁶⁷.

Kural olarak idare, yürütmüş olduğu hizmetin sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararı tazmin etmekle sorumludur. Günümüzdeki uygulamaya göre idarenin sorumluluğu genel olarak kusur şartının gerçekleşmesine bağlıdır⁶⁸. Kusur sorumluluğu aslidir. Ancak asli olması idarenin hukuki sorumluluğunun yalnızca kusur esasına dayandığı anlamına da gelmemektedir. Şartlarının bulunması halinde idare, kusur şartı aranmaksızın da sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

2. Kusursuz Sorumluluk

Medeni hukukta olduğu gibi idare hukukunda da kural olarak idarenin sorumluluğuna sebebiyet veren olgu kusurdur. Ancak idarenin faaliyet alanının genişlemesi, gelişen ve değişen teknoloji, idarenin yerine getirmeyi üstlendiği

⁶⁴ Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Okay Tekinsoy, Özge, “İdare Hukuku”, 7. bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 829; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargısı”, s.287; içtihat için bkz, D15D, E. 2012/5325, K. 2015/7807, T. 19/11/2015.

⁶⁵ Ulusoy, s.581; Atay, Odabaşı, s.59; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargısı”, s.288; Gözübüyük, Tan, s.818, Sancakdar, Oğuz; Önüt, Lale Burcu; Us Doğan, Eser; Kasapoğlu Turhan, Mine; Seyhan, Serkan, “İdare Hukuku Teori Çalışma Kitabı” 10. bs, Seçkin Yayınları, s.831.

⁶⁶ Metin Günday, “İdare Hukuku”, 11. bs, İmaj Yayınları, Ankara 2017, s.369; Gözübüyük, Tan, s.818.

⁶⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.527.

⁶⁸ Gözübüyük, Tan, s.818.

hizmetlerin sınırının genişlemesi ile giderek karışık bir hal alması sonucu meydana gelen zarar ile idarenin kusuru arasında bağlantı kurulması güçleşmiştir. Bu durumda kusur esasına dayanılarak zararın tazminini değerlendirmek her zaman adalet duygularına ve sosyal ihtiyaçlara tam olarak cevap vermemiştir.⁶⁹ Kusur un sorumluluğun kurucu unsuru olmaktan çıkarak⁷⁰, idarenin faaliyetinden kaynaklanan zararda kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, zararın tazmini yoluna gidilen sorumluluk türü olan kusursuz sorumluluk ilkesi gelişmiştir⁷¹. Kusursuz sorumlulukta meydana gelen zararlar idarenin faaliyeti arasında bulunan illiyet bağının ispatı sorumluluk açısından yeterli olacaktır. Ayrıca idari faaliyetin de hukuka aykırılığının bulunması gerekli değildir⁷².

İdare hukukundaki kusursuz sorumluluğun, medeni hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerine nazaran daha geniş ve kapsamlı uygulama alanının olduğunu söyleyebiliriz⁷³. 1961 Anayasası 114. maddesi ve 1982 Anayasası 125. maddesinin son fıkrası ile açıkça idarenin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Bu hüküm hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğun dayanağıdır⁷⁴. Her iki Anayasamızda da kusursuz sorumluluğun dayanağı bulunmaktadır. Ancak hangi durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılacağı hususunda sınırlı biçimde düzenleme yapılmadığından bu boşluğu yargı yerleri içtihatları ile doldurmaktadır⁷⁵.

Kusursuz sorumluluk esas itibariyle tehlike ve kamu külfetleri karşısında eşitlik olmak üzere temel iki ilkeye dayandırılmaktadır⁷⁶. Son zamanlarda gerek doktrinde gerekse içtihatlarda sıkça kullanılan sosyal risk kavramını ayrı bir ilke olarak değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır⁷⁷.

⁶⁹ Atay, Odabaşı, s.135.

⁷⁰ Atay, Odabaşı, s.130.

⁷¹ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.305.

⁷² Atay, Odabaşı, s.132; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.306.

⁷³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.562; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.305.

⁷⁴ Atay, Odabaşı, s. 131; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.305; Günday, s.378.

⁷⁵ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.306; Günday, s.340; Atay, Odabaşı, s.123.

⁷⁶ Günday, s.378; Sancakdar, Öñüt, Doğan, Turhan, Seyhan, s.848; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.306; Yıldızhan Yayla, “İdare Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s.366.

⁷⁷ Ulusoy, s.584; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.563.

C. İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Haller

İdarenin yürüttüğü hizmet esnasında meydana gelen zararlardan hukuki olarak sorumlu tutulabilmesi için idarenin işlem veya eyleminden kaynaklanan fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve hizmet kusurunda kusur şartının birlikte bulunması gerekir. İlliyet bağı yukarıda bahsetmiş olduğumuz her iki kusur açısından sorumluluğun temel şartlarındandır. Bu şartlardan birinin eksik olması halinde idarenin hukuki sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Zarara sebebiyet veren fiil ile zarar arasında bulunan illiyet bağının kesilmesi halinde sorumluluk da bu oranda azalacak veyahut ortadan kalkacaktır. Bu nedenle zarar ile meydana gelen fiil arasında illiyet bağının bulunup bulunmamasının tespiti, sorumluluğun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. İdari yargı sistemimizde kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından, hâkim öncelikle mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle illiyet bağını tespit etmelidir. Uzmanlık, teknik bilgi ve benzeri sebeplerle illiyet bağının tespitinin mümkün olmaması halinde başta bilirkişi kurumu olmak üzere hâkimin, her türlü bilgi ve belgeyi kullanması, varsa ceza ya da adli yargı karar ve raporlarından yararlanılması gerekir⁷⁸.

İlliyet bağı keserek idarenin sorumluluğunu etkileyen haller dört ana başlıkta toplanmaktadır. Bunlar, “mücbir sebep”, “beklenmeyen hal”, “zarar görenin davranışı” ile “üçüncü kişinin davranışdır”. Bu hallerde her ne kadar illiyet bağının kesildiğinden bahsedilse de aslında illiyet bağı hiç kurulmamıştır⁷⁹.

1. Mücbir Sebep (Zorlayıcı Nedenler)

Doktrinde mücbir sebep veya diğer bir deyişle zorlayıcı neden; idarenin iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi ve önlenmesi, büyük dikkat ve özen gösterilmesi halinde dahi mümkün olmayan, karşı konulamayacak ağırlıktaki olaylar olarak ifade edilmektedir.⁸⁰ Medeni hukukta olduğu gibi idare hukukunda da zarar ile

⁷⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.587.

⁷⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.587.

⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.587, Günday, s.384.

idare arasındaki bağlantı mücbir sebep ile kalkmaktadır⁸¹. Deprem, sel felaketi, devrim gibi önceden önlenme olanağı bulunmayan irade dışı meydana gelen olaylar mücbir sebebe örnek olarak gösterilebilir⁸².

Mücbir sebebin söz konusu olduğu durumlarda, idari davranış ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının kurulması mümkün olmadığından, idarenin kusur sorumluluğu bulunmadığı gibi kusursuz sorumluluğu da bulunmayacaktır⁸³. Ancak idarenin davranışı sonucunda mücbir sebepte bir artış olmuş ise idare bundan sorumlu tutulabilecektir⁸⁴. Bu nedenle sorumluluk hukukunda illiyet bağının tespiti önem arz etmektedir.

Gerçekleşen bir olayın mücbir sebep olarak kabul görmesi için öngörülemezlik, önlenemezlik ve idarenin faaliyetinin dışından kaynaklanmasını ifade eden dışsalılık şartlarının bir arada bulunması gerekir⁸⁵. Ancak bu şartların yanında somut olayın meydana geldiği yer, koşullar ve zamanın özellikleri de dikkate alınmalıdır⁸⁶.

Hangi hallerin mücbir sebep sayılacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Deprem, sel, fırtına, dolu, yıldırım düşmesi, harp, ihtilal, ekonomik abluka gibi doğa olayları mücbir sebebe örnek olarak gösterilebilir. Ancak teknolojinin gelişmesi ve idarenin standartlarının yükselmesiyle birlikte mücbir sebep uygulamasının giderek azaldığı görülmüştür⁸⁷. Bütün Dünyayı etkisi altına alarak insanların hastalanmasına ölümüne sebebiyet veren ve halen devam eden Covid-19 salgını da mücbir sebep olarak nitelendirilebilir.

2. Beklenmeyen Hal (Umulmayan Hal)

Beklenmeyen hal veya diğer bir deyiş ile umulmayan hal; idarenin faaliyetleri içerisinde gerçekleşen, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan

⁸¹ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargısı”, s.324.

⁸² Gözübüyük, Tan, s.855.

⁸³ Günday, s.384.

⁸⁴ Gözübüyük, Tan, s.855.

⁸⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.588.

⁸⁶ Ulusoy, s.589.

⁸⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.588-590.

olaylardır⁸⁸. Öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurları mücbir sebep ile aynı olmakla birlikte mücbir sebepte bulunan dışsallık unsuru, beklenmeyen halde yerini içsellığe bırakmaktadır. Başka bir deyişle zarar doğurucu işlemin idarenin faaliyetleri içerisinde meydana gelmesi mücbir sebep ile beklenmeyen hali birbirinden ayıran en önemli unsurdur⁸⁹.

Beklenmeyen hal teşkil eden olayda idarenin kusur sorumluluğu tamamen ortadan kalkarken, zarar verici davranış ile idare arasındaki ilişki ortadan kalkmadığından idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Yani beklenmeyen hal illiyet bağıını kesmeyerek sadece kusuru ortadan kaldırmaktadır⁹⁰. Böylece beklenmeyen halde mücbir sebepten farklı olarak idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir.

3. Zarar Görenin Kusuru

Ortaya çıkan zararın, zarara uğrayanın davranışlarından kaynaklanması yani zararda kusurunun bulunması halinde idarenin sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkacak ya da zarardan kısmen sorumlu olacaktır⁹¹. Zarara uğrayanın tutum ve davranışları, zarar ile idare arasındaki illiyet bağıını tamamen veya kısmen kesecek nitelikte ise, idare sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulacaktır⁹². İdarenin bu şekilde sorumluluktan kurtulması, kusur ve kusursuz sorumluluğun her ikisi bakımından da geçerli olacaktır. Zarara uğrayan kişinin hangi tutum ve davranışlarının illiyet bağıını tamamen veya kısmen keseceğinin takdiri ise mahkemeye aittir⁹³. Böylelikle belirlenen kusur oranına göre idarenin ödeyeceği tazminat miktarında indirim yoluna gidecektir.

⁸⁸ Gözübüyük, Tan, s.858.

⁸⁹ Çıtak, Halim Alperen, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.83.

⁹⁰ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.323, Sancakdar, Önüt, Özelçi, Çalışkan, Bilgin, Seyhan, s.863.

⁹¹ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.326.

⁹² Gözler, Kemal, “İdare Hukuku Dersleri”, Ekin Yayınevi, Bursa 2002, s.650; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.326.

⁹³ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.324; Tan, s.490.

Zarar görenin davranışı kavramı genellikle içtihatla zarar görenin kusuru olarak yer almaktadır⁹⁴. Bu davranışlara örnek olarak gerekli önlem almama, savsaklama, kurallara uymama, aşırı hızı sayabiliriz⁹⁵.

4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Meydana gelen zarara sadece üçüncü kişinin kusuru sebep olmuş ise, idarenin kusur sorumluluğu tümüyle ortadan kalkabileceği gibi kusuru ölçüsünde azabilmesi de mümkündür. Ortaya çıkan zarara üçüncü kişinin kusuru ile birlikte idarenin fiilinin de sebebiyet vermesi halinde, idare ile üçüncü kişi arasından orantılı şekilde sorumluluğun paylaşılması gerekir⁹⁶. Bunun yanında üçüncü kişinin kusuru idarenin sadece kusur sorumluluğunu kaldırırken veya azaltırken, kusursuz sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Kusursuz sorumluluğu devam eden idare, zararın tamamını tazmin ettikten sonra kusuru oranında zarara sebebiyet veren üçüncü kişiye rücu etme imkânına sahiptir⁹⁷.

⁹⁴ Bkz. D6D, E.2019/12322, K. 2021/2863, T.03/03/2021, D10D, E. 2016/3677, K. 2021/5, T. 06/01/2021, D8D, E.2017/6337, K. 2018/474, T. 31/01/2018.

⁹⁵ Atay, Odabaşı, s.181.

⁹⁶ Gözler, s.652.

⁹⁷ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargısı”, s.328.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞUNU BELİRLEMEDE HİZMET KUSURU İLE KİŞİSEL KUSUR AYIRIMI

I. HİZMET KUSURU KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hizmet Kusurunun Tanımı Ve Hukuk Sistemimizdeki Tarihsel Gelişimi

Doktrinde ve yargı içtihatlarında idarenin kusur sorumluluğunun karşılığı olarak kullanılan hizmet kusuru genel olarak idari faaliyetler esnasında meydana gelen eksiklik, aksaklık veya bozukluk şeklinde tanımlanmıştır⁹⁸. Başka bir ifade ile hizmet kusuru; kamusal faaliyetin yerine getirilmesi sırasında, organizasyonun gereği gibi olmaması sebebiyle hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesidir⁹⁹. Aynı şekilde Danıştay içtihatlarında da hizmet kusurunun tanımı idare tarafından yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluklar, aksaklıklar ve eksiklikler şeklinde yapılmıştır¹⁰⁰.

Öğretide ise hizmet kusuruna ilişkin daha detaylı bir tanımlamayı Sarıca¹⁰¹;

“Hizmet kusuru idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilâtında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde-gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret,

⁹⁸ Yayla, “İdare Hukuku”, s. 361; Atay, Odabaşı, s.252; Günday, s. 369; Tan, Turgut, “İdare Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 452.

⁹⁹ Ulusoy, s.581; Sancakdar, Önüt, Doğan, Turhan, Seyhan, s.833.

¹⁰⁰ D10D, E.2007/3301, K. 2008/2939, T. 29/04/2008; DİDDK E. 2020/2487, K.2021/765, 14/04/2021; DİDDK, E. 2020/768, K.2021/605, T. 25/03/2021.

¹⁰¹ Sarıca, Ragıp, “Hizmet Kusuru Ve Karakterleri”, İÜHFD, c.15, sy.4, 1949, s. 858, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9134/114398> , E.T. 11/11/2021.

murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik sakatlık arz etmesidir. İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personeline ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır.” şeklinde tanımlamıştır.

Özel hukuktaki gibi idare hukukunda da asıl olan kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk ise tamamlayıcı niteliktedir¹⁰². Yani, idari faaliyetlerden zarar görenlerin zararın tazmini için idare aleyhine açtıkları tam yargı davalarında, olayın oluşu ve niteliğinde öncelikli olarak idarenin hizmet kusurunun, yani kusur sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, hizmet kusurunun bulunmadığı hallerde ikincil olan kusursuz sorumluluğun varlığı incelenecektir. İdarenin sorumluluğu belirlenirken hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerinden sadece birine dayanılabilir¹⁰³. Tazminata hükmedilmesine karar verilmesi halinde ise sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekecektir¹⁰⁴.

Devletin yürütmüş olduğu faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunun bulunduğu anlayışı hukuk sistemimizde 1839 yılından sonra gelişmeye başlamıştır.¹⁰⁵ Tanzimat fermanı ile başlayan bu gelişmeleri 1924 Anayasasında idari uyuşmazlıkları çözmekte Şura-yı Devletin görevli kılınması takip etmiştir¹⁰⁶. İdarenin sorumluluğu fikri her ne kadar Şura-yı Devletin kurulması ile kuvvet kazansa da 1876 yılında Kanuni Esasi ile

¹⁰² Aydın, Muhammed Ali, “İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu”, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s.89-90.

¹⁰³ Sancakdar, Önut, Doğan, Turhan, Seyhan, s.831.

¹⁰⁴ Atay, Odabaşı, s.252.

¹⁰⁵ İnalçık, Halil, “Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet”, İstanbul 2000, s. 76.

¹⁰⁶ Durkal, Müzeyyen Eroğlu, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı Ve Temeli”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.23, s.159-189, 2019, s. 175.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/article/548483> , E.T. 20/10/2021.

yargılama fonksiyonlarının büyük ölçüde kaldırılmasıyla uygulama alanı bulamamıştır. İdari rejime geçiş Cumhuriyet Döneminde mümkün olmuştur¹⁰⁷. 1961 Anayasası 114. maddesindeki “İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” düzenlemesi ile asıl gelişme sağlanarak idarenin sorumluluğu ilkesi açıkça kabul edilmiştir.

1961 Anayasasındaki sorumluluk ilkesi 1982 Anayasası’nın 125. maddesi son fıkrasında aynı şekilde kabul edilerek idarenin sorumluluğu kusur ve kusursuz ayrımı yapılmaksızın genel olarak düzenlemiştir. Yine 1982 Anayasası’nın 40. maddesi son fıkrasında kişilerin haksız işlemler karşısında uğramış oldukları zararların tazminin devlet tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer diğer bir hüküm 129. maddenin beşinci bendinde “Memurlar 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” şeklinde düzenlenmiştir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin ilkenin gelişimi ile birlikte hizmet kusuru kavramı da kullanılmaya başlanmıştır.

B. Hizmet Kusurunun Özellikleri

İdare hukukunun bir içtihat hukuku olmasının örneği niteliğinde olarak mevzuatta tanımı yapılmayan hizmet kusuru, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek içtihatlarla geliştirilmiştir. Kanunda açıkça hangi durumlarda hizmet kusurundan bahsedilebileceği düzenlenmediğinden şartları ve özellikleri içtihatlarla belirlenmeye çalışılmıştır. Hizmet kusurunu diğer durumlardan ayırt edici temel özelliklerin bilinmesi, yargı mercii önüne gelen somut olayda zarara neden olan faaliyetin hizmet kusuru olup olmadığının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

İdarenin tüzel kişilerden oluşması ve idare hukuk kurallarının uygulanması nedeniyle, idarenin sorumluluğunu gerektiren kusur unsuru da özel hukuktakinden farklı olarak objektif nitelik kazanmıştır. Hizmet kusuru özel hukuktaki sorumluluktan farklı olarak nesnelleşen, anonim nitelikte, bağımsız bir kusurdur¹⁰⁸. Hizmet

¹⁰⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.522.

¹⁰⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.523.

kusurundan sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır¹⁰⁹.

1. Hizmet Kusuru Anonimdir

Hizmet kusurunun asli olmasının doğal bir sonucu olan anonim olma özelliğinden anlaşılması gereken, sorumluluğun kusura sebebiyet veren ilgili kamu görevlisine değil idareye bağlanmasıdır. Sorumluluğun nedeni olarak belirli olan bir kamu görevlisinin kusuru değil, idari hizmetin geç, kötü veya hiç işlememesi nedeni gösterilir. Böylelikle hizmet kusuru, idari faaliyetin yürütülmesi sırasında meydana gelen nesnel bir eksiklik olup kişilik dışı, soyut ve anonim bir kusurdur¹¹⁰.

Hizmet kusurunun varlığı için idari personelin kusuru şart olmamakla birlikte¹¹¹ idari hizmetin kuruluşunda veya işleyişinde meydana gelen bozukluk ve aksaklık hizmet kusurunun varlığı için yeterli olacaktır¹¹². Hizmet kusuru, idarenin belli personelinden kaynaklanan bir kusur değildir, bu nedenle belli bir personelin somut olarak kusurunun ortaya konulmasına gerek yoktur¹¹³.

Hizmet kusurunun anonimliği ile kamu gücünü elinde bulunduran idareye karşı bireyi korumak amaçlanmıştır. Aksi halde hizmet kusuruna sebebiyet veren idari personelin tespiti, meydana gelen zararın tazmininin gecikmesi yönüyle bireyin mağduriyetine sebep olacağı gibi idari personelin görevinden kaçınması sonucunu da doğuracaktır.

2. Hizmet Kusuru Geneldir

Hizmet kusurunda genellik, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin idari faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmalarında herhangi bir ayırım yapılmayacağını ifade etmektedir¹¹⁴. Bu özellik yasama ve yargı haricindeki idari faaliyetleri

¹⁰⁹ Atay, Odabaşı, s. 252.

¹¹⁰ Kalabalık, Halil, “İdari Yargılama Usulü Hukuku”, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 240.

¹¹¹ Günday, s.369; Tan, “İdare Hukuku”, s.440- 456.

¹¹² Günday, s. 369.

¹¹³ Ulusoy, s.581.

¹¹⁴ Özdemir, Necdet, “Hizmet Kusuru Teorisi Ve İdarenin Sorumluluğu”, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 28.

kapsamaktadır. Ancak yasama ve yargının kendi alanı dışındaki idari faaliyetlerinde hizmet kusuru mümkün olacaktır. Danıştay da bu doğrultuda vermiş olduğu kararında yargılama sürecindeki işlemlerin Anayasa'nın 125. maddesinde belirlenen idari işlem kapsamında olmadığını, savcıların yargı faaliyetleri dışında yasayla verilen idari yükümlülüklerinin de bulunduğunu, idari yükümlülüklerinden dolayı tesis edilen işlemler sebebiyle idarenin sorumlu tutulabileceğini, bu nedenle davanın da idari yargıda görülmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁵.

Konuya ilişkin güncel bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararında “...Cumhuriyet Savcısının talimatıyla yürütülen soruşturmanın ve soruşturma sonucunda düzenlenen iddianame ile kovuşturma süreci ve beraat kararının yargılama faaliyetinin bir parçası olduğunda ve yargısal işlem mahiyetini taşıdığına kuşku bulunmadığı, yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler ya da faaliyetler nedeniyle Devletin sorumlu tutulmasında da, bu sorumluluğun denetiminin aynı yargı düzeni içinde yapılması ve yargısal nitelikli bir işlemin idari yargı denetimi dışında tutulması gerektiğinden...”¹¹⁶ İfadesiyle yargılama faaliyeti kapsamındaki işlemlerin, Anayasa'nın 125. maddesi ile belirtilen idari işlem kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır.

Genellik özelliğinden anlaşılması gereken diğer bir husus ise, hizmet kusurunun bulunmadığı durumlarda, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek şartlarının bulunması halinde kusursuz sorumluluğun uygulanmasıdır. Tam yargı davalarında aynı anda hem hizmet hem de kusursuz sorumluluğa dayanılamaması genellik özelliğinin bir sonucu olarak kabul edilebilir.

3. Hizmet Kusurunda Asli Sorumlu İdaredir

Hizmet kusurundan doğan sorumluluk halinde asli ve birincil sorumlu idarenin kendisidir¹¹⁷. Hizmet kusurunda asli sorumlunun idare olması ilkesi; hizmet kusurunun meydana gelmesi halinde, zarara sebebiyet veren idare ajanının belli olması

¹¹⁵ D10D, E. 2017/2001, K. 2018/177, T. 29/1/2018.

¹¹⁶ UM, E. 2021/7, K. 2021/257, T. 03/05/2021.

¹¹⁷ Atay, s. 687.

durumunda dahi zararın tazmini ile yükümlü olanın idare olmasını ifade eder. Danıştay “...Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturur...” şeklindeki kararıyla idarenin sorumluluğunun asli olduğunu belirtmiştir¹¹⁸.

Hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğun idare tarafından üstlenilmesi durumu borçlar hukukundaki haksız fiil ve adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklılık göstermektedir¹¹⁹. İdari ajanın hizmet kusurundan dolayı idare asli ve doğrudan doğruya sorumluyken, adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalıştırmanın sorumluluğu dolayısıyladır. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak idare, ajanını seçmekte, yetiştirmekte gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa dahi doğan zararı tazmin yükümünden kurtulamayacaktır. Bu durum aynı zamanda hizmet kusurunun bağımsız olması özelliğine de örnek teşkil etmektedir.

Hizmet kusurunun asli oluşunun diğer bir hali de idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunun idarenin kusursuz sorumluluğundan önce gelmesidir. Danıştay kararlarında da olayın meydana gelişi ve oluşan zararın niteliği dikkate alınarak idarenin öncelikli olarak hizmet kusuru, bulunmaması halinde kusursuz sorumluluğun uygulanıp uygulanmayacağını araştırılması gerektiğini belirtmiştir¹²⁰.

4. Hizmet Kusuru Bağımsızdır

Hizmet kusurunun bağımsız olması, özel hukuktaki sorumluluk türleri ve onlara uygulanan hukuk kurallarından ayrı olmasını ifade eder. Özel hukuktaki kusur ve sorumluluk kavramlarından farklı olarak hizmet kusuru, idare hukukunun kendine has özellikleriyle şekillendiği ve idarenin hizmetinin barındırdığı kusura dayalıdır¹²¹.

¹¹⁸ D10D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, T. 29/04/2008.

¹¹⁹ Duran, Lütfi, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli Ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular”, TODAİE Yayınları, No: 138, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s.27; Özdemir, s.35-36; Ozansoy, Cüneyt, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, s.73-87, Ankara 1990, s.80, https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/114310/mod_resource/content/1/T%C3%BCrkiye%20%C4%B0daresinin%20Sorumlulu%C4%9Funda%20Kamu%20Hukuku%20Erozyonu.pdf, E.T. 08/10/2021.

¹²⁰ D10D, E. 2017/2001, K. 2018/177, T. 29/01/2018.

¹²¹ Atay, s. 687.

İdare hukukuna özgü ve müstakil özelliğe sahip olan hizmet kusurunun tespitinde içtihatlar büyük önem teşkil etmektedir. Özel hukukta kişiler arasındaki ilişkilere ait ilkeleriyle düzenlenmemesi hizmet kusurunun bağımsızlık özelliğinin bir sonucunu teşkil etmektedir¹²².

Özel hukukta sorumluluk kusur esasına dayandırılmaktadır. Hizmet kusurunda da sorumluluğun esasını kusur oluşturmakla birlikte buradaki kusur özel hukuktaki kusur kavramından farklıdır. Bu yönüyle hizmet kusuru bağımsız ve kendine özgü bir kusur türüdür. İdarenin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusurunun varlığının saptanması halinde bu kusurun kim tarafından işlendiğinin (prensip olarak) herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle hizmet kusurunu özel hukuktaki sübjektif kusur sorumluluğundan farklı olarak, objektif kusur sorumluluğu şeklinde nitelendirmek mümkündür. Dolayısıyla bir olayda hizmet kusurunu bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve kusurun bulunduğu saptanması halinde de bunun idarenin mali sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğini her olaya özgü olarak idare hukukunun ilkelerine göre incelenmesi gerekmektedir. Nitekim idarenin hangi eylem ve işlemlerinin hizmet kusuru oluşturacağı özel hukuktan farklı olarak yargısal içtihatlarla benimsenmiştir.

