

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

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

Yasin YEREBASMAZ

2501090494

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

İstanbul 2012

YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

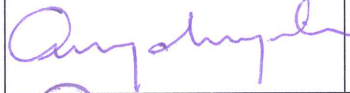
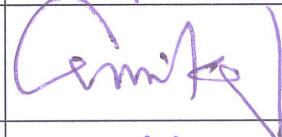
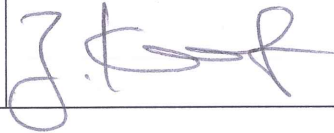
ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : YASİN YEREBASMAZ
Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU
Danışman : PROF.DR.ZEHREDDİN ASLAN

Numarası : 2501090494
Tez Savunma Tarihi: 07.08.2012
Tez Savunma Saati : 11:00

Tez Başlığı : YARGI KARARLARI IŞIĞINDA HİZMET KUSURU KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF.DR.ZEHREDDİN ASLAN		KABUL
PROF.DR.AYDIN GÜLAN		Kabul
PROF.DR.CEMİL KAYA		Kabul
DOÇ.DR.MELİKŞAH YASİN		KABUL
DOÇ.DR.ZEKERİYA KURŞAT		KABUL

ÖZ

Bu çalışmada hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı yargı kararları ışığında incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle birinci bölümde bu ayrıma ilişkin kavramlar ve ilkeleri, ikinci ve üçüncü bölümde ise hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının sebepleri, sonuçları, yaşanan dönüşüm ve günümüzde gelinen son nokta, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ile desteklenerek açıklanmaya çalışılmıştır.



ABSTRACT

This study examines the distinction between “personal fault” and “service fault.” in Administrative Law. In this context, the first part of the thesis briefly describes the concepts and principles regarding the liability of the Administration. Considering the fundamental transformation in light of both jurisprudence and contemporary debates, the following parts discuss the justifications and practical outcomes of the distinction.



ÖNSÖZ

“Hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı”, İdarenin sorumluluğu konusunun en temel meselelerinden biridir. Şöyle ki bu konuda doktrinde çokça tartışmalar yapılmış, yargı mercileri çeşitli kriterler koymak suretiyle ayrımı temellendirmeye çalışmış, yasama organı meseleye doğrudan dahil olarak ayrımı en azından zarar görene karşı kaldırmak için yasal bir takım hükümler çıkarmış hatta mesele; anayasal düzeyde dahi karşılık görmüştür. Ancak ifade edilmelidir ki bu meseleye farklı hukuk pencerelerinden bakan görüşler ayrım üzerinde bir türlü uzlaşmamış, yargı yerleri çeşitli nedenlerle adeta “birbirinden habersizmişçesine” kararlar vermiş, yasa koyucu ise bunlardan tamamen bağımsız olarak ayrımı ve ayrımın sebep olduğu aksaklıkları çeşitli düzenlemelerle kaldırmaya çalışmıştır. İşte biz de bu çalışmamızda öncelikle ayrımın kaynağını, ülkemize girişini, ülkemizde yaşadığı değişim ve dönüşümü, bu ayrıma etki eden görüşleri, kararları ve ilgili mevzuatı yaşanan son güncel gelişmeleri de takip ederek görüşlerimizi ve önerilerimizi de sunmak suretiyle meselenin çözümüne katkıda bulunmasını ümit ederek sunuyoruz.

Bu hususta çalışmamızda emeği geçen danışmanım Prof. Dr. Zehreddin Aslan’a teşekkür ediyorum. Ayrıca tez konusunun şekillenmesinde büyük katkısı olan hocam Prof. Dr. Aydın Gülan’a, konuya ilişkin eserlerin toplanmasında ve kaynakların sağlanmasında büyük bir engeli aşmama vesile olan Prof. Dr. Cemil Kaya’ya, çeşitli zamanlarda yaptığımız konuşmalarda farklı yaklaşımlarıyla konuya olan bakış açımızı genişleten Doç. Dr. Melikşah Yasin’e, “adeta” ikinci tez danışmanım gibi bu çalışmaya katkıda bulunan Yard. Doç. Dr. Cenk Yaşar Şahin’e ve Araş. Gör. Halit Uyanık’a ve her daim ilgi ve desteklerini esirgemeyen çok değerli kürsü arkadaşlarıma teşekkürü borç bilirim.

“Metinde” son olarak, fakat aslında en başta her zaman yanımda olan ve tüm sıkıntılarıma katlanan aileme ve dostlarıma verdikleri desteğin hayat boyunca sürmesini ümit ederek teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN VE AJANININ SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ BAKIMINDAN HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

I. HİZMET KUSURU KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ	6
A.HİZMET KUSURU KAVRAMI VE TANITILMASI.....	7
B.HİZMET KUSURUNUN KENDİNE ÖZGÜ KARAKTERLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	10
1. Genel Olarak	10
2. Hizmet Kusuru İlkesinin Özellikleri	11
a. Hizmet Kusurunun Bağımsız Olması	11
b. Hizmet Kusurunun Asli ve Doğrudan Doğruya Olması	12
c. Hizmet Kusurunun Anonim ve Objektif Olması	14
d. Hizmet Kusurunun Esnek Olması	18
e. Hizmet Kusurunun Genel Olması.....	21
C. YARGI KARARLARINDA ORTAYA ÇIKAN HİZMET KUSURUNUN KENDİNE ÖZGÜ NİTELİKLERİYLE İLGİLİ BAZI UYGULAMA PROBLEMLERİNİN İNCELENMESİ	24
1. Günümüzde Hizmet Kusurunun Bağımsızlığı İlkesinin Geçerliliği Hakkında Bir Değerlendirme: İptal edilen 6100 Sayılı HMK'nın 3.	

Maddesi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesi- Hizmet Kusurunun Bağımsızlığı İlkesi İlişkisi.....	24
2. Görev Kusuru Niteliğindeki Hizmet Kusurunun Anonimliği Meselesi.....	31
3. Hizmet Kusurunun Asli ve Sürekli Olması İlkesiyle İlgili Ortaya Çıkan Problemler	33
4. Esneklik İlkesi Bakımından Ağır Kusur ve Hukuka Aykırılık- Kusur İlişkisi.....	40
D. HİZMET KUSURUNUN ORTAYA ÇIKTIĞI HALLER	48
1. Genel Olarak	48
2. Hizmet Kusuru Halleri	50
a. Hizmetin Gereği Gibi İşlememesi (Hizmetin Kötü İşlemesi)	50
b. Hizmetin Geç İşlemesi	52
c. Hizmetin Hiç İşlememesi	54
II. KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	58
A. KAVRAM VE İNCELENMESİ.....	58
1. Kusur Kavramının Özel Hukuktaki Anlamı	58
2. Kişisel Kusur Kavramına İdare Hukuku Yaklaşımları	59
a. Hizmet Kusuru/Görev Kusuru/Salt Kişisel Kusur/Vatandaş-Birey Sıfatıyla İşlenen Kusur.....	61
b. Hizmet Kusuru/Görev Kusuru/Kişisel Kusur (Vatandaş/Birey Sıfatıyla İşlenen Kusur)	62
c. Hizmet Kusuru /Kişisel Kusur Ayırımı	63
3. Kişisel Kusurun Ortaya Çıkabileceği Haller.....	64
a. Kusurların Birleşmesi	65
b. Sorumlulukların Birleşmesi.....	65
c. Türk Hukuku Açısından Sonuçları	66

İKİNCİ BÖLÜM
HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMININ TÜRK İDARE
HUKUKUNDAKİ DÖNÜŞÜMÜ

I. 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI.....	68
A.İDARENİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN 1924 ANAYASASI DÖNEMİNE GENEL BAKIŞ	68
B.HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI AÇISINDAN 1924 ANAYASASI DÖNEMİ.....	74
II. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI.....	78
A.İDARENİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN 1961 ANAYASASI DÖNEMİNE GENEL BAKIŞ	78
B.HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI AÇISINDAN 1961 ANAYASASI DÖNEMİ.....	84
III. DMK MADDE 13'ÜN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI BAKIMINDAN İNCELENMESİ	89
A. DMK MADDE 13'ÜN ORTAYA ÇIKIŞI	89
B. DMK MADDE 13'ÜN AMACI	91
1. Dmk Madde 13'ün Gerekçesi	91
2. DMK Madde 13 ile Getirilmek İstenen Sistem.....	94
a. İdare Ajanlarının 3. Kişilere Verdikleri Zararlardan Ötürü Sorumluluğu Bakımından Ortaya Çıkan Sistemler	94
(1) Sorumluluk Sistemi	95
(2) Teminat sistemi	95
(i). Kanuni Teminat Sistemi	96
(ii). Kazai (Yargısal) Teminat Sistemi	96
b. DMK Madde 13'ün Kabul Ettiği Sistem.....	97
3. DMK Madde 13'e Doktrinsel Görüşlerin Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımların Değerlendirilmesi	100

a. Ortaya Çıkış Amacı Bakımından DMK Madde 13'e Yaklaşımlar.....	100
b. Hukuki Niteliği Bakımından DMK Madde 13'e Yaklaşımlar	106
(1) Alman Hukukunda Görev Sorumluluğu Kavramı	106
(2) Türk Hukukunda DMK Madde 13'ün Niteliğine Yaklaşımlar	108
c. Uygulama Alanı Bakımından DMK Madde 13'e Yaklaşımlar	109
IV. AYİM MADDE 24'ÜN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI BAKIMINDAN İNCELENMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	112
A. 1602 SAYILI KANUNUN 24. MADDESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	112
V. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI.....	116
A. İDARENİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN 1982 ANAYASASI DÖNEMİNE GENEL BAKIŞ.....	117
1. İdarenin Genel Olarak Sorumluluğu Açısından 1982 Anayasası'nın 125. Maddesinin İncelenmesi	117
2. 1982 Anayasası'nın 125. ve 137. Maddelerinin Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından İncelenmesi	121
3. 1982 Anayasası'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerinin Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından İncelenmesi	123
a. Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerinin Genel Değerlendirilmesi	123
b. Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerinin Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından Önemi ve DMK Madde 13 ile İlişkisi.....	127
(1) Ortaya Çıkış Amacı ve Uygulanması Bakımından Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerine Yaklaşımlar	127
(2) Hukuki Niteliği Bakımından Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerine Yaklaşımlar.....	146
(3) Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddeleri ile DMK Madde 13 Arasındaki İlişki.....	148

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA GÜNÜMÜZDE ORTAYA ÇIKAN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMINA İLİŞKİN TEMEL PROBLEMLER

I. 1982 ANAYASASI'NIN 40/3 VE 129/5 MADDELERİ İLE DMK MADDE 13 BAKIMINDAN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMINA İLİŞKİN UYGULAMA ALANI PROBLEMİ.....	152
A. GÖREV KUSURU KAVRAMI VE SORUMLULUK HUKUKU BAKIMINDAN ANLAMI.....	152
1. Kavramın Doktrin Tarafından Ele Alınması.....	152
2. Kavramın Yargı Mercileri Tarafından Ele Alınması	161
a.Hizmet Kusuru- Görev Kusuru- Salt Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından.....	161
b. Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından	169
c. Ayrımların Sonuçları Bakımından Taşıdığı Önem.....	175
B. HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMININ UYGULAMA ALANI.....	176
1. Sorumluluk Hukuku Bakımından Kamu Görevlisi Kavramı.....	177
2. Zararın “Kamu Hukukuna Tabi Görevlerle İlgili Olarak-Yetkilerini Kullanırken” Meydana Gelmesi	187
a.Kavramların Kamusal Yönetim- Özel Yönetim Bakımından Uygulama Alanı	187
b.Ortaya Çıkan Zararın İdareye Atfedilebilmesi Bakımından Yetkilerin Kullanılması- Görevlerin Yerine Getirilmesi.....	190
3. Yetkilerin Kullanılması- Görevlerin Yerine Getirilmesi Bakımından Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı.....	193
a. Subjektif Kriter	194
b. Suç Teşkil Eden İşlem ve Eylemler	199
c. Yargı Kararlarının Uygulanmaması	215
d. İdarenin Usul Dışı Fiilleri/Haksız Fiil Teşkil Eden Eylemleri.....	232
II. İDARE AJANINA RÜCU SORUNU	238

A. DMK MADDE 13 VE AY MADDE 40/3-129/5 HÜKÜMLERİNE GÖRE RÜCU MESELESİ.....	239
1. Rücu ile İlgili Yasal ve Anayasal Hükümlere Genel Bakış	239
a. Rücu Davalarında Görevli Yargı Yeri ve Uygulanacak İlkeler	241
b. Rücu Davalarında Kusurun Ağırlığı Meselesi	248
c. Personelin İdareye Karşı Doğrudan Sorumluluğu	249
SONUÇ.....	253
KAYNAKÇA	257



KISALTMALAR

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
BK	: Borçlar Kanunu
Bs.	: Bası
bkz.	: Bakınız
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
Dan.	: Danıştay
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DDGK	: Dava Daireleri Genel Kurulu
DDUH	: Dava Daireleri Umumi Heyeti
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
DDUH	: Dava Daireleri Umumi Heyeti
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HBB	: HukukTürk Hukuk Bilgi Bankası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBBGKK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
Karş	: Karşılaştırınız
KBB	: Kararlar Bilgi Bankası
MKG	: Milli Güvenlik Konseyi
No.	: Numara
T.	: Tarih
t.y.	: Tarih Yok
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TC.	: Tribunal des Conflits
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
s.	: Sayfa
sy	: Sayı
UHP	: Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
Vb.	: ve benzeri
Vd.	: ve devamı- ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

GİRİŞ

Hemen hemen tüm ihtimalleri göz önünde tutan, idarenin sorumluluğuna ilişkin eserlerde sıkça rastlanan bir tanım olarak Sarıca, hizmet kusurunu “*hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde- gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, mürakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kıfayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, ilh... şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir*” şeklinde tanımlamıştır¹. Bu tanımlama esas olarak bir faaliyetin kuruluşunda, teşkilatlanmasında veyahut işleyişinde mevcut olan kusurun “hizmet kusuru” olarak kabul edildiğini göstermektedir. Yazar, şahsi kusur bulunan bir olaya ise “*bir devlet hastanesinde çalışan resmi bir tabibin, vazifesini ifa ettiği bir sırada, bilfarz hastanede yatan bir hastayı tedavi esnasında katil maksadiyle veya büyük bir dalgınlık neticesinde ona ilaç yerine zehir vermesi(...)*” ni örnek vermekte ve bu olayda artık kişisel bir kusurun var olduğunu, tazminat davasının ancak ilgili ajana karşı ve sadece adli yargıda açılabileceğini ifade etmektedir².