5. Hizmet Kusuru Esnektir

İdari hizmet kapsamının oldukça geniş olması, idari faaliyetlerin özelliklerine göre ayırt edilerek sınıflandırılmaması sonucu, idari faaliyetler neticesinde meydana gelen hizmet kusurunun varlığı halinin de kesin ölçütlerle belirlenmesi mümkün değildir. Esneklik özelliği hizmet kusurunun varlığının her olayın şartlarına, durum ve özelliklerine göre değişebileceğini ifade etmektedir¹²³. Hizmet kusurunun varlığı ve derecesi, olayın meydana geldiği zamana, mekâna ve koşullara göre farklılık göstereceğinden¹²⁴ her somut olayda idarenin hizmet kusurunun durum ve şartlara göre değerlendirilerek tespit edilmesi gerekir¹²⁵.

¹²² Sancakdar, Öñüt, Doğan, Turhan, Seyhan, s.842.

¹²³ Özdemir, s. 47.

¹²⁴ Atay, s.693-694.

¹²⁵ Onar, Sıddık Sami, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, c.3, 3.bs, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1697.

İdarenin her türlü hizmet kusurundan dolayı tazmin yükümlülüğünün bulunmaması hali esneklik ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bazı faaliyetleri sonucu meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluktan bahsedebilmek için idarenin kusurlu olması yeterli olmayıp somut olayın durum ve koşullarına göre kusurun belli bir ağırlıkta olması aranmıştır. Bunun nedeni ise idari hizmetlerin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen kaçınılmaz kusurlara, idari hizmetlerden faydalanan kişilerin katlanması gerektiği anlayışından ortaya çıkmıştır¹²⁶.

C. Hizmet Kusurunun Görünüm Halleri

İdari faaliyetlerin kapsadığı alanın geniş olması sebebiyle hangi hallerde hizmet kusurunun ortaya çıkacağı hususunda kesin ve net bir ayırım yapılması mümkün değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere hizmet kusuru içtihatlarla geliştirildiğinden tasnifi de Danıştay kararlarında yapılmaya çalışılmıştır. Buna ilişkin Danıştay'ın vermiş olduğu önemli bir kararında “...Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur. İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi, kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hâllerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir...”¹²⁷ Demek suretiyle hizmetin geç işlemesi halini de hizmet kusuru olarak kabul etmiştir.

Danıştay daha sonraki yıllarda vermiş olduğu bir kararlarında “İdare hukuku ilkelerine göre, bir olayda idarenin hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinde kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin, hizmet gereklerine uygun veya yeterli olmaması, gereken önlemlerin alınmaması veya geç ya da yetersiz alınması gibi

¹²⁶ Duran, “Türkiye İdaresinin”, s. 35.

¹²⁷ D1D, E. 1994/7359, K. 1995/3559, T. 12/7/1995, Danıştay Dergisi, sy. 91, Ankara 1996, s.1106-1116.

*nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararında, bundan kaynaklanmış olması gereklidir.”*¹²⁸ Görüşünü devam ettirdiği görülmektedir. Yargıtay da bu doğrultuda kamu hizmetlerinin kusurlu düzenlenmesi, iyi yürütülmemesi sonucunda zararın meydana gelmesi halinde hizmet kusurunun doğacağına karar vermiştir¹²⁹.

Böylelikle idari faaliyetlerin yerine getirilmesi esnasında idare edilenlere verilen zararlardan dolayı meydana gelen hizmet kusurunun genel hatları ile tasnifi; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin hiç işlememesi ve de hizmetin geç işlemesidir¹³⁰. Buna karşın doktrinde hizmetin hiç işlememesi veya geç işlemesini aynı zamanda hizmetin kötü işlemesi hali içinde kabul edip üçlü tasnife gitmeyen görüş de mevcuttur¹³¹. Hizmetin kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesi hallerinden birinin gerçekleşmesi durumunda her biri için aynı hukuki sorumluluk ve yaptırım uygulanacağından uygulamada bu ayrımın pek de bir önemi olamayacaktır¹³².

1. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi hali, gereği gibi yürütülmeyen hizmeti ifade etmektedir¹³³. Hizmetin kötü işlemesi halinde, idare hizmeti yerine getirmek amacıyla teşkilatı oluşturmakla birlikte faaliyete de geçmiş ancak hizmeti en iyi şekilde sunması gerekirken kendinden beklenen kalitede yerine getirememiştir¹³⁴. Danıştay, hizmetin kötü ifa edilmesini veya gereği gibi yerine getirilmemesini hizmet kusuru kabul ederek idarenin sorumlu tutulmasına karar vermiştir¹³⁵. Hizmetin kötü işlemesi hali idari işlem olabileceği gibi eylem niteliğinde de olabilir¹³⁶.

¹²⁸ D15D, E. 2017/1256, K. 2017/6565, T. 09/11/2017.

¹²⁹ Y4HD, E. 2005/3352, K. 2005/3429, T. 01/11/2005.

¹³⁰ Kalabalık, “İdare Hukuku”, s.532.

¹³¹ Yayla, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 3. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 364.

¹³² Zabunoğlu, Yahya Kazım, “İdare Hukuku”, c.1, Yetkin Basımevi, Ankara 2012, s. 713.

¹³³ Sancakdar, Önüt, Doğan, Turhan, Seyhan, s.833.

¹³⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.531.

¹³⁵ D8DD, E. 2021/7080, K. 2021/5713, T.25/11/2021; D8DD, E. 2020/7209, K.2021/5668, T.25/11/2021

¹³⁶ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.289.

Hizmet kusuru sayılacak haller arasında en yaygın şekilde görülen hizmetin kötü işlemesidir¹³⁷. İdari hizmetlerin değişken ve oldukça geniş olması sebebiyle hizmetin kötü işlemesi hallerinin sınırlandırılması mümkün değildir. İdarenin sahip olduğu olanaklar, hizmetin niteliği, durum ve zaman koşulları dikkate alınarak her somut olay ayrı ayrı değerlendirilerek hizmetin kötü işlenip işlenmediği değerlendirilmelidir. Hizmetin hangi hallerde kötü işlediğine ilişkin belirli sınırlar olmasa da yargı önüne gelen olaylar dikkate alındığında genellikle, sağlık hizmetlerinde hatalı teşhis ve tedaviler¹³⁸, hijyen şartları açısından gerekli dikkat ve özenin göstermemesi¹³⁹ örnek olarak verilebilir.

2. Hizmetin Geç İşlemesi

Kamu hizmetinden beklenen faydanın sağlanabilmesi için hizmetin sadece yerine getirilmiş olması her zaman yeterli olmayabilir. Getirilen hizmetin doğru zamanda ve sürede yapılmasının önem taşıdığı durumlar da mevcuttur. Bu nedenle hizmetin geç işlemesi gibi yavaş işlemesi de bir hizmet kusurudur¹⁴⁰. Yerine getirilen hizmetin aynı zamanda kötü ifa edilmesi şart değildir. Kamu hizmeti gereği gibi ifa edilse bile makul sürede yerine getirilmemesi halinde hizmet kusurundan bahsedilebilecektir.

Olağan sayılmayacak gecikme sonucu hizmetin yerine getirilmesine hizmetin geç işlemesi denir¹⁴¹. İdare yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri, özelliklerini de dikkate alarak somut olaya uygun bir sürede yerine getirmelidir¹⁴². Mevzuatta idarenin yerine getirmesi gereken hizmet için sürenin belirlenmiş olması halinde kuşkusuz ki idare belirlenen süreye uymak zorundadır. Uyulmadığı ve geçerli bir mazeretinin bulunmadığı takdirde idarenin hizmetin geç işlemesinden kaynaklı sorumluluğu doğabilir. Ancak kamusal faaliyetlerin kapsamının oldukça geniş olması, faaliyet çeşidinin çok olması, yer ve zamana göre değişkenlik göstermesi, çeşitlilik ve değişkenlik nedeniyle hizmetin yerine getirilme süresinin tespit edilmesi pek de

¹³⁷ Atay, s. 695.

¹³⁸ D15D, E. 2014/6668, K. 2015/6470, T. 22/10/2015.

¹³⁹ D15D, E. 2015/6119, K. 2015/5733, T. 08/10/2015.

¹⁴⁰ Gözübüyük, “Yönetmelik Yargısı”, s.293.

¹⁴¹ Günday, s. 371.

¹⁴² Atay, Odabaşı, s. 83.

mümkün değildir. Bu nedenle de mevzuatımızda idari hizmetlerin hangi sürede yerine getirileceğine dair somut hükümler yok denecek kadar azdır. Sürenin belirlenmemiş olması halinde ise Danıştay somut olayın ve yerine getirilen hizmetin özelliğinin dikkate alınarak objektif kriterlerden hareketle makul sürenin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴³.

3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmet kusuru idarenin icrai davranışından doğabileceği gibi yerine getirmekle yükümlü olduğu idari hizmeti, hareketsiz kalarak yani ihmali davranışı ile de yerine getirilebilir¹⁴⁴. İdari hizmetin yürütülmesi hususunda idareye takdir yetkisi verilmesi halinde idarenin sükutu her zaman sorumluluğunu doğurmayabilir¹⁴⁵. İdare bu takdir yetkisini kullanarak idari hizmeti yerine getirmediği hallede sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Ancak bu takdir yetkisi de idareye sınırsız bir keyfiyet hakkı vermemekte, hukuk devleti ve sosyal devlet olma gereği söz konusu yetkinin kamu yararına kullanılması gerekmektedir. Takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı ise her somut olayın niteliğine göre değerlendirilmelidir. İdari yargı mercii her somut olayda idarenin hareketsizliğini değerlendirerek hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını belirlemekle görevlidir.

II. KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kişisel Kusurun Tanımı Ve Hukuk Sistemimizdeki Tarihsel Gelişimi

1. Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru Teorisinin Tarihsel Gelişimi

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen zararlardan kamu görevlisinin kişisel kusuruna yönelik sorumluluğun gelişimi, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkeler ile Anglosakson Hukuk Sistemini benimseyen ülkeler arasında oldukça farklılık göstermiştir. Türk Hukuku ise Tanzimat'tan itibaren Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen Fransız Hukuk Sisteminin gelişiminden

¹⁴³ Gözübüyük, Tan, s. 64; Atay, Odabaşı, s. 83.

¹⁴⁴ Atay, Odabaşı, s. 80.

¹⁴⁵ Günday, s.372.

etkilenmiştir. Kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramının Fransız Hukukunda ve Türk İdare Hukukunda benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir. Bu nedenle Türk İdare Hukukunda kamu görevlisinin kişisel kusur teorisinin belirlenmesinde Fransız Hukukunun büyük etkisinin olduğu söylenebilir¹⁴⁶.

1924 Anayasası'nın 51. maddesi ile idari dava ve uyuşmazlıklara bakma görevinin Şura-yı Devlet'e verilmesi ile ilk kez özel hukuktaki kusurdan farklı, idare hukukuna özgü kusur bulunması halinde ayrı bir yargı merciinin görevli olduğuna ilişkin düzenlemeyle idari kusur kavramı gelişmeye başlamıştır. İdarenin sorumluluğuna ilişkin 1961 Anayasasının 114. maddesi ile düzenleme yapılması ile asıl gelişme yaşanmıştır. Bu gelişmelerle birlikte 1965 yılına kadar hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımı doktrinde tartışılmış¹⁴⁷, Devlet Memurları Kanunu'nu ile ayrıma ilişkin tartışmalar artmış, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte günümüze kadar devam etmiştir. Anayasamızın 129/5 maddesinde yer alan *“Memurlar 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.”* ifadesiyle kamu görevlisinin kişisel kusuru Anayasa ile hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan gelişen ve değişen teknoloji karşısında kamu hizmetlerinden meydana gelen zararlarda idarenin sorumluluğu anlayışının artması, zaten yakın olan hizmet kusuru ve kişisel kusur kavramlarının daha fazla iç içe girmelerine neden olmuştur. Bu iki kavramın birbirinden ayrılmasına ilişkin tartışmalar, güncelliğini muhafaza etmektedir.

¹⁴⁶ Kaya, Seyithan, “İdari Sorumluluk Bağlamında Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2021, s.50.

¹⁴⁷ Duran, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, AİD, c.17, sy.2, s. 3-20, Haziran 1984, s.7.

2. İdare Hukukunda Kişisel Kusur

İdare, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamusal faaliyetleri idari ajanlar da denilen kamu görevlileri aracılığı ile gerçekleştirmektedir¹⁴⁸. Bu kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen zararlar, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanabileceği gibi belli bir idari ajana atfı ve izafesi mümkün olacak şekilde kamu görevlisinden de kaynaklanabilir. Basit bir örnek vermek gerekirse bir kamu hastanesinde sağlık hizmetinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan sağlık ekipmanları, araç ve gereçlerin temini için ödeneğin sağlanmaması halinde eksiklik nedeniyle meydana gelen zararda idarenin hizmet kusurundan bahsedilecektir. İdare tarafından ödeneğin sağlanması ancak yetkili kamu görevlisi tarafından gerekli sağlık ekipmanları, araç ve gereçlerin temin edilmemesi halinde meydana gelen zararlarda ise idarenin hizmet kusuru ile birlikte ilgili idari personelin kişisel kusuru da söz konusu olacaktır. İdari hizmetin sınırının günden güne gelişmesi, faaliyet alanının artması ve idari hizmetin sınırının belirlenememesi nedeniyle idari hizmetten kaynaklanan kamu personelinin kişisel kusurunun tanımının yapılarak sınırlılarının belirlenmesi oldukça zorlaşmıştır.

İdarenin tüzel kişilerden oluşması, faaliyetlerini organları aracılığı ile yerine getirmesi gibi idare hukukunun kendine münhasır özelliklerinden dolayı özel hukuktaki kusur kavramı, idare hukuku içerisinde şekillenerek farklı bir boyut kazanmıştır¹⁴⁹. Kişisel kusur tanımlanırken hizmetten ayrılabilen ve hizmetten ayrılamayan kusur kavramlarını kullanan Onar; “...kusur memurun şahsına atf ve isnad edilebilecek bir kusurdan hâsıl olmakta ise memurun mesuliyeti mevzu bahis olur (...), işte memur hizmetin dışına çıkmak, kendine veya gayra bir menfaat temin etmek veya idareyi ızrar etmek gibi kötü bir niyetle veya bundan başka suretle izah edilemeyecek ağır bir kusurla hareket ederse idareye karşı şahsi bir kusur ve binaenaleyh haksız bir fiil işlemiş ve binaenaleyh hukuken mesul olmuş olur...” tanımlaması ile kamu

¹⁴⁸ Çağlayan, Ramazan, “Tarihsel, Teorik Ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu” 1. bs, Asil Yayınları, 2007, s.292.

¹⁴⁹ Yerebatmaz, Yasin, “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi 2012, s.59.

görevlisinin kişisel kusurunun haksız fiil olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁰. Onar’a göre kamu görevlisinin hizmetten tamamen ayrılabilen kusurları kişisel kusurdur. Bu kusurdan kaynaklanan zararlardan da ilgili kamu personelinin sorumlu olacağını ifade etmiştir¹⁵¹. Onar’ın kişisel kusur şeklinde tanımladığı kavramı, çalışmamızda salt kişisel kusur olarak ifade etmekteyiz.

Günday ise hizmet içi ve hizmet dışı kavramlarını kullanarak “...*kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlu tutum ve davranışları sayılır. (...) Kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki bu kusurlu tutum ve davranışları yanı sıra, onların hizmet içinde ve hatta hizmet ile ilişkili bazı kusurlu davranışların da gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında kişisel kusur olarak nitelendirilmiştir.*”¹⁵² Şeklinde kişisel kusuru tanımlamaktadır. Çağlayan ise “*Kişisel kusur (faute personnelle), yürütülen görevden tamamıyla ayrılabilir nitelikteki kusurlar*”¹⁵³ şeklinde tanımlamaktadır.

Doktrin ve yargı içtihatlarına bakıldığında kişisel kusur ile ilgili olarak birbirinden farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Kişisel kusur ifade edilirken “*salt kişisel kusur*”, “*şahsi kusur*”, “*görevsel kusur*”, “*görev kusuru*”, “*görevden ayrılamayan kişisel kusur*”, “*hizmet içi kişisel kusur*”, “*hizmet dışı kişisel kusur*” gibi kavramlar bunlara örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁴. YHGK güncel tarihli bir kararında “*Bilindiği gibi, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir.*”¹⁵⁵ İfadesi ile kişisel kusuru ifade ederken görev kusuru ve görevinden ayrılamayan kişisel kusur kavramlarını kullandığı görülmektedir.

¹⁵⁰ Onar, Sıddık Sami, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, c.2, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1204.

¹⁵¹ Onar bu hususu şeklinde açıklamıştır, “Zararı doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiç bir suretle idareye atıf ve isnat edilemeyecek bir mahiyette olursa bu takdirde de mesuliyetin sadece memura tevccüh edeceği tabiidir ” Onar, “C.III”, s.1702.

¹⁵² Günday, s.374.

¹⁵³ Çağlayan, Ramazan, “İdari Yargılama Hukuku”, 10.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 630.

¹⁵⁴ Gözübüyük, Tan, s.806; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.298; Günday, s..377.

¹⁵⁵ YHGK, E. 2017/4-2599, K. 2020/732, T. 06/10/2020.

Kişisel kusura ilişkin farklı kavramların kullanılması sebebiyle ilk bakışta kişisel kusurla neyin ifade edilmek istendiğini belirlemek oldukça zorlaşmıştır. Kişisel kusur genellikle iki farklı şekilde anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, kamu personelinin yapmakla yükümlü olduğu kamusal faaliyetleriyle herhangi bir bağlantısı bulunmayan, sıradan vatandaş olarak yaptığı kusurlu davranışlardır¹⁵⁶. Doktrinde salt kişisel kusur ya da hizmet dışı kusur olarak da nitelendirilen bu kusur sebebiyle açılacak davalar adli yargıda görülerek özel hukuk hükümlerine göre sonuçlandırılır. İkinci anlamı ise kamu personelinin resmi sıfatı, görevi, görevi sırasında kullanılan araç ve gereçleri ilgili herhangi bir bağlantısı bulunan kusur türüdür. Doktrinde görev kusuru veya hizmetten ayrılamayan kişisel kusur olarak da nitelendirilen bu kusur türü idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir¹⁵⁷. Kişisel kusurdan bahsedilince anlaşılması gereken gerçek anlam ise ikinci anlam olduğunu, aksi halde kamu görevlisinin herhangi biri olarak verdiği zarar sebebiyle sorumluluğu TBK'nın haksız fiil hükümlerine göre olacağından, haksız fiil ile kişisel kusur eşitliğini kabul etmek gibi bir durum ortaya çıkacağını savunun görüşler doktrinde mevcuttur¹⁵⁸. Değişen zamanda idarenin kişisel kusuruna ilişkin farklı tanımlar yapılmış ancak günümüzde dâhil olmak üzere doktrinde tam bir fikir birliği oluşmamıştır.

Geniş anlamda kişisel kusur olan görev kusuru, aynı zamanda hizmet kusuru özelliği taşıyan fakat hizmet kusuru gibi anonim olmayarak belli bir kamu personeline izafe edilebilen nitelikteki hukuka aykırı davranışlardır¹⁵⁹. Çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı şekilde değinileceği üzere görev kusurunun hizmet kusuru-kişisel kusur içindeki yeri ve sınırları belli değildir.

Davalı polis memurunun sevk ve idaresinde bulunan resmi araç ile seyir halindeyken yaya olan davacıya çarpması sonucu meydana gelen trafik kazasından kaynaklanan uyuşmazlıkta YHGK kararında ¹⁶⁰ görev kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusur kavramlarına yer verdiği görülmektedir. Somut olayda Kurul, davalı polis memurunun almış olduğu alkolün etkisiyle kazanın gerçekleştiğine, kazanın kamu

¹⁵⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.545.

¹⁵⁷ Gözübüyük, Tan, s.802; Duran, “Kamu Personelinin”, s.44.

¹⁵⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.545.

¹⁵⁹ Sancakdar, Önüt, Özelçi, Çalışkan, Bilgin, Seyhan, s.848.

¹⁶⁰ YHGK, E. 2017/4-1394, K. 2019/494, T. 30/04/2019.

görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan kaynaklandığına, kamu görevlisinin suçu niteliğindeki eyleminin kazaya sebebiyet verdiğine kanaat getirerek kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğuna ilişkin kararının gerekçesini şu şekilde açıklayarak idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiştir:

“Tüm bu hususlar ve davacının istemini dayandırdığı maddi olgular gözetildiğinde; davalı polis memurun sevk ve idaresindeki resmi araçla alkolün etkisiyle gerçekleştirdiği trafik kazasının, davalı kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan kaynaklandığı, kazanın oluşumuna kamu görevlisi davalının suç niteliğindeki eyleminin sebebiyet verdiği, idarenin hizmet kusuru niteliğinde bir durumun söz konusu olmadığı, kamu görevlisinin suç oluşturan eylemi nedeniyle idarenin sorumluluğu bulunmadığı, bu nedenlerle eldeki davanın adli yargıda görülmesi gerektiği...”

Uyuşmazlığın kamu görevlisinin görev kusurundan mı salt kişisel kusurundan mı kaynaklandığının tespiti noktasında toplandığı anlaşılmaktadır. Kararın devamından da anlaşılabileceği üzere Kurul, kişisel kusur ve salt kişisel kusur kavramlarını aynı anlamda kullanarak kamu görevlisinin görevinden kolayca ayrılan ve görev dışında kalan, hizmetten ayrılabilen kişisel kusurunu salt kişisel kusur olarak tanımlayarak açıklamasını şu şekilde devam ettirmiştir:

*“...Zira görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki bağ kesilerek salt memurun ya da kamu görevlisinin kişisel kusuru ile karşı karşıya kalınmaktadır. İşte bu noktada **görev kusuru** ile **kişisel kusurun** ayırımında kişisel kusurun alanı ve unsurlarının açık bir biçimde saptanması önem taşımaktadır. Bilindiği gibi, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi*

*şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak **salt kişisel kusuru** ile işlemiştir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 505; tanım yönünden Cüneyt Ozansoy, Tarihsel ve Kuramsal Açidan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Doktora Tezi, 1989, s. 330)”¹⁶¹*

Doktrinde ve içtihatlarda yaşanan kavram karmaşasının önüne geçebilmek adına çalışmamızda **“kamu görevlisinin salt kişisel kusuru”** kavramı kullanıldığında, kamu görevlisinin hizmetten tamamen ayrılabilen kusurunun bulunduğu; **“kamu görevlisinin kişisel kusuru”** veya **“kamu görevlisinin görev kusuru”** kavramları kullanıldığında ise kamu görevlisinin hizmetten tamamen ayrılamayan kusurunun bulunduğunu ifade edilmektedir. Görev kusurunun hukuk sistemimizdeki yerine ilerde daha detaylı şekilde değinecek olmakla birlikte her ne kadar görev kusuru kavramının kullanımının doğru olmadığı görüşü doktrinde mevcut olsa da¹⁶² yargı kararlarının çoğunluğunda kamu görevlisinin hizmetinden tamamen ayrılamayan, görevi, resmi sıfatı nedeniyle kullandığı araç ve gereçlerle ilgisi bulunan kusurlarının “görev kusuru” olarak ifade edildiği görülmektedir. Çalışma konumuzun yargı kararları ışığında ele alınması nedeniyle, daha fazla karşılıklıya sebebiyet vermemek adına biz de “kişisel kusur” kavramıyla birlikte “görev kusuru” kavramını kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

3. Kişisel Kusur Kavramı ve Haksız Fiil

Özel hukukta kusur denildiği zaman Borçlar Hukukunda düzenlenen haksız fiilden doğan sorumluluk akla gelmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde haksız fiil sorumluluğunun şartları arasında sayılan kusurun tanımı

¹⁶¹ YHGK, E. 2017/4-1394, K. 2019/494, T. 30/04/2019.

¹⁶² Akyılmaz, Bahtiyar, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, s.537-549, 28-29 Mayıs 2009, s.538 https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_25.pdf , E.T. 20/10/2021

kanunda yapılmamıştır. Kusurun ahlak kökenli bir kavram olması, değer yargısı taşıması sebebiyle üzerinde hemfikir olunan bir tanımın yapılması oldukça zordur. Kusur, haksız fiil eylemini işleyen hakkında yürütülen değer yargısı olarak tanımlanabilir¹⁶³. Türk hukuk sisteminde en yaygın şekilde kullanılan tanımlamaya göre kusur, hukuka aykırı neticeyi istemek (kasıt) veyahut istememekle birlikte neticenin meydana gelmemesi adına failin iradesini yeteri kadar kullanmamasını (ihmal) ifade etmektedir¹⁶⁴. Yargıtay içtihatlarında kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranış olarak tanımlanmıştır¹⁶⁵. YHGK bir kararında kusurun kanunlarımızda tanımının olmadığını belirterek *“Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.”* olarak kusuru tanımlamıştır¹⁶⁶.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi esnasında kamu görevlisinin görevinin dışında gerçekleşen, görevinden tamamen ayrılabilen kusurlarından dolayı haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Başka bir anlatımla kamu görevlisinin görev ve yetkileri ile ilgili olmayan, yürütülen kamusal faaliyet ile kamu görevlisinin eylem ve işlemleri ile arasında herhangi bir bağ bulunmayan durumlarda kamu görevlisi normal bir birey olarak kusurlarından sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kamu görevlisinin haksız fiilinden kaynaklanan tazminat davaları adli yargıda görüleceği gibi bu davalarda özel hukuk kuralları uygulanacaktır.

Kişisel kusur kavramı ile salt kişisel kusur kavramlarının hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında sürekli şekilde birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin *“Bazı durumlarda herhangi bir kamu görevlisine izafe edilsin*

¹⁶³ Kaneti, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi” Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 40.

¹⁶⁴ Oğuzman, Öz, s. 54.

¹⁶⁵ YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25, T. 01/02/2012.

¹⁶⁶ YHGK, E. 2017/4-1394 K. 2019/494, T. 30/04/2019.

ya da edilmesin idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde nesnel nitelikli bir aksaklık varsa hizmet kusuru ortaya çıkabileceği gibi bazı durumlarda da sadece kamu görevlisinin sorumluluğunu doğuran salt kişisel kusur söz konusu olabilir. Dolayısıyla kamu görevlisinin hangi davranışının kişisel kusur hangi davranışının ise hizmet kusuru olduğu ve bunlardan birinin varlığı hâlinde diğerinin ortadan kalkıp kalkmayacağı konularında derece mahkemelerinin yorumları oldukça önemlidir.”¹⁶⁷ Kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Çalışmamızda ise kamu görevlisinin görevinden tamamen ayrılabilen, Anayasa Mahkemesinde de belirtildiği üzere sadece kamu görevlisinin sorumluluğunun doğuran kusurlara salt kişisel kusur kavramını kullanmayı tercih ederek kavram karmaşasının önüne geçmeye çalışılmıştır.

B. Kişisel Kusur İle Hizmet Kusuru Ayrımının Ölçütü Ve Kişisel Kişisel Kusur Sayılan Haller

Kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramı hem salt kişisel kusur hem de hizmet kusurundan farklı, idare hukukuna özgü nitelikleri barındıran bir kusur türüdür. Yani kişisel kusur idare hukukuna ait bir idari kusur olarak kendini göstermektedir¹⁶⁸. İçtihatlarda kişisel kusurun bulunduğu hallere ilişkin net ölçütler bulunmamakla birlikte doktrinde hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımına ilişkin olarak aşağıda bahsedeceğimiz dört halde kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu kabul görmektedir¹⁶⁹.

1. Kamu Görevlisinin Suç Niteliğindeki Davranışı

Kamu görevlisinin ceza hukuku açısından suç teşkil eden işlem ve eylemlerinden kaynaklanan cezai sorumluluğunun şahsına ait olduğu ve bununla ilgili olarak ceza soruşturma ve kovuşturulmasının yürütüleceği hususunda tartışma bulunmamaktadır. Kamu görevlisinin kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesi esnasında görevi sıfatıyla meydana getirmiş olduğu işlem ve eylemlerin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmesi halinde, bu işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini konusunda görüş birliği bulunmamakla birlikte öğretide ve içtihatlarda genel olarak kişisel kusur

¹⁶⁷ AYM, T. 20/4/2016, Başvuru Numarası:2013/4086, R. G. Tarih ve Sayısı: 14/07/2016-29770.

¹⁶⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.546.

¹⁶⁹ Günday, s. 374-376; Atay, s. 752-755.

olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰. Aksi görüş ise hizmet ile suç kavramları birbiriyle bağdaşmadığından, kamu görevlisinin davranışının suç teşkil etmesi halinde artık hizmet ile ilişkisi kesildiğinden bahisle idarenin sorumluluğunun bulunamayacağı yönündedir¹⁷¹.

Kamu görevlileri kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında bu hizmetten yararlanan kişilere karşı kasten suç niteliğindeki davranışları ile vermiş oldukları zarardan ilgili kamu görevlisinin kişisel kusuru, idarenin ise hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir¹⁷². Daha açık bir ifade ile kasıtlı olarak kamu görevlisinin TCK kapsamında suç işlemesi halinde görevi, resmi sıfatı veya kamu hizmeti için tahsis edilen araç ve gereçlerle ilgilinin bulunması halinde kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu olacaktır.

Anayasa m.129/5 ile 657 sayılı Kanun m.13/1'e göre kamu görevlisinin suç oluşturan davranışı nedeniyle kişisel kusurundan kaynaklanan sorumluluğunda ilgili görevliye karşı doğrudan dava açılamaz¹⁷³. Başka bir deyişle kamu personeline karşı adli yargıda doğrudan tazminat dava açılarak sorumluluğuna gidilemez. İdari yargıda ilgili idare hasım gösterilerek tam yargı davası açılması gerekir. İdarenin kamu personeline kişisel kusuru ile sınırlı olarak rücu hakkı saklıdır.

Konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde davacının, bir dönem erkek arkadaş olduğu fakat daha sonra evli olduğunu öğrenmesi nedeniyle ayrıldığını ifade ettiği polis memurunu, kendisine baskı uygulaması ve tehdit etmesi nedeniyle amirine şikâyet etmek üzere Polis Merkezi Amirliğine gittiği ve burada grup amiri odası olarak kullanılan yerde komiser yardımcısıyla görüşmekte iken, davacının polis merkezinde olduğunu öğrenen polis memurunun odaya gelerek davacıya ateş ettiği ve yaraladığı, daha sonra da intihar ettiği olayda davacı tarafından idarenin ağır hizmet kusuru

¹⁷⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, "İdari Yargılama", s. 547-548; Gözübüyük, "Yönetmelik Yargı", s.302; Yücesan, Ahmet Said, "İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.66; Kaya, Seyithan, s.151.

¹⁷¹ Günday, s.374-375.

¹⁷² D10D, E. 1997/4713, K. 1997/4138, T. 06/11/1997, Danıştay Dergisi, sy.96, s..630, (Aktaran: Akyılmaz, Sezginer, Kaya, "İdari Yargılama", s.547).

¹⁷³ Akyılmaz, "Rücu Sorunu", s.43.

olduğu iddiasıyla meydana geldiği ileri sürülen maddi manevi tazminat için idari yargıda idareye karşı davanın açıldığı anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından kamu görevlisinin kendi iradesiyle ve kasti bir şekilde yaralama fiilini gerçekleştirmesi nedeniyle fiil ile yürütülen kamu hizmetinin arasında herhangi bir illiyet bağı bulunmadığı, buna göre olay nedeniyle davacının uğradığı zarardan dolayı davalı idarenin zararın tazminiyle sorumlu tutulmasının hukuken mümkün olmadığı nedeniyle davanın reddine ilişkin verilen kararın temyiz incelemesi sonucu Danıştay, idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna aşağıdaki gerekçe ile karar vermiştir.

“...Uyuşmazlıkta, davacının yaralanmasına neden olan eylem, polis memuru tarafından görevli olduğu polis merkezinde idarenin kendisine zimmetlediği silahla gerçekleştirilmiştir. Başka bir deyişle, polis memuru olan fail, resmi görevin araç ve olanaklarını kullanarak görev yaptığı polis karakolunda yaptığı silahlı saldırı sonucu davacının zararını doğuran eylem vuku bulmuştur. Bu husus dikkate alındığında, meydana gelen olayla kamu hizmeti arasındaki illiyet bağı olduğu ve görevli idare personelinin suç niteliğindeki eyleminin yürütülen idari hizmetle irtibatlı bulunduğu görülmektedir. İdare personelinin sübjektif, kasta dayalı suç niteliğindeki eyleminin, yürütülen hizmetle iç içe geçtiği bu olayda, olayın faili polis memurunu istihdam eden ve güvenlik hizmeti yürüten idarenin hukuki sorumluluğu bulunduğu açıktır. Bu itibarla; olayda, eylemi gerçekleştiren polis memurunu istihdam eden davalı idarenin hizmet kusuru bulunması nedeniyle, davacının meydana gelen maddi ve manevi zararlarının tazminine karar verilmesi gerekirken aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁷⁴

Danıştay’ın güncel bir kararında, davacıların babası ve eşi olan emniyet amirinin aynı yerde görevli bir polis memuru tarafından açılan ateş sonucu vefat etmesi sebebiyle idare aleyhine açılan tazminat davasında Danıştay “Emniyet amiri olan davacılar yakınının görevi sırasında ve yargı kararıyla da kabul edildiği üzere vazifeden kaynaklı olarak aynı yerde görevli polis memurunun silahla ateş etmesi sonucu hayatını kaybettiği, bu halde genel güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamu

¹⁷⁴ D10D, E. 2012/8679, K. 2015/4528, T. 22/10/2015.

hizmetini yürüten davalı idarenin bu hizmetin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak personelin kişisel kusuru sonucu uğranılan maddi ve manevi zararın tazmin sorumluluğunun bulunduğu açıktır.” gerekçesi ile ilgili kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğuna karar verdiği görülmektedir¹⁷⁵.

Kadın sığınma evinde kalan davacının görevli personelin kendisine darp uyguladığını ifade ederek, idareyi hasım göstererek idari yargıda açmış olduğu tazminat davasında Uyuşmazlık mahkemesi, kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında meydana gelen zarardan dolayı idarenin ve ilgili kamu görevlisinin kusurlu olduğuna ilişkin verdiği kararın gerekçesinde şöyle demiştir:

“Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak onları kullanarak hakaret ettikleri, bu nedenle de idaresiyle bütünleştiği, idaresinden ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları, sonuç olarak hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de "hizmet kusuru" nu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, kamu görevlilerinin görev kusurları nedeniyle yürütülen kamu hizmeti işlememekte, geç işlemekte ya da kötü işlemektedir. Olayda, davalı idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kadın sığınma evindeki kamu hizmetinin niteliği göz önüne alındığında, güvenlik görevlisi tarafından yapılan darp eyleminden kaynaklanan bu davanın görüm ve çözümü idari yargı yerine ait bulunmaktadır.”¹⁷⁶

Daha önce de değinmiş olduğumuz kamu görevlisinin kendisine tahsis edilen resmi aracı alkollü kullanması sonucu yaya çarparak meydana gelen trafik kazasından kaynaklı adli yargıda açılan tazminat davasında YHGK, kazanın kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan kaynaklandığını, kamu görevlisinin suç niteliğindeki davranışının kazaya neden olduğunu ve idarenin hizmet kusurunun

¹⁷⁵ D10D, E. 2016/3435, K. 2021/3169, T. 08/06/2021.

¹⁷⁶ UM, E. 2016/652, K. 2016/268, T. 08/05/2017.

bulunmadığını bu nedenle davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷⁷. Kamu görevlisinin kendisine görev nedeniyle tahsis edilen araç ile zarara sebebiyet vermesi ve aynı zamanda idarenin de kamu görevlisine tahsis edilen aracı denetleme yükümlülüğünün bulunması sebebiyle kamu görevlisinin kişisel kusur ve idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kanaatiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararına katılmamaktayız.

Jandarma çavuşunun şahsi ilişkisinden dolayı davacının yakını ile arasında husumet bulunduğu, söz konusu mesele yüzünden tartıştıktan sonra jandarma çavuşunun görev yaptığı karakola gelerek silahlıktan silah aldığı, kendisine yardımcı olması için jandarma erini de yanına alarak davacıların yakınına baraja götürmek suretiyle silahla öldürdüğüünün sabit olduğu somut olayda Danıştay, kamu görevlisinin işlemiş olduğu kasten öldürme suçunun tamamen aralarındaki kişisel husumetten kaynaklandığını, bu nedenle idari faaliyet ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı kurulamayacağından bahisle idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir¹⁷⁸. Danıştay'ın kararına katılmadığımızı belirterek, somut olayda meydana gelen zararın kamu görevlisinin sıfatından tamamen ayrılmaması ve kendisine görev nedeniyle verilen silahla suçun işlenmesi nedeniyle kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu ve aynı zamandan idarenin de denetim ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu kanaatindeyiz.

2. Kamu Görevlisinin Kötü Niyetli Davranışı

Kamu personeline kamu yararı amacını gerçekleştirmek adına görev ve yetki alanında faaliyette bulunması için üstünlük ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Tanınan bu üstünlük ve ayrıcalıklarla görevlerini yerine getirirken amacının dışına çıkarak kin, garez, düşmanlık veya kişisel menfaat gibi kasti davranışlarla idare edilenlere zarar vermesi halinde kamu personeli, kişisel kusurdan dolayı sorumlu olacaktır¹⁷⁹. İdarenin

¹⁷⁷ YHGK, E. 2017/4-1394, K. 2019/494, T. 30/04/2019.

¹⁷⁸ D10D, E. 2011/985, K. 2013/7802, T. 06/11/2013.

¹⁷⁹ Günday, s.376, Gözübüyük, "Yönetmelik Yargı", s.308.

sorumluluğu ancak kamu personeli üzerinde yeterli ve gerekli gözetim ve denetimde bulunmaması halinde söz konusu olabilecektir¹⁸⁰.

Kötü niyetli davranışın kişisel kusura ilişkin olarak Yargıtay Büyük Genel Kurul tarafından verilen önemli bir kararında “*İdare ajanının ızzar kastıyla, garez, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurun bulunduğu kuşkusuzdur*”¹⁸¹ şeklinde izah etmiştir. Kamu personelinin kötü niyetli davranışından dolayı sorumluluğundan bahsedebilmek için davranışı yerine getirirken kastının bulunduğu ispatlanması, aynı zamanda kasıtlı bu davranışın kamu yararı amacı dışında kin ve garez dayalı olarak meydana getirilmiş olması gerekir.

Benzer şekilde Danıştay da vermiş olduğu kararlarda, kamu personelinin kişisel zarar verme kastıyla hareket ettiği ya da kişisel menfaat sağlamaya yönelik davranışlarının kişisel kusur meydana getireceğini ifade etmiştir¹⁸².

3. Kamu Görevlisinin Ağır Kusuru

İdare Hukukunda kamu görevlisinin ağır tutum ve kusur niteliğindeki davranışları kişisel kusur olarak kabul görmektedir. İçtihat ve öğretide hangi tutum ve davranışların ağır kusura sebebiyet vereceği konusunda büyük ölçüde görüş birliği bulunmaktadır. Buna göre kamu personelinin açık olan bir kanun hükmünü hatalı uygulaması, bariz şekilde yetkisini aşması, kasti olarak mahkeme kararının uygulanmaması ağır kusurları olarak kabul edilmektedir¹⁸³.

Danıştay bir kararında, “*Anayasada ve Yasada yer alan emredici kurallar karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan kaçınmasının "ağır hizmet kusuru" oluşturacağı açık bulunduğundan, kişinin hizmet kusuru nedeniyle mal*

¹⁸⁰ Atay, Odabaşı, s.65.

¹⁸¹ YİBBGK, E. 1978/7, K.1979/2 T. 22/10/1979, Yargıtay Dergisi, c.5, sy.11, Ankara 1979, s.1532.

¹⁸² D12D, K. 1968/1400, T. 17/06/1963, (Aktaran, Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s. 305).

¹⁸³ Günday, s.376; Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”, s.304; kararlar için bkz., D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29/09/2004; YHGK, E. 2012/4-831, K. 2012/393, T. 27/03/2013.

varlığında, meydana gelen eksilmenin ve bu nedenle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararın giderilmesi gerekir.”¹⁸⁴ İfadesi ile yargı kararlarına uyulmamasını kamu görevlisinin ağır hizmet kusurunun bulunduğunu ve ilgili kamu görevlisin kişisel kusurunun bulunduğunu belirterek idareyi tazminata mahkûm etmiştir.

Davacının kendi şirketi adına davalı Belediyeye ait otelin ihalesiyle ilgili talep dilekçesine karşılık ilgili Belediye tarafından verilen cevabi yazıda kişilik hakkına saldırıda bulunduğundan bahisle açmış olduğu tazminat davasında Uyuşmazlık mahkemesi:

“...Kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir. Olayda, davalı İdare tarafından Belediye Otelinin kiraya verilmesi ile ilgili pazarlık ihalesi sürecinde, davacının müdürü olduğu şirket adına bazı yakınmalarda bulunarak taleplerinin karşılanmasını istediği, İdarece verilen cevapta, kişilik haklarına saldırı olarak nitelenen bazı ifadelerin, görev içinde, idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla ortaya çıktığı, eylemin hizmet kusurundan net bir şekilde ayrılmadığı, sarf edilen ifadelerin kamu hizmetinden bağımsız biçimde değerlendirilemeyeceği, davacının uğradığını iddia ettiği manevi zararı doğuran olay ya da olaylar ile idarece yürütülen görev arasında doğrudan ve güçlü bir ilişkinin söz konusu olduğu gözetildiğinde; dava konusu olaylar nedeniyle uğranıldığı öne sürülerek açılan iş bu davada, idarenin hizmet kusuru ya da başka nedenle idari sorumluluğunun bulunup bulunmadığının saptanması, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde yapılacak yargısal denetim sonucunda ortaya konulabilecek nitelikte bir husus olduğundan...”

¹⁸⁴ D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29/09/2004.

Gerekçesi ile idare mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Somut olayda kamu görevlisinin kendisine verilen yetkiyi aşması, görevinden kaynaklı araçları kullanarak zarara sebebiyet vermesi sonucu kusurun görevinden tamamen ayrılmaması nedeniyle kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak kamu görevlisinin ağır kusurundan kaynaklanan zararlarından dolayı öncelikli olarak idarenin sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak zararı tazmin eden idare, kusuru oranında ilgili kamu görevlisine rücu edecektir¹⁸⁵.

4. Yargı Kararlarına Uymama

Hukuk devleti olmanın doğal bir sonucu olarak kişilerin maddi ve manevi varlıklarını sağlayabilmeleri, devlete karşı güven duymaları ancak hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla mümkün olacaktır. Kuşkusuz ki hukuk devleti sisteminin sağlanması için bağımsız olan yargı kararlarına uyulmasının gerekliliği kaçınılmaz zorunluluklardandır¹⁸⁶.

Sosyal bir hukuk devletinin doğal sonucu olarak yargı kararlarına uymama sebebiyle idarenin tazminata mahkûm edilmesinin dayanağı Anayasa'nın m. 138/4 ve İYUK m. 28. oluşturmaktadır. 2577 sayılı Kanunun 28.maddesinin değişiklikten önceki halinde yargı kararlarının kasıtlı olarak yerine getirilmemesinden doğan zarar için seçimlik hak bulunması sebebiyle hem idareye hem de kamu personeline karşı dava açılabilirken 01/02/2014 tarihinde 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle yapılan değişiklik ile mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi veyahut süresinde yerine getirilmemesi halinde meydana gelen zararın tazmini için sadece ilgili idare aleyhine karşı dava açılabilir. Böylelikle kasıtlı olarak idari yargı kararlarının uygulanmaması hali kamu personelinin kişisel kusurunu oluşturmaktadır. Kişisel kusurdan dolayı da idare asli sorumlu tutulacaktır. Ancak idarenin rücu hakkı ilgili kamu görevlisinin kusuru oranında saklı kalacaktır¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Günday, s.376 -378.

¹⁸⁶ YHGK, E. 2013/4-1553, K. 2015/11, T. 14/01/2015.

¹⁸⁷ Dönmez, Mert, "İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.68.

İdari yargı mercii tarafından verilen kararın kamu görevlisi tarafından kasıtlı olarak yerine getirilmemesi yani salt olarak uygulanmaması sorumluluk için yeterlidir. Sorumluluğun doğması için idarenin veya kamu personelin ayrıca garez, husumet, kin gibi duyguların etkisi ile hareket etmelerine gerek yoktur. Salt yargı kararlarının yerine getirilmemesi sorumluluk için yeterli olacaktır¹⁸⁸.

Danıştay bir kararında yargı kararlarına uyulmamasını hukuk devleti ilkesi kapsamında ele alarak şöyle değerlendirmiştir:

*“Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü ise, "Hukuk Devleti" ilkesinin gereklerinden biri olan yargısal denetimin en üst normatif dayanağını oluşturmaktadır. Bu kuralın, yargı kararlarının uygulanmaması halinde anlamını yitireceği ve dolayısıyla "Hukuk Devleti" ilkesinden uzaklaşılacağı da açıktır. Nitekim Anayasa'nın A " Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin 4. fıkrasında ortaya konulan; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." yolundaki düzenleme ile bu alanda yasa koyucuya, yürütme organları ile idareye tartışmaya kapalı olacak açıklıkta Anayasal görev yüklenmiştir. Yargı kararlarına uyma ve uygulama zorunluluğu; şekli uygulama ve uymayı ifade etmemekte, içeriğe uygunluk sağlayıcı, bir başka deyişle öze yönelik uygulama ve uymayı içermektedir.”*¹⁸⁹

İhalenin iptaline ilişkin mahkeme kararına uyulmaması sonucu mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruda başvuru sahibinin olduğu medya grubunun satımına yönelik işlemin idare mahkemesi kararıyla iptal edildiği, kararın kesinleştiği, iptal kararının TMSF tarafından davaya konu edilen ihalede taraf olan üçüncü kişilerin korunması ve kamusal zararın tahsilinin kesintiye uğratılmaması amacıyla kararın hukuki ve fiili

¹⁸⁸ YHGK, E. 2013/4-1553, K. 2015/11, T.14/01/2015.

¹⁸⁹ D2D, E. 2007/2076, T. 27/08/2007.

olarak uygulanmasının imkânının olmadığını belirtilerek, mahkeme kararının uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiğini karar vererek gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

“Başvuru konusu olayda idare, hukuki ve fiilî imkânsızlık hâlinin bulunduğunu ve yargı kararının icra edilmesi önünde aşılamaz bir engel olduğunu somut bir biçimde ortaya koyamamıştır. Kaldı ki -yukarıda da değinildiği üzere- böyle bir olağanüstü koşul olsa dahi idare, başvurucunun herhangi bir idari veya yargısal yola başvurmaya gerek olmadan yargı kararının uygulanması kapsamında en tatmin edici alternatif çözümü belirleyerek uygulamakla yükümlüdür. İdare, kararı uygulamak için elinden gelen her gayreti gösterdiğini ve başvurucuya eski hâle getirme ilkesine göre en uygun alternatif çözümü önererek söz konusu karara uyma iradesinde olduğunu ortaya koymalıdır (bkz. § 53). Ancak olayda idare böyle bir alternatif çözüm önermediği gibi başvurucunun yazılarına olumsuz cevap vererek kararların uygulanması anlamında pasif bir tutum sergilemiştir. Nihayet kararların uygulanmama süresinin yaklaşık dört yılı bulduğuna da dikkati çekmek gerekir. Sonuç olarak başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamındaki bir mal varlığının satışına dair işlemin kesinleşmiş yargı kararlarıyla iptal edilmiş olmasına ve geriye dönük etkisine rağmen bu kararların idari makamlarca uygulanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının sağladığı usulî güvencelerin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.”¹⁹⁰

Anayasa mahkemesinin bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu karara ve gerekçesine iştirak ederek sonuç olarak hukuk devleti olmanın gereği gerek Anayasal ve yasal düzenlemeler gerek mahkeme kararları dikkate alındığında, kamu görevlisince mahkeme kararlarının kasten yerine getirilmemesi durumunda idare açısından hizmet kusuru, ilgili kamu görevlisi açısından ise kişisel kusur söz konusu olacaktır. Kararların kasten uygulanmaması neticesinde meydana gelen zararlardan idare sorumlu tutulacaktır. İdarece zararın tazmin edilmesi halinde kişisel kusur söz konusu olan kamu görevlisine ise kusuru oranında rücu edilecektir.

¹⁹⁰ AYM, T. 12/12/2019, Başvuru Numarası:2016/11026, R.G.Tarih ve Sayısı 21/02/2020 -31046.

C. İdare ile Zarara Uğrayan Arasında Kusur ve Sorumluluk Bağı

1. Kusurların Birleşmesi

Meydana gelen tek bir zararın aynı anda hem idari kusurdan hem de hizmet kusurundan kaynaklanması halinde kusurların birleşmesi söz konusu olacaktır¹⁹¹. Konuya ilişkin klasik örnek olarak gösterilen 3 Şubat 1911 tarihli Anguet Kararı'nda mektup atmak için postaneye gelen kişinin işini bitirip çıkmak istediği esnada ana kapının öngörülen saatinden önce kapalı olması sebebiyle postane personelinin yönlendirmesi ile personele ait servis kapısına yöneldiği, servis kapısına gitmek için geçmek zorunda olduğu bürodaki görevlinin kendisine kuvvet uyguladığı, bu sırada ayağının eşiğe takılması sonucu bacağını kırdığı olayda tek bir zarar mevcuttur. Postane görevlisinin kuvvet kullanması sonucu bacağını kırması nedeniyle kişisel kusur, postanenin vaktinden önce kapanması nedeniyle de hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilmiştir. Böylece hizmet kusuru ve kişisel kusur birleşerek tek bir zararı meydana getirmiştir.

Uyuşmazlık mahkemesi de bu doğrultuda vermiş olduğu kararında hizmet kusuru ve kişisel kusurun aynı olayda birlikte bulunabileceğini kabul etmiştir¹⁹². Kusurların birleşmesi durumu en çok gözetim alanında görülen eksiklerde karşımıza çıktığı görülmektedir¹⁹³.

2. Sorumlulukların Birleşmesi

Zararı meydana getiren tek bir olayda, hizmet kusuru ile kişisel kusurun aynı anda bulunması halinde sorumlulukların birleşmesinden bahsedilecektir. Konuya ilişkin Fransa'da verilen bir kararda; yapılan bir şenlik esnasında, ırmaktaki hareketli hedeflere atış yapıldığı, belediye başkanına önlem alması hatırlatılmasına rağmen önlem alınmadığı, ırmağın karşısında bulunan bir kişinin atışlar nedeniyle yaralanması sonucu zarar gören tarafından; kişisel kusurdan dolayı belediye başkanı hasım gösterilerek adli yargıda, hizmet kusurdan dolayı belediyeye karşı idari yargıda dava

¹⁹¹ Atay, Odabaşı, s.86.

¹⁹² UM, E. 1966/108, K. 1967/8, T. 11/03/1967, R.G. Tarih ve Sayısı, 07/06/1967-12615.

¹⁹³ Atay, Odabaşı, s.87.

açtığı görülmektedir. Danıştay'ın kişisel kusur ile hizmet kusurunun birlikte bulunabileceğine karar verdiği kararda Hükümet Komiserinin açıklaması sorumlulukların birleşmesi teorisini sistematik hale getirmiştir¹⁹⁴.

“Eğer kişisel kusur hizmet içine veya hizmet dolayısıyla işlenmiş ise, eğer kusurun araç ve gereçleri zarar verenin eline hizmet tarafından verilmiş ise, eğer mağdur, zarar veren ile hizmet dolayısıyla karşı karşıya gelmiş ise, eğer tek kelimeyle, hizmet kusurun işlenmesini veya belirli bir kişi açısından zararlı sonuçlarının ortaya çıkmasını mümkün kılmış ise, idare hakimi şunu diyebilir ve demelidir: Kusur belki hizmetten ayrılır... Ama hizmet kusurdan ayrılamaz”

D. KİŞİSEL KUSURUN POZİTİF HUKUKTAKİ YERİ

1. Anayasal Düzenlemeler

a. 1982 Anayasası 40/3 Maddesi Çerçevesinde Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru

Anayasanın “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlığını taşıyan ikinci bölümünde **“temel hak ve hürriyetlerin korunması”** kenar başlığı altında düzenlenen 40.maddesinin¹⁹⁵ birinci ve ikinci fıkralarında Anayasa’da belirlenen hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesi halinde herkesin yetkili makamlara başvurabileceği, buna ilişkin kanun yolları, başvuru mercii ve başvuru süresinin gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Maddenin üçüncü bendinde ise *“Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* denilmek suretiyle kamu personelinin haksız işlemi sebebiyle zarar görenlerin zararının devlet tarafından tanzim edileceği ve devletin ilgili kamu görevlisine rücu hakkının bulunduğu hüküm altına alınmıştır.

¹⁹⁴ Atay, Odabaşı, s.89.

¹⁹⁵ Madde metninin tamamı: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Madde metninin ilk iki fıkrası temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik olması sebebiyle kamu personelinin kişisel kusurunu düzenleyen üçüncü fıkranın aynı maddenin devamı olarak düzenlenmesi Anayasa'daki yeri itibariyle uygun olmasa da Anayasal düzenlemelerden biri olması nedeniyle önemli yere sahiptir.