Yakın bir zamanda Danıştay 10. Dairesi’nin vermiş olduğu bir karara ilişkin olayda ise, ameliyat sırasında hastaya oksijen yerine karbondioksit gazı verilmiş, bunun sonucunda hasta hayatını kaybetmiş, açılan tazminat davasında ilgili Daire, olayda; idarenin ağır hizmet kusurunu bulunduğunu ve halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idarenin hastanelerde yapılacak tedavilerde ve cerrahi müdahalelerde tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlayamamasından ötürü sorumlu olacağını belirtmiş, buna karşın ilgili idare ajanının sorumluluğundan ise hiç bahsetmemiştir³.

¹ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İÜHFD**, C. XV, sy. 4, 1949, s. 858.

² Ragıp Sarıca, **İdari Kaza**, C.1, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s. 390 vd.

³ Dan. 10. D., E.1994/3258, K. 1995/2379, T. 03.05.1995, DBB; Dan. 10. D., E.1994/5037, K. 1995/6647, T. 21.12.1995, DBB.

Girişimize Prof. Sarıca'nın kaleme alınma tarihi bakımından üzerinden çok uzun bir zaman geçmeyen tanımı ve örnekleri ile Danıştay'ın yakın bir tarihte vermiş olduğu karardan bahsederek başlamamızın sebebi şudur: Görüldüğü gibi bugün de doktrin ve yargı kararlarında çokça kullanılan ve kabul edilen hizmet kusuru kavramına ilişkin tanım aynı olması karşın, **aynı olay**, örnekte kişisel kusur kabul edilirken, bugün ise ağır hizmet kusuru olarak kabul edilmiş, ajanın sorumluluğundan ise hiç bahsedilmemiştir. Şu açık bir husustur ki bu anlayış değişikliğinin sebebi sadece aradan geçen yıllar değildir. Ele alacağımız çalışmanın da konusunun bu anlayış değişikliği ile sınırlı kalacağı sanılmamalıdır. Ancak günümüzde, önlerine gelen benzer olaylarda ortaya çıkan durumu örneğin; Yargıtay'ın kişisel kusur, Danıştay'ın hizmet kusuru, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin ise kusursuz sorumluluk olarak nitelemesi, ülkedeki farklı yargı kollarının –verdikleri kararlar itibariyle- sanki birbirinden tamamen bağımsızmışçasına hareket etmesi, kanaatimizce bu değişim sürecinin doğru bir şekilde tahlil edilmemesi halinde “esasıyla” anlaşılamaz.

Esas itibariyle idarenin sorumluluğunun, idarenin “sorumluluğundan” kaynaklandığı⁴, ancak idarenin hiçbir kusuru olmadan hatta kendisinden kaynaklanan bir işlem ya da eylemi dahi bulunmadan –şartları varsa- sorumlu olduğu bir sorumluluk hukuku anlayışında hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı idarenin ve onun ajanlarının hangi hallerde ve nasıl sorumlu tutulabileceğini göstermek bakımından önemlidir. Bunun yanında bu ayrım günümüzde kimilerine göre uygulanacak hukuku, başvurulacak yargı yerini ve davalı konumunda kimin bulunacağını belirlerken kimilerine göre ise –ayrımın var olduğu kabul edilmekle birlikte- uygulanacak hukuk, başvurulacak yargı yeri ve davalı konumunda kimin bulunacağını hususlarını belirlemek bakımından artık işlevsizdir.

Bu nedenle bu çalışmada hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının dün- zaman içindeki dönüşümü, bugün doktrin ve yargı kararlarındaki görünümü ele alınmaya, gelecekte yaşanabilecek olaylar ve olgular hakkında fikir yürütülmeye çalışılacaktır.

⁴ İl Han Özay, **Günüşğinde Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 806.

Bunları belirttikten sonra kısaca ele almaya çalışacağımız konumuzun kapsamını aktarmaya çalışalım. Yapılan bir ayrıma göre Devletin sorumluluğu denince akla yasama, yürütme ve yargı organlarının faaliyetlerinden doğan sorumluluğu gelmektedir⁵. Bizim burada hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını ele alırken dikkat edeceğimiz husus yürütmenin ve esas itibarıyla yürütme içinde “İdare”nin konu bakımından incelenmesidir. 1982 Anayasası’nın 123. maddesinde belirtilen “İdare” kavramı, farklı kamu tüzel kişilerini içinde barındırır. “Devlet” kavramının ise bundan farklı ve daha üstte olduğu belirtilir ki bu nedenle “Devletin sorumluluğu” “İdarenin sorumluluğu” kavramından daha geniştir⁶. Fakat burada yukarıda kullandığımız “Devlet” ile; “İdare” içinde bulunan ve devlet tüzel kişiliği içinde örgütlenmiş “binlerce varlığın” aynı kapsamda bulunmadığını ve “İdare” den kastımızın bu en son anlamda devlet tüzel kişiliği ve diğer tüzel kişiler olduğunu ifade etmeliyiz. Bu nedenle esas itibarıyla ayrım yapılırken “örgütsel ve işlevsel bakımdan” nitelenen “İdare” kavramı esas alınacaktır⁷. Yine bu çalışmada ele alınacak olan ayrım İdarenin “kamu hukuku sorumluluğu” çerçevesinde şekillenecektir. İdarenin kamu hukukuna tabi sorumluluğu idari işlem ve eylemlerden meydana gelebileceği gibi, sözleşmelerden de meydana gelebilir⁸. Fakat bu son husus ayrı bir çalışma konusu olabileceğinden ancak yeri geldiğinde bahsedilebilir. Bu nedenle burada idarenin kamu hukukuna tabi işlem ve eylemlerinden meydana gelen zararlar ifade edilmeye çalışılacaktır⁹.

Yukarıda meselenin “İdarenin sorumluluğu” kapsamında ele alınacağı belirtilmişti. Ancak bilindiği üzere “idare işlevi” yürütme ve idare kuruluşlarından başka yasama ve yargı organlarınca da yerine getirilebildiğinden incelenecek sorumluluk kuralları ve hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı bunlar hakkında da

⁵ Yüksel Esin, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları/İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. bs., Ankara, Güven Matbaası, 1976. s. 10.

⁶ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009, s. 345.

⁷ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 858, Dpn.1; Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 3.

⁸ Bu konu ile alakalı bilgi için Yayla, **İdare Hukuku**, s. 358.

⁹ Anayasanın 125. maddesi gereği İdarenin işlem ve eylemlerinden dolayı sorumluluğu özel hukuka tabi olabileceği gibi kamu hukukuna da tabi olabilir. Ayrıca işlem ve eylemlerden ötürü “yapmama” da “yapma” kapsamında kabul edilecektir.

geçerlidir¹⁰. Bununla birlikte yasama organının bu işlevinden veya yargı organlarının yargısal işlevlerinden ötürü de birtakım sorumluluk hükümlerinin mevcut olduğu ifade edilmelidir¹¹.

Son olarak belirtilmek istenen husus hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı bakımından idarenin adına faaliyeti yerine getiren görevliler bakımından “genel” i ifade etmek açısından “idare ajanı” terimini kullanılacağıdır¹². Ayrıca ileride bir kez daha belirtileceği gibi genel olarak sorumluluk hukukunda kullanılan “*kamu hizmeti*” ifadesi yerine “*idari faaliyetler*” terimini kullanılacak; böylece kamu hizmeti dışında fakat idarenin faaliyetlerine dahil edilebilecek diğer faaliyetlerinden ötürü de sorumluluk meseleleri ve ele alınacak ayrım tartışılmaya çalışılacaktır.

Böylece bu belirtilen hususlar ışığında ilk bölümde idarenin ve ajanının sorumluluğu bakımından hizmet kusuru ve kişisel kusur kavramları özellikleriyle ve benzer kavramlarla farklılıkları ortaya konularak ele alınmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede de kavramlara günümüzde atfedilen değerler, bu konuda doktrinin

¹⁰ Lûtfî Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu; Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, 1974, s. 1. “(...)Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11.1.1982 tarih ve 3-5 sayılı Genelgesiyle getirilen uygulamaya dayalı olarak davacının kolunun mühürlenmesi işlemi, Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyetlerinden ayrılabilen nitelikte bir idari işlem olup; Cumhuriyet savcılarının idari nitelikteki faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için de hizmet kusuru ilkesine dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.(...)” Dan. 8. D. E.2006/7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DBB.

¹¹ Örneğin yasama işlevinden doğan sorumluluk bakımından daha eski ancak temel bir çalışma olarak bkz. Ragıp Sarıca, “Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes'uliyeti Meselesi”, **İÜHF**, C. X, sy. 1-2, 1944, s. 95-162. “(...)Devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumsuzluğu esas olmakla birlikte; bazı durumlarda devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu kabul edilmelidir. Nitekim, süt mahsullerinin himayesi hakkında 29 Haziran 1934 günlü kanunun, yapay süt mahsullerinin imalini ve alım satımını yasaklaması dolayısıyla yapay krema üretimi ile uğraşan firmaların açtığı tazminat davasını inceleyen Fransız Danıştay 14 Ocak 1938 günlü kararında, (R. Sarıca, *İdari Kaza*, 1949) kamu yararı gözetilerek yürürlüğe konulan yasa nedeniyle ortaya çıkan zararın Hazine tarafından karşılanması gerektiğine karar vermek suretiyle kusursuz sorumluluk ilkesinden bahisle yasama faaliyeti sonucu oluşan zararın idarece tazmini gerektiğine hükmetmiştir.” DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, T. 29.4.2010, DBB. Yargısal faaliyetlerden ötürü sorumluluk bakımından 1982 Anayasası'nın “**Kişî hürriyeti ve güvenliği**” başlıklı 19. maddesinin son fıkrası ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Tazminat istemi” başlıklı 141. maddesi örnek verilebilir.

¹² “İdare ajanı” kavramı sorumluluk hukuku bakımından en geneli ifade etmesi bakımından İdare hukukuna ait “*teknik*” bir kavramdır. Ancak bu çalışmada genel olarak İdarenin, “*faaliyetlerinden ötürü sorumlu tutulduğu*” personelini ifade etmek için kullanılmıştır. Ancak İdarenin, “*faaliyetlerinden ötürü sorumlu tutulacağı*” personeli açısından yasa ve anayasa metinlerinde ayrım yapılması gerektiğinde, -örneğin kamu görevlisi, memur, sözleşmeli personel gibi- “idare ajanı” yerine bu teknik tabirler kullanılacaktır

görüşleri, meselenin yargı kararlarında nasıl değerlendirildiği ve bunların eleştirisi ortaya konulacaktır. İkinci bölümde ise hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının geçmişten günümüze Türk Hukukunda yaşadığı dönüşüm devreler halinde ele alınacak, bu devreler ise yasal ve anayasal mevzuat ve yaşanan doktrinsel görüş değişiklikleri ve içtihatlarda yaşanan gelişmeler çerçevesinde bölümlere ayrılacaktır. Son bölümde ise hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında günümüzde gelinen son nokta doktrin görüşleri ve yargı kararları gözetilerek ele alınacak, bu kapsamda bir takım öneriler ve çözüm yolları sunulmaya çalışılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN VE AJANININ SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ BAKIMINDAN HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

I. HİZMET KUSURU KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde hizmet kusuru kavramı¹³, yasalar tarafından tanımlanmış bir kavram değildir¹⁴. Bu nedenle aslında bu kavramın, idare hukukunun genel karakteri içinde içtihatlarla yön verilen bir kavram olduğu söylenebilirse de, yargı kararlarında bu kavramın içeriğine yahut özelliklerine yönelik çoğu zaman sadece “genel ve salt” bir takım açıklamalar yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle kavram, yargı kararlarının kendisinden “bahsettiği” ve olaylara “uyguladığı” bir kavram olarak kalmaktadır. Bu nedenle bu kavramın tanımlanması ve içerdiği özelliklerin açıklanması konunun anlaşılması bakımından büyük önem taşımaktadır.