Anayasa'da yer alan bu düzenlemeye göre kamu görevlisinin haksız işlem ve eylemleri ile sebebiyet verdiği zararın tazmini için kamu görevlisine göre daha güçlü konumda bulunan idareye karşı doğrudan dava açılabileceği düzenlenerek zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Maddenin devamında ise idarenin ilgili kamu personelinde rücu hakkının bulunduğu düzenlenerek, devletin asli sorumluluğunun kamu personelinin ise tali sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir¹⁹⁶.

b. 1982 Anayasası 129/5 Maddesi Çerçevesinde Kamu Görevlisinin Kişisel Kusur Sorumluluğu

DMK m.13 hükmü ile uygulamada istenilen amaca ulaşamadığından kamu görevlisinin kişisel kusuru, 1982 Anayasası'nın 40/3 ve 129/5 hükümlerine konu olmuştur¹⁹⁷. Kamu personelinin kişisel kusurundan dolayı sorumluluğuna ilişkin diğer bir Anayasal düzenleme de 129. maddenin 5. fıkrası ile yapılmıştır. İlgili fıkra *"Memurlar 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"* düzenlemenin gerekçesi *"Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır."*¹⁹⁸ Şeklinde. Madde metnine ve gerekçesine bakıldığında, kamu personelinin görevini icra ettiği sırada kusurlu eylem ve işlemi sebebiyle vermiş olduğu zararın öncelikli olarak ilgili idare tarafından tazmin

¹⁹⁶ Akyılmaz, Bahtiyar, "Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.11, sy.1-2, s.449-469, 2007, s. 460.

¹⁹⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, "İdari Yargılama", s.552.

¹⁹⁸ <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=%201&isAllowed=y> , E.T. 20/09/2021.

edileceği yani doğrudan kamu personeline karşı adli yargıda dava açılmayacağı ifade edilmektedir.

Karardan da anlaşılacağı üzere idarenin sorumluluğu asli bir sorumluluktur¹⁹⁹. Kamu personelinin sorumluluğu ise tali sorumluluktur. Madde ile hem zarar gören üçüncü kişinin hem de kamu personelinin korunması amaçlanır. İdarenin asli sorumluluğunun kabulü ile zarar görenin zararı devlet tarafından teminat alınması, kamu personelinin ise görev bilinci ile hareket etmesini sağlamaktadır.

Yapılan düzenlemelere bakıldığında DMK m.13 ile Anayasa 129/5 hükümleri benzer ifadeler içerseler de aralarında kapsam ve anlam farkı bulunmaktadır. DMK'nın 13. maddesinde personel kelimesi yerine Anayasa'nın 129/5. hükmünde daha kapsamlı olan memurlar ve diğer kamu görevlileri kavramı kullanılmıştır. Maddedeki önemli bir değişiklik ise DMK m.13 ile takdir yetkisinde bırakılan rücu meselesi, 129/5'te "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" şeklinde ifade edilerek idare için zorunlu hale getirilmiştir.²⁰⁰

2. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU

a. DMK Madde 13'ün Gerekçesi ve Getirilmek İstenen Sistem

Devletin sorumluluğuna ilişkin olarak Anayasadan önce Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde düzenleme yapıldığı görölmektedir. Hükümden önce kamu personeline karşı açılacak davalara yönelik açık bir düzenleme yer almadığından bu husus doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Ancak bir içtihat hukuku olma özelliği taşıyan idare hukukunda hizmet kusur ile kişisel kusur ayırımına ilişkin olarak doktrin ve içtihatlarla oluşturulan kriterlerle yetinilmeyerek kanun koyucu tarafından DMK m.13 ile düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar madde metninden anlaşılmasa da maddenin gerekçesinde mevcut sistemden yeni bir sisteme geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır²⁰¹.

¹⁹⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, "İdari Yargılama", s. 554.

²⁰⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, "İdari Yargılama", s. 553.

²⁰¹ Gerekçenin ilgili kısmı: Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa'da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet kusuru», «Şahsi kusur» tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları

Hükmün gerekçesinin son paragrafı ile yönetilenlerin uğradıkları zararı karşılama bakımından daha basit ve elverişli olan esasın kabul edildiğinin ifade edilmesi ile mevcut sistemden başka yeni bir sisteme geçilmek istenildiği görülmektedir. Ayrıca günümüzde halen devam eden kişisel kusur- hizmet kusuru ayırımına ilişkin tartışmaların kaynağı ise söz konusu madde gerekçesinde iki farklı sorumluluk sistemi benimseyen Alman ve Fransız hukukuna aynı anda atıf yapılmasıdır. Fransız İdari rejimini örnek alan Türk hukuk sisteminde hizmet kusurunun asli ve doğrudan olması prensibi kabul edilirken, Alman sisteminde ise öncelikle idari personel sorumlu olduğu ancak zarar gören üçüncü kişi karşısında devletin tazmin yükümlülüğünün doğacağı yani başkasının kusurundan sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu nedenle düzenlemenin gelmesiyle birlikte de tartışmalar devam etmiş, hem doktrinde hem de içtihatlarda uzun süredir tartışılan hükümlerden olmuştur²⁰².

657 Sayılı DMK'nın "*Kişilerin uğradıkları zararlar*" başlıklı 13. maddesinin birinci bendinde, idarenin kamu hukukuna tabi tüm eylem ve işlemlerinden dolayı yönetilenlerin uğradıkları zararlardan dolayı ilgili idari kurum aleyhine dava açılacağı belirtilerek idarenin sorumluluğu düzenlenmiştir²⁰³. İdare edilen üçüncü şahısların korunması amaçlandığından kamu personelinin şahsi sorumluluk alanı daraltılarak idarenin sorumluluk alanı genişletilmiştir²⁰⁴. Başka bir deyişle üçüncü kişilerin zararının tazmini için öncelikle idari yargıda dava açılması ile kamu personeline nazaran çok daha güçlü konumdaki idarece zararın tazmin edilmesi amaçlanmıştır.

Birinci fıkranın devam eden ikinci cümlesi ise 3657 sayılı kanun ile eklenmiştir. Kanun maddesinin ilk haline göre eklenen cümle, kanunun amacına uygun olarak yine idare edilen üçüncü kişilerin korunması amaçlanmıştır. Rücuya ilişkin düzenleme ise birinci fıkranın son cümlesi ile yapılmıştır.

zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir."

²⁰² Kaya, Seyithan, s.185.

²⁰³ Akyılmaz, "Sorumluluk", s. 95.

²⁰⁴ Özyörük, Mukbil, "İdare Hukuku Ders Notları", Daktilo-Fotokopi, Ankara 1982. s.257.
<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/10342> E.T. 22/09/2021

b. Türk Hukuk Sisteminde DMK Madde 13'e İlişkin Yaklaşımlar

DMK'nın yürürlüğe girdiği ilk andan günümüze kadar halen tartışılan madde 13 hükmüne ilişkin yaklaşımların hangi yönde olduğu hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı açısından büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde doktrinde tartışılan birbirine yakın ve farklı temel görüşleri ele almaya çalışacağız.

Devlet Memurları Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte madde 13'e ilişkin doktrindeki görüşlerden biri madde metninin herhangi bir yenilik getirmediği, mevcut sistemi esasen değiştirmedikçe yöneliktir²⁰⁵. Bu görüşteki yazarlar kanun maddesi yürürlüğe girmeden önceki görüşlerini devam ettirerek klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımını öngörmektedirler. Görüşü benimseyen yazarlardan Onar, kamu personelinin göreviyle ilgili olmayan kusurlarından dolayı meydana gelen zarar nedeniyle adli yargıda dava açılabilirliğini ifade etmiştir.

Maddeye ilişkin doktrinde yer alan diğer bir görüş ise maddenin farklı bir düzenleme getirerek özel hukukta yer alan adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzer nitelikte sorumluluk getirdiğini, bu nedenle kusursuz sorumluluk açısından önem teşkil ettiğini ifade etmektedir. Görüşü benimseyen yazarlardan Esin, DMK Madde 13'ün hizmet kusuru açısından değişiklik getirmediğini asıl yeniliği idarenin kusursuz sorumluluğu açısından getirdiğini vurgulayarak²⁰⁶ kamu personelinin görevden ayrılabilen kusurlarından dolayı idarenin sorumlu olmayacağını savunmuştur²⁰⁷. Ancak yazar sonraki yıllarda görüş değişikliğine giderek DMK 13.madde hükmünün usuli bir hüküm olduğunu, hizmetten ayrılabilen ve ayrılamayan kusur ayrımının yapıldığı görüşünü benimsemiştir²⁰⁸.

²⁰⁵ Onar, "C.II", s. 1208.

²⁰⁶ Esin, Yüksel "Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu", 2. bs., Güven Matbaası, Ankara 1976, s.20 .

²⁰⁷ Esin, "Tazminat Davaları", s.165.

²⁰⁸ Esin, Yüksel "Tartışmalar", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 3. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 177-271, 1980. s. 230.

Diğer bir görüş ise maddenin mevcut olan hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının hizmet kusuru lehine genişleyerek bununla birlikte kişisel kusuru kaldırmadığını savunmaktadır²⁰⁹.

Benzer nitelikteki diğer bir görüş ise yine ayrımın hizmet kusuru lehine genişlediğini, kamu personelinin kişisel kusurunun ortadan kaldırmadığını kabul etmekle birlikte hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımının kendi içinde farklı ayrımlara tabi olduğunu benimsemiştir. Doktrini ve yargı kararlarını doğrudan etkileyen Duran bu görüşü ile salt kişisel kusur ve hizmet kusuru olmak üzere üçlü bir ayrıma giderek bu ayrımla idarenin sorumluluk alanının sınırlarının belirlenebileceğini ifade etmiştir²¹⁰.

Kanaatimize göre DMK md 13 ile kamu kurum ve kuruluşlarında meydana gelen tüm zararlardan dolayı davanın öncelikli olarak idari yargıya açılmasının amaçlandığı söylenebilir.

3. 2577 SAYILI İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU

“Kararların Sonuçları” başlığı altında düzenlenen İYUK m.28/4²¹¹ hükmü ile idari yargı tarafından verilen kararların ne şekilde yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. 2014 yılında yapılan değişiklikten önce mahkeme kararlarının ancak ve ancak kasıtlı şekilde yerine getirilmemesi halinde kamu personelinin kişisel kusurundan bahsedilebileceği, ayrıca zarar gören kişinin tazminat davasını açarken seçimlik hakkı bulunduğu belirtilmişti. Değişiklikle birlikte kasten olup olmadığına bakılmaksızın mahkeme kararının yerin getirilmemesi halinde zararın tazmini için idare aleyhine dava açılabilmesi kabul edilmiştir.

Yapılan değişiklikle birlikte mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi halinde zarar görenin zararını gidermeye yönelik tazminat davasının sadece idareye karşı

²⁰⁹ Özyörtük, s.123; Düren, Akın, “İdare Hukuku Dersleri”, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s.302.

²¹⁰ Duran, “Kamu Personelinin”, s.51; Duran, “Türkiye İdaresinin”, s.27

²¹¹ İYUK m.28/4: “Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf> E.T:10/09/2021

açılabilirceğı kabul edilse de kamu personelinin kişisel kusuru tamamen ortadan kaldırmamıştır. Kasti olarak mahkeme kararının gereğini yerine getirmemesi durumunda kamu personelinin kişisel kusurunun varlığı kabul edilmektedir²¹². Bu durumda tazminat davası ilgili idareye karşı açılmakla birlikte rücu mekanizmasının gereğı olarak idare, kusuru oranında ilgili kamu personeline rücu edebilecektir.



²¹² Danıştay da 1995 yılında verdiği bir kararında mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin kişisel kusura neden olduğunu şu şekilde açıklamıştır; “yargı kararını uygulamama eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır.” D5D, E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10/11/1997, Danıştay Dergisi, 1998, sy. 96, s.220-221. (Aktaran, Kaya, Cemil, “İdari Yargı Kararları”, s.92-93)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET KUSURU İLE KİŞİSEL KUSUR AYRIMININ ORTAYA ÇIKARDIĞI HUKUKİ KONULAR

I. HİZMET KUSURU İLE KİŞİSEL KUSUR AYRIMINA İLİŞKİN KAVRAM KARMAŞASI

A) A. Görev Kusuru Kavramının Sorumluluk Hukukundaki Yeri

1. Öğretide ve Yargısal İçtihatlarda Görev Kusuru

DMK'nın yürürlüğe girmesi ve 13. madde kapsamında kamu personelinin görevle ilgili uğranılan zarardan dolayı ilgili kurum aleyhine dava açılacağına hüküm altına alınması ile birlikte görev kusuru kavramı hukuk sistemimizde yer almıştır. Görev kusuru kavramı, madde metninin kamu personelinin kişisel kusurunu ortadan kaldıracığı şekilde yorumlanma tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla doktrinin telkinleri ve yargı mercilerinin kabulü ile geliştirilen bir kavram olarak karşımıza çıkmıştır²¹³. Görev kusuru kavramı doktrinde ilk kez Lütfi Duran tarafından kullanılmıştır²¹⁴.

Bir kısım yazarlar tarafından “*görevsel kusur*”²¹⁵, bir kısım yazarlar tarafından “*hizmetten ayrılamayan kişisel kusur*”²¹⁶ şeklinde nitelendirilen görev kusurunun hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımındaki yeri ve sınırları belli değildir. Doktrinde ve

²¹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.551.

²¹⁴ Duran, “Kamu Personelinin” s.105, “Personelin hizmet dışında işlenen fakat görevinden tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen veya engelleyen en hafif ve gevşek bağ ile hizmetle ilişkili bulunan eylem ve kusurları dahi, görev kusuru olarak idari sorumluluğu gerektiren hizmet kusuru sayılmaktadır.”

²¹⁵ Kavram hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gözübüyük, Tan, s.728; Düren, s. 295.

²¹⁶ Kavram hakkında daha fazla bilgi için bkz. Duran, “Mali Sorumluluğu”, s. 105-110

içtihatlarda yer aldığı günden itibaren tanımlanmaya çalışılsa da halen üzerinde fikir birliği oluşmayan bir kavramdır²¹⁷.

Duran, DMK m.13'ün uygulama alanının belirlenebilmesi için “görev kusuru” ile “salt kişisel kusur” kavramlarının ayırıt edilmesi gerektiği görüşündedir²¹⁸. Yazara göre görev kusuru, geniş anlamda kişisel kusur olup hizmetten ayrılamayan kişisel kusur olarak nitelendirmiştir²¹⁹. Personelin kolaylıkla idari hizmetten ayrılabilen hata ve tasarruflarını salt kişisel kusur olarak tanımlamıştır²²⁰. Kişisel kusurun birey sıfatıyla işlenen kişisel kusurdan farklı olduğunu, kişisel kusurun resmi görevi nedeniyle, görevin ifasında veya görevi dolayısıyla işlenebileceğini ifade etmiştir²²¹. Doktrinde diğer bir görüşe sahibi olan Güren ise kusur sorumluluğunu “*kişisel kusur*”, “*hizmet kusuru*” ve “*görev kusuru*” olmak üzere üçe ayırmıştır²²². Ayırımında kişisel kusura yer vermemiştir. Duran'ın içerik olarak salt kişisel kusur olarak belirlediğini Güren kişisel kusur olarak nitelendirmiştir. Akyılmaz ise hizmet kusuru ve kişisel kusur kavramlarının ayırımı net olarak ortaya konulmamışken görev kusuru ve salt kişisel kusur kavramlarının daha çok karmaşıklığa neden olacağını, görev kusuru kavramının kullanımının uygun olmadığını ifade etmiştir²²³. Böylelikle doktrinde kavramsal karmaşaların yaşanması kaçınılmaz olmuştur.

Doktrinde olduğu gibi yargı içtihatlarında da görev kusuruna ilişkin farklı ve zaman zaman birbiriyle çelişkili değerlendirmelerin yapıldığı, üzerinde mutabakata varılamadığı gözlemlenmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi 1990'lı yıllarda kişisel kusur olarak nitelendirdiği görev kusurunu daha sonraki kararlarında idarenin hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir²²⁴. Uyuşmazlık mahkemesinin güncel diyebileceğimiz 2019 yılı tarihli kararında, kamu hizmeti esnasında kişilerin uğramış oldukları zararın

²¹⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.552.

²¹⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.551.

²¹⁹ Duran, “Kamu Personelinin”, s.55.

²²⁰ Duran, “Kamu Personelinin”, s.51.

²²¹ Yerebatmaz, s.155.

²²² Güren, Sait, “İdarenin Ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 2. Sempozyumu, Ankara 15-16 Aralık 1978, 187-198, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s.188.

²²³ Akyılmaz, “Rücu Sorunu”, s.538.

²²⁴ UM, E. 2007/6, K. 2007/117, T. 02/07/2007, R. G. Tarih ve Sayı, 30/07/2017-26598, (Aktaran, Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.550)

kamu personelinin görevi sebebiyle kullandığı yetki ve resmi sıfatından ayrılamaması halinde, personelin görev kusurunun bulunduğunu ifade ederek görev kusurunun “*hizmet kusuru kapsamında*” idare hukukuna tabi olduğunu belirtmiştir²²⁵.

Doktrinde görev kusuru kavramına yer verilmesiyle birlikte Yargıtay da bu kavramı kararlarında kullanmaya başlamıştır²²⁶. Kamu personelinin kusurunun hizmet kusurundan mı yoksa kişisel kusurundan mı kaynaklandığını tespitine yönelik güncel tarihli YHGK kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi kararından farklı olarak görev kusuru kavramı, kamu görevlisinin görevinden ayrılmayan kişisel kusuru olarak nitelendirilmiştir. Aynı kararda görev kusuru ile kişisel kusurun tanımlaması yapılırken, her ne kadar Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarındakinden farklı nitelendirilse de içerik olarak benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir. Kişisel kusurun tanımı yapılırken ise öğretide farklı anlam taşıyan “*kişisel kusur*” ve “*salt kişisel kusur*” kavramları aynı anlamda kullanılmıştır. Kararda “*kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir.*”²²⁷ Şeklindeki tanımlama ile Yargıtay, kişisel kusur-salt kişisel kusur

²²⁵ UM. E. 2019/649, K. 2019/812, T. 23/12/2019 Sayılı ilamın ilgili kısmı “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından “görev kusuru” olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan “hizmet kusuru” kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir.

²²⁶ Görev kusurundan 1979 yılında ilk kez bahsedilen Yargıtay kararı için bkz. Y4HD, E. 1978/12904, K. 1979/146, T.15/01/1979, Yargıtay Dergisi, c.5 1979, sy.4, s.493 vd. (Aktaran, Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.550)

²²⁷ YHGK, E. 2017/4-2599, K. 2020/732, T. 06/10/2020 İlamin ilgili kısmı “Zira görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki bağ kesilerek salt memurun ya da kamu görevlisinin kişisel kusuru ile karşı karşıya kalınmaktadır. İşte bu

ayırımına gitmeden kişisel kusurdan dolayı ilgili personele doğrudan adli yargıda dava açılabilirliğini belirtilmiştir. Böylece öğretide kişisel kusur- salt kişisel kusur ayırımına dayanarak kişisel kusuru niteleyen tanımlar ile Yargıtay'ın ayırım yapmaksızın kişisel kusura ilişkin yapmış olduğu tanımlama arasında kavramların nitelendirilmesinde karmaşa yaşandığı görülmektedir²²⁸.

Danıştay ilk yıllarda görev kusuru kavramını kullanmaktan ısrarlı şekilde kaçınarak bu kavramı, hizmet kusurunun içinde değerlendirmiştir. ²²⁹ Daha sonra ise Anayasa m.129/5 ile ilişkilendirerek görev kusuru kavramını kullanmaya başlamış, hizmet esnasında meydana gelmesi sebebiyle aynı zamanda hizmet kusuru oluşturduğunu ifade etmiştir.²³⁰ Danıştay 27/03/2009 tarihinde vermiş olduğu kararında *“kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayıramamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.”*²³¹ İfadesi ile bu yöndeki görüşünü devam ettirmiştir²³². Son

noktada görev kusuru ile kişisel kusurun ayırımında kişisel kusurun alanı ve unsurlarının açık bir biçimde saptanması önem taşımaktadır.

Bilindiği gibi, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir.”

²²⁸ Yargıtay'ın görüşü açısından benzer nitelikteki kararlar için bkz. YHGK. E. 2017/4-1322, K.2020/11, T.14/01/2020; YHGK. E. 2017/4-1394, K. 2019/494, T. 09/04/2019; YHGK, E. 2017/4-1355, K. 2018/1553, T. 23/10/2018.

²²⁹ D10D, E. 1988/1042, K. 1989/857, T. 20/04/1989, (Aktaran: Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.550)

²³⁰ D10D, E. 1997/721, K. 1999/5266, T. 20/10/1999, (Aktaran: Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.550)

²³¹ D10D, E. 2009/752, K. 2009/2279, T. 27/03/2009.

²³² Danıştay'ın görüşü açısından benzer nitelikteki kararlar için bkz. DİDDK, E. 2014/1977, K. 2015/3531, T. 15/10/2015; DİDDK, E. 2014/1987, K. 2015/3535, T. 15/10/2015.

yıllardaki kararlarında ise görev kusurunu kamu görevlisinin görevinden ayrılmayan kişisel kusur olarak nitelendirmeye başlamıştır²³³.

2. Görev Kusurunun Önemi

DMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte idare hukukunda yer almaya başlayan görev kusuru kavramının, hizmet kusuru-kişisel kusur içindeki yeri ve sınırları belli değildir²³⁴. İdareye atfı kabil edilmesi mümkün olan bu kusur genellikle kişisel kusur ile hizmet kusurunun kesin çizgilerle ayrılamadıkları durumlarda söz konusu olmaktadır²³⁵. Hem idari hizmetle ilgili olarak meydana gelmesi hem de idareye atfı kabil bir kusur olması sebebiyle çoğu zaman hizmet kusurundan ayrılamaz niteliğe sahiptir.

Danıştay'ın benzer olaylarda görev kusuru olarak nitelendirdiği kusuru, başka olaylarda kişisel kusur olarak nitelendirdiği görülmektedir²³⁶. Sonuç olarak her ikisinde de dava ilgili idareye karşı açılmakla kamu personelinin kusurundan dolayı idarenin rücu imkânı bulunmaktadır. Kavramsal olarak farklı şekilde nitelendirilse de kusurun içeriği ve kamu personeline rücu imkânıyla aslında aynı şekilde sorumlu tutulduğu görülmektedir. Meydana gelen zarar ile yürütülen kamu hizmeti, araç ve gereçleri ile resmi vazife arasında herhangi bir bağ bulunması halinde söz konusu olan kişisel kusur/görev kusurunda, zarar idarece tazmin edilerek, ilgili personelin kusuru oranında idarenin rücu imkânı bulunacaktır. Zarardan dolayı doğrudan kamu personeline dava açılması mümkün değildir. Kişisel kusur/görev kusuru sebebiyle ilgili idareye karşı açılacak tazminat davaları idari yargıda görülür²³⁷.

²³³ D8D, E. 2020/3456, K. 2021/3660, T. 08/07/2021, “Bilindiği üzere, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılmayan kişisel kusuru olarak kendini göstermekte olup; sözü edilen bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atfı ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemektedir” benzer nitelikteki kararlar için bkz. D8D, E.2016/12723, K.2019/4840,T.20/05/2019; D8D, E. 2012/5245, K. 2018/3740, T. 28/06/2018.

²³⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.552.

²³⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”, s.551.

²³⁶ Yerebatmaz, s.188.

²³⁷ Kaya, Seyithan, s.122.

Kanaatimizce görev kusuru, kişisel kusur tarafı daha ağır basan, kusurun kişisel kusur yönünde genişlemiş halidir. Hizmet kusurunun özellikleri konu başlığında hizmet kusurunun anonim olması özelliği gereği kusurun ajana atfedilmeyeceğine değinmiştik. Görev kusuru ise kamu personelinin kişisel kusuru olmakla birlikte aynı zamanda hizmet kusurundan da ayrılmayan, kamu personeline atfı ve izafesinin mümkün olması sebebiyle anonim olma özelliğini kaybeden bir kavramdır. İdarenin sorumluluğunun bulunması sebebiyle idare için hizmet kusuru, rücu imkânının bulunması sebebiyle kamu personeli için kişisel kusur niteliğindedir.

B. HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMINA İLİŞKİN GÖREVLİ YARGI MERCİ SORUNU

İdarenin yürütmüş olduğu faaliyetler esnasında meydana gelen zarardan dolayı kusurun kişisel kusurdan mı hizmet kusurundan mı kaynaklandığının tespiti öncelikli olarak zararın tazmininde görevli yargı merciinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararın tazmini için dava doğrudan idareye karşı açılmakta ve idari yargıda görülmektedir. İdarenin ödediği tazminattan dolayı kamu görevlisine rücu etmesi de mümkün değildir. Kamu görevlisinin kamu hizmetinden, kamu hizmeti için kullanılan araç ve gereçlerden ve görevlinin resmi sıfatından tamamen ayrılan kişisel kusurdan kaynaklanan zararın tazmini için dava yine ilgili idareye karşı idari yargıda açılmaktadır. Ancak kanun gereği idare kusuru oranında ilgili kamu görevlisine rücu etmek zorundadır. Kamu görevlisinin hizmetinden tamamen ayrılamayan salt kişisel kusurundan kaynaklanan zararın tazmini için dava doğrudan ilgili kamu personeline karşı adli yargıda açılmakta ve TBK hükümlerine göre sonuçlanmaktadır. Ancak her zaman bu kavramlar birbirinden kesin ve net çizgilerle ayrılmamaktadır. Bunun sebebi ise mevzuatımızda tanımı yapılmayan kişisel kusurun sınırlarının doktrin ve yargı içtihatları dikkate alınarak her somut olaya göre saptanmasıdır. İdarenin kusurlu faaliyeti sonucu meydana gelen zararların tazmini için açılacak davaların sağlam temele dayanması ise kusur ayrımının iyi değerlendirip görevli yargı merciinin belirlenmesine bağlıdır. YHGK'nın

10/06/2020 tarihli kararında²³⁸ yapılan yargılama aşamaları incelendiğinde; doktorun gerekli acil müdahaleyi yapmaması nedeniyle vefat eden hasta yakınlarının ilgili doktoru ve Sağlık Bakanlığını davalı olarak göstererek adli yargıda dava açtıkları, ilk derece mahkemesi tarafından kamu görevlisinin yetkisini kullandığı esnada kusurun meydana gelmesi sebebiyle idari yargının görevli olduğuna kanaat getirilerek görevsizlik kararı verildiği, kararın temyiz edilmesi sonucu Y4HD tarafından somut olaydaki kusurun gerçek kişinin haksız eyleminden kaynaklanması sebebiyle adli mahkemelerin görevli olduğu gerekçesiyle bozma kararı verildiği, bozma kararı sonucu yerel mahkeme tarafından karara uyularak işin esasına girildiği, bu kararın da temyizi ile Y4HD tarafından kusurun kamu görevlisinin görevi esnasında görevinden kaynaklandığı, bu nedenle davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile bozma kararı verildiği, yerel mahkemece bozma ilamına direnilmesi sonucu uyuşmazlığın YHGK'nın önüne geldiği, Genel Kurul tarafından ise dava konusu davranışın görevden kaynaklanarak hizmet kusurunun bulunması gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin direnme kararını uygun bulmayarak bozma karar verdiği görülmüştür. Karar incelendiğinde davanın ilk olarak 2008 tarihinde açıldığı, YHGK kararının 2020 yılında verildiği, 12 yıl süren yargılama sürecinin kusurun doğru tespit edilememesi nedeniyle görevli mahkemede dava açılmamasından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

Devlet Üniversitesinde doçent olarak görev yapan davacının aynı Anabilim Dalında birlikte çalıştığı profesörün kendisi hakkında bilimsel hırsızlık yaptığı gerekçesi ile Yükseköğretim Kurul Başkanlığı'na ve Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'na yazdığı şikâyet dilekçelerinde doçentlik müracaatı ile ilgili olarak işlem yapılmamasını talep ettiği, profesör tarafından kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu, üniversite camiasında ve YÖK karşısında küçük düşürüldüğünden bahisle ilgili üniversite aleyhine idari yargıda açmış olduğu manevi tazminat davasında dava konusu edilen iddiaların aynı anabilim dalında birlikte çalıştığı

²³⁸ YHGK, E. 2017/4-2599, K. 2020/732, T. 06/10/2020 Kararın ilgili kısmı “ Hâl böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlilerine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.”

profesörün kişisel husumet ve kin duygularıyla hareket etmesi sebebiyle profesörün salt kişisel kusurunun bulunduğuna, bu nedenle meydana gelen zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağına kanaat getirilerek ilk derece mahkemesince davanın görev nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir. Verilen kararın temyizen incelenmesi sonucu Danıştay ise davacının akademik çalışmalarını değerlendirme jürisinde bulunan profesörün Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na ve Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'na yapmış olduğu başvuruların jüri üyesi sıfatıyla beyan ettiğini, memurlar 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 açılacağını, bu nedenle davacının kişilik haklarının zedelendiği, akademik camia içerisinde küçük düşürüldüğü, rencide edildiği iddialarını değerlendirmek ve telafisi gereken bir manevi zarar olup olmadığının tespitini yapmak üzere işin esası hakkında karar verilmesi gerektiğini belirterek kamu görevlisinin görev kusurunun bulunması sebebiyle görevsizlik kararını bozmuştur²³⁹.

Kanaatimiz ise Danıştay ile aynı yönde olmakla birlikte idare ajanı pozisyonunda olan profesörün davacı hakkında akademik işlem yapılmamasını talep ettiği, şikayet dilekçesi gönderdiği, tüm bunları yaparken görevi nedeniyle kendisine tanınan yetkileri kullandığı anlaşıldığından idari yargının görevli olduğu yönündedir.

II. İDARECE TAZMİN EDİLEN ZARARIN KAMU PERSONELİNE RÜCU EDİLMESİ SORUNU

İdare hukukunda rücu müessesesinin kaynağını Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu oluşturmaktadır. Hizmet kusurunun asli olması ilkesi ve Anayasa gereği kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen zararlardan aslen sorumlu idaredir. Kamu personelinin kişisel kusuru ile verdiği zarardan sorumlu olan idare, personelin kusurunu üstlenmemekte, personelin kusuru nedeniyle de sorumlu olmamaktadır. Personelin kişisel kusuru doğrudan idarenin kusurudur²⁴⁰. Ancak bu

²³⁹ D8D, E. 2016/12723, K. 2019/4840.

²⁴⁰ Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, “Türk İdare Hukuku”, Savaş Yayınevi, 12.bs., Ankara 2020, s.740-741.

ilgili personelin sorumluluktan tamamen kurtulacağı anlamına da gelmemektedir. İdare ilgili kamu personeline kusuru oranında rücu edecektir. Anayasanın 125. maddesi uyarınca kamu personelin hizmetin ifası sırasında idare meydana gelen zarardan aslen sorumlu olmakla birlikte, DMK ve Anayasada yer alan düzenlemeler ile idare tarafından ödenen tazminatın kamu personelinin kusurunun bulunması halinde personelden rücusuna yönelik sistem getirilmek istenmiştir²⁴¹.

A. Rücuyla İlişkin Mevzuatta Yer Alan Düzenlemeler

Kamu personelinin kusuruyla meydana gelen zarardan doğan rücu sorumluluğuna ilişkin olarak Anayasa ve Devlet Memurları Kanununda düzenlemeler bulunmaktadır. Rücuyla ilişkin olarak ilk düzenleme 657 Sayılı DMK 13'üncü maddesinin *“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 kâğıtların 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”* şeklinde yapılmıştır. Daha sonra 1982 Anayasasının 40/3 düzenlemesinde *“Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”* ve 129/5 düzenlemesinde *“Memurlar 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”* şeklinde getirilen hükümler ile rücu bir kez daha düzenlenmiştir. Düzenlemenin hem DMK hem de Anayasada yer alması düzenlemelerin farklı tarihlerde yapılması ve düzenlemelerde kullanılan kavramların birbirinden farklı olması doktrin ve uygulamada rücuyla ilişkin fikir birliğinin sağlanmamasına neden olmuştur²⁴².

²⁴¹ Atay, Odabaşı, s.95.

²⁴² Güneş, Mehmet; Gündüz, Mustafa, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar Ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, c.4, sy.7, 2015, s.9.
https://ufuk.edu.tr/uploads/page/enstituler/sosyal-bilimler/ensdergi/say-7/mehmet_gne-mustaf_gndz.pdf , E.T. 25/11/2020.

B. Rücu Davalarında Ortaya Çıkan Problemler

DMK 13'üncü maddesi ile rücuya ilişkin olarak ilk kez yapılan düzenleme 1982 Anayasasının 40/3 ve 129/5 maddelerinde yer alarak Anayasal bir boyut kazanmıştır. Maddelerin karşılaştırmalı olarak incelenmesinde her ikisinin de aynı konuya ilişkin düzenlemeyi farklı kavramlarla ele aldığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak da birbirlerinden tamamen farklı iki yoldan kamu personelinin mali sorumluluğu rejimi düzenlenmiştir²⁴³. Kullanılan farklı terim ve nitelendirmeler sonucu doktrinde kamu personelinin mali sorumluluğuna yönelik görüş birliği oluşmamış, rücu davalarında görevli yargı yeri, kamu personelinin hangi derecedeki kusurundan sorumluluğunun bulunduğu, rücu mekanizmasının işletilmesinin zorunlu olup olmadığı ve bu mekanizmanın kim tarafından işletilmesi gerektiği, kamu personelinin kusur oranının hangi yargı merci tarafından hangi esaslara göre belirleneceği gibi çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Çalışma konumuzun dışına çıkmamak adına sadece konumuza faydalı olacağını düşündüğümüz rücu mekanizmasının işletilmesinin zorunluluğu ve rücu davalarında görevli yargı yeri belirlenmesi meseleleri ele alınmıştır.

1. Rücu Mekanizmasının İşletilmesi Zorunluluğu Meselesi

Hizmetin ifası esnasında meydana gelen zarardan dolayı zararın idarece tazmin edilmesinden sonra kusurlu görülen kamu personeline rücunun zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Rücu kavramının ilk kez düzenlendiği DMK 13'üncü maddesi ile Anayasa 40/3'cü maddesinde idarenin rücu hakkı saklı tutulurken, Anayasanın 129/5'inci maddesinde rücu edilmek kaydıyla ifadesinin yer alması rücu mekanizmasının işletilmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkin tartışmalara neden olmuştur.

DMK 13'üncü maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte idareye genel hükümlere göre ilgili personele rücu imkânı tanınmıştır²⁴⁴. Hükümde “saklı kalmak kaydı” ifadesiyle ilgili personele rücunun idarenin takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır²⁴⁵. Bu

²⁴³ Artantaş, Çağdaş, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, c.7, sy.1, s.365-396, 2017, s.388.

²⁴⁴ Duran, “Kamu Personelinin”, s. 9.

²⁴⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdare Hukuku”, s.737.

dönemde mevcut durumun tam aksi şekilde rücu zorunluluğu bulunmamaktadır²⁴⁶. Kanun koyucunun DMK m.13'ten beklediği neticeyi elde edemediği, 1982 Anayasası 40/3. ve 129/5. maddeleri ile DMK 13. maddedeki esasın daha somutlaştırılarak pekiştirildiği ve anayasa hükmü haline getirildiği anlaşılmaktadır²⁴⁷. Anayasada yapılan bu düzenlemelerden sonra rücunun zorunlu olduğu görüşü doktrinde yer almaya başlamıştır. Anayasanın 40. maddesi ile 129.maddesinin DMK 13'üncü madde ile aynı konuya ilişkin olarak getirildiği, DMK'da yer alan düzenlemeye Anayasal boyut kazandırıldığı, uygulamanın üst hukuk normu olan Anayasal hükme göre gerçekleştirilmesi gerektiği, rücu konusunda idarenin bağlı yetkisi bulunduğu ifade edilmiştir²⁴⁸. İdarenin zararı tazmin etmesi halinde mahkemenin vermiş olduğu kararın gerekçesinden veya olayın meydana gelişinden ilgili kamu personelinin kusurun bulunduğu anlaşılmaması durumunda rücu müessesesinin işletilmesinin mecbur olduğu ifade edilmiştir²⁴⁹.

Anayasa 129/5'inci maddesinin DMK 13. maddesinden farklı ve önemli bir değişiklik olarak artık rücunun saklı tutulmadığı, rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine davaların açılacağı düzenlenmesiyle rücu zorunlu bir müessese haline getirilmiştir. Konu için önem arz eden Danıştay 5. Dava Dairesinin kararında da rücu mekanizmasının işletilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir²⁵⁰. Sonuç olarak rücu zorunluluğunun Anayasal düzenleme ile getirilmesi, bu kapsamda Anayasanın 129/5 maddesinin önemli olması ve doktrindeki görüşler de dikkate alındığında zararın ilgili personelden rücusunun zorunlu olduğunu ifade edebiliriz.

2. Rücu Davalarında Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi ve Uygulanacak Hukuk Meselesi

İdarenin kamu faaliyetleri esnasında vermiş olduğu zararların tazminine ilişkin davalar kanun gereği doğrudan idareye karşı idari yargıda tam yargı davası olarak açılmaktadır. DMK 13'üncü maddesinin ilk fıkrasında "*Kurumun, genel hükümlere*

²⁴⁶ Ozansoy, s.99.

²⁴⁷ Akyılmaz, "Rücu Sorunu", s.540.

²⁴⁸ Akyılmaz, "Rücu Sorunu", s.480.

²⁴⁹ Atay, Odabaşı, s.109.

²⁵⁰ D5D, E. 2007/7369, K. 2008/3234, T. 03/06/2008.

göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır” cümlesinde yer alan genel hükümler ibaresi personele rücu davalarında görevli yargı yerinin neresi olacağı konusunda tartışmalara sebebiyet vermiştir. Doktrinde genel hükümler ile kastedilenin rücu davalarına bakmakla görevli yargı yerinin adli yargı ve uygulanacak hukukun da özel hukuk olduğunu benimseyen yazarların²⁵¹ yanında açılacak rücu davalarında idari yargının görevli olduğunu dolayısıyla idare hukukunun uygulanacağını savunan yazarlar²⁵² da mevcuttur.

Rücu davasının adli yargıda açılması ve TBK hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan Onar’ın kusurlu bulunduğu Konuralp Davası, kamu personeline rücuya ilişkin farklı yönde karar verilmesi açısından idare hukukunda oldukça önemli bir yere sahiptir. İdari işlemin iptali ile maddi manevi tazminat istemli açılan bu davada, Danıştay ilgili idare olan üniversitenin ağır kusurlu olduğuna kanaat getirilmekle birlikte davada taraf sıfatı bulunmayan üniversite rektörü Onar’ın %40 oranında kişisel kusuruna hükmetmiştir²⁵³. Verilen bu hüküm ile birlikte Onar, idari davalarda kamu personelinin taraf olma imkânının bulunmaması nedeniyle Anayasal bir hak olan savunma hakkın kullanılamayacağını, DMK 13’madde gerekçesinde yapılan atıf sebebiyle kamu personelinin kişisel kusurunun TBK kapsamında haksız fiil olduğu görüşünü savunarak TBK hükümleri çerçevesinde davaya adli yargıda bakılması gerektiğini ifade etmiştir²⁵⁴.

Diğer görüşü savunan Duran ise, zarara sebebiyet veren idarenin kusurunun bulunup bulunmadığının tespitinin idare hukuku esasına göre tayin ve takdir edildiğini, aynı soruna haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının uygun olmadığını savunarak idari yargıda dava açılması gerektiğini ifade etmiştir²⁵⁵. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlardan Akyılmaz ise, kişisel kusurun haksız fiil olarak kabul edilemeyeceğini, kişisel kusurun idari bir kusur olduğunu, kamu personeline idare tarafından verilen

²⁵¹ Onar, “C.II”, s.165.

²⁵² Duran, “Kamu Personelinin”, s.42 vd; Güran, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 3. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, s.161; Gözübüyük, Tan, s.800 vd; Akyılmaz, “Rücu Sorunu”, s.541 vd.

²⁵³ D8D, E.1962/2867, K.1962/1192, T.12.02.1963,(Aktaran, Duran, “Kamu Personelinin”, s.182).

²⁵⁴ Onar, “C.II”, s.1209-1210.

²⁵⁵ Duran, “Kamu Personelinin”, s. 42.

yetkiler çerçevesinde kusurun gerçekleştiğini, idari bir kusur olan hizmet kusurunu belirleyen yargı yerinin idari yargı olduğunu, kişisel kusurun da bir idari kusur olması nedeniyle yargı yerinin idari yargı olması gerektiğini ifade etmiştir²⁵⁶.

Yargısal içtihatlarda kamu personelinin kusurundan kaynaklı zararın tazminin idarece rücu edilmesine yönelik davalarda, görevli yargı yerinin adli yargı olduğu belirtilmektedir. Danıştay vermiş olduğu bir kararında hizmetin kusurlu yürütülmesinden dolayı ilgili kamu personeline adli yargıda rücu davası açılacağını açıkça belirtmiştir²⁵⁷. Yargıtay’ın da aynı yönde kararları mevcuttur²⁵⁸. Yargı içtihatları ile şekillenen uygulamada rücuyla ilişkin davanın adli yargıya bırakıldığı, DMK 13’üncü maddede yer alan “genel hükümler” ifadesinden de TBK’nın haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır²⁵⁹.

657 sayılı Kanun’un 12. ve 13. maddeleri uyarınca çıkarılan “Devlete Ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi Ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin” 5. maddesinde hangi tür zararların memurlarca tazmin edileceğine; 7. maddesinde zararın ve miktarının tespitine; 8. maddede zararın ödetilme şekline ilişkin usul ve esaslar belirlenmiş olup 11.maddesinde ise ödenen zararın kurumlarca ilgili memura genel hükümler çerçevesinde rücu edilebileceği hükmüne yer verilmiştir. Diğer bir taraftan ise 5018 sayılı Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. Maddesinde Sorumluluk başlığı altında tespit edilen kamu zararlarının geri ödenmesi sürecine kamu görevlileri ile birlikte ilgililerin de dahil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Mevzuatta rücuyla ilişkin düzenleme yer alsa da nasıl rücu edileceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Madde hükümlerinde ilgili kamu personeline rücunun doğrudan dava yolu ile yerine getirileceğine işaret de

²⁵⁶ Akyılmaz, “Rücu Sorunu”, s.539-540.

²⁵⁷ D10D,E. 2009/144, K. 2009/3183, T. 27/04/2009.

²⁵⁸ Y4HD, E. 2004/16928, K. 2005/13598, T. 15/12/2005.

²⁵⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdare Hukuku”, s.741.

edilmediğinden bu hususta idarenin izleyeceği yönteme göre farklı değerlendirilme yapılması kanaatindeyiz.

İdarece resen hesaplanarak kişiye ödenen veyahut mahkeme kararı uyarınca zarar görenlere ödenen zararın belli bir miktara kadar olanlarda rızaen ödeme belli bir miktara kadar olanlarda ise sulh yoluyla ödeme sürecinin işletilmesi gerekmektedir. Her iki durumda kamu görevlisinin ödemediğinden imtina etmesi halinde idarenin başkaca bir yola başvurmadan genel hükümlere göre adli yargıda rücu davası açması gerekmektedir. Verilen zararın belirtilen miktarların üzerinde olması halinde ise idarece doğrudan adli yargıda dava açılarak rücu mekanizması işletilecektir.

Hizmet kusurunun anonimliği özelliğinden farklı olarak görev kusurunda, ilgili kamu görevlisine atıf ve izafe edilebilen bir kusur bulunmaktadır. Başka bir ifade ile görev kusuru, hizmet kusurundan tamamen ayrılamayan ancak kişisel kusur özellikleri taşıyan bir kusurdur. Hizmet kusurundan tamamen ayrılmaması sebebiyle bu kusurda idarilik unsuru devam etmektedir. Kusurdan kaynaklanan zararın tespiti idari yargı tarafından yapılırken bu zarar sebebiyet veren kamu görevlisinin kusur oranı adli yargı tarafından tespit edilmektedir.

Gerek 657 sayılı DMK gerek ilgili yönetmeliklerde ödenen zararın genel hükümlere göre rücu edileceğinin yanında 6098 sayılı TBK'nın 55'inci maddesine de değinmekte fayda olacaktır. Madde metninde *“Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda uygulanır.”* şeklinde yer alan düzenleme de rücunun genel hükümler çerçevesinde işletileceği hususunu kuvvetlendirmektedir.

Belirtmek gerekir ki adli yargı mercilerinde açılan ve uygulamada *“rücu davası”* olarak adlandırılan bu davalarda, uyuşmazlığa bakan yargı yerinin kamu görevlisinin kusurlu olup olmadığına, keza kusur oranını belirleme yönünden ayrı bir inceleme yapmasına engel bulunmadığı gibi esasen bu incelemenin yapılması gerekli

ve zorunludur. Adli yargı merciinin yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucu aynı olayla ilgili hem adli yargı hem de idari yargıda dava açılmasının bir usul sorunu oluşturduğu ileri sürülebilir. İlk bakışta bu duraksama makul gibi görünse de; bu davaların hangi yargı merciinde incelenip çözümlenmesi gerektiği kanunda düzenlendiği ve halen yürürlükte olması sebebiyle böyle bir duraksamanın ve tartışmanın bir yararı olmayacağı kanaatindeyiz.

Kaldı ki idari yargı mercii, hizmetten ayrılamayan görev kusurunun bulunduğuna hükmetmiş olması durumunda, zararın hizmet kusuru ilkelerine göre idare tarafından karşılanması gerektiğine hükmetmekte olup, kamu görevlisinin şahsıyla ilgili bağlayıcı ve icra edilebilir bir karar vermemektedir. Dolayısıyla adli yargı merciine açılacak bir rücu davasında verilecek muhtemel kararın hüküm fıkrası yönünden, idari merciince verilen kararın gerekçesi ve hüküm fıkrası ile çelişmesinin söz konusu olamayacağını da belirtmek isteriz.

III. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBING)

Tüzel kişilerden oluşan idarenin, organları ve ajanlarının vasıtasıyla yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirdiğini, bu hizmetlerin ifası sırasında kamu görevlisinin kusurundan kaynaklı birtakım zararların meydana gelebileceğinden bahsetmiştik. Ajanın hizmetten ayrılamayan kusurlarından doğan zarardan idarenin aslen sorumlu olduğunu ve Anayasa m.129/5 gereği ilgili personelden rücu edilmek kaydıyla idari yargıda ancak idare aleyhine dava açılabilceğini; hizmetten tamamıyla ayrılabilen kusurlarından dolayı ise idarenin sorumlu tutulamayacağını, bu zararların tazmini için ilgili personele karşı adli yargıda dava açılması gerektiğini ifade etmiştik.

Aslında insanların çalışma hayatı kadar eski ancak literatürde kullanımı yeni olan ve genellikle iş hukuku bakımından ele alınan işyerinde psikolojik taciz kavramı kamu kurumunda çalışanların da sıklıkla karşılaştıkları problemlerden biridir. İdarenin bir işyeri olarak kamu hizmetinin verildiği alanlarda hizmetin ifası için verilen yetkilerin hangi amaçla kullanıldığının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Önceki bölümlerde de açıklamaya çalıştığımız üzere kusurların birbirine çok yaklaştığı, iç içe girdiği durumlarda kamu personelinin görev kusurunun mu kişisel kusurunun mu

bulunduğunu ayırt etmek oldukça güçleşmiştir. Psikolojik tacizin varlığının tespitinin zor olması, hizmetin yürütülmesindeki kamu yararı olgusu ile karıştırılması ve bir ölçüye kadar normal kabul görülmesi gibi nedenlerle kamu personelinin kusurunun tespitinin oldukça karmaşık bir hal aldığı söylenebilir. Bu nedenle psikolojik tacizden kaynaklı tazminat davalarında kusur tespitinin doğru yapılamaması nedeniyle yargı kararları arasında birliktelik bulunmadığı görülmektedir. Başka bir ifade ile kamu kurum ve kuruluşlarında meydana gelen psikolojik tacizden kaynaklı davalarının adli mercilerde mi idari mercilerde mi görülmesi ve çözülmesi gerektiği hususunda yapılan tartışmalar hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımına yönelik farklı yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır.

A. HUKUK DÜZENİNDE İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ(MOBBING) KAVRAMI

1. Kavram Ve Değerlendirilmesi

Öğreti ve içtihatlarda psikolojik taciz olarak da kullanıldığı görülen mobbing en basit şekilde; bir kişi veya kitlenin, hedef olarak belirlediği kişi veya grubu, sözlü ya da fiili şekilde rahatsız etmesi, aşağılaması ve kurumdan dışlaması olarak ifade edilebilir²⁶⁰. İşyerinde psikolojik taciz kavramı ilk kez 1990 yılında Leymann tarafından “*İş yaşamında mobbing, bir veya birkaç kişinin, işyerindeki bir başka kişiye karşı düşmanca, etik olmayan bir biçimde ve sistematik olarak gerçekleştirdikleri psikolojik terördür*” şeklinde tanımlanmıştır²⁶¹. Türkiye’de bu kavramı ilk kez kullanan Tınaz ise psikolojik tacizi işyerinde çalışanların diğer bir çalışana sistematik olarak rahatsızlık veren, ahlak dışı söz ve davranışlar ile taciz edilen süreç olarak tanımlamıştır²⁶².

Literatürde pek çok tanımı yapılan mobbing, Türk Dil Kurumu tarafından “bezdiri” kavramı ile ifade edilmektedir. Yargıtay ise mobbingi “*Aynı ortamda*

²⁶⁰ Onur, Sara, “Psikolojik Taciz”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.8, sy.15, s.27-43, 2018. s.28.

²⁶¹ Heinz Leymann, 1990, s.120, (Aktaran: Dalgaldere, Ayşegül “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019. s.8).

²⁶² Tınaz, Pınar, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.10.

bulunan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden fazla kimsenin, bir kişiye belli bir amaçla, sistematik bir şekilde, yılgınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlarla psikolojik ve duygusal baskı kurarak onu belli şekilde davranmaya ya da davranmamaya, ortak alandan uzaklaştırmaya, güçsüzleştirmeye, değersizleştirmeye, aşağılamaya, küçük düşürmeye veya pasifize etmeye yönelik çabalarına mobbing denilir.” şeklinde tanımlamıştır²⁶³. Danıştay ise mobbingi “işyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma. pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, meslekî durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünü” olarak tanımlamaktadır²⁶⁴.

Doktrinden ve yargı içtihatlarından verilen örneklerle tanımlamaya çalıştığımız psikolojik tacizin cinsel taciz ile karıştırılmaması gerekir. Psikolojik taciz, fiziksel veya cinsel saldırı içermemesi yönüyle cinsel tacizden ayrılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde “işyerinde duygusal taciz (yıldırma)” kavramına yer verilerek bu kavramın kesin ve belirli bir amacı içermesi yönüyle psikolojik tacizden farklı olduğuna vurgu yapılmıştır²⁶⁵. Psikolojik taciz ve duygusal taciz diğer adıyla yıldırma arasında amaç ve mahiyet yönünden farklılık bulunduğu vurgulansa da kanımızca bu ayrımın, mağdurun maddi ve manevi kişiliği üzerinde doğurduğu zarar ile bu zarardan sorumlu kişi ya da kurumların belirlenmesi bakımından pratik açıdan bir yararı bulunmamaktadır.

a. İşyerinde Psikolojik Tacizin Görünüş Şekilleri

Psikolojik taciz hiyerarşik kademedeki amirlerce uygulanabileceği gibi çalışanın mevkidaşları ve diğer çalışma arkadaşları hatta astları tarafından da

²⁶³ Y9HD, E. 2017/17931, K. 2020/14104, T. 02/11/2020, benzer tanımlar için bkz: Y9HD, E. 2017/16925, K. 2020/10963, T. 07/10/2020; Y22HD, E. 2013/11788, K. 2014/14008, T. 22/05/2014.

²⁶⁴ D2D, E. 2015/6046, K. 2017/6537, T. 25/10/2017.

²⁶⁵ Kaya, İsmet, “Yıldırma Faktörü İle Otel İşletmelerinin Rekabet Gücü Arasındaki İlişkinin İrdelenmesi” Akçakoca-Düzce, 12.Ulusal Turizm Kongresi, 303-308, s.304, (Aktaran, Onur, s.30).

uygulanabilmektedir. Yani psikolojik tacizden bahsedebilmek için psikolojik tacizi uygulayan ile uygulanan arasında hiyerarşik ilişki zorunluluğu bulunmamaktadır. Psikolojik tacizi dikey ve yatay olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkabilir²⁶⁶.

i. Dikey psikolojik Taciz

Hiyerarşik yapı içinde yer alan ilişkilerde araştırmalara göre en sık karşılaşılan psikolojik taciz türü dikey psikolojik tacizdir²⁶⁷. Hiyerarşik ilişki içindeki üstün asta veya az da olsa ast konumunda bulunanın üste karşı uyguladığı psikolojik taciz, dikey psikolojik taciz olarak ifade edilmektedir. Bu tür psikolojik tacizden bahsedebilmek için uygulayan ile uygulanan arasında bir hiyerarşik ilişkinin yani statü farkının bulunması gerekir. Dikey psikolojik taciz genellikle üstün asta uyguladığı davranışlardan kaynaklansa da nadiren çalışanların birlik olarak amirlerine uyguladığı yani astın üste karşı uyguladığı davranışlardan da kaynaklanabilir²⁶⁸. Dikey psikolojik tacizin en çok karşılaşılan nedenleri ise üstün kendinden daha başarılı ast ile karşılaşması, kayırma, yaş küçüklüğü ve politik nedenler olarak gösterilebilir²⁶⁹.

Kamu kurum ve kuruluşlarında meydana gelen psikolojik taciz, genel olarak dikey psikolojik taciz diyeceğimiz hiyerarşik ilişkiden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla kamu görevlisine karşı gerçekleştirilen psikolojik taciz, genellikle hiyerarşi gücünü elinde bulunduran hiyerarşik amir tarafından gerçekleştirilmektedir²⁷⁰.

ii. Yatay Psikolojik Taciz

Hiyerarşik ilişki içinde bulunmayan, birbiriyle mevkidaş çalışanlar arasında uygulanan psikolojik taciz türüdür. Çalışma ortamındaki rekabetten dolayı kıskançlık,

²⁶⁶ Güngör, Meltem, “Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz”, Derin Yayınları, İstanbul 2008, s.55; Tınaz, “İşyerinde”, s. 124.