¹³ İdarenin sorumluluğu konusuna ait birçok kavramın en azından, ülkemizde kullanılmaya başlandığı tarih bakımından bize “ait” kavramlar olmadığını ifade etmeliyiz. Akyılmaz ise bugün artık idarenin sorumluluğu ve hizmet kusuru kavramlarının ülkemize dair bir tanımının olduğundan bahsetmektedir. Bahtiyar Akyılmaz, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 28-29 Mayıs 2009, s. 545. (Çevrimiçi) <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/index.php?yazi=50>, 6 Temmuz 2012.

Çok uzak sayamayacağımız bir tarih olan 1949’da, Sarıca, yazdığı bir makalede “*Hizmet kusuru ne demektir? “Hizmet kusuru” mefhumundan ne anlamak lazımdır? Bunu izah edebilmek için - bu hususta Türk doktrin ve mehakim içtihadı oldukça fakir olduğundan- daha ziyade Fransız literatürüne ve jüripsrüdensına dayanarak hizmet kusurunun, evvel emirde, umumi olarak ve kabataslak bir surette tarifini yapacağız, sonra muhtelif karakterlerini tesbite çalışacağız*” diyerek ve bu makalesinde Fransız İdare Hukuku’ndaki hizmet kusuru anlayışını ve yargı kararlarını aktararak ülkemiz hukuku açısından da meselenin bu şekilde uygulanmasını temenni ve adeta teşvik etmektedir. Fransız Hukukunda hizmet kusuru anlayışının geniş bir analizi için bkz. Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 858- 895.

¹⁴ Cüneyt Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 250; Aynı yönde Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2012, s. 75.

Ele almaya çalışacağımız hizmet kusuru kavramı, bu kavramın ortaya çıkış süreci, özellikleri ve sonuçları bakımından başlı başına ayrı bir çalışma konusu oluşturacağından konuyu ele alış biçimimiz daha çok hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımına yönelik olacak ve hizmet kusurunun bu yönünün açıklanması ağır basacaktır. Bu nedenle izleyen bölümlerde bahsedeceğimiz hususlar, bu değerlendirme çerçevesinde şekillenecektir.

A. HİZMET KUSURU KAVRAMI VE TANITILMASI

Hizmet kusuru kavramını ele alırken bu bölümde ve bunu izleyen bölümlerde hizmet kusurunun doktrinde ve yargı kararlarında ne şekilde anlaşıldığını ve olaylar bazında nasıl uygulandığını ifade etmek istiyoruz. Çünkü daha sonraki bölümlerde daha geniş bir biçimde ifade görüleceği üzere bu kavram ve kavramın ayırt edici özellikleri, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında çok büyük önem taşır ve şimdiden belirtmek gerekir ki bugün için bu kavramın sınırları -belki ortaya çıkış amacını aşar bir biçimde de olsa- genişlemektedir

Hizmet kusuru doktrinde çeşitli yazarlar tarafından tanımlanmıştır¹⁵. Girişte de bahsettiğimiz hemen hemen tüm ihtimalleri göz önünde tutan bir tanım olarak Sarıca hizmet kusurunu¹⁶:

“hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde-gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, mürakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kıfayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, ilh... şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir”

şeklinde tanımlamıştır.

¹⁵ Günümüz açısından tanımlar için bkz. Sait Güran, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s.190; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s. 369; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 456.

¹⁶ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 858; Ozansoy ise bu tanımın daha çok “*hizmet kusuru sayılan hallerini*” gösterdiğinden bahsetmektedir. Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 254.

Yargı kararlarında da hizmet kusuru kavramı tanımlanmıştır. Danıştay, yapmış olduğu tanımlamalarda genel olarak hizmet kusurunu¹⁷;

“İdarenin kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelere biri "hizmet kusuru" ilkesidir. Genel olarak hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluğu ifade etmektedir.”

şeklinde tanımlamaktadır.

Hizmet kusuruna ilişkin bu kısa tanımlamalardan birtakım sonuçlar çıkararak ve fakat bunları izleyen bölümlerde bu hususlara daha kapsamlı değinmek üzere burada bazı hususları kısaca belirtmek isteriz: Şöyle ki belirtmek istediğimiz ilk husus bu tanımlarda görüldüğü gibi “hizmet kusuru” kavramının “kamu hizmeti” açısından değerlendirilmesidir. Kamu hizmeti¹⁸;

“toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir”

şeklinde tanımlanabilir. Ancak her ne kadar hizmet kusuruna ilişkin tanımlarda “kamu hizmeti” kavramı geçse de buradan sadece idari faaliyetlerden biri olan kamu hizmetini değil, genel olarak “bir idari faaliyeti ve görevi” anlamalıyız¹⁹. Burada kolluk faaliyetlerini yahut özendirme ve destekleme faaliyeti gibi, genel anlamda idari faaliyetlerin içine dahil edilebilecek bir takım başka faaliyetleri-kolluğun da bir kamu hizmeti olduğu gibi tartışmalara değinmeden - “idari faaliyet” kavramı içinde kullanmak, sorumluluk hukuku açısından daha yerindedir. Belirtmek istediğimiz ikinci husus ise aslında “hizmet kusuru kavramının” iki başrol oyuncusunun idari faaliyet ve idare ajanı olduğudur. Bu hususta bir genelleme yapamamakla birlikte, aslında çoğu zaman zararı, ajanın faaliyetinden kaynaklanan kusur meydana getirmektedir. Ancak tanımda da belirtildiği üzere bu zorunlu değildir, çünkü hizmet

¹⁷ Dan. 10. D., E. 2007/5777, K. 2008/6696, T. 16.1.2008, DD, 2009, sy. 120, s. 312-315. Benzer tanımlar için bkz. Dan. 10. D. E. 2009/901, K. 2010/903, T. 29.4.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 39-46; Dan. 10 D., E. 2007/5816, K. 2009/ 8220, T.24.9.2009, DD, 2010, sy. 123, s. 363-365.

¹⁸ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987, s. 4.

¹⁹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s. 369.

kusuru hizmetin kuruluşunda, işleyişinde vb. sayılan hallerde meydana gelen bir kusurdur ve o faaliyeti yerine getiren ajanın, kusurun meydana gelmesinde pekala rolü de bulunmayabilir.

Hizmet kusuru kavramı genel olarak Türk İdare Hukuku açısından günümüzde de bu çerçevede tanımlanmaktadır²⁰. Buna karşın hizmet kusurunun ülkemizde anlaşılması bakımından gerek “hizmet kusuru” kavramına²¹ gerekse tanımlanma ve ele alınış biçimine karşı eleştiriler getirilmektedir²². Bu eleştirilerde haklılık payı olmakla birlikte yukarıda bahsettiğimiz tanımları veren yazarların da belirttiği gibi, esasında gözden kaçırılmaması gereken husus hizmet kusurunda; kusurun, ajanın bir faaliyetinden meydana gelmesinden çok, hizmetten kaynaklanmasının ön plana alınması olduğudur ve bu durum hizmet kusurunda öne çıkmaktadır. Bu duruma, hizmet kusurunun anonimliği ilkesinde değinmeye çalışacağız.

Son olarak da belirtmek gerekir ki Danıştay kararlarında görülen hizmet kusuru kavramına ait tanımlamalarda, yargı mercii; hizmet kusuru kavramını belirtmekle beraber bunun yanında bu kavramı nitelendirerek bazı olaylara özgü

²⁰ Günday, **İdare Hukuku**, s. 369; aynı yönde Turgut Tan, **İdare Hukuku**, s. 456. Gözler ise hizmet kusurunda esas olanın kamu görevlisinin kusurlu davranışı olduğunu belirterek, “*kamu görevlisinin hizmetten ayrılmaz davranışını hizmet kusuru, hizmetten ayrılabilir davranışında ise kişisel kusur olduğunu*” ifade etmiştir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, 2.bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 1113.

²¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1059. Yazara göre hizmet kusuru kavramı kişisel kusur kavramının karşıt kavramına isim vermek için kullanılabilir. Ancak hizmet kusuru “*kamu hizmetinin ifasında işlenen kusurdur*” ve aslında bu kavram bu cümlemin kısaltılmış hali olup başka anlamlara getirilmemelidir. Bu nedenle kusur “*hizmet tarafından değil, bu hizmette kullanılan kişiler tarafından işlenebilir.*” Yine yazara göre aslında hizmet kusuru diye bir şey de olamaz çünkü ortada hizmetin ifasında “**kamu görevlilerinin**” işlediği bir kusur vardır. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1059.

²² Türk hukukunda hizmet kusuruna yönelik yapılan tanımları değerlendiren Gözler, kusurun kamu görevlilerinin faaliyetleri dışında soyut bir varlık olan idarede aranmasını eleştirmektedir. Yazara göre, Fransız hukukunda olduğu gibi hizmet kusuru “*kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılmaz nitelikte olan kusurlarıdır.*” Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s.1132. Yazarın bu ifadelerindeki tutumundan anonimlik ilkesinde bahsedileceğini ve bu ifadeleri kısmen de benimsediğimizi belirtelim. Ancak bu sonuca aynı yollardan vardığımız şüphelidir. Çünkü yazarın aynı yerde “*Türk doktrin ve içtihatlarında hizmet kusuruna bazen “görev kusuru” da denir*” ifadesi bugün için belki yargı kararlarındaki görünümü bakımından kabul edilebilirse de aslında genel anlamıyla ve tarihsel kökeniyle hizmet kusuru ile görev kusuru kavramları farklı şeyleri ifade etmektedir.

olarak “ağır hizmet kusuru”, “açık hizmet kusuru” gibi kavramlar da kullanılmaktadır²³.

B. HİZMET KUSURUNUN KENDİNE ÖZGÜ KARAKTERLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.Genel Olarak

Bu bölümde hizmet kusurunun, hukukumuz açısından bugün de kabul edilmiş birtakım özelliklerini ele almaya çalışacağız. Fakat bunu yaparken o başlıkta belirtilen ilkenin içerdiği hukuki normu, o ilkenin ilk çıktığı andaki anlamıyla koruyup koruyamadığını ve varsa Türk hukuku açısından nasıl değişimler geçirdiğini de belirlemek istiyoruz.

Bu özellikler konumuz bakımından büyük önem taşır çünkü örneğin hizmet kusurundan ötürü neden idare ajanının değil de idarenin bir varlık olarak sorumlu tutulduğu, ancak bahsedeceğimiz bu özellikler vasıtasıyla anlaşılabilir. Bu nedenle bu kusurun hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımına ilişkin önemli addettiğimiz özelliklerini ele alarak hem kusur kavramı açısından hizmet kusurunu ve onu idarenin sorumluluğu bahsinde kendine özgü bir kavram haline getiren özelliklerini hem de “*bu özellikleri içerisinde idarenin; ajanın kusurundan sorumlu olmasını engelleyen ayırt edici karakterlerini*” görmüş olacağız. Bu açıdan kanaatimizce hizmet kusurunun kendine özgü belirteceğimiz niteliklerini ikiye ayırabiliriz: Bunlardan birincisi hizmet kusurundaki “kusur” kavramını, özel hukuktaki kusur kavramına ve idare hukukundaki kişisel kusur kavramına benzetmekten ayıran yani farklılığını gösteren nitelikleridir-ki bunlar asli olması, anonim olması, objektif olması gibi-, ikincisi ise sorumluluk hukuku bakımından onu diğer sorumluluk hallerinden ayıran ya da üstün kılan özellikleridir- genel olması gibi-.

²³ “(...) şpancın önceki operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun açık olması karşısında, olayda davalı idarenin **ağır hizmet kusuru** ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.” Dan. 10. D., E.2007/2965, K.2008/4831, T. 25.6.2008, DBB; “İdarenin kendisine yüklenilen görevleri ve yetkileri, ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde, bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan **açık hizmet kusuru** ilkesine göre tazmini gerekmektedir” Dan. 10. D., E. 1993/724, K. 1993/ 3146, T. 13.9.1993, DD. 89, 1995, s. 590-593.