²⁶⁷ Tınaz, Pınar; Gök, Sibel; Karatuna, Işıl, “Türkiye’de İşyerinde Psikolojik Taciz Oranının Ve Türlerinin Belirlenmesi: Bir Ölçek Geliştirme Çalışması.” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Öneri Dergisi, sy.34. c. 9, s.1-11, 2010, s.10.

²⁶⁸ Tınaz, “İşyerinde”, s. 145.

²⁶⁹ Tınaz, “İşyerinde”, s. 130.

²⁷⁰ Kasapoğlu Turhan, Mine, “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”, 89-128, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, s.96.

farklı kültür, politik düşünceler sebebiyle çalışanlar arasında yatay psikolojik tacizin görülmesi mümkündür²⁷¹. Tacizin dikey veya yatay olması halinde tacizcinin uyguladığı davranışlar arasında farklılıkların bulunduğu gözlemlenmektedir. Yapılan araştırmalara göre dikey psikolojik tacizde, genellikle tacize uğrayanın işine yönelik davranışlar; yatay psikolojik tacizde ise tacize uğrayanı yok sayma, kutlamalara çağırma, siyasi veya dini görüşleri nedeniyle saldırı yöneltme gibi dışlayıcı davranışların uygulandığı gözlenmektedir²⁷².

b. İşyerinde Psikolojik Tacizin Belirlenmesi

Mobbing; rahatsızlık veren davranış şeklinde ortaya çıkan, zamanla acı vermeye başlayan ve sarmal biçimde hızlanan, türlü aşamalarla meydana gelen bir süreçtir²⁷³. Çalışma hayatının her anında çeşitli sebeplerden kaynaklı olarak çalışanlar arasında rahatsızlık verici davranış ve tutumlar söz konusu olabilir. Bu şekilde meydana gelen her davranış ve tutumun mobbing olarak değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Mobbingin varlığından bahsedilebilmesi için bazı unsurların bulunması gerekir²⁷⁴. Aksi takdirde karşılaşılan her türlü olumsuz durum ve koşulun mobbing olarak değerlendirilmesi halinde çalışma hayatında düzen ve istikrar sağlanamayacaktır. Kamu hizmetlerinin zamanında ve eksiksiz yürütülmesi yükümlülüğü bulunan idare, kamu hizmetlerinin iyi işlemesi adına kamu personeline uyulması gereken kuralları ve kaçınılması gereken yasakları belirlemekte, kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin emrettiği hususları yapmadığı ileri sürülen ve bu sebeple şikâyetle bulunan kamu görevlisi hakkında konu ile ilgili araştırma, inceleme ve soruşturma yaparak sonucuna göre işlem tesis etmektedir. Bu amaçla mevzuata uygun şekilde yapılan işlemlerin mobbing olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

²⁷¹ Tınaz, “İşyerinde”, s. 135.

²⁷² Tınaz, Gök, Karatuna, s.10.

²⁷³ Tınaz, Pınar, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma Ve Toplum, s.11-22, 2006, s.16.

²⁷⁴ Literatürde, gerçek bir mobbing olgusunun tanımlanabilmesi için, bazı “parametrelerden” yararlanıldığı görülmektedir. Söz konusu parametreler, “iş ortamı”, “sıklık”, “süre”, “davranış tarzları”, taraflar arasındaki düzeysel eşitsizlik”, “birbirini izleyen evrelerde gelişme” ve “zalimce niyet” olmak üzere yedi kategori halinde ele alınmaktadır, (Aktaran: Demircioğlu, Huriye Reyhan, “Kişilik Hakkı İhlâlinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. 11, sy.1-2, 2007, s.117)

2011/2 sayılı İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi başlıklı Genelgede, mobbingin kasıtlı şekilde gerçekleşmesi ve sistematik olması gerektiği belirtilmiştir. Genelgeye göre taciz edenin psikolojik tacize yönelik davranışlarının kasıtlı olması gerekir. Danıştay, davacı öğretim elemanı hakkındaki şikâyetlere konu hususları aydınlatmak maksadıyla mevzuatın emri doğrultusunda davalı üniversitenin soruşturma açarak delillere göre işlem tesis etmesinde bu soruşturmaların psikolojik taciz olarak nitelendirilmesi için kast ve süreklilik unsurlarının bulunmadığını ifade etmiştir²⁷⁵. Ayrıca bu davranışlarını sistematik bir şekilde sürdürmesi de gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu güncel tarihli bir kararında, bir fiilin psikolojik taciz olarak kabulü için belli süreye yayılarak sistematik olması gerektiğini, sürekliliği bulunmayan, belirli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan, münferit olarak ara sıra meydana gelen haksız, kaba davranışların mobbing olarak değerlendirilemeyeceği belirtmişse de belirli aralık ve uzun sürenin ne kadar olduğu konusunda bir açıklama yapmamıştır²⁷⁶. İçtihatı yer alan kararlara bakıldığında psikolojik tacize sebebiyet veren davranışların belirli aralıkta ve sürede sistematik şekilde uygulanması gerektiğinden bahsedilse de davranışların sıklığı ve süresi konusunda bir birliktelik bulunmamaktadır²⁷⁷. Davranışın kasıtlı, sürekli ve sistematik olmasının yanında psikolojik tacizin tarafları arasında güç dengesi açısından eşitsizliğin bulunması gerekir. Bu eşitsizlik, tacize uğrayanın her zaman kaybeden taraf konumunda olmasını ifade etmektedir²⁷⁸. Yargıtay da 2018 tarihli bir kararında her iki tarafın kendine özgü silahının bulunması ve bunları kullanabilmesi halinde psikolojik tacizden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir²⁷⁹. Çalışanların hiyerarşik açıdan eşit olmamaları aralarında psikolojik tacizin meydana gelmesine engel teşkil etmeyecektir.

²⁷⁵ D8D, E. 2020/3456, K. 2021/3660, T. 08/07/2021.

²⁷⁶ YHGK, E. 2016/9-1427, K. 2021/53, T. 09/02/2021.

²⁷⁷ Y4HD, E. 2019/1136, K.2019/4695, T. 17/10/2019; Y22HD, E. 2016/3654, K. 2019/1020, T. 16/01/2019; D2D, E. 2015/6046, K. 2017/6537, T. 25/10/2017; D12D, E. 2011/5125, K. 2015/4394, T. 01/07/2015.

²⁷⁸ Demircioğlu, s.118.

²⁷⁹ Y9HD, E. 2015/8730, K. 2017/1000, T. 31/07/2017 sayılı ilamın ilgili kısmı “Buna göre işten uzaklaştırmaya yönelik tacizim sık ve belirli bir süre alması, süreklilik göstermesi, sistematik olarak tekrarlanması ve kasıtlı olması gerekir. Diğer taraftan iki tarafın kendine özgü silahı varsa ve bunları kullanabiliyorlarsa psikolojik tacizden bahsedilemez. Çalışanı işten ayrılmaya zorlamak için yapılan her davranış mutlaka psikolojik taciz oluşturmaz. Özel düzenlemelerle yasal koruma sağlanmışsa, mağdurun da kullanabileceği silahları varsa, psikolojik tacizden söz edilemez. Süreklilik göstermeyen, belli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan, ara sıra münferit olarak meydana gelmiş birkaç haksız, kaba, nezaketsiz veya etik dışı davranış mobbing olarak nitelendirilemez.

Anayasa mahkemesinin güncel tarihli kararında ise her somut olayı kendi içinde değerlendirilmesi şartıyla mobbinginden bahsedilmesi için gereken unsurları; davranışın süreklilik oluşturacak şekilde tekrarlanması, keyfilik barındırması, kasten ve sistematik şekilde gerçekleşmesi, amacın yıldırma ve dışlama olması, bu davranışların işyerinde yönetici veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleşmesi veyahut bu tür davranışlara sessiz kalınması, davranışlara maruz kalan kişinin kişiliğine, meslek hayatına veya sağlığına zarar vermesi ya da verme tehlikesi içinde olması gerektiğini belirtmiştir²⁸⁰.

Davacılar, Adliye emanet memuru olarak çalışan murislerinin intihar etmesi sonucu hayatını kaybettiğini, aynı adliyede çalışan iki savcının hakaret, tehdit, görevi kötüye kullanma düzeyine varan psikolojik tacizlerinin davacıların murisinin intihar etmesine sebep olduğunu iddia ederek Adalet Bakanlığı aleyhine idari yargıda mobbing sebebiyle açılan tazminat davasında, müteveffanın ölümünden önce ilgili savcılara yönelik adli veya idari mercilere yapılan sözlü veya yazılı herhangi bir şikâyetin bulunmadığı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu İkinci Dairesi'nce yapılan soruşturma sonucu sübut bulunan eylemlerden ilgili savcı hakkında "Eski emanet memurunun intiharı sonrasında yürütülen soruşturma sırasında Emniyet Müdürlüğü yetkililerini bizzat arayarak soruşturmayı yönlendirme çabası içerisine girdiğinin" sabit olduğu gerekçesiyle disiplin cezası verildiği, bunun haricinde herhangi bir tespitle bulunmadığı, müteveffanın intiharından sonra ajanda ve flaş belleğinde bulunan yazıların da hukuken geçerli somut bir delil olarak kabulüne olanak bulunmadığı, savcılarının gerçekleştirmiş olduğu eylem ile intihar olayının arasında illiyet bağının bulunmadığı gerekçesi ile şartları oluşmayan manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiş, karar Danıştay tarafından oyçokluğu ile onanmıştır²⁸¹. Karşı oy gerekçesinde ise dosyaya ibraz edilen ajanda ve flaş bellek incelendiğinde müteveffanın iş yoğunluğu sebebiyle çeşitli zamanlarda ilgili savcıdan talepte bulunduğu, bu talebi karşısında savcının hakaret ettiğini, ağır iş yükü altında çalışmak zorunda bıraktığını, bu nedenle izin kullanamadığını, tehdit edildiğini, tehdit sebebiyle

²⁸⁰ AYM, T. 08/09/2020, Başvuru No. 2015/7108, R.G. Tarih ve Sayısı. 23/10/2020-31283.

²⁸¹ D10D, E. 2015/4535, K. 2020/2967, T. 15/09/2020.

kimseye bahsedemediğini, ilgili savcıların psikolojik dengesini bozduğunu, başına bir iş gelirse iki savcıdan bilinmesi gerektiğine ilişkin ifadelerin yer aldığını, ilgili savcılar hakkında disiplin cezası verildiğini, tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde iki savcının eylemlerine maruz kalan müteveffanın intihar ettiği gerekçesiyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kanaat getirmiştir.

Kusurlu eylemden dolayı görev kusuru mu salt kişisel kusur mu bulunduğu tespit edilirken her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bu olayda dosyaya sunulan deliller dikkate alındığında, ilgilinin intiharı ile idarenin kusuru arasında illiyet bağının bulunmaması, daha doğru bir anlatımla müteveffanın intiharı ile ilgili kişilerin davranışları arasında şüpheden uzak şekilde bağlantı kurulamaması sebebiyle oyçokluğu ile verilen kararın yerindedir.

Narkotik şubede komiser yardımcısı olarak çalışan davacıya tüm personele verilen giriş kartının verilmemesi, davacı gibi mahkeme kararı ile gelen komiser yardımcılara yaya devriyenin verilmesi, uzak ilçelere görevlendirildiği günlerde araç tahsis edilmemesi sebepleriyle mobbinge maruz kaldığına ilişkin verilen kararda Danıştay, bir davranışın mobbing olarak sayılabilmesi için sistematik, sürekli ve kasıtlı olması gerektiğini, davacının maruz kaldığı bu davranışların ispatlanamadığını, somut olaydaki görevlendirmelerin kasten veya keyfi şekilde tesis edildiğinin kanıtlanamadığı, tesis edilen işlemlerin idarenin takdir yetkisinde olduğunu ve mobbing olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna vararak ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verdiği görülmektedir²⁸². Her somut olay mevcut delillere göre ayrı ayrı değerlendirileceğinden dosya kapsamındaki iddia ve delillerden davacının görevlendirilmesinin keyfiliğe varmadığı anlaşıldığından Danıştay'ın kararı yerindedir.

Devlet üniversitesi ilgili fakültesinde öğretim elemanı davacı, soruşturma sonucu üniversite disiplin kurulu tarafından görevinden çekilmiş sayılacağına karar verildiğini, mahkemece işlemin iptal edilmesi üzerine görevine döndüğünü, söz konusu idari işlem ile öncesinde idarece tesis edilen işlemlerin akademik kariyerini,

²⁸² D5D, E. 2016/24415, K. 2020/5256, T. 18/11/2020.

şeref ve haysiyetini, kişilik haklarını ve sosyal statüsünü etkilendiğini, mobbinge maruz kaldığını, ağır derecede manevi zarara uğradığından bahisle açmış olduğu manevi tazminat davasında; davacı hakkında bir yıl içinde belirli aralıklarla toplam altı adet soruşturma açıldığı, disiplin işlemleri uygulandığı, bu işlemlere karşı dava açılarak mahkemelerce iptal kararı verildiği, her bir iptal kararının ayrı ayrı irdelendiği ilk derece mahkemesi tarafından;

“Davacının bir takım eylemlerde bulunması ve bu eylemler üzerine bölümde görev alan bazı kişilerin yakınmaları ve davacının davalı idareye şikâyet edilmesi üzerine, davalı idare tarafından davacıya ait eylemlerin disiplin soruşturmalarına konu edildiği, yapılan disiplin soruşturmaları neticesinde soruşturmacılar tarafından davacının eylemlerine istinaden disiplin cezalarının teklif edildiği, davalı Üniversite Yüksek Disiplin Kurulu tarafından davacı hakkında teklif doğrultusunda bir takım cezaların verildiği, bu cezalardan bir kısmının Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile reddi üzerine bir alt cezanın verildiği, bu cezalara karşı davacı tarafından açılan iptal davalarının bir kısmının davacının fiili ile uygulanan cezanın örtüşmemesi, bir kısmının ise davacının üniversite yönetimine yönelttiği söz ve eylemlerinin, eleştiri sınırları içerisinde kaldığından bahisle ve birinin de davacı hakkında yürütülen soruşturma nedeniyle görevden iki ay görevden uzaklaştırılmasına ilişkin işlemde, sadece soruşturma açılmasının görevden uzaklaştırma için yeterli olmadığı, soruşturma safahatı için gerekli belgelerin idarenin elinde olduğu gerekçesi ile iptaline karar verildiği görülmektedir. Bu durumda davacı hakkında tesis edilen ve yukarıda yer alan mahkeme kararlarına konu edilen her bir işlemin davacı ile davalı idare arasında, davacının eylemlerinden kaynaklı soruşturmalar neticesinde verilen disiplin cezalarına ilişkin olduğu, söz konusu işlemlerin idarece davacıyı sırf taciz amacı ile tesis edildiğini gösterir emarelerin mevcut olmadığı, her bir işlemin davacının bir takım eylemleri ve bu eylemlerin davalı idare tarafından gösterilen reaksiyona bağlı etki-tepki sonucunda düzenlendiği kanaatine ulaşıldığından mevcut durumda mahkememizde, davalı idarece davacıya psikolojik taciz (mobbing) yapıldığı yönünde bir kanaat oluşmadığından davacının kişilik haklarının, sosyal statüsünün saldırıya

uğradığından ve dolayısıyla manevi olarak zarara uğradığından söz edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.”²⁸³

Gerekçesi ile idarenin tesis etmiş olduğu işlemlerin davacının davranışları karşısında gösterilen reaksiyon sonucu verildiği, idarenin mobbing uygulama kastının bulunmadığı, dolayısıyla mobbingden bahsedilemeyeceğinden davanın reddine karar vermiş, verilen kararın temyizi sonucu Danıştay, ilk derece mahkemesince verilen kararı ve dayandığı gerekçeyi hukuka uygun bularak onamıştır²⁸⁴.

Mobbingden bahsedebilmek için maruz kalanın yıldırılması, bezdirilmesi kastının bulunması gerektiğine daha önce değindiğimiz üzere, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi davacı tarafından verilen etkiye tepki olarak idare tarafından meydana getirilen davranışların mobbing olarak kabulü mümkün değildir.

Yine Danıştay’ın güncel bir kararında Devlet Üniversitesinde öğretim elemanı olarak çalışan davacının hakkında açılan disiplin soruşturmaları sebebiyle baskı, taciz ve prestij kaybına uğradığından bahisle idare aleyhine, idari yargıda açmış olduğu tazminat davasında Danıştay, davacı hakkındaki soruşturmanın kamu hizmetinin etkin şekilde yerine getirilmesi maksadıyla yapıldığını, daha sonraki soruşturmaların ise diğer öğretim üyelerinin şikayeti üzerine başlatıldığını, bunun idarenin yasal yükümlülüğü olduğunu, idarenin hareketsiz kalmasının hukuki sorumluluğuna yol açacağını, açılan her soruşturmada ceza verilmediğini, ayırım yapılmaksızın her ilgili hakkında soruşturmanın açıldığını, “Öte yandan davalı idarenin açmış olduğu soruşturmalar ve bir kısmında davacıya vermiş olduğu disiplin cezaları nedeniyle, davacıya psikolojik taciz yapıp yapılmadığı hususunun yukarıda belirtilen mevzuat ve tanımlamalar ışığında değerlendirilmesinde, psikolojik tacizin varlığı için idareler tarafından çalışanını sindirmek maksadıyla sistematik ve kasıtlı olarak, düzenli bir şekilde belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkması gerektiği; davalı idarenin davacı hakkında gerek şikayet

²⁸³ İstanbul 9.İdare Mahkemesi, E. 2019/2473, K.2020/755, T. 17/06/2020, (Yayınlanmamış Karar).

²⁸⁴ D8D, E. 2021/1352, K. 2021/3452, T. 29/06/2021.

dilekçeleri nedeniyle, şikayete konu hususları aydınlatmak amacıyla mevzuatın emri doğrultusunda kendisine yüklenen görevi yerine getirerek soruşturma açması ve delillere göre işlem tesis etmesinde, gerekse de kamu hizmetinin zamanında ve eksiksiz yürütülmesi amacına matuf olarak, bu hizmetlerin kusurlu işleminde dahil olan personel hakkında soruşturma açması ve neticelendirmesinde, bu soruşturmaların psikolojik taciz olarak nitelendirilmesi için içinde bulunması gereken kasıt unsuru ile süreklilik unsurunu barındırmadığı açıktır.” açıklaması ile somut olayda mobbing unsurlarının bulunmadığına kanaat getirmiştir²⁸⁵.

Çalışmamızın mobbing konusunun başında da değindiğimiz üzere mobbinge sebebiyet verebilecek davranışların bir ölçüye kadar kabul edilebilir olması sebebiyle hangi davranışın mobbing kapsamında kaldığının değerlendirilmesi oldukça zor olduğundan yukarıda vermiş olduğumuz örnekten de anlaşılacağı üzere, öğretim elemanına karşı açılan soruşturmaların kasıtlı olmadığı, keyfiyet varmadığı, hizmetin ifası açısından gerekli olduğu anlaşıldığından mobbing unsurunun bulunmadığı yönündeki karara iştirak etmekteyiz.

Elektrik Üretim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü bünyesinde görev yapan davacının zincirleme bir şekilde keyfi ve kanunsuz uygulamalar neticesinde mobbinge uğradığından bahisle idareye karşı, idari yargıda açmış olduğu tazminat davasında “davacının iddialarının fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurlar değerlendirildiğinde; 2004 ile 2009 yılları arasında davalı idare tarafından davacının yer değiştirmeye tabi tutularak işyerinden ve çalıştığı birimden uzaklaştırıldığı, yapılması gereken ödemelerin çeşitli gerekçeler ileri sürülerek ilgili personel tarafından geç yapıldığı veya hiç yapılmadığı; davacı tarafından bu konulara ilişkin şikâyetlerinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına iletilmesi üzerine Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen 07/04/2010 günlü, 47 sayılı Bakan Olurunda, davacının iddialarının soruşturma raporu ile teyit edildiği; davacı hakkında tesis edilen işlemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, davacı üzerinde fiziki ve ruhsal olumsuz etkilere yol açtığı, davacıya yönelik olarak belirli bir süre sistematik biçimde devam eden yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan bu işlemler

²⁸⁵ D8D, E. 2020/3456, K. 2021/3660, T. 08/07/2021.

nedeniyle, olayda, adı geçene manevi tazminat ödenmesini gerektiren koşulların oluştuğu sonucuna varıldığı” açıklamasıyla davacının mobbinge maruz kaldığına ilişkin verilen karar Danıştay tarafından onanmıştır²⁸⁶. Karşı oy gerekçesinde ise idarenin işlemlerinin davacıya yönelik kişisel bir tutumdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının, davacının ne gibi kişisel haklarının ihlal edildiğinin, davacının ağır elem ve üzüntü duyup duymadığının kanıtlanamaması, soyut iddialarla idarenin sorumlu tutulamayacağından bahisle kararın bozulması gerektiğini savunmuştur.

Kanaatimiz ise, Danıştay’ın oyçokluğu ile vermiş olduğu karar ile aynı yönde olup, kamu görevlisinin görevinden tamamen ayrılamayan davranışlarından kaynaklanan mobbinge ilişkin uyuşmazlığın çözüm yerinin idare mahkemeleri olduğu yönündedir.

2. İşyerinde Psikolojik Tacizin Mevzuatımızdaki Yeri

Türk hukuk sistemimizde 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğü giren Türk Borçlar Kanunu’ndan önce psikolojik tacize ait kanunda açık bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, psikolojik taciz davalarında uygulanabilecek hükümlerin çoğu taciz, yıldırma, kötü muamele yasağı, eşitlik ve benzeri kavramlarla Anayasa, Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunda dolaylı olarak yer almaktadır. Psikolojik tacize maruz kalan kişilerin 1982 Anayasası 10. maddesi ile düzenlenen kanun önünde eşitlik hakkına, 12. maddesi ile düzenlenen temel hak ve hürriyetler hakkına, 17. maddesi ile düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığı ile kişinin dokunulmazlığı hakkına, belli bir görüş sebebiyle taciz mağduru olması halinde 25. maddesi ile düzenlenen düşünce ve kanaat hürriyeti hakkına ve somut olaya göre başkaca anayasal hakları ihlal edilmektedir. Psikolojik taciz kavramına açıkça Anayasada yer verilmese de madde metinleri bir arada değerlendirildiğinde ayrımcılığın ve buna bağlı olarak psikolojik tacizin Anayasada reddedilen kötü muamelelerden biri olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla Anayasada yer alan bu maddelerle psikolojik tacizin dolaylı şekilde koruma altına alındığı görülmektedir. Medeni Kanunun 24. maddesi ile düzenlenen kişilik haklarına hukuka aykırı şekilde saldırı halinin düzenlenmesi, Borçlar Kanunun 49.

²⁸⁶ D2D, E. 2020/1868, K. 2020/3341, T. 11/11/2021.

maddesi ile düzenlenen haksız fiil sorumluluğu aynı nitelikteki dolaylı düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Bu kanunların yanında 4857 Sayılı İş Kanununda, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda açıkça Psikolojik taciz düzenlenmemekle birlikte işçinin korunması, işverenin işçisini koruma ve gözetme borcu, işverenin eşit davranma yükümlülüğünü içeren maddeleriyle, 657 sayılı Devler Memurları Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte kamu görevlilerinin sadakat borcu, tarafsız davranma yükümlülüklerini içeren maddelerle dolaylı yoldan psikolojik taciz yasaklanmıştır.

6098 sayılı TBK. m. 417 *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”* hükmüyle ilk kez psikolojik taciz kavramına yer verilmiş ancak tanımı yapılmamıştır. Böylelikle işyerinde psikolojik taciz, yasama organınca tanınan bir olgu halini almıştır. Düzenlememenin iş ve sosyal güvenlik hukuku kapsamında yapılması beklenirken, borçlar hukuku kapsamında yapılması ise iş kanununa göre daha kapsamlı olması sebebiyle isabetli olmuştur²⁸⁷.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda psikolojik taciz ayrı bir suç olarak düzenlenmemekle birlikte psikolojik tacizde, tacize uğrayana yönelik fillerin TCK'da ayrı bir suç oluşturması da mümkündür. Her somut olaya göre değişmekle birlikte psikolojik tacizin gerçekleştiği süreçte şantaj, hakaret, görevi kötüye kullanma, tehdit gibi suçların işlenmesi mümkündür. Failin davranışının aynı zamanda TCK kapsamında suç olması durumunda, hem bu suçtan dolayı cezai hem de psikolojik tacizden dolayı hukuki sorumluluğu bulunacaktır.

Psikolojik tacize ilişkin kanunlarda yapılan diğer bir düzenleme de 20/4/2016 tarihinde 29690 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları

²⁸⁷ Demircioğlu, s.124.

ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile yapılmıştır. Anılan kanunun amacı ve kapsamı ele ilk maddesi şu şekildedir;

“Bu Kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir”

Hemen belirtmek gerekir ki bu kanunda psikolojik taciz, yıldırma gibi birçok menfi muamelenin önlenmenin yanında asıl amacın tüm hukuk devletlerince insanlık suçu olarak kabul edilen işkence, ırkçılık gibi daha ağır nitelikteki muameleleri önlemeye yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Kanunun 2. maddesinde kanunda sayılan temellere dayanan yıldırmaya, onur kırmaya, aşağılamaya veya utandırmaya yönelik her türlü davranış taciz olarak tanımlanmış ve psikolojik taciz de buna dâhil edilmiştir²⁸⁸. 4. Maddede ise taciz “ayrımcılık türleri” arasında sayılmıştır. Kanunun sistematığına bakıldığında psikolojik tacizin ayrımcılık olarak kategorize edildiği, bu haliyle kurumsal ve etkin olarak mücadele edilmesi gereken kötü muameleler arasına dâhil edilmiştir.

2012 yılında yürürlüğe giren TBK ile psikolojik tacize ilişkin ilk kez kanunla yapılan düzenlemeden önce, 11/03/2011 tarih ve 27879 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" başlıklı 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde düzenleme yapılmıştır. Genelgede psikolojik tacizin kasıtlı ve sistematik biçimde ve belirli bir süreçte çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması ve benzeri şekillerde ortaya çıkabileceği vurgulanmıştır²⁸⁹. Genelgede tam anlamıyla tanımlanmadan psikolojik tacizine sebebiyet verebilecek hallere yer verilmiştir. Ayrıca tacizin önüne geçilmesinin, iş sağlığı ve güvenliği ile

²⁸⁸ Tanımın tamamı m.2/1-j:”Taciz: Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı”

²⁸⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319-8.htm> (E.T. 30/11/2021)

çalışma barışındaki önemine de değinilmiştir. Genelgenin amaç ve kapsamını ele alan birinci maddesinde, işyerinde psikolojik tacizle mücadelede öncelikli olarak işverenin sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca çalışanların tacize uğramamaları için gerekli bütün önlemlerin işveren tarafından alınması gerektiği de vurgulanmıştır. Gerek 6701 sayılı Kanun gerek 2011/2 sayılı Genelge birlikte değerlendirildiğinde kamusal alanda gerçekleşen idari mobbingin önlenmesi bakımından idarenin hukuki sorumluluğunun bulunduğu ve bu sorumluluğun ihlal edilmesi halinde idarenin ihmalin sonuçlarından sorumlu olacağı açıktır.

Kanun ve genelgelerle yapılan düzenlemelerden önce mahkeme önüne gelen olaylarda psikolojik taciz olgusu dikkate alınarak karar verildiği görülmektedir. Ankara 8. İş Mahkemesinin 20/12/2006 tarih, E. 2006/19, K. 2006/625 Sayılı kararı, mobbing kavramının tanımlanarak ele alındığı ilk karar olarak değerlendirilebilir²⁹⁰. Yargıtay'ın onadığı kararda mobbing; *“işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., davranışları içermektedir.”* olarak ifade edilmiştir²⁹¹.

Kamu hizmetlerini ajanları aracılığı ile yerine getiren idarenin bünyesinde çalışan kamu görevlilerinin arasında hiyerarşik ilişki mevcut olduğundan kamu kurum ve kuruluşlarında sıklıkla hiyerarşik ilişkiden kaynaklı dikey psikolojik taciz ile karşılaşmaktadır. Hiyerarşik amirin astın işlemlerini denetleme, asta emir verme, astın memuriyet durumuna ilişkin (atama, yükseltme, disiplin cezası verme) işlem yapma gibi hiyerarşik güçten kaynaklı yetkileri bulunmaktadır²⁹². Mahkeme önüne

²⁹⁰ Demircioğlu, s.121.

²⁹¹ Y9HD, E. 2007/9154, K. 2008/13307, T. 30/05/2008, kararın ilgili kısmı “Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırarak "sen bu işi beceremiyorsun" gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir.

²⁹² Günday, s. 83.

gelen uyuşmazlıklar dikkate alındığında hiyerarşik amirin yetkilerini kötüye kullanarak çoğunlukla atama, disiplin cezası verme, geçici görevlendirme şeklinde psikolojik tacize yönelik davranış sergilediği görülmektedir²⁹³.

B. İDARİ MOBBING

1. Kamu Kurum ve Kuruluşlarda Meydana Gelen Psikolojik Tacizde İdarenin Sorumluluğu

Bir kamu görevlisinin, diğer bir kamu görevlisini hedef alarak işyerinde psikolojik tacizde bulunması sonucu, idarenin çalışanını psikolojik tacizden korumak ve psikolojik tacizi önlemek için gereken özeni gösterme ve tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Esasen bu yükümlülük kaynağını Anayasadan almaktadır. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararlardan dolayı sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Psikolojik tacizi önlemek ve çalışanını psikolojik tacizden korumak için gerekli özeni gösterme ve tedbirleri alma yükümlülüğü bulunan idarenin bu görevini hiç ya da gerektiği gibi yerine getirmedeği ve bundan dolayı ilgililerin zarar görmesi halinde Anayasanın yukarıda bahsedilen ilgi maddesi gereğince idarenin tazmin borcunun doğacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. İdarenin sorumluluğuna ilişkin bir diğer düzenleme ise DMK'da yer almaktadır. Kanunun 10. maddesinin birinci bendinde “*Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun ve diğer mevzuatlarla belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar.*” şeklindeki düzenlemeye göre amir durumunda olan devlet memurlarının emri altında bulunan devlet memurlarının hal ve hareketlerini takip etmekle sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Kamu görevlisinin psikolojik tacizinden dolayı idarenin sorumluluğuna ilişkin en spesifik düzenleme kuşkusuz ki bir önceki başlıkta değindiğimiz 2011/2 sayılı Genelgedir. Genelgede kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel sektör ayrımı

²⁹³ D8D, E. 2019/6046, K. 2021/1626, T. 17/03/2021; D8D, E. 2020/3456, K. 2021/3660, T. 08/07/2021; D2D, E. 2016/7439, K. 2019/7301, T. 18/12/2019.

yapılmaksızın her iki işyerinde meydana gelen psikolojik tacizin, çalışan bireylerin itibarına ve onuruna zarar verdiğine, verimliliği azaltmak suretiyle çalışma hayatını olumsuz etkilediğine değinilerek çalışan bireylerin psikolojik tacizden korunması maksadıyla alınması gerekli olan tedbirler 8 madde olarak sıralanmıştır.²⁹⁴ Genelgenin 1. maddesinde işyerinde psikolojik tacizi önlemek ve gerekli tüm tedbirleri almakla öncelikli olarak işverenin sorumlu olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar işveren denmiş olsa da genelgenin kapsamına kamu kurum ve kuruluşları da dâhil edildiğinden kamu kurum ve kuruluşlarında psikolojik tacizle mücadele ve tacizin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasında öncelikli sorumluluk ilgili idareye yüklenmiştir. Genelgenin 6. maddesi ile psikolojik tacize yönelik şikâyetlerin denetim elemanlarınca titizlikle incelenerek kısa süre içinde sonuca bağlanması yönünde idarenin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Gerek Anayasal ve yasal düzenlemeler gerekse başbakanlık genelgesi uyarınca idare, tacizi önlemek ve gerekli tüm tedbirleri almaya yönelik denetim yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde hizmet kusurundan dolayı sorumlu olacaktır. Eskişehir 2.İdare Mahkemesi'nin Danıştay tarafından onanarak²⁹⁵ kesinleşen kararında; memur statüsünde üniversite bünyesinde çalışan kamu görevlisine hiyerarşik amiri tarafından yıldırma maksatlı olarak çalışma koşullarının fiziksel açıdan yetersiz bırakılması şeklinde sergilenen psikolojik tacize yönelik davranışlardan dolayı, idarenin hizmet kusurunun bulunması gerektiği aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

“...Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 25.09.2000 tarihinden itibaren Anadolu Üniversitesi Rektörlüğü'nde memur statüsünde özel güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olduğu, davacının davalı idare bünyesinde görev yaptığı süre içerisinde kendisine koruma ve güvenlik müdürü ile diğer grup amirleri tarafından yoğun baskı uygulandığını, kötü davranıldığını, sürekli işten çıkarılmakla tehdit edilerek yıldırmaya çalışıldığını, aynı statüdeki diğer bazı personelden farklı davranıldığını, olumsuz çalışma koşullarında, fiziksel açıdan yetersiz ortamlarda çalışmak zorunda bırakıldığını ve tüm bu eylemler nedeniyle psikolojisinin bozulduğunu...”

²⁹⁴ 19/03/2011 tarih ve 27879 sayılı RG, 2011/2 sayılı Başbakanlık genelgesi tam metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319-8.htm> (E.T:03/12/2021)

²⁹⁵ D10D, E. 2013/5242, K. 2016/2920, T. 26/05/2016.

Güvenlik hizmeti, davalı kurum tarafından ifa edilen eğitim öğretim hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için yerine getirilmesi zorunlu olan ve bu nedenle eğitim öğretim hizmetinin tamamlayıcısı niteliğinde bulunan bir kamu hizmetidir. Davacı ise davalı idare bünyesinde kamu hukuku kurallarına göre çalışmakta ve anılan kamu hizmetinin yürütümüne katılmaktadır.

Olayda davacı tarafından maruz kalındığı belirtilen eylemlerin incelenmesinden; söz konusu eylemlerin bir kısmının, davalı idarenin ajanları konumunda olan koruma ve güvenlik müdürü ile diğer grup amirlerinin kamusal yetkilerini kullanırken işleyebilecekleri fiiller olduğu, bu fiillerin davacı ile anılan şahıslar arasında kamu hukuku ilke ve kurallarına göre geçerli olan astlık-üstlük ilişkisinin neticesi olan eylemler olduğu, yine dava dilekçesine konu olan bazı iddiaların davacının olumsuz çalışma koşullarında, fiziksel açıdan yetersiz ortamlarda çalışmak zorunda bırakıldığına dolayısıyla davalı idarenin kamu hizmetinin yürütümü için uygun ve elverişli ortamlar hazırlamadığına ilişkin bulunduğu anlaşılmakta olup; söz konusu iddiaların doğru olmasının idarenin kamu hizmetini olması gerektiği şekilde işletemediği ve dolayısıyla hizmet kusuru işlediği anlamına geleceği tabiidir.

Bununla birlikte idarenin sorumluluğuna ilişkin İdare Hukuku ilkelerine göre, idarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak idari işlem, idari eylem ya da eylemsizlik sonucunda kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş bir maddi zararın varlığı halinde mümkündür. Dolayısıyla varlığı kesin olarak ispatlanamayan ya da varlığı ispatlanmakla birlikte idari tasarruflarla arasındaki illiyet bağı, yani idari tasarrufların sonucu olarak meydana geldiği kesin şekilde ortaya konulamayan zararların idare tarafından tazminine hükmedilebilmesine olanak bulunmamaktadır...’’²⁹⁶

Bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi, kurumda veteriner hekim olarak çalışan başvurucu hakkında sık aralıklarla soruşturma açılmasında, yazılı şekilde uyarılmasında, sürekli savunmasının istenmesinde keyfiliğe kaçan durumların olduğuna kanaat getirerek, başvurucu için çekilmez bir hal alan bu durumu psikolojik

²⁹⁶ Eskişehir 2.İdare Mahkemesi, E. 2012/618, K. 2013/293,T. 29/03/2013, (Yayınlanmamış Karar).

taciz olarak nitelendirmiştir. Kararın devamında “Sonuç olarak söz konusu eylem ve işlemlerin başvurusunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmasına rağmen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için kamusal makamlar tarafından etkili önlemler alınmaması, başvurusunun uğradığı zararların giderilmemesi ve yargılamalar sonucunda derece mahkemelerince ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.” denilmek suretiyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kanaat gerildiği görülmektedir²⁹⁷.

Nitekim Danıştay’ın yaklaşımı da aynı yönde olup, kamu görevlisinin görevinden kaynaklı yetkilerini kullanarak psikolojik tacize sebebiyet vermesi ve idarenin de denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ilgili kamu görevlisinin yanında idarenin de hizmet kusurunun bulunduğunu kabul ettiği görülmektedir²⁹⁸.

2. Görevli Yargı Mercii Belirlenmesi Sorunu

Kamu görevlilerine karşı psikolojik taciz idari eylemlerle yapılabileceği gibi idari işlemler aracılığıyla da yapılabilir. Hiyerarşik amir kamu gücünden kaynaklı yetkilerini kullanarak hedef aldığı kamu görevlisine karşı yıldırım, bezdirmek amaçlı idari işlemler tesis ederek psikolojik tacizde bulunabileceği gibi işlem tesis etmeksizin sözlü taciz, aşağılama, görmezden gelme gibi sadece eylemleri ile de psikolojik tacizde bulunabilir. İdari işlem ve idari eylemin bir arada bulunması da mümkündür. Hiyerarşik amirin idari işlem tesis ederek gerçekleştirdiği psikolojik tacizlerde, hedef alınan kişinin yıldırılması amaçlandığından genel olarak maksat ve sebep unsurları yönünden sakat idari işlemler tesis edilmektedir. Bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargıda görülmesi konusunda bir tereddüt yoktur. İşlemin iptali davasıyla birlikte psikolojik tacize sebebiyet veren işlem veya eylemden kaynaklanan

²⁹⁷ AYM, T.19/07/2018, Bireysel Başvuru No.2014/7998, R.G.Tarih ve Sayısı, 26/09/2018-30547.

²⁹⁸ D8D, E. 2012/5245, K. 2018/3740, T. 28/06/2018; D8D, E. 2015/14617, K. 2016/1620, T. 23/02/2016.

zararların tazminin istenmesi mümkün olmayıp söz konusu zararlar için ayrı bir tazminat davası açılması gerekir.

Psikolojik taciz nedeniyle kamu görevlisinin uğramış olduğu maddi manevi zararlara ilişkin açılan tazminat davalarının hangi yargı yoluna tabi olduğu hususu yargı içtihatlarından tartışmaya sebebiyet vermiştir. Söz konusu tartışmalar, kamu görevlisinin psikolojik tacize sebebiyet veren davranışlarının salt kişisel kusur olarak mı yoksa görev kusur olarak mı değerlendirilmesi gerektiği temeline dayanmaktadır. Kamu görevlisinin hizmetten tamamen ayrılabilen salt kişisel kusurunun varlığının kabulü halinde, mobbingi uygulayan kamu görevlisine karşı tazminat davasının adli yargı mercilerinde açılması gerekirken; kamu görevlisinin hizmetten ayrılamayan görev kusurunun varlığının kabulü halinde, mobbingi uygulayan kamu görevlisine kusuru oranında rücu edilmek kaydıyla ilgili idare hasım gösterilerek idari yargı merciilerinde dava açılması gerekir.

Kamu görevlileri kendilerine verilen görevleri yerine getirirken mevzuata uygun davranışları anayasal bir yükümlülüktür. Anayasanın 129/5. ve 657 Sayılı Devlet Memurları Yasasının 13/1 maddeleri ile daha önce de belirttiğimiz üzere, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davranışları nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen şartlara uygun olarak idareye karşı açılır. Ancak salt kişisel kusur ile görev kusurunun ayrılması hususunda yargısal içtihatlar da bir birlik sağlanamadığında mobbing kaynaklı açılan tazminat davalarında yüksek mahkeme tarafından kimi zaman kamu personelinin görev kusurunun bulunduğu kimi zaman ise kişisel kusurunun bulunduğu kanaat getirilerek, görevli yargı mercii ve uygulanacak hukuk açısından farklılıkların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Davacı, hemşire olarak Tıp Fakültesi Hastanesi ilgili Anabilim Dalı başkanı davalı profesör ile birlikte çalıştığını, davalının davacıya hakaret ettiğini, işini eksik yapan, güvenilmez biri olarak gösterdiğini, başka bir doktora davalı hakkında şikâyet dilekçesi yazdırarak soruşturma açılmasını sağladığını, gelen hastalara davacı aleyhine tutmuş olduğu tutanaklara imza atmaları için baskı yaptığını, tüm bu davranışlardan

davalının davacıya karşı mobbing uyguladığını iddia ederek adli yargıda açılan manevi tazminat davasında hukukçu bilirkişi tarafından düzenlene raporda; davacının kamu hizmeti olan hemşirelik hizmetin görmekte iken işyerinde yaşadığı bir takım sorunlardan dolayı psikolojik rahatsızlık geçirdiği, bundan dolayı ilaç kullanmaya başladığı ve yaşama sevincinde azalma olduğu anlaşıldığı, meydana gelen manevi zararın davacının iddia ettiği gibi davalının davacıya karşı hissettiği kin, düşmanlık gibi duygularla kasıtlı olarak gerçekleştiğinin düşünülmediğine, söz konusu zararın idarenin kuruluş, işleyiş ve örgütlenişindeki aksaklıktan ve ilgili bölümde yeterli personel bulundurulmayışında kaynaklanmakta olduğunu, Anabilim Dalı başkanı olduğu bölümdeki sağlık hizmetlerinin eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesini isteyen davalının kişisel bir kastı olmaksızın davacıdan birçok işi bir arada yerine getirmesi için yüklenmiş ve davacının psikolojisinin bozulmasına neden olduğunu, dosyadaki belgelerden davalının idareden ek personel talep ettiği ancak bu talebe karşılık verilmediğinin anlaşıldığı, bir olay ya da olaylar zincirinin mobbing olarak değerlendirebilmek için aynı zamanda işlenen fiillerin kasıtlı olması, sistematik bir şekilde tekrarlanması, uzun süreçtir devam ediyor olması ve çalışanı pasifize ederek işyerinden uzaklaştırmayı amaçlaması gerektiğini, davalının tutum ve davranışlarının mobbing kapsamında değerlendirilemeyeceği, idarenin kamu hizmetini kurmak ve organize etmekteki eksiklik ve düzensizlikten ilgili bölümde yeteri kadar personel bulundurulmamasından dolayı dava konusu olayların gerçekleştiği, idarenin hizmet kusuru olduğu ve oluşan zarar nedeniyle açılacak davada husumetin İdare Mahkemesine yönlendirilmesi gerektiği bildirilmişse de mahkemece davalının tutum ve davranışlarının mobbing kapsamında değerlendirilmeyeceği, manevi tazminatın koşulları oluşmaması nedeniyle esastan red kararı verilmiştir²⁹⁹. Bahsi geçen karar temyiz edilerek Yargıtay ilgili hukuk dairesi tarafından, dava edilen konu dikkate alındığında kamu görevlisinin yürütmüş olduğu görev esnasında yerine getirmiş olduğu eylemden kaynaklanması sebebiyle davalıya husumetin yöneltilemeyeceği gerekçesiyle oyçokluğu ile bozma kararı vermiştir. Daire başkanı ayrışık kalarak karşı oyu ile belirtilen maddi olguların öncelikle salt kişisel kusurdan kaynaklanıp

²⁹⁹ Adana 3 AHM, E. 2011/679, K. 2013/29, T. 24/01/2013, (Yayımlanmamış Karar).

kaynaklanmadığının değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararına katılmamıştır³⁰⁰.

Kanaatimiz ise Yargıtay ile aynı yönde olmakla birlikte, somut olayda davalı kamu görevlisinin davacı hakkında soruşturma açılmasına sebebiyet vermesinin söz konusu olması nedeniyle kastının bulunduğu ve bu nedenle idari yargıda açılacak tazminat davasında idarenin hizmet kusuru ile birlikte kamu görevlisinin görev kusurunun bulunduğu yönündedir.

Öte yandan Eczacılık Fakültesinde bölüm başkanı olarak görev yapan davacının, fakülte dekanı davalının kendisine mobbing uyguladığı, çeşitli zamanlardaki tutum ve davranışları ile dışladığı, uyarma disiplin cezası almasına neden olduğunu iddiasıyla adli yargıda açmış olduğu manevi tazminat davasında, yerel mahkemece davalının eylemlerinin mobbing olduğu sonucuna varılarak dava kabul edilmiştir. Anılan karar temyiz edilerek Yargıtay tarafından, davalının yönetici sıfatını kötüye kullanması sonucu davacının kişilik haklarını zedelediği iddia edildiğine göre adli yargıda açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğinden bozulmuştur³⁰¹. Direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta “*Öncelikle konuyla ilgili yasal düzenlemeler ortaya konularak somut olayda davalının eylemlerinin görevden ayrılabilir salt kişisel kusur mu, yoksa görev kusuru mu oluşturduğu irdelenmeli, husumet ehliyeti de buna göre ele alınmalıdır. Somut olay ele alındığında; davacı, kendisine karşı psikolojik baskı ve bezdiri uygulandığı gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandığı bu maddi olgulardan, davalı dekanın göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunması karşısında; dava dilekçesinde sıralanan maddi olgularda davalının salt kişisel kusuruna dayanılması nedeniyle davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.*” denilmek suretiyle yerel

³⁰⁰ Y4HD, E. 2013/6797, K. 2013/8908, T. 15/05/2013.

³⁰¹ Y4HD, E. 2012/10074, K. 2013/3884, T. 06/03/2013.

mahkemenin direnme kararını uygun bularak, idare ajanının salt kişisel kusurunun bulunduğunu oyçokluğu ile kabul etmiştir. Bir kısım kurul üyeleri tarafından ilgili özel daire kararı uygun bulunarak husumet nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁰².

Yukarıda bahsedilen olayda her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kamu görevlisinin salt kişisel bulunduğuna kanaat getirilmişse de kanaatimiz aynı yönde olmayarak, kamu görevlisinin görevinden tamamen ayrılmayan kusurlu hareketleri ile zarara neden olması sebebiyle davanın idari yargıda görülmesi yönündedir.

Aile sağlığı merkezinde hemşire olarak çalışan davacı, birlikte çalıştığı davalı doktorun kendisine “s... Ol git, senin eşin basit bir polis memuru, seni savcılığa vereceğim, sen kimsin, sen bu işlere karışma” şeklinde hakarete bulunduğunu, bu hakaretlerin çeşitli zamanlarda tekrarlayarak kendisine karşı mobbing uygulandığını, şikâyeti üzerinde davalının kamu görevlisine alenen hakareten ceza aldığını iddia ederek adli yargıda açmış olduğu manevi tazminata ilişkin davada ilk derece mahkemesi; kamu görevlilerinin görev kusurunun bulunması halinde davalının rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılabilirliğini, somut olayda da davalı doktorun görevini ifa ederken kasten usul ve yasaya aykırı hareket etmek suretiyle davacıya karşı söylediği sözlerin kendisini manevi zarara uğrattığının iddia edildiği gerekçesiyle davanın husumet yokluğu nedeniyle usulden reddine karar vermiştir³⁰³. Anılan kararın temyizen incelenmesi sonucu Yargıtay; dava konusu edilen olay ile davacının dayandığı olgular dikkate alındığında, davalının kendisine hakaret etmesi sebebiyle açık ve net bir şekilde davalının kişisel kusuruna dayandığı anlaşıldığından davalının hasım olarak gösterilebileceği, davalı kamu görevlisinin görevinden ayrılabilen kişisel kusurun bulunması nedeniyle ilgili kamu görevlisine husumet yöneltilecek adli yargıda dava açılabilirliği görüşüyle ilk derece mahkemesinin kararını oybirliği ile bozduğu anlaşılmaktadır³⁰⁴.

³⁰² YHGK, E. 2014/4-110, K. 2015/2600, T. 11/11/2015.

³⁰³ Küçükçekmece 3.AHM, E. 2014/120, K. 2014/691, T. 20/11/2014, (Yayımlanmamış Karar).

³⁰⁴ Y4HD, E. 2015/14290, K. 2015/14283, T.07/12/2015.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin iki ay ara ile vermiş olduğu yukarda bahsedilen kararlara bakıldığında, benzer durumları içeren uyuşmazlıkların birinde kamu görevlisinin görev kusurunun bulunduğuna karar verilirken diğerinde salt kişisel kusurunun bulunduğuna karar verilmiştir. Daha öncede belirttiğimiz gibi salt kişisel kusur ile görev kusurunun birbirinden ayıran belirli kriterlerin bulunmaması ve ayırımın somut olaya göre değerlendirilmesi nedeniyle psikolojik tacizden kaynaklanan tazminat davalarının görevli yargı mercide açılması hususu tartışmalara neden olmuştur.

Bu duruma ilişkin uyuşmazlık mahkemesi kararları incelendiğinde ise; belediyede 506 sayılı kanın kapsamında sigortalı işçi statüsünde çalışan davacının mahalli idareler seçiminden sonra harcırah, fazla mesai gibi parasal haklarının ödenmemesi sebebiyle geliş gidişlerinde zorluk yaşamaya maruz bırakıldığını, görevi dışında tuvalet temizliği işi verildiğini, hakkında tutanak tutulacağından bahisle tehdit edildiğini, kadınların kullandığı tuvaletin bulunduğu kata çıkması yasaklanarak erkeklere ait tuvaleti kullanmaya mecbur bırakıldığını, bu tutum ve davranışlarla kendisine mobbing uygulandığı iddiası ile adli yargıda açmış olduğu manevi tazminat davasında, yerel mahkemece yargı yoluna itirazın reddedilmesi sonucu çıkan olumlu görev uyuşmazlığında uyuşmazlık mahkemesi tarafından *“Uyuşmazlık konusu olayda, davacının kendisine psikolojik taciz (mobbing), olumsuz tutum ve davranışlar uygulamak suretiyle mağduriyetine neden olduğu belirtilen kamu görevlilerinin, görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mü yoksa kişisel kusur mu olacağının ortaya konulması gerekmektedir. Davacının manevi zarar iddiasının dayanağını, idare ajanı konumunda olan davalı İdarede görevli kamu görevlilerinin kendisine sistematik olarak psikolojik taciz (mobbing) uyguladıkları şeklindeki beyanları oluşturmaktadır. Öğretide, "görevden ayrılabilir kusur" halinin varlığı halinde (yani idare ajanının kast, garaz, kin ve husumetle hareket ederek bir zarara yol açması durumunda), bu nedenle zarar gören ilgilinin idare aleyhine değil, doğrudan idare ajanı aleyhine adli yargıda dava açabilmesi gerektiği yönünde bir takım görüşler mevcutsa da; adli yargı uygulamasında bu hallerin çok açık ve somut biçimde belli olduğu ahvalde (örneğin idare ajanının ilgiliye karşı işlediği bir suç nedeniyle mahkûmiyetinin bulunması durumunda), uğranılan zararın tazmini için*

*doğrudan adli yargıda dava açılabilceğı, bunun dışında her halükârda husumetin idareye yöneltilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Belgelenmemiş, bir yargı ilâmına dayanmayan soyut iddiaların varlığı halinde görevle idare ajanı arasındaki illiyet bağı kesilmiş sayılamayacağından; iddialara dayalı bir davanın öncelikle idari yargı yerince incelenmesi gerekecektir. Davanın somutunda da, davacı tarafından, idare ajanlarının görevlerinden kaynaklanan yetkilerini suiistimal suretiyle sistematik psikolojik taciz (mobbing) halinin mevcudiyeti öne sürüldüğünden; gerçekte görev kusuru teşkil edebilecek kusur iddialarına dayalı bir davanın "tam yargı davası" mahiyetini taşıdığı ve bu davanın idari yargı yerinde ikame edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Buna göre, olayda hizmet kusuru ya da başka nedenle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının saptanması idare hukuku ilkeleri çerçevesinde yapılabileceğinden, 2577 Sayılı Kanun'un 2/1, b maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yeri görevlidir."*³⁰⁵ Gerekçesiyle idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte, idare ajanının davacıya karşı parasal ödemeleri yapmamak, tutanak tutmak gibi görevinden ayrılamayan, görevi nedeniyle kendisine verilen yetkiler kullanılarak kusurlu davranışa sebebiyet vermesi nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi kararı doğrultusunda idari yargının görevli olacağı kanaatindeyiz.