2. Hizmet Kusuru İlkesinin Özellikleri

a. Hizmet Kusurunun Bağımsız Olması

Hizmet kusurunun bağımsızlığı bu kusurun kendine özgü bir yapısı olması ile açıklanabilir. Doktrinde Sarıca bu özelliği²⁴:

“hizmet kusuru Borçlar Kanunundaki “haksız fiilden” bambaşka bir şey olup; idare hukukuna has, nev’i şahsına münhasır, muhtar, müstakil orijinal bir mefhumdur”

şeklinde anlatmaktadır. Ozansoy ise²⁵:

“idarenin hizmet kusurundan sorumluluğu, medeni hukuk sorumluluk esasından ayrı ve otonom sayılır(...)dolayısıyla hizmet kusuru, gerek Fransız Medeni Kanunu m. 1382(veya m. 1384/III) ve gerek Türk Borçlar Kanunu’nun 41.maddelerinin bir uygulaması değildir.”

diyerek bu ilkenin günümüzde de geçerli olduğunu belirtmiştir.

Hizmet kusurunun bu ilkesi, hizmet kusurunun Medeni Kanunların –örneğin ülkemiz açısından Borçlar Kanunu’nun 41 (6098 sayılı TBK 49) vd maddelerinin- sonucu ya da uygulaması olmadığı ve ondan bağımsız olduğu şeklinde açıklanmaktadır²⁶. Bağımsızlık özelliği, sorumluluk hukukuna uygulanacak kurallar bakımından anlaşılmalıdır. Sorumluluk hukuku bakımından hizmet kusuruna dair sorumluluğa esas itibarıyla kamu hukuku kuralları uygulanır. Böyle olunca da özel hukuk alanında, bu hukukun sujeleri olan kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanan hükümler yine bu nedenle –kural olarak- hizmet kusuru teorisinde uygulanamaz²⁷. Sonuçta da hizmet kusuru, özel hukuk hükümlerinin uygulanması sonucu ortaya çıkmamış olur²⁸. Ancak uygulamada bunun bir takım istisnaları vardır. Bunu ileriki bölümde ayrıca ele alacağız.

²⁴ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 859.

²⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 255.

²⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1695. Aynı yönde; Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 859.

²⁷ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 35; Esin, **Esas**, s. 28.

²⁸ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1695; Sarıca, “Hizmet kusuru ve Karakterleri” s. 859; Esin, **Esas**, s. 29.

Son olarak belirtelim ki geçmişte, Fransız Danıştay'ının 1855 tarihli Rothschild ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1873 tarihli Blanco kararlarında²⁹ hizmet kusurunun bu niteliği ifade edilmekle beraber³⁰ günümüzde de bahsettiğimiz gibi hizmet kusurunun bağımsızlığı ilkesi hukukumuz açısından doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir³¹.

b. Hizmet Kusurunun Asli ve Doğrudan Doğruya Olması

Hizmet kusurunun ileriki bölümlerde bahsedeceğimiz diğer özellikleriyle – özellikle anonim olması ile- sıkı sıkıya bağlı bir özelliği de hizmet kusurunun doğrudan doğruya ve asli olmasıdır³². Bu ilkeye göre idarenin kusuru ile verdiği zarardan sorumluluğu dolaylı değildir. Yani idare başkasının kusurundan doğan zararı değil, “*kendi*” faaliyetlerinden ötürü meydana gelen zararı “*doğrudan doğruya*” karşılar.

İdarenin sorumluluğunun asli ve doğrudan doğruya olması sonucu burada ajanın hukuki kişiliğinin görünmediğinden ve idare içinde kaynaştığından bahsedilmektedir³³. Duran bu konuda:

“İdarenin, personelin hizmet veya görev kusurundan sorumluluğu asli ve doğrudan doğruya olduğu halde; çalıştıranların mesuliyet, işçi ve hizmetlilerin tutum ve

²⁹ Bu kararlara konu olan olayların içeriği hakkında Günışığında Yönetim kitabının “Sorumluluk Öyküleri” bölümüne bakılabilir. Özey, **Günışığında Yönetim**, s. 801-807.

³⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1696; “(...) kamu hizmetinin yürütümünde çalıştırdığı kişilerce özel kişilere verilen zararlardan dolayı devlete düşen sorumluluk Code Civil de yer alan ve özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeler tarafından yönetilemez. Esasen genel ve mutlak olmayan bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla Devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyacına göre değişen özel kuralları vardır.” Xavier Delcros/Bertrand Delcross, **Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çev. Turgut Candan, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984, s.1.

³¹ Örneğin, Esin, **Esas**, s. 28; Tan, **İdare Hukuku**, s. 438; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 255. “İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. **Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır**” Dan. 10. D., E. 2007/3301, K. 2008/2929, T. 29.4.2008, DD, 2008, sy. 119, s. 329-332; Dan. 10. D., E. 2004/1690, K. 2006/7348, T. 27.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310.

³² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1696; Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 35; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 27; Tan, **İdare Hukuku**, s. 456.

³³ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 859; Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 35.

davranışlarının “garant”ı (zamin) sıfatıyla ve dolayısıyledir. Bu bakımdan İdare, personeli seçmekte, yetiştirmekte, yönetmekte ve gözetmekte gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa bile bunların hizmet veya görev kusurlarından doğan zararları “idari kusur” sebebiyle ödeme yükümünden kurtulamaz. Gerçekten idare ile personeli arasındaki ilişki statüer niteliktedir ve sözleşmeli de olsa kamu hukuk düzenine bağlıdır. Bu nedenle “idari kusuru” İdarenin kamu hukuku düzenine bağlıdır. Bu nedenle “idari kusur” İdarenin yapısından ve işleyişinden çıkan, organ ve ajanlarının dışında, kendine özgü bir karaktere sahiptir.”

diyerek bu ilkenin sahip olduğu özellikleri anlatmaktadır³⁴.

Hizmet kusurundan doğan sorumluluk açısından idarenin “kendi” sorumluluğu olması bu sorumluluğun asliliğini anlatır. İdarenin sorumluluğunun asli olduğunun en önemli göstergesi, Anayasa’nın 125. maddesinde geçen “*idarenin kendi işlem ve eylemlerinden sorumlu*” olacağı yolundaki ilkede bulunan “*kendi işlem ve eylemleri*” vurgusudur³⁵. Böyle olunca da idarenin sorumluluğu, idare ajanının haksız fiilinden dolayı üstlendiği bir sorumluluk haline dönüşmemektedir³⁶. Ayrıca ileride geniş bir biçimde bahsedeceğimiz görev kusuru kavramı için de doğrudan ve aslilik özelliğinin mevcut olduğu belirtilmelidir³⁷. Çünkü bu halde her ne kadar kişisel bir kusur mevcutsa da bu kişisel kusur hizmetten ayrılamamakta ve bu nedenle aynı zamanda idarenin de kusuru olmaktadır.

İleride bahsedeceğimiz bazı kanunlarda var olan özel düzenlemelerde önce ve birinci derecede sorumlunun kamu görevlisi olacağı ve onun aleyhine dava açmak zorunluluğu getirilmiş olabilir. Bu faaliyetlerin de idarenin faaliyetlerinden olduğu görülmekle beraber bu hallerde ilgili Kanunların özel düzenlemelerinden ötürü bu yola başvurulduğu aşikardır. Bu tür istisnalar hariç hizmet kusuru nedeniyle doğrudan doğruya sorumlu tutulan idare tüzel kişiliğidir ve zarar gören kişi, hizmeti yürüten ajana karşı dava açamaz. Ayrıca kural olarak sorumluluğun önce ajana

³⁴ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 27.

³⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 298. Cüneyt Ozansoy “ Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: Birinci Kitap İdari Yargı** (1-4 Mayıs 1990), Ankara, 1991, s.74.

³⁶ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 256; Bahtiyar Akyılmaz, “Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi, Konya, 2004, s. 28.

³⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 27. Akyılmaz’a göre birincil sorumluluk ifadesi, ikincil sorumluluğu çağrıştırdığı için isabetli değildir. Yazara göre idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu dolaylı/ ikincil/ üstlenilen bir sorumluluk değildir. Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 28.

yöneltmesi ve onun ödeyememesi halinde idareye başvurulması bu ilkenin varlığı nedeniyle mümkün de değildir³⁸.

Sonuç olarak idare aslilik ve doğrudanlık özelliği gereği “kendisinin”/ “kendisinin de” kusuru sayılabilecek bir durum bulunması halinde sorumlu tutulacaktır. İdarenin sorumluluğu asli ve doğrudan olunca da eskiden beri süre gelen bir tartışma bakımından **BK madde 55** (TBK madde 66) hükmünün idarenin çalışmamızda bahsettiğimiz idari faaliyetlerden doğan sorumluluğuna uygulanmayacağı prensibi kabul edilmiş olur³⁹.

Son olarak da günümüzde doktrinde ve yargı kararlarında hizmet kusurunun asli ve doğrudan olması özelliğinin benzer biçimde kabul gördüğünü ifade edebiliriz⁴⁰.

c. Hizmet Kusurunun Anonim ve Objektif Olması

Hizmet kusurunun anonim ve objektif olması onun gerek özel hukuktaki “kusur” kavramından ayrılmasında, gerekse hizmet kusur- kişisel kusur ayrımının sağlanmasında büyük önem taşımaktadır. Duran idarenin kusurunun objektif olmasını şu şekilde açıklamıştır⁴¹:

“İdari sorumluluk sebebi olan kusur, esas itibariyle İdarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir bozukluk, bir aksaklık veya boşluktur. Şöyle ki İdare örgüt ve faaliyetleri, ta baştan iyi düşünülüp planlanmadığı, teşkil ve tanzim edilmediği, veya gereği gibi ya da hiç yürütülmediği için, objektif olarak, yani belli standart ve ölçülere göre yanlış, eksik, yetersiz ve kötü sayıldığından kusurlu görülürler.”

³⁸ Esin, **Esas**, s. 29.

³⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1696; Esin, **Esas**, s. 30. Örneğin Tan’a göre hizmet kusuru doğrudan, özel hukuktaki çalıştırmanın sorumluluğu ise dolaylı bir sorumluluktur. Tan, **İdare Hukuku**, s. 456.

⁴⁰ Tan, **İdare Hukuku**, s. 456, Yayla, **İdare Hukuku**, s. 362. Dan. 10. D., E. 2007/3301, K. 2008/2929, T. 29/4/2008, DD, 2008, sy. 119, s.329-332; “İdarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur”, Dan. 10. D., E. 2008/643, K. 2010/ 5353, T. 14.6.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 327-330; Dan. 10. D., E. 2008/643, K. 2010/ 5353, T. 14.6.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 327-330; Aynı yönde; Dan. 10. D., E. 2004/1690, K. 2006/7348, T. 27.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310.

⁴¹ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 16.

Kusur, özel hukukta sorumluluk hukuku bakımından esas itibariyle temel ilkedir. Özel hukukun Roma hukukundan bu yana gelişen ve güçlenen sorumluluk anlayışında, bireyler arasındaki ilişkide bunların birbirlerine haksız olarak verdikleri zararları ödeme yükümleri, genel ve salt bir biçimdedir⁴². İdare hukukunun da özel hukukun etkisi altında gelişmesi karşısında, sübjektif yönleri bulunan kusur kavramı, idarenin sorumluluğu konusunun da deyim yerindeyse başrol oyuncusu olmuş, ancak kamu hukukunun kendine özgü kuralları ve esasları ile harmanlanmış, özel hukuk anlayışından farklılaşmış ve farklı bir kusur anlayışı olarak karşımıza çıkmıştır. Özel hukuktaki kusurun, objektif olan hukuka aykırılık yanında bir takım sübjektif unsurları da vardır⁴³. Ancak kamu hukukundaki sorumluluk anlayışı bundan farklı olarak tümden objektif bir temele dayandırılmış⁴⁴. Burada objektifliğin nasıl tespit edileceği hususunda Duran⁴⁵:

“(...)İdare örgüt ve faaliyetleri, ta baştan iyi düşünülüp planlanmadığı, teşkil ve tanzim edilmediği, veya gereği gibi ya da hiç yürütülmediği için, objektif olarak yani belli standart ve ölçülere göre yanlış, eksik, yetersiz ve kötü sayıldığından kusurlu görülmekte”⁴⁶olduğunu ve başka bir yerde de “idarenin kusurluluk halinde, gerçek kişilerin haksız fiilleri için aranan kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi sübjektif unsurların bulunması söz konusu edilmeden mevzuat hükümlerine, idari usul ve teamüllere, hizmetin ve halin icaplarına aykırılık gibi objektif bir durumun gerçekleşmesi”

halinin sorumluluk tutulmak açısından yeterli olduğunu belirtmiştir. Objektif olduğu günümüzde de kabul edilen bu ilkeye göre hizmet kusurunun varlığı için personelin kusuru şart değildir⁴⁷. Hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki, bozukluk ve aksaklık hizmet kusurunun varlığı için yetmektedir⁴⁸.

⁴² Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 11.

⁴³ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 12.

⁴⁴ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 187; Tan, **İdare Hukuku**, s. 440.

⁴⁵ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 26.

⁴⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 28.

⁴⁷ Günday, **İdare Hukuku**, s. 369; Tan, **İdare Hukuku**, s. 440 ve 456. Gözler ise bunlardan tamamen farklı olarak bir davranışta kusur olup olmadığını saptamak için bu davranışın yer aldığı “yer”ve “zaman” koşullarını dikkate almak gerektiğini belirtmiş ve kusurun değerlendirilmesinde sübjektiflik bulunduğunu ifade etmiştir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1061.

⁴⁸ Günday, **İdare Hukuku**, s. 369.

Hizmet kusuru teorisini, diğerlerinden ayıran önemli bir özelliği de bu kusurun anonim olmasıdır⁴⁹. Şöyle ki bu özellik hizmet kusurunun asli ve doğrudan olmasını sağlarken buna karşı hizmet kusurunun “başkasının kusurundan doğan ve üstlenilen” bir kusur da olmamasına neden olmaktadır⁵⁰. Ayrıca bir olayda hizmet kusuru varsa, kamu görevlisi, ne idareye ne de yönetilenlere de karşı sorumludur.⁵¹ Bunu sağlayan da hizmet kusurunun anonimlik ilkesidir.

Anonimlik ilkesini en geniş ayrıntısıyla açıklayan Esin bu ilkenin işlevini şöyle anlatmaktadır⁵²:

“(...)Hizmet kusuru, hizmeti yürüten ajanların kişiliğinde ya da bu ajanların seçiminde beliren bir kusur değildir. Bu halde kişi olarak kimse kusurlu olmayıp, kusur hizmetin içinde hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizliktedir. Dolayısıyla, hizmet kusurundan doğan zararı belli ajan veya ajanlara yükleyebilme olanağı yoktur. Ortada kime ait olduğu bilinmeyen sahipsiz, anonim bir kusur bulunduğu için, bunu doğrudan doğruya idarenin ve hizmetin kusuru sayarak sorumluluğu idareye yüklemek en doğru yol kabul edilir..ajan veya ajanların hizmete ilişkin kusurlarının bulunması, sorunun niteliğini değiştirmez. Ajanın kusuru, şahsi kusur derecesinde olmadıkça hizmetin içinde kalır ve bazan bir hizmet kusuru, bazan da kusursuz sorumluluğu gerektiren bir durum olarak belirir.”

Görüldüğü üzere yazar ilk önce ortada sahipsiz, kime ait olduğu bilinmeyen bir kusurdan bahsetmekte fakat bu bahsettiği durumun anonimlik bakımından genel değil istisna olduğunu yani hizmet kusurunun çoğu durumlarda ajanın kusurlarından meydana geldiğini göz önüne alarak böyle bir durumda dahi atfedilemeyeceğini/atfedilmeyeceğini belirtmektedir.

Doktrinde Duran ise, hizmet kusurunun aslında bir veya birkaç personelinin görev kusurundan oluştuğunu, çoğu zaman görev kusurunu işleyen personelin tespit edilemediğini ifade etmektedir⁵³. Güran hizmet kusurunun en anonimleşen hallerinde dahi gerçekte bir ya da birkaç ajanın kaynaşmış, şahsına atfedilemeyecek kusurlarının olduğunu, çünkü en nihayetinde İdare gibi soyut bir varlığı, somu hale

⁴⁹ “Kanaatimizce teorinin en ince ve orijinal özelliği anonim karakteridir” Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 30.

⁵⁰ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 188.

⁵¹ Tan, **İdare Hukuku**, s. 456.

⁵² Esin, **Esas**, s. 28 ve dpn. 13.

⁵³ Lûtfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta Armağanı’ndan ayrı bası Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 55.

getirenin ajanın faaliyetleri olduğunu ifade etmektedir⁵⁴. Ozansoy ise Esin'in de yapmış olduğu gibi tanımları değerlendirirken “(...)Bu tür saptamalara baktıkça, insanın aklına; görünmeyen eller tarafından yönetilen ve insanları içermeyen bir metafizik yapı geliyor” demektedir⁵⁵.

Hizmet kusurunun anonimlik özelliği neden önemlidir ve yukarıdaki haklı sorulara nasıl cevap verilebilir? Bilindiği üzere “İdare” esas olarak tüzel kişilerden oluşmaktadır ve burada aslında onun adına ve hesabına hareket eden organ ve ajanları vardır. Meydana gelen zararlar çoğunlukla bu ajanların faaliyetleri neticesinde kusurlarından oluşur⁵⁶. İdare bakımından ortaya çıkan kusur da çoğu zaman işte bu organ ve ajanların kusurudur⁵⁷. Bu nedenle bu zararlardan idarenin mi yoksa personelinin mi sorumlu olacağı meselesi bu konunun en önemli durağıdır. Bu açıdan da hizmet kusurunun anonimliği, kusurun kamu görevlisine atfedilip atfedilmemesi bakımından ayırıcı bir özelliktir.

Doktrinde ve yargı kararlarında geçmişte olduğu gibi bugün de kabul edilen anonimlik ilkesine göre hizmet kusurunun varlığının ortaya çıkması için, kusuru belirli bir ajana atfetmek ve atfedebilmek şart değildir⁵⁸. Hatta yargı organlarının bunu göz önüne almayacağı belirtilmektedir⁵⁹.

⁵⁴ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 188.

⁵⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 265

⁵⁶ Organların eylemleri dolayısıyla tüzel kişiliğin sorumluluğu ve Medeni Kanunun ilgili hükmünün esas itibarıyla kamu hukuku tüzel kişilerine uygulamayacağı hakkında bkz Hüseyin Hatemi, “Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu (Ankara 21-22/Ekim/1977)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 129.

⁵⁷ Sarıca, **Hizmet Kusuru ve Karakterleri**, s. 861, Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 24, Duran, **Türkiye İdaresinin**, 26.

⁵⁸ Dan. 10. D. E., 2007/3301, K. 2008/2929, T. 29.4.2008, DD, 2008, sy. 119, s. 329-332; Dan. 10. D., E. 2008/643, K. 2010/ 5353, T. 14.6.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 327-330; Aynı yönde; Dan. 10. D., E. 2004/1690, K. 2006/7348, T. 27.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310.

⁵⁹ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri” s. 860; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1697; Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 24-30; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 26; Esin, **Esas**, s. 30; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 262; Kazım Yenice/ Yüksel Esin, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983, s. 85; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 27; Yayla, **İdare Hukuku** s. 361.

Gerçekten de bazı hallerde ajana atfedilememe anlaşılabilir bir durum iken atfedilmesi gerekmeme halinin ne olduğu, bunun ölçüsü, bir kusurun neden ajana atfedilmeyeceği gibi sorular bu meselenin özünü oluşturur⁶⁰.

Bunun cevabı aslında başka yerde yatmaktadır. Bunun bir sebebini Sarıca idari faaliyetin sırasında personelin, kusuru nedeniyle ortaya çıkan her durumda sorumlu tutulması halinde görevini yerine getirmekten vazgeçebileceğini yahut işini savsaklayabileceğini belirterek açıklamaktadır. Yazara göre⁶¹:

“Zira bütün dikkat itina, ceht, gayret ve hüsnü niyetine rağmen mes’ul tutulacağını göz önünde tutan bir kimse aşıkardır ki buna yanaşmaz, bu gibi bir vazife memuriyet kabul etmez.”

Ajanın her kusurundan sorumlu tutulursa görev almayacağı, görev alsa da buna ilişkin olarak görevini layıkıyla yerine getirmeyeceği/ getiremeyeceği hususuna DMK madde 13 ve Anayasa’nın 129. maddesinin getirmek istediği teminat sistemini incelerken tekrar değineceğiz. Ancak sonuçta görüldüğü gibi bu ilkeye göre kusurluluğuna hükmedilen ajan değil, hizmetin kendisidir⁶². Bu nedenle hizmet kusurunun anonimliği özelliğini, istisnalar hariç ajanın tamamen kusursuz olduğu bir durumda ortaya çıkan kusur olarak anlamak yerine idarenin sorumluluğuna hükmedilmediği bir durum olarak anlamak gerekir. Bu ayrımın nasıl yapıldığını ise görev kusuru- hizmet kusuru ayrımında ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

d. Hizmet Kusurunun Esnek Olması

Hizmet Kusurunun esnekliği ifadesi aslında esneklik kelimesinin farklı anlamlara gelebilmesi ihtimaliyle, anlatmak istediğimizi ifade edemeyebilir. Esnek oluşu, olaya göre değişen anlamında olabileceği gibi, mecazi anlamda hukuki açıdan

⁶⁰ Gözler, kusurun kamu görevlilerinin faaliyetleri dışında soyut bir varlık olan idarede aranmasını eleştirmektedir. Yazara göre, Fransız hukukunda olduğu gibi hizmet kusuru “kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılmaz nitelikte olan kusurlarıdır.” Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1132.

⁶¹ Sarıca, “Şahsi Kusur ve Kıstaslar”, **İBD**, Yıl. XX, sy. 3, Mart 1946, s. 87.

⁶² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1697; Esin, **Esas**, s. 30.

“genişleyebilen, gerekirse her şeyi içine alabilen” anlamına da gelebilir⁶³. Fakat hizmet kusurundaki “esneklik” kavramı ile birinci anlam karşılanmaktadır.

Doktrinde esneklik kavramı “*hizmet kusurunun mevcudiyetini ve derecesi her olayda olayın şartlarına, hal ve vaziyetin icaplarına ve özelliklerine göre değişebileceği*” şeklinde anlaşılmıştır⁶⁴. Kusurun ister borçlar hukukunda ister idare hukukunda daima kusur olduğunu, ama bundan idarenin sorumluluğunun doğması için kusurun belli durumlarda belli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini ifade eden Sarıca ise bu kavramı⁶⁵:

“hizmet kusuru nazari, mücerret, kabli, basit, umumi, mutlak, sert,değişmez bir mefhum olmaktan ziyade ameli, müşahhas, ampirik, mürekkep, hadisevi, nisbi, elastiki, mütehavvil ve kaypak bir mefhumdur(...) bu aksaklığın veya sakatlığın amme hizmetinin nevine ve cinsine, hadisenin cereyan tarzına, kısacası hal ve şartlara göre mahkemeni takdir edeceği, müşahhas suretle tayin edeceği muayyen bir ağırlık ve derecede olması zaruridir.”

şeklinde ifade etmiştir.

Günümüzde de doktrinde hizmet kusurunun esnek bir yapıya sahip olduğu ve bunun hizmet kusurunun bir ilkesi olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Buna göre esneklik ilkesi gereğince idari yargı yerleri⁶⁷:

“(...)her somut olayda; kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş koşulları ve diğer özellikleri zaman ve yer koşulları, zararın niteliği ve zararlar kusur arasındaki ilişkinin derecesi gibi unsurları göz önünde bulundurarak, saptanan kusurun tazminatı gerektirip, gerektirmeyeceğini serbestçe takdir edebilir”

Bizim bahsetmek istediğimiz esas mesele olarak esneklik ilkesi iki hususta ortaya çıkmaktadır: Bunlardan birincisi idarenin bazı faaliyetleri bakımından ağır kusurun aranmasıdır. Burada kusur, olayın özelliklerine göre belli bir ağırlıkta olmalıdır ve bu durum esneklik ilkesinin bir sonucu kabul edilmektedir. Bugün

⁶³ Akyılmaz ise farklı bir “esneklik” anlayışı sergileyerek kişisel kusur ve kusursuz sorumluluk alanlarına doğru genişleyen hizmet kusurunun bu eğilimine “esneklik ve değişkenlik” adı vermektedir. Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 28

⁶⁴ Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 47.

⁶⁵ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 862; Aynı yönde Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1698.

⁶⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 34 vd.

⁶⁷ Esin, **Esas**, s.31; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1698.

Ülkemizde özellikle kolluk faaliyetleri ve sağlık hizmetlerine ilişkin faaliyetler bakımından –ve fakat bu alanların da kapsadığı tüm alanlarında değil- ağır kusur aranmasının nedeni, idari faaliyet ve hizmetlerin birtakım kaçınılmaz kusurlar doğurması karşısında, bireylere sağlanan yarara karşılık bunlara katlanmaları gerektiği anlayıřıdır⁶⁸.

Fransa da Rothschild ve Blanco kararlarında hizmet kusurunun bu özelliği belirtilmiř⁶⁹ ve Fransa’da ilk zamanlarda kusurun derecelendirilmesi bakımından “hafif/basit kusur, ağır kusur ve bazı hallerde fevkalade/istisnai/aşıkar derecede ağır ve vahim kusur gibi” derecelendirmeler yapılmış, bunun yanında idari işlemlerden ötürü ortaya çıkan zararın her zaman idarenin sorumluluğuna neden olacak derecede hizmet kusuru oluşturmadığı ve zararın idarece karşılanmadığı grlmř⁷⁰, hukukumuz açısından da Danıştay bu anlayıştan oldukça etkilenmiştir. Ağır kusur kriteri günümüzde ülkemizde özellikle sağlık ve kolluk hizmetleri-bu hizmetlerin de hepsinde olmamak üzere- açısından yargı yerlerince sıklıkla uygulanmaktadır.

O halde bu ilkeye göre; ortaya çıkan kusur açısından bu kusurun varlığı kabul edilmekte ama kusur olayın özelliklerine göre belli bir ağırlıkta olmaz ise idarenin sorumluluğunu doğurmamaktadır. Yani faaliyetlerde meydana gelen her aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik otomatik olarak idarenin sorumluluğunu gerektirmez. Çünkü bu ilkede kusurun varlığı bir şey, bunun sorumluluğu doğurması ise başka bir şeydir.

Esneklik ilkesinin ikinci sonucu ise bir idari işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmesiyle birlikte bu hukuka aykırılıktan ötürü iptal edilen her işlemin, mutlaka idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı anlayışıdır. Burada idari işlemin unsurlarından bahsedilmekten öte takdir ve içtihat hataları esneklik ilkesinin kapsamına dahil edilmek istenmiştir. Biz bu hususu ileriki bölümlerde ele alacağız.

⁶⁸ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 35.

⁶⁹ “(...) *Esasen genel ve mutlak olmayan bu sorumluluğun, hizmetin gereklerine ve özel kişilerin haklarıyla Devletin haklarını uzlaştırmak ihtiyaına göre değişen özel kuralları vardır.*” Delcros/Delcross, **Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, s. 1.

⁷⁰ Fransa’da esneklik ilkesinin 1900’lerin başından ortalarına kadar nasıl anlaşıldığına dair bkz. Sarica, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri” s. 862 vd.

e. Hizmet Kusurunun Genel Olması

Hizmet kusurunun genel olması 2 anlamda kullanılmıştır. Buna göre hizmet kusurunun genelliği uygulama alanı ve maddi bakımdan genellik olarak ikiye ayrılmaktadır⁷¹. Uygulama alanı bakımından genellik, sorumlulukların ele alınışları bakımından devlet ve diğer tüzel kişilerin idari faaliyetlerinden ötürü sorumluluklarına gidilmesinde bir ayırım yapılmaması anlamı gelmekte ve bu durumun “öteden beri” hukukumuzda var olduğu söylenmektedir⁷². Fakat doktrinde bu durumun anayasal temellerinin olduğu da belirtilmektedir. Şöyle ki Anayasanın 1961Anayasasının 114. maddesine atıf yapan Duran⁷³:

“Türk Hukukunda Yürütme ve İdarenin mali sorumluluğu “genel” bir sorumluluktur. Başka bir deyişle, Türkiye’de bütün Yürütme organları ve İdare kuruluşları, her türlü hizmet ve faaliyetlerinden dolayı, prensip olarak sorumluluk taşır. Ayrıca yasama ve yargı organları ile personelinin idari işlev alanına giren işlem ve eylemleri ve hatta bazı kayıt ve şartlar altında, yasal ve yargısal işlemleri de Devletin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali sorumluluğunu gerektirir. Bu itibarla (1961)Anayasa’nın 114 üncü maddesinin son fıkrası Kamu Gücü’nün sorumluluğu genel kuralıdır, denebilir”

diyerek meselenin anayasal boyuttaki çözümünden bahsetmektedir.

Bizi ilgilendiren asıl özelliği ise maddi bakımdan genelliktir. Maddi bakımdan genellikten anlaşılan ise hizmet kusuru teorisinin genel olduğu, ancak hizmet kusuru teorisinin uygulanamadığı hallerde ve şartları varsa kusursuz sorumluluk teorilerinin uygulanması gerektiği anlayışıdır. Ülkemizde özellikle doktrinde bu görüşe destek olanlar bulunduğu gibi⁷⁴ aksine kusursuz sorumluluğun esas ve genel teşkil etmesi gerektiğini ifade edenler olmuştur⁷⁵. Bunun yanında aynı

⁷¹ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 887; Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 25; Esin, **Esas**, s. 28.

⁷² Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 28.

⁷³ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 19.

⁷⁴ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri” s. 887, dpn. 51; Yayla, **İdare Hukuku**, 362; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 27.

⁷⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1698; Esin, **Esas**, s. 28; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 260.

anda hem kusurlu hem kusursuz sorumluluğa dayanarak karar verememe de bu ilkenin sonuçlarından biri kabul edilebilir⁷⁶.

Kanaatimizce özel hukukta kusur sorumluluğunun genel olması, ondan etkilenen ama değişerek başkalaşan ve idarenin sorumluluğu içerisine dahil olan hizmet kusurunun da genel olmasına bir neden teşkil edebilir. Hukukumuz bakımından Danıştay'ın 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önceki dönemde verdiği kararlarda ve 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği dönemden itibaren bir süre daha uygulamasında hizmet kusurunun arandığı ve fakat saptanamadığı hallerde tazminata yer olmadığına dair karar verdiği belirtilmektedir⁷⁷. Fakat özellikle 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin sorumluluk hukuku bakımından ilke olarak kullanılması ile birlikte kusursuz sorumluluk anlayışının genişlediği görülmüş ve böylece bazı yazarlar bundan etkilenecek kusursuz sorumluluğun esas teori kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁸. Günümüzde Danıştay kararlarında 1982 Anayasası'nın 125. maddesine dayanılarak şartları varsa kusursuz sorumluluğa hükmedilmektedir⁷⁹. Örneğin bir olayda, bir okulda bir öğrenci teneffüste diğer arkadaşıyla şakalaşırken arkadaşına rastgele kalem atmış ve arkadaşının gözünün sakatlanmasına neden olmuştur. Bu olayda Danıştay'ın kararı şu şekildedir⁸⁰:

⁷⁶ “(...)İdare mahkemesince, davalı İdarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir(...)” Dan. 10. D., E. 1995/53, K. 1996/1913, T. 10.4.1996, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁷ Esin, **Esas**, s. 29.

⁷⁸ “(...) kanaatimizce sırf tarihi esaslarla ve Roma hukukundan beri gelen mesuliyet telakkisi ile izah edilebilen bu karakter Türk Hukuku bakımından bir ehemmiyeti haiz değildir.” Açıklamalar için bkz. Onar **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1698; Aynı yönde Esin, **Esas**, s. 29.

⁷⁹ Bu tür kararlara örnek olarak bkz, DİDDK, E. 2008/11, K. 2009/3108, T. 17.12.2009, DD, 2010, sy. 125, s. 36-39; DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, T. 29.4.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 39-46; DİDDK, E. 2003/57, K. 2005/237, T. 14.4.2005, DBB; Dan. 10. D., E. 2006/5024, K. 2008/2685, T. 21/4/2008, DBB; Dan. 10. D., E. 1996/9012, K. 1997/6164, T. 25.12.1997, DBB.

⁸⁰ Dan. 8. D., E.2001/1439, K.2001/2817, T.05.06.2001, DBB. 1970’li yıllarda geçen benzer bir olayda ise bir öğrenci, teneffüs zili çaldığında başka bir öğrenciye çivi atmış, bu çivi diğer öğrencinin topuğuna gelmiş, olayı gören sınıf öğretmeni ise olaya müdahale etmemiş ve öğrencileri de uyarmamıştır. Karar metnine göre olay teneffüste de devam etmiş ve diğer öğrencinin bir gözü çivi isabet etmesi nedeniyle sakatlanmıştır. Danıştay da bu olayda, hadiseyi görmesine rağmen gerekli tedbirleri almayan sınıf öğretmenin bu hareketinden ötürü hizmetin

“İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare kimi hallerde kusur koşulu aranmadan da sorumlu olabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlem almakla yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerekmektedir. Olayda, ilkokul 2. sınıfta okuyan öğrencilerin tenefüs sırasında kendi aralarında şakalaşırken rastgele atılan bir kalemin davacıların öğrencisi olan çocuğunun sol gözüne isabet etmesi sonucunda görme gücünü kaybettiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla uyuşmazlık konusu olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamakla birlikte idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararlarda nedensellik bağı aranmadan zararın tazmin edilmesi gerekirken, idarenin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de sorumlu tutulmayarak davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

Kararlar incelendiğinde genel olarak Danıştay’ın, öncelikle hizmet kusurunun varlığını aradığı, bunu saptayamadığı hallerde ise kusursuz sorumluluğun şartları varsa buna dair ilkeleri uyguladığı görülmektedir.⁸¹ Kanaatimiz bugün mevcut anayasal sisteme dayanarak kusursuz sorumluluğun genel ilke olamayacağını yönündedir. Bunun sebepleri ise Anayasa’nın; 129-5 ve 40-3 maddelerini kusur sorumluluğu yönünden ele almasıdır. Anayasa’nın 125, 129-5 ve 40-3 maddeleri arasında özel-genel hüküm ayrımı yapıp yapılmayacağı bir yana bu hükümlerin varlığı, bizi hizmet kusurunun genel teori kalmaya devam edeceğine sevk etmektedir. Böyle olunca kusursuz sorumluluğun genel olması öncelikle mümkün görünmemektedir. Ayrıca yine bu maddelerde, DMK madde 13’de ve başka birtakım kanunlarda karşımıza çıkan personele kusurundan ötürü rücu edileceğine dair mekanizmayı da düşündüğümüzde- ki kusursuz sorumluluk genel olduğu takdirde rücu müessesinin nasıl yürüyeceği ve sorumluluk hukukunun niteliği tartışmalı olacaktır- kusur sorumluluğunun ve bu kapsamda hizmet kusurunun genel uygulama biçiminde olmaya devam edeceğini söylemeliyiz. Bunun yanında doğrudan kusursuz sorumluluğa odaklanıp “salt mağdurun zararının kolayca karşılanacağı bir sisteme”

kötü işlediğini ve idarenin sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir. Dan. 12. D., E. 1971/851, K. 1972/1484, T. 18.5.1972, (Nakleden Esin, **Esas**, s 78.)

⁸¹ Kusursuz sorumluluğa dair bir çok karar böyledir. Örneğin; DİDDK, E. 2008/11, K. 2009/3108, T.17.12.2009, DD, 2010, sy. 125. s. 36-39; Dan. 10. D., E. 2006/7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DBB; Dan. 10. D., E. 1999/5543, K. 2001/4030, T. 22.11.2001, DBB; Dan. 10. D., E. 1997/721, K. 1999/5266, T. 20.10.1999, DBB.

geçilmesi idari faaliyetlerdeki kusurluluk olgusunun gözden kaçmasına ve idarenin gereken tedbirleri almış olmasına engel olabileceği de söylenebilir⁸².

C. YARGI KARARLARINDA ORTAYA ÇIKAN HİZMET KUSURUNUN KENDİNE ÖZGÜ NİTELİKLERİYLE İLGİLİ BAZI UYGULAMA PROBLEMLERİNİN İNCELENMESİ

1. Günümüzde Hizmet Kusurunun Bağımsızlığı İlkesinin Geçerliliği Hakkında Bir Değerlendirme: İptal edilen 6100 Sayılı HMK'nın 3. Maddesi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesi- Hizmet Kusurunun Bağımsızlığı İlkesi İlişkisi

Yukarıda hizmet kusuru anlayışının özel hukuktaki mevcut kusur anlayışından sıyrılarak değiştiğini ve hizmet kusuru kavramının idare hukukunun sorumluluk meselelerinde uygulandığını ifade etmiştik. İdare hukukunun ve özel hukukun birbirinden farklı ve bağımsız oluşu, bunların kaynaklarının ve hareket noktalarının farklılığı idarenin sorumluluğu kurumuna da yansımıştır⁸³. Esas itibariyle İdare Hukukunda, İdare Hukuku alanının kapsamına dahil olan bir meseleye uygulanacak idari bir mevzuat yeterli gelmezse, meselenin derhal Medeni Kanun yahut özel hukuka ait diğer kanunlarla değil hukukun genel ve temel ilkelerine dayanarak içtihat yolu ile çözülmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁴. Ancak İdare Hukuku ile özel hukuk arasında hiçbir ilişki bulunmadığı da söylenemeyecektir. Çünkü özel hukukun kapsamına aldığı birçok mesele aslında bir çok hukuk dalını ilgilendiren konuların esasını teşkil eder⁸⁵. İşte idarenin sorumluluğu hukuku ve bunun özelinde hizmet kusuru da özel hukuktaki mevcut

⁸² Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 204.

⁸³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. bs, s. 111.

⁸⁴ İdare Hukukunun diğer hukuk dallarıyla ilişkisi için bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. bs, s. 110 vd.

⁸⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. bs, s. 112.

kusur anlayışından farklılaşarak ve bazı açılardan ona yabancılaşarak ortaya çıkmıştır. Fakat “*kamu hukuku mevzuatı*” denilen olgu, İdare Hukukunda sorumluluk hukuku bakımından genel kurallar içermemektedir⁸⁶. Bu nedenle İdarenin sorumluluğuna ilişkin davalarda özel hukuka ilişkin mevzuattan ve özel hukuka ait bir takım sorumluluk esaslarından yararlanılabilir. Fakat idari yargı hakimi bu mevzuat hükümlerini önüne gelen olaya “*olduğu gibi*” uygulamak zorunda da değildir⁸⁷. Bu sonuç, hizmet kusurunun bağımsızlığı ilkesinin en temel sonucudur. Bu durum yani özel hukuka ait birtakım kuralların uygulanması hali, bu hizmet kusurunun kendine özgü bir yapıya sahip olmasına engel de değildir. Çünkü burada özel hukuktan farklı olarak “*eşit kişilerin ve menfaatlerin değil, birbirinden farklı kamu gücü ve yararı ile özel kişilerin ve çıkarların bağdaştırılması sorunu vardır*”⁸⁸.

İşte bu nedenle hizmet kusurunun bağımsızlığı ile ilgili güncel bir meseleden kısaca bahsetmek istiyoruz. İptal edilen 6100 sayılı HMK’nın 3. maddesi:

“Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev

MADDE 3- (1) Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.”

şeklinde idi.

Bu maddenin birinci cümlesi Anayasa Mahkemesi’nin 16.2.2012 tarihli ve E.2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı ile iptal edilmiş, diğer fıkraların ise uygulanma imkanı kalmadığı gerekçesiyle yine Anayasa Mahkemesi’nin ilgili mevzuatı gereği iptal edilmiştir. Kısaca Mahkeme kararının esasını ele alırsak mahkeme 125 ve 155. maddelerle beraber idari yargı- adli yargı ayrılığı prensibinden bahsederek kural

⁸⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 9

⁸⁷ “*şu halde idarenin sorumluluğu ne genel ne de salttır, ancak kamu hukukuna özgü ilke ve kurallar çerçevesinde mahkeme içtihatlarıyla belirlenip saptanacak bir sorumluluktur*” Duran, **Türkiye İdaresinin**, s.7-9.

⁸⁸ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 10.

olarak idare hukukuna ait meselelerin idari yargıda, özel hukuka ait meselelerin adli yargı da görüleceğinden bahsetmiştir. Ancak bir diğer yargı yerinde görülmesi imkanı ise bunda haklı neden ve kamu yararı olmasına bağlanmıştır.

Mahkeme bu konuda birçok meseleyi iç içe tartışmıştır. Bunlardan biri maddenin kapsamının sadece vücut bütünlüğü ve ölüm ile sınırlı olmasıdır. Bunun haricindeki zararlar idari yargının alanına girer. Mahkemeye göre bunun sonucu olarak da yargı mercilerinin sorumluluk hukukundaki tutum ve bakış açıları farklı olduğundan adli yargı yerlerinin bu davalara bakmasında haklı neden ve kamu yararı yoktur. Bunun yanında madde genel ve salt olarak bu tip tüm davaları kapsamına aldığından ayrıca Anayasa'nın 157. maddesine de aykırı bulunmuştur. Kararda ayrıca başta *Serdar Özgüldür* olmak üzere bazı üyeler maddeyi görev kusuru-salt kişisel kusur ayrımı yönünden ele almışlar ve tam yargı davalarının idari yargıda görülmesi gerektiğinden bahsetmişlerdir. Günümüzde bu ayrımın mevcut olup olmadığını 3. bölümde inceleyeceğiz.

Burada “*bu başlıkta*” sorulması gereken soru acaba bu yasa yürürlükte olsaydı ve Asliye Hukuk Mahkemesi'nin önüne bu duruma ilişkin bir dava gelseydi Asliye Hukuk Mahkemesi davada hangi hukuki esasları uygulayacaktı? Adli yargı hakimi önüne gelen ve hizmet kusuru iddiası içeren bir zarara yönelik karar vermek durumunda olsa idi davanın esasına yönelik nasıl bir yol izleyecekti?

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu maddenin 1. fıkrasının kapsamı idare hukukunun yargılama alanına girmektedir. Esasen Anayasa'nın 125. ve 155. maddeleri dikkate alındığında idare hukuku alanına giren konularda davanın görüleceği yer idari yargı mercileridir. Fakat başka bir takım düzenlemelerde de görüldüğü üzere çeşitli nedenlerle idare hukukunun alanına giren bir konu, adli yargının alanına dahil edilmiş olabilmektedir. Yasa koyucunun bu hususta takdirini kullanabilmesi ise bunu gerektiren “haklı neden” ve “kamu yararının bulunmasına” hasredilmiştir⁸⁹. Sorumluluk hukukunun özel hukuktaki bir takım kavram ve

⁸⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi HMK madde 3'ü iptal ederken yine bundan bahsetmiştir.

AYMK, E.2011/35, K.2012/23, T.16.2.2012, RG. 19.05.2012, sy. 28297, [www. anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), KBB.

özelliklerden uzaklaşarak kendini bulması ve fakat bu kavram ve özelliklerle bir şekilde bağını da sürdürerek gelişmesi, bu maddeyi ele alış açısından değişik bir anlam kazanmaktadır. Bir de özel hukuk kurallarının evvelden beri idarenin sorumluluğuna uygulanması “dileği” meseleyi daha da ilgi çekici bir hale getirmektedir⁹⁰. O halde konunun özüne dönersek, esasa uygulanacak kurallar açısından birçok görüş olabileceği gibi temelde şu durumlar göz önüne gelebilirdi: Buna göre birinci ihtimalde adli yargı hakimi olaya Borçlar Kanunu hükümlerini uygulayacaktı ve meseleyi bu pencereden çözmeye çalışacaktı ki hizmet kusurunun; idarenin teşkilatlanmasındaki, faaliyetinin düzenlenmesindeki yahut işleyişindeki aksaklık, bozukluk gibi hallerini bu halde -belki de birçok özel hukukçunun geçmişten bu yana istediği gibi- eski deyimıyla istihdam eden yeni ifadeyle adam çalıştırmanın sorumluluğu meselesi ile çözecekti⁹¹. İkinci ihtimalde adli yargı hakimi önüne gelen olaya idare hukuku ilke ve esaslarını uygulayacak ve buna göre bir değerlendirme yapıp olayda bir hizmet kusurunun varlığını -hizmetin kuruluşunda, işleyişinde vb. sayılan unsurlarda bir aksaklık, bozukluk var mı yok mu- araştırarak ve hizmet kusurunu tespit ettiği vakit diğer şartlar da varsa “*idare hukuku esaslarına*” göre tazminata hükmedecekti. Ancak burada da çeşitli meseleler akla gelebilecekti. Çünkü özellikle Yargıtay’ın idare hukuku meselelerine katkıda bulunur bir biçimde ve Danıştay’ın da belli oranda takip ettiği bir şekilde kararlar vermesi olumlu bir gelişme iken⁹² bazen de idare hukukunu ilgilendiren olaylara tamamen idare hukuku çerçevesi dışında bakması⁹³ bu mesele bakımından da gündeme

⁹⁰ Bu hususta Fransız hukukundaki tartışmalar için bkz. Ragıp Sarıca, “Fransa’da Ajan ve Memurların Şahsi Kusurlarından Devletin, İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi”, **İÜHF**, C. XV, Yıl. 15, 1949, sy. 2-3 s. 546-568. Türk Hukukunda bu konuyla ilgili bir tartışma ve benzeri durumları özel hukukun istilası şeklinde yorumlanması bakımından bkz. Cüneyt Özansoy, “Kamu Hukuku Erozyonu- Sempozyum”, s. 72-87 ve Tartışmalar Bölümü.

⁹¹ Bugün doktrinde İdarenin sorumluluğunu “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu” konusunda ve “Devletin Sorumluluğu” başlığı altında işleyen bir eser olarak bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs, İstanbul, Beta, 2009, s. 588.

⁹² Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun vermiş olduğu E.1972/6, K.1973/2, T. 27.1.1973 sayılı karar örnek verilebilir.

⁹³ Yargıtay’ın sorumluluk hukukuna dair “*idarenin sorumluluğunun kanalize edilmiş sorumluluk olduğu*” görüşü buna örnek gösterilebilir. Bunun yanında **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun** E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29/10/1979 tarihli kararında yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmamasına ilişkin verdiği ve bugün de Yargıtayca sıkça kullanılan kararındaki şu ifadeler bu bahsettiğimiz durumu ispatlar niteliktedir: “(...)Danıştay bir yüksek idare mahkemesidir. İdare hukuku esaslarını uygular. Adliye mahkemeleri ise olayları özel hukuk hükümlerine göre çözümler. Nitekim İçtihadı birleştirme konusu olayda, mahkemeler olayın

gelebilecekti. Çünkü adli yargı hakimi önüne gelen bu meselede, değindiğimiz ikinci ihtimaldeki gibi hareket etse de olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususunda -idare hukuku kural ve esaslarını uygulamakla beraber-Danıştay'ın koymuş olduğu kriterler ile bağlı olmayabilecekti. Yani adli yargı hakimi, idare hukukuna dair kavramları kendi penceresinden değerlendirebilecekti. Bu halde çok meşhur örnek olan bir kişinin yolda yürürken idarenin kusurlu faaliyeti neticesinde gözlüğüne zarar gelmesi halinde idari yargıda dava açması, gözüne zarar gelmesi halinde ise adli yargıda dava açması olayında belki Danıştay gözlüğü için tazminata hükmedebilecekken, Yargıtay gözü için tazminata hükmetmemiş olabilecekti ve bu ihtimal imkan dahilindeydi (yahut aksi bir durum). 3. bir ihtimalde de adli yargı hakimi, hizmet kusurunun tespiti açısından idare hukuku ilke ve kurallarını olaya uygulayarak hizmet kusurunun varlığını araştırarak ve fakat olayda hizmet kusurunun olduğu ortaya çıkarsa kararı Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine dayandırarak verecekti. Bu halde sadece hizmet kusuru olup olmadığı hali idare hukuku ilke ve esaslarıyla değerlendirilmiş olacak, yani hizmetin kuruluşunda, işleyişinde bir fenalık, bozukluk olup olmadığının tespiti kadarıyla idare hukuku ilke ve kuralları uygulanacak bu tespit yapıldıktan sonra ise ortada bir kusur bulunduğundan bahisle haksız fiil hükümlerine göre karar verebilecekti. Bunun yanında bu 3. duruma ek olarak Danıştay kararlarında her hukuka aykırı durumun yahut faaliyetin idarenin sorumluluğuna neden olmayacağına dair içtihatları karşın, Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerini uygulayan adli yargı hakimi bakımından yukarıdaki göz ve gözlük örneğinde belki bir mahkemeden tazminat kararı çıkabilecekken, diğerinden tazminata hükmetmeme ihtimali doğabilecekti. Borçlar hukukunda sorumluluk hukuku bakımından, -kusursuz sorumluluk ilkesinin bu alanda genişlemesine rağmen-kusur sorumluluğunun esas sorumluluk unsuru olması, buna karşın idare hukukunda ise kusursuz sorumluluğun yine borçlar hukukunda olduğu gibi genel olmadığı görülmekle beraber yargı yerlerince –

özelliliği itibariyle idare hukuku esaslarından yararlanmakla beraber, uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk hükümlerini esas almak durumundadırlar. Bu nedenle ve esasen her birinin kanunla belli edilen görev alanları ayrı bulunduğundan, idare mahkemelerinin verdikleri kararların adliye mahkemelerini, adliye mahkemelerinin verdikleri kararların da idare mahkemelerini etkileyici bir niteliği yoktur(...)" YİBBGGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG. 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67.

hakkaniyet/nesafet gibi kavramlar kullanılarak-çokça başvurulmuş bir ilke haline gelmesi kusursuz sorumluluğa dair bir göz-gözlük örneğinde meydana farklı sonuçlar getirebilecekti. Şöyle ki gözlüğü için idari yargıda dava açacak olan zarar gören belki lehine tazminat kararı alabilecekken, yine gözü için adli yargıda dava açacak olan kişi bakımından borçlar kanunu uygulaması neticesinde idare hukukunda olduğu kadar geniş olmayan borçlar hukukundaki kusursuz sorumluluk hükümleri gereği belki lehine tazminata hükmedilmeyecekti. Bir başka örnek olarak yukarıda verdiğimiz örnek sıralamasına göre 1. ve 3. örneklerde yani meseleye sonuçta borçlar hukuku esaslarının uygulandığı hallerde acaba adli yargı hakimi idari yargının illiyet bağı aramadan çeşitli zamanlarda kullandığı bir ilke olan örneğin sosyal risk ilkesi gibi çeşitli idare hukukuna özgü ilkeleri uygulayabilecek miydi? Yahut borçlar hukukunun kusursuz sorumluluk ilkelerinden örneğin fedakarlığın denkleştirilmesi gibi ilkeleri olaylara özgü olarak benzetme yoluna giderek mi sorunları çözecekti? Yahut yine bu olaylarda örneğin görev kusuru ilkesine yer verebilecek miydi? Bu madde yürürlükte kalsa idi bunlar gibi onlarca soru sorulabilirdi⁹⁴.

Bu hususta 6100 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi de değinilmesi gereken hükümler içermektedir. İdari işlem ve eylemle ilgili kısmı kanun tasarısındaki 51. maddede ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499)'unda 54. maddede yer almayan bu hüküm şu şekildedir⁹⁵.

“c. Belirlenmesi

MADDE 55- Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.

⁹⁴ Bu söylediğimiz durumlara benzer, Yargıtay'ın kararlarının incelenmesi açısından önemli bir çalışma için Bkz. Lûtfi Duran, “Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar I”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. XVIII, sy. 2, Haziran 1985, s. 27-44; “Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar II” **Amme İdaresi Dergisi**, C. XVIII, sy. 3, Eylül 1985, s. 43-58; “Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar III” **Amme İdaresi Dergisi**, C. XVIII, sy. 4, Aralık 1985, s. 63-82. Bu makaleleri ve bu dergide yayımlanmış diğer makaleleri için <http://yayin.todaie.gov.tr/yazar.php?Yazar=109>; ayrıca bkz. Tan, **İdare Hukuku**, 707-710.

⁹⁵ http://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html (Çevrimiçi), 7.07.2012.

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 da uygulanır.”

Bu madde ikinci fıkrasındaki ifade nedeniyle yine meşhur göz-gözlük örneğini aklımıza getirirken ve göz örneğinde uygulanan hükümlerle gözlük örneğinde uygulanacak hükümler bu madde hükmü iptal edilmedikçe yahut değiştirilmedikçe yürürlükte olacağından –HMK 3’ün iptalinden sonra uygulanma sorunu yaşama ihtimali ayrı bir konu olmak üzere- bu ikilem bu madde hükmü bakımından da geçerli olacaktır. Belirttiğimiz gibi idare hukukunda tazminatın belirlenmesine ilişkin hususlarda Borçlar Hukuku ve Kanunu hükümleri uygulanabilir. Özel hukukun birtakım kuralları idare hukukuna dair meselelerde uygulanabileceği gibi bu uygulama biçimini o hükmü ya da ilkeyi tamamen uygulama şeklinde de, kısmen ya da gerektiğinde uygulama şeklinde de olabilir. O halde bu madde bakımından; özel hukuka dair bir kuralın idarenin sorumluluğu konusunda “özel hukukta anlaşıldığı biçimiyle” uygulanması zorunluluğunun bulunmaması, bu madde yürürlüğe girdiğinde geçerli olmayacak, en nihayetinde - göz ve gözlük örneklerinde HMK madde 3 iptal edildiğine göre bu iki davanın da idari yargıda görülme şartlarının olduğunu varsaydığımızda– gözü ve gözlüğü zarar gördüğü için dava açan şahıs bakımından idari yargı hakimi göze ilişkin zarar için yeni BK 55’i, gözlük için tazmin bakımından ise idare hukuku ilke ve kurallarını ve varsa buna ilişkin esasları yahut özel hukukun esaslarını kısmen veya tamamen veya gerektiği kadarıyla ama tamamen bağlı olmaksızın olaya uygulayacak ve belki de aynı olaydan farklı tazmin miktarları veya sonuçları ortaya çıkacaktır⁹⁶.

Belki bu mesele, ileride bahsedeceğimiz bir takım pratik nedenlerle ortaya çıkmış olabilir. Ancak hizmet kusurunun bağımsızlığı ilkesi ile ilişkisi bir yana özellikle tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir takım hususlar yerine göre idare hukukunda adli yargıdaki tazminat usullerinden daha farklı ve daha avantajlı olabilir. Bu nedenlerle madde metninin uygulanması halinde bu tür problemlerin ortaya çıkacağı aşikardır. Bununla birlikte son olarak da yeni BK madde 55’de “*destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar*” dan bahsedilirken BK madde 56’da

⁹⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi de HMK 3 ile ilgili kararında bundan bahsetmektedir.

manevi zararlardan bahsedilmekte olduğunu ancak bu madde açısından idare hukukuna dair bir atıf görülmediğini ifade etmeliyiz⁹⁷.

2. Görev Kusuru Niteliğindeki Hizmet Kusurunun Anonimliği Meselesi

Yukarıdaki bölümde hizmet kusurunun anonimliği ilkesinden bahsetmiş ve hizmet kusurunun en temel özelliğinin kusurun ajana değil, idareye atfedilmesi olduğunu çünkü burada faaliyetin niteliğinin ön plana çıktığını ifade etmiştik. Bu halde kusurun ajana atfedilmediğini yahut atfedilemediğini belirtmiş, doktrin ve yargı kararlarında da bu özelliğin günümüzde de benimsendiğine dair örnekler vermiştik.

Ancak günümüzde Danıştay'ın kararlarında ve doktrinde hizmet kusuru ve görev kusuru ayrımının kavramsal bakımdan hizmet kusurunun anonimliği ilkesine uygun olmayan bir biçimde ele alındığı görülmektedir.

Danıştay çeşitli kararlarında “görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru” kavramından bahsetmektedir⁹⁸. Bunların hizmet kusuru içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki tartışmaları ve kararlardaki isabeti 2 ve 3. bölümlere bırakıyoruz. Ancak bu kararlarda görülen husus kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kişisel kusurlarıyla verdikleri zararlardan ötürü davanın idareye açıldığıdır. Bu kararlarda davanın idareye açılmasının sebebi, her ne kadar olaylarda kamu görevlisinin kişisel kusuru bulunsa da; kusurun, görevlinin resmi yetki, görev ve olanaklarından kısacası hizmetten ayrılamaması olduğunu ifade

⁹⁷ Danıştay'ın da manevi tazminat ile ilgili bir davada “(...)Buna karşılık idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesi hukuken doğru olmadığı gibi” şeklinde karar verdiğini görüyoruz. Dan. 10. D., E. 1991/3619, K. 1991/2346, T. 05.12.1991, DBB.

⁹⁸ Dan. 10. D., E.2006/7165, K..2008/8312 T. 26.11.2008, DBB; Dan. 10. D., E.2004/1690 K.2006/7348, T. 22.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310; Dan. 10. D., E.1997/721, K.1999/5266, T. 20.10.1999, DBB.

etmeliyiz. Böyle olunca da görev kusuru idare açısından hizmet kusuru sayılmaktadır.

Danıştay kararlarında bu tür olaylarda görev kusuru niteliğinde hizmet kusurundan bahsedilmekte, ardından personelin kişisel kusurundan ötürü idarenin ona rücu etmesi gereği Anayasa'nın 129. maddesi belirtilerek gündeme getirilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus idarenin hizmet kusuru nedeniyle değil, görev kusuru nedeniyle personeline rücu ettiğidir. Çünkü kararlara genel ve salt bir biçimde bakıldığında, kararlarda “görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru” kavramı kullanılsa da nihayetinde idarenin hizmet kusurundan sorumlu tutulacağı ve sonra ilgili görevliye rücu edeceği sonucu çıkarılabilir. Halbuki İdare hizmet kusurundan ötürü değil, görev kusurundan ötürü sorumlu tutulmaktadır. Bu görev kusuru idare için hizmet kusuru teşkil edebilir ama bu durum görev kusurunun hizmet kusuru olduğu anlamına gelmez⁹⁹. Çünkü aksi durumda hizmet kusurundan ötürü, görevliye rücu edilmiş sayılır ki daha önce de bahsedildiği gibi hizmet kusurunun anonimliği ilkesi buna engel olur. Hizmet kusurunun anonimliği gereği kusur ajana atfedilmez veya atfedilemez. Aksi takdirde hizmet kusurundan ötürü rücu kabul edilirse ortaya anonim olan hizmet kusuru/anonim olmayan hizmet kusuru gibi bir ayrım çıkacaktır ki bu ayrım hizmet kusuru kavramının özüne aykırıdır.

Belirttiğimiz bu nedenlerle görev kusurunun idare açısından hizmet kusuru oluşturduğunu, idarenin bu kusurdan hizmetten ayrılamadığı için sorumlu tutulduğunu ifade etmeliyiz. Ancak kavramsal olarak hizmet kusuru ile görev kusurunun aynı olmadığını, görev kusurunun da hizmet kusuru gibi asli ve doğrudan olduğunu, ancak hizmet kusurundan farklı olarak görev kusurunun anonim olmadığını ve bu nedenle kusurun ajana atıf ve izafesinin mümkün olduğunu açıkça ifade etmeliyiz.

⁹⁹ Karş. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1132.

3. Hizmet Kusurunun Asli ve Sürekli Olması İlkesiyle İlgili Ortaya Çıkan Problemler

Hizmet kusurundan ötürü sorumluluğun asli ve doğrudan olduğunu, idarenin ancak kendi işlem ve eylemi sayılabilecek durumlardan meydana gelen zararları karşılayacağını ve bundan ötürü de sorumluluğunun dolaylı değil, doğrudan olduğunu belirtmiştik. Ancak zaman içinde görülen, yargı kararlarında -bu ilkenin benimsendiği dahi belirtilmesine karşın- bu ilkeye aykırı bir takım tutumların bulunduğudır. Biz de bu bölümde kısaca bu durumları ortaya koymaya çalışacağız.

Hizmet kusurunun asliliği ve doğrudanlığı ile ilgili bahsetmek istediğimiz ilk mesele bir zaman özellikle Yargıtay kararlarında sıkça kullanılan ve doktrinin¹⁰⁰ de bir kısmının kabul ettiği “kanalize edilmiş sorumluluk” anlayışıdır. Mahkemenin bu görüşü doktrinde de çokça ve şiddetli bir biçimde eleştiri görmüş olup¹⁰¹ bu anlayış, yapısı ve kullanılma şartları gereği idarenin sorumluluğunun asliliği ile bağdaşmamaktadır. Yargıtay’ın bir zaman sıkça kullandığı “kanalize edilme” kavramı ile ilgili bir kararda Yargıtay 4. HD bir olayda şöyle karar vermiştir¹⁰²:

*“657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ve Anayasanın 129. maddesinde getirilen hükümlerle, memurun sorumluluğu kaldırılmamış; kamu görevlisi olan memurun, tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu diğer sorumlu olan Devlet’e **kanalize edilmiştir**. Devlet, bu düzenlemeyle, memurunun kişiye olan tazmin borcunu yasa gereği doğrudan yüklenmiş olan kişi durumundadır. Borcun zarar görene ödenmesiyle; Devlet, zarara uğrayan kimsenin **yerine geçerek** rücu edebilecektir. Bu nedenle memurun Devlet’e karşı rücu sorumluluğunun belirlenmesinde özel hukuk kuralları esas alınmalıdır. (Bakınız S. Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: II, sh. 1209 vd). Çünkü memurun, kaldırılmayan ancak geçici olarak Devlet’e **kanalize edilen** kişilere karşı sorumluluğunun kaynağı Borçlar Kanunudur (m. 41)...Kaldı ki, memurun Devlet’e **kanalize edilen** (üçüncü kişilere verilen zararlar için) sorumluluğu yönünden Borçlar Kanunu dışında ve özellikle kamu yasalarında bir hüküm bulunmamaktadır.”*

¹⁰⁰ Eren’e göre “Devlet veya Kamu İdaresi memurla birlikte değil, tek başına doğrudan doğruya, **memur yerine sorumludur.**”, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 589.

¹⁰¹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 292 vd. aynı yönde Ozansoy, Kamu Hukuku Erozyonu- Sempozyum, 72-87 ve Tartışmalar Bölümü. Yazar bu son çalışmasında bu kavramın Türk Hukukuna adapte edilme çabalarını “Özel Hukukun önlenemeyen istilası” ve “Alman sistemine uygun çözümler üretme merakı ve çabası ”olarak görmektedir

¹⁰² Y. 4.HD, E. 1985/7369, K. 1985/9399, T. 14.11.1985, (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde; Y. 4. HD, E. 1984 / 1034, K. 1984 / 1362, T. 20.02.1984, HBB.

Bu konuda kanalize edilmesinin yani devletin başkasının fiilinden dolayı bir sorumluluğu üstlenmesinin ne demek olduğu hususunu net bir biçimde açıklayan Ozansoy şöyle demektedir¹⁰³:

“(...)asıl sorumlu (kastedilen isnadiyet sujesi) kamu görevlisidir ama devlet “araya girmekte” ve aslında kendisine ait olmadığı belirtilen bu sorumluluğu üstlenmektedir. Bir diğer deyişle devlet, başkasının fiilinden dolayı ve salt tazmin yükümlüsü şeklinde bir sorumluluk sujesi olmaktadır.”

O halde burada devlet, kendisinden kaynaklanmayan ve aslında kendisine yüklenemeyen bir kusurdan sorumlu tutulmakta ve bu nedenle tazminat ödemektedir. Halbuki daha önce de belirttiğimiz gibi idare ancak kendi işlem ve eylemlerinden sorumludur ve bu halde olayda kusurun “idarilik vasfı” içermesi gerekir. Fakat kanalize edilmiş sorumlulukta ise bu durumun aksine idare kendisinin değil, başkasının kusurunu üstlenmektedir ve kararda bu ifadeler aynen görülmektedir. İleriki bölümlerde DMK madde 13 ve Anayasa madde 40-3 ve 129-5 değerlendirirken hakikatte maddelerin amacının ne olduğunu ortaya koyacağız. Ancak Anayasa ya da yasa koyucunun iradesinin; idarenin, başkasının sorumluluğunu üstlenmesi şeklinde anlaşılması halinde dahi, bu durum ülkemizde uygulanan sorumluluk sistemi anlayışına uygun değildir. Bunun yanında İdare hukukundaki değişim ve dönüşüm gibi hizmet kusurunun aslilik