Psikolojik tacizde kamu görevlisinin salt kişisel kusuru mu görev kusuru mu bulunduğuna ilişkin Danıştay kararları incelendiğinde ise lisede öğretmen olarak görev yapan davacının kendisine karşı davalı idare tarafından nöbet görevini yerine getirememesi sebebiyle ceza verildiğini, daha sonra da bu cezanın cezayı veren tarafından geri alındığını, müdürün kendisine "Ben amirim, istersem odamı da süpürürsün, tuvaletimi de temizlersin" dediğini, tehdit ettiğini, hakkında dedikodu çıkarttığını, birden fazla okulda görevlendirilerek çalışamaz hale getirildiğini, kendisine karşı sürekli, düzenli ve sistematik olarak mobbing uyguladığını iddia ederek idari yargıda maddi manevi tazminat davası açmıştır. Manevi tazminattan bahsedilebilmesi için idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve bunun sonucunda

³⁰⁵ UM, E. 2016/417, K. 2017/200, T. 10/04/2017.

davacının ağır elem duyması gerektiğini, davacıya birden fazla görev verilmesinin, verilen disiplin cezasının geri alınmasının ağır bir hizmet kusuru teşkil etmediğini belirterek manevi tazminat talebi yerel mahkemece reddedilmiş, diğer iddialar yönünden ise idarenin hizmet kusuruyla ilgisinin olamaması, yapılan davranışların kişisel kusur niteliğinde olması, iddia edilen fiillerin idareye tazmin sorumluluğu yükleyemeyeceğinden bahisle diğer iddialar yönünden de istemin reddine karar vermiştir³⁰⁶. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay ise öğretmen olarak davalı idarede çalışan davacının ders programının zorlaştırılmasını, aynı gün içinde farklı okullarda görevlendirilmesini, görevlendirildiği okulların uzak olmasını, ayrıca görevlendirme nedeniyle ders programındaki saatlerin çakışmasını kişilik haklarının ihlali kapsamında olduğunu, davacının çalışma hayatı sorunları nedeniyle travma sonrası stres bozukluğu tanısıyla tedavisinin bulunduğu, tüm bunlar dikkate alarak manevi tazminatın şartlarının oluştuğu gerekçesiyle somut olayda davacının uğramış olduğu mobbingin kamu görevlisinin görev kusurundan kaynaklanması sebebiyle idareyi tazminata mahkum etmiştir³⁰⁷. Danıştayın kararı yerinde olup, mobbinge sebebiyet veren davranışlar, kamu görevlisinin yetkilerini kullanması sonucu meydana geldiğinden davanın idari yargıda ilgili idareye karşı açılması gerekmektedir.

3. Vakıf Üniversitelerinde Psikolojik Taciz

Kamusal faaliyetlerin başında gelen eğitim hizmetinin yerine getirilebilmesi için Anayasada vakıfların yükseköğretim kurumu kurabileceği hususu düzenlenmiştir. Anayasa'nın 130/2 maddesi uyarınca vakıf üniversitelerinin *“Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.”* ifade edilmektedir. Devlet üniversiteleri gibi kanunla kurulan³⁰⁸ bu üniversiteler Yükseköğretim Kurumunun denetimi ve gözetimi altındadır.

Çalışma hayatının her alanında olduğu gibi üniversitelerde de psikolojik taciz sıklıkla yaşanmaktadır. Vakıflarca kurulan yükseköğretim kurumunda çalışan öğretim

³⁰⁶ Kastamonu İdare Mahkemesi, E. 2014/453, K. 2015/512, T. 15/05/2015.

³⁰⁷ D2D, E. 2015/6046, K. 2017/6537, T. 25/10/2017.

³⁰⁸ Sancakdar, Önüt, Doğan, Turhan, Seyhan, s. 271.

görevlileri arasında yaşanan psikolojik tacizden kaynaklı tazminat davalarında hangi mahkemenin görevli olduğu hususu son zamanlarda tartışmalara konu olmaktadır. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. Maddesinde *"Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. Vakıf meslek yüksekokullarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir."* yer alan düzenleme uyarınca kamu tüzel kişiliği bulunan vakıf üniversitelerinin amacının kamu yararı, yerine getirdiği faaliyetin kamu hizmeti olması, özel hukuk tüzel kişisinden farklı üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahip olması sebebiyle bünyesinde görev yapanların da kamu hukukuna tabi olacağına kanaat getirilerek uyuşmazlık mahkemesi tarafından davaların idari yargı yolunda görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Yargıtay 9.Hukuk Dairesi son zamanlarda istikrarlı bir şekilde *"Uyuşmazlık Mahkemesi'nin devlet üniversitesi ile ilgili 1985 yılında verilen kararı ile çelişki yaratmaktadır. Zira Yüksek Mahkeme'nin 18.03.1985 gün ve 1985/2 Esas, 1985/8 Karar sayılı kararında açıkça "Devlet Üniversitesinin, kamu hizmeti gören ve kanunla kurulmuş bir kamu kurumu olduğu, davacı öğretim elemanın ise bu kamu kurumunda çalışan ve kamu hizmetini yürüten bir kamu görevlisi olduğu, ancak davacının bu görevi neye istinaden yürüttüğü, yani bu kamu görevinde ne şekilde istihdam edildiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiğini vurgulamış ve davalı ile davacı arasındaki ilişkinin; davacı kamu görevi yapmasına rağmen, özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğu gerekçesi ile adli yargının görevli olduğunu belirtmiştir. Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılması üzerine yeniden oluşan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bu uygulamayı benimsemiştir."*³⁰⁹ Gerekçesi ile uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir.

³⁰⁹ Y9HD, E. 2020/2160, K. 2021/5802, T. 09/03/2021.

Uyuşmazlık Mahkemesi, vakıf üniversitesi mimarlık fakültesinde profesör kadrosunda görev yapan davacının kendisine mobbing uygulandığını ve okul yönetiminin herhangi bir neden göstermeksizin iş akdini feshettiğini iddia ederek fesih sebebiyle yoksun kalınan haklarına ilişkin açılan davada “kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan “Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları” bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır. “Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bununla birlikte, davacının sözleşmesinin feshine ilişkin davalı işleminin idare hukuku anlamında bir idari işlem olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte; davacının sözleşmesinin feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasında, Trabzon İdare Mahkemesince uyuşmazlığın esasının incelenmeye devam edildiği, görev uyuşmazlığına konu edilen davanın ise; iş sözleşmesinin feshinden kaynaklanan tazminat ve alacaklar olduğu görülmüştür. Bu bağlamda, esasen; davacının sözleşmesinin feshine ilişkin idari işlemde kaynaklanan tazmin isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” başlıklı 2. Maddesinin b fıkrasında belirtilen; “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” kapsamında idari yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.”³¹⁰ Gerekçesi ile idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Danıştay’ın da Uyuşmazlık mahkemesi kararları doğrultusunda idari yargının görevli olduğuna yönelik kararları bulunmaktadır. Vakıf üniversitesinde öğretim elemanı olan davacının kendisine karşı sistemli, hukuka ve yasalara aykırı karar ve davranışlarla sistematik uygulanan psikolojik taciz sebebiyle idari yargıda açmış olduğu tazminat davasında

³¹⁰ UM, E. 2020/479, K. 2020/626, T. 26/10/2020.

yerel mahkeme görevli olduğuna kanaat getirerek şartları oluşmayan manevi tazminatın reddine karar verilmiş, temyiz incelemesi sonucu Danıştay tarafından mahkemenin görevli olduğuna kanaat getirilerek dosya esastan bozulmuştur³¹¹.

Buna karşılık vakıf üniversitesinde öğretim elemanı ve hekim olarak iş sözleşmesi ile istihdam edilen davacının hastanenin alt yapı sisteminden kaynaklanan eksikliklerden dolayı hastane yönetimi tarafından istifaya zorlandığını, hakkında soruşturma başlatıldığını, mobbinge maruz kaldığını, çalışamaz duruma gediğinden iş akdini feshetmek zorunda kaldığını iddia ederek mobbing sebebiyle adli yargıda açmış olduğu maddi ve manevi tazminat davasında, yerel mahkemece yargı yolunun caiz olmaması sebebiyle davanın reddine karar verildiği, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından istinaf başvurusunun esastan reddedildiği, temyizen Yargıtay 9.Hukuk Dairesi incelemesi sonucu *“2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 11. Maddesine, 6745 Sayılı Kanun ile 20/08/2016 tarihinde getirilen 10. bentte, hizmet sözleşmeleri hususunda 4857 Sayılı İş Kanunu'na atıf yapılması ve taraflar arasında imzalanmış sözleşmelerde, sözleşmelere idari sözleşme niteliği verecek, kamusal yetkinin getirdiği üstünlük ve ayrıcalığın bulunmaması nedeniyle idareye tanınan üstünlük ve otorite ölçütünün yokluğu, davacı ile davalı Üniversite arasında bağitlanan sözleşmelerin bireysel iş sözleşmesi olduğunu, dolayısıyla bu iş ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğunu göstermektedir. Davalı Vakıf Üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ve buna bağlı olarak İş Mahkemesi'nin görevini ortadan kaldırmaz. Uyuşmazlık, Adli Yargı yolunda ve İş Mahkemesinde çözümlenmelidir.”*³¹² Gerekçesi ile taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bireysel iş sözleşmesi olduğu, mobbingden dolayı idare ajanının görev kusuru kişisel kusur değerlendirilmesi yapılmadan sözleşmenin niteliği gereği adli yargının görevli olduğuna karar verilmiştir.

³¹¹ D8D, E. 2016/5696, K. 2018/1160, T. 01/03/2018.

³¹² Y9HD, E. 2021/9659, K. 2021/13698, T. 06/10/2021.

Yine benzer nitelikte Yargıtay'ın vermiş olduğu güncel bir kararda; vakıf üniversitesinde okutman olarak çalışan davacının mobbing sebebiyle adli yargıda açmış olduğu manevi tazminat davasında, ilk derece mahkemesi tarafından işin esasına girilerek davanın reddedildiği, bölge adliye mahkemesi tarafından ise uyuşmazlık mahkemesi kararları ve yönetmeliklere dayanılarak, ilgili vakıf üniversitesinde okutman olan davacı ile üniversite arasında devlet üniversitelerindeki gibi idari sözleşme bulunduğu, bu nedenle idari yargının görevli olduğundan bahisle yargı yolunun caiz olmamasından dolayı kararın bozulduğu anlaşılmıştır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi uyuşmazlığın davacı okutman ile davalı Vakıf Üniversitesi arasındaki ilişkinin iş ilişkisinden mi kaynaklandığı, yoksa statü hukukundan mı kaynaklandığı noktasında toplandığını, uyuşmazlık mahkemesi kararlarının ilke kararı olmadığını, belirtilen normatif düzenlemelere göre kamusal faaliyetlerin kamu personeli sayılan işçilerle de yürütülebileceğini, Vakıf Üniversitelerine Devlet Üniversiteleri gibi ayrıcalıklar tanınması ve kamu hizmeti yürütmelerinin sağlanması, kamu hizmetini sağlamak için çalıştırdığı öğretim görevlilerini statü hukukuna tabi kılmayacağını, mali ve idari konularda Vakıf Üniversitelerinin Devlet Üniversitelerinden ayrıldığını, yönetmelik hükümleri ile açıkça öğretim elemanlarının aylık ve özlük hakları konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olduğunun belirlendiğini, hukuk dairesi olarak bu uygulamayı benimsediklerini, uyuşmazlığın adli yargıda görülmesi gerektiğini belirterek kararı bozduğu anlaşılmaktadır³¹³.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılarak 9.Hukuk Dairesi ile birleştirilmesinden önce 9.Hukuk Dairesi "*Anayasa'nın 31. maddesi düzenlemesi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümleri ve özellikle kadroların akademik yönden belirlenmesi, sözleşmelerin onaya tabi tutulması dikkate alındığında, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının idari sözleşmelerle çalıştığı kabulü gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında hareketle 2013 yılında, Vakıf Üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir*(Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 09.12.2013 gün ve 2013/34603 E, 2013/28476 K). Somut uyuşmazlıkta, Vakıf Üniversitesinde öğretim elemanı olarak çalışan davacının Devlet

³¹³ Y9HD, E. 2020/2160, K. 2021/5802, T. 09/03/2021.

Üniversitelerinde olduğu gibi idari sözleşme ile çalıştığı, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu anlaşıldığından, davanın 6100 sayılı HMK.un 114 ve 115. maddeleri uyarınca yargı yolunun caiz olmaması nedeni ile usulden reddi yerine işin esasına girilerek karar verilmesi hatalıdır.” gerekçesi ile vakıf üniversitesinde öğretim elemanı olarak çalışanların mobbing sebebiyle açmış olduğu tazminat davalarında görevli yargı kolunun idare mahkemesi olduğuna karar vermiştir³¹⁴. Ancak dairelerin birleşmesinden sonra son bir yıl içinde istikrarlı bir şekilde adli yargının görevli olduğuna yönelik kararlar verilmektedir³¹⁵.

Yukarıda verilen örnek kararlardan da görüleceği üzere Vakıf Üniversitelerinde sözleşmeli çalışan öğretim elemanlarının mobbing ve benzeri nedenlerle uğradıkları zararların tazmini istemiyle ilgili ilk derece adli yargı yerlerinde açılan ve karara bağlanan davalarda Yargıtay’ın, Uyuşmazlık Mahkemesince verilen kararlardaki gerekçeyi benimsemediği ve bu davaların çözümünde adli yargı mercilerinin görevli olduğuna dair kararlar verdiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesinin aksi yöndeki emsal kararlarını “ilke kararı” olmadığı gerekçesiyle bağlayıcılığının bulunmadığına vurgu yapmaktadır. Kuşkusuz Uyuşmazlık Mahkemesinin görevli yargı yolunun belirlenmesine ilişkin kararları ilke kararı niteliğinde olmadıkça, ancak uyuşmazlık çıkarılan ilgili dava dosyası ile sınırlı olacaktır. Dolayısıyla Yargıtay’ın, Uyuşmazlık Mahkemesince bu konuda verilen kararların mutlak bağlayıcı bir karar niteliğinde olmadığı yönündeki değerlendirmesinde usulen hukuka aykırılık teşkil eden bir durumu yoktur. Ancak bu durum, bir davanın hem idari yargı merciince hem de adli yargı merciince incelenip karara bağlanmasının yolunu açtığından, gerek kararların gerekçesi, gerek usul hükümleri, gerekse varılan sonuç yönünden istikrarsızlıklara ve duraksamalara yol açabileceği konusunda da kuşku bulunmamaktadır.

³¹⁴ Y9HD, E. 2016/10723, K. 2019/6034, T. 19/03/2019; benzer kararlar için bkz, Y9HD, E. 2019/7461, K. 2019/19717, T. 12/11/2019; Y9HD, E. 2016/16205, K. 2019/5342, T. 12/03/2019.

³¹⁵ Y9HD, E. 2021/9659, K. 2021/13698, T. 06/10/2021; Y9HD, E. 2020/1518, K. 2021/5718, T.08/03/2021.

Hemen belirtmek gerekir ki, bir uyuşmazlığın çözümü için kendi özel kanununda itiraz ve başvurulacak yargı yolu bakımından bağlayıcı bir hüküm getirilmiş değilse, davanın hangi yargı merciince görülüp çözülmesi gerektiği, olayın mahiyeti ve bu konudaki yerleşik yargısal içtihatlarla göre belirlenecektir.

Devlet üniversitesi bünyesinde görev yapan bir öğretim elemanı ile Vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim elemanının 2547 sy. Yükseköğretim Yasası ile öngörülen hükümler bakımından aynı/benzer görevleri ifa ettikleri, keza benzer sorumlulukları yüklendikleri konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bu husus dikkate alındığında, haklarını ihlal eden bir işleme karşı ya da muhtel olan menfaatlerinin tazmini için açacakları davalarda da aynı hukuki usul hükümlerine tabi olmaları hakkaniyet ve eşitlik ilkesinin gereğidir. Kaldı ki bu konuda gerek uyuşmazlık mahkemesinin gerekse Danıştay'ın istikrar kazanmış görüşleri dikkate alındığında, Vakıf üniversitelerine bağlı çalışan öğretim elemanları hakkında “referans norm” kuralının benimsendiği, bu haliyle davaların idari yargı merciince çözülmesi gerektiği yolunda süreklilik kazanan kararların bulunduğu da görülmektedir.

Taraflar arasında hizmet sözleşmesi kurulmuş olsa da, bu sözleşmenin belirleyici kurallarının işveren tarafından belirlenmesi nedeniyle, taraflar arasındaki ilişkinin iş hukukuna göre değil statü hukukuna göre oluştuğunu söylemek çok da yanlış sayılmayacaktır. Öte yandan taraflar arasında sözleşme imzalanmış olması görevli yargı merciinin belirlenmesi için tek başına yeterli bir sebep de oluşturmayacaktır. Eğer taraflar arasındaki ihtilaf idareye ve onun ajanlarına yöneltilebilecek nedenlerden kaynaklanıyorsa, başka bir ifadeyle sözleşme koşullarının ihlaline gerekçe gösterilen işlem ve fiiller idari nitelikte ise her halde bu ihtilafın çözümü idari yargı merciine ait olacağından Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin adli yargının görevli olduğuna ilişkin son dönemde vermiş olduğu kararlara katılmadığımızı, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere idari yargının görevli olduğu görüş ve kanaatindeyiz.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi esnasında meydana gelen zararda idarenin kusurunun tespiti konusu, idare hukukun en dinamik ve buna bağılı olarak üzerinde en fazla tartışılan ve çözüm üretilmeye çalışılan konularından biridir. Doktrinde yer alan farklı yaklaşımlar ve yargı kararları arasındaki tutarsızlıklar ise bu tartışmalara ivme kazandırarak günümüze kadar gelmesine neden olmuştur.

Hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına ilişkin tartışmalar kaynağını öğreti ve içtihatlardaki çeşitlilikten almakla birlikte bu konuda yeterli ve kapsamlı bir usul yasasının bulunmaması da tartışmaların sebebi olarak gösterilebilir. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, 4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanun'u gibi bazı özel düzenlemeler dışında idarenin mali ve hukuki sorumluluğunu düzenleyen genel bir usul yasası bulunmamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki bu konuda genel bir usul yasasının yürürlüğe girmesi ile tartışmaların sonlanacağını beklemek de fazla iyimser kalacaktır. Kaldı ki bu tartışmalara olumsuz bir fonksiyon yüklemek de kanaatimizce doğru olmayacaktır. Aksi takdirde dinamik bir disiplin dalı olan tazminat hukukunu durağan bir hale getirecektir.

Çalışmamızda öğretide yer alan farklı yaklaşımlar ve yargı içtihatlarına yer verilerek, nitelendirmelerde farklılıklar da olsa hizmet kusuru ve kişisel kusur kavramları ile 657 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kullanılmaya başlanan görev kusuru kavramının neyi ifade ettiği saptanmış, adli ve idari yargıda verilen ilk derece, istinaf ve temyiz kararları da gözden geçirilerek konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya konularak idarenin sorumluluğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Öğretide ve içtihatlardaki yaklaşımlar ile gelişen ve değişen teknoloji sebebiyle idarenin yürütmüş olduğu hizmetin sınırlarının belirlenememesi de dikkate alındığında hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımına ilişkin tartışmaların sona ermesi pek de mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz,** Bahtiyar, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28- 29 Mayıs 2009, S. 537-549.
- Akyılmaz,** Bahtiyar, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.11, sy.1-2, 2007, s.449-469.
- Akyılmaz,** Bahtiyar, **Sezginer,** Murat, **Kaya,** Cemil, “Türk İdare Hukuku”, Savaş Yayınevi, 12.bs., Ankara 2020, (Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdare Hukuku”).
- Akyılmaz,** Bahtiyar, **Sezginer,** Murat, **Kaya,** Cemil, “Türk İdari Yargılama Hukuku”, Savaş Yayınevi, 6. bs., Ankara 2021, (Akyılmaz, Sezginer, Kaya, “İdari Yargılama”).
- Antalya,** O. Gökhan, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, c.2, 2.bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019,
- Artantaş,** Çağdaş, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu” , Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, Sy.1, S.365-396, 2017.
- Atay,** Ender Ethem, “İdare Hukuku”, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2012.
- Atay,** Ender Ethem, **Odabaşı,** Hasan, “Teori Ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları”, 2. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- Aydın,** Muhammed Ali, “İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu”, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- Bağdatlı,** Selahattin, “Hukuk Sözlüğü” Derin Yayınları, 2011
- Çağlayan,** Ramazan, “İdari Yargılama Hukuku”, 10. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Çağlayan,** Ramazan, “Tarihsel, Teorik Ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu” Asil Yayınları, 1. Bs, 2007.
- Çelik,** Ahmet, “Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı”, 3.bs Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018,
- Çınarlı,** Serkan, **Çetin,** Selçuk Sinan, “Yargı Kolunun Tespitinde Kamu Görevlisinin Görev Kusuru, Kişisel Kusur Ayrımı Ve Mobbing Uygulamalarının Durumu”, Terazi Hukuk Dergisi, c.11, sy.118,2016, s.41-56.
- Çıtak,** Halim Alperen, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Dalgaldere,** Ayşegül, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Demircioğlu,** Huriye Reyhan, “Kişilik Hakkı İhlâlinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. 11, sy.1-2, 2007.
- Dönmez,** Mert, “İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Duran,** Lütfi, “İdare Hukuku Ders Notları”, Fakülteler Matbaası, 1982.

- Duran**, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, AİD, c.17, sy.2, s. 3-20, Haziran 1984.
- Duran**, Lütfi, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli Ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular”, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, (Duran, “Türkiye İdaresinin”)
- Durkal**, Müzeyyen Eroğlu, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı Ve Temeli”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.23, s.159-189, 2019.
- Düren**, Akın, “İdare Hukuku Dersleri”, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Erdoğan**, Kemal, **Akkurt**, Sinan Sami, **Tokat**, Hüseyin, “Tablolar, Şemalar, Örnek Olaylar ve Test Sorularıyla Borçlar Hukuku”, 2.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Eren**, Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, 23.Bs., Ankara 2018 (Eren, “Borçlar Hukuku”).
- Eren**, Fikret, “Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi”, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (Eren, “Sorumluluk Hukuku”)
- Esin**, Yüksel, “Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu”, 2. Bs., Güven Matbaası, Ankara 1976.
- Esin**, Yüksel, “Tartışmalar”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 3. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 177-271, 1980.
- Giritli**, İsmet, **Bilgen**, Pertev, **Akgüner**, Tayfun, **Berk**, Kahraman, “İdare Hukuku”, Der Yayınları, 5.bs, İstanbul 2012.
- Gözler**, Kemal, “İdare Hukuku Dersleri”, Ekin Yayınevi, Bursa 2002.
- Gözübüyük**, A. Şeref, “Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları”, Turhan Kitabevi, Ankara 2001
- Gözübüyük**, A. Şeref, “Yönetmelik Yargı”, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, (Gözübüyük, “Yönetmelik Yargı”).
- Gözübüyük**, A. Şeref, **Tan**, Turgut, “İdare Hukuku Genel Esaslar”, c.1, 12.bs, Ankara 2018.
- Günday**, Metin, “İdare Hukuku”, 11. Bs., İmaj Yayınları, Ankara 2017.
- Güneş**, Mehmet, **Gündüz**, Mustafa, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar Ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, c.4, sy.7, 2015.
- Güngör**, Meltem “Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz”, Derin Yayınları, İstanbul 2008.
- Güran**, Sait, “İdarenin Ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 2. Sempozyumu, Ankara 15-16 Aralık 1978, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s.187-198, 1981.
- Güran**, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 3. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, İstanbul.
- İnalcık**, Halil, “Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet”, İstanbul 2000.
- Kalabalık**, Halil, “İdare Hukukunun Temel Kavramı Ve Kurumları”, Sayram Yayınları, 5.bs, 2014, (Kalabalık, “İdare Hukuku”).

- Kalabalık**, Halil, “İdari Yargılama Usulü Hukuku”, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, (Kalabalık, “İdari Yargı”).
- Kaneti**, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi” Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, 1. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Kasapoğlu Turhan**, Mine, “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”, 89-128, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013.
- Kavak**, Muhammed Halid, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Belirlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021
- Kaya**, Cemil, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı, İyuk Madde 28 Üzerine Bir İnceleme”, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Kaya**, Seyithan, “İdari Sorumluluk Bağlamında Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2021.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., “Borçlar Hukuku Genel Hükümler ”, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu**, Mustafa, “Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk”, c. 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Narter**, Sami, “Tazminat Hukuku”, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Oğuzman**, Kemal, **Öz**, Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” , c.2, 15. bs., İstanbul 2020.
- Onar**, Sıddık Sami, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, c.2, 3.Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966. (Onar, “C.II”)
- Onar**, Sıddık Sami, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, c.3, 3.Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966. (Onar, “C.III”)
- Onur**, Sara, “Psikolojik Taciz”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.8, sy.15, s.27-43, 2018.
- Ozansoy**, Cüneyt, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1990, s.73-87.
- Özdemir**, Necdet, “Hizmet Kusuru Teorisi Ve İdarenin Sorumluluğu”, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Özyörük**, Mukbil, “İdare Hukuku Ders Notları” Daktilo-Fotokopi, Ankara 1982.
- Sancakdar**, Oğuz, **Önüt**, Lale Burcu , **Özelçi**, Aytaç, **Altınok** Çalışkan, Elif, **Bilgin**, Nilüfer, **Seyhan**, Serkan, “İdari Yargı Pratik Çalışma Kitabı”, Seçkin Yayınları, 10.Bs., Ankara 2021.
- Sancakdar**, Oğuz, **Önüt**, Lale Burcu, **Us Doğan**, Eser, **Kasapoğlu Turhan**, Mine, **Seyhan**, Serkan, “İdare Hukuku Teori Çalışma Kitabı” 10. bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Sarıca**, Ragıp, “Hizmet Kusuru Ve Karakterleri”, İÜHFD, c.15, sy.4, 1949.
- Tan**, Turgut, “İdare Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Tan**, Turgut, “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu”, Adalet Dergisi, sy.39, s.185-203, 2011.
- Tınaz**, Pınar, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, (Tınaz, “İşyerinde”).

- Tınaz**, Pınar, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma Ve Toplum, s.11-22, 2006, (Tınaz, “Mobbing”).
- Tınaz**, Pınar, **Gök**, Sibel, **Karatuna**, Işıl, “Türkiye’de İşyerinde Psikolojik Taciz Oranının Ve Türlerinin Belirlenmesi: Bir Ölçek Geliştirme Çalışması.” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Öneri Dergisi, sy.34. c. 9, s.1-11, 2010.
- Tiyek**, Ramazan, “Yıldırma Ve Yönetim Becerileri Üzerine Bir Araştırma”, Çalışma İlişkileri Dergisi, c. 2, sy. 2, s.113-142, 2011.
- Ulusoy**, Ali D., “Yeni Türk İdare Hukuku”, Yetkin Yayınları, 3. bs., Ankara 2020.
- Yayla**, Yıldızhan, “İdare Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul 2010,(Yayla, “İdare hukuku”).
- Yayla**, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 3. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979.
- Yerebatmaz**, Yasin, “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi 2012.
- Yıldırım**, Turan, **Yasin**, Melikşah, **Kaman**, Nur, **Özdemir**, H. Eyüp, **Üstün**, Gül, **Okay Tekinsoy**, Özge, “İdare Hukuku”, 7. bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Yücesan**, Ahmet Said, “İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Zabunoğlu**, Yahya Kazım, “İdare Hukuku”, c.1, Yetkin Basımevi, Ankara, 2012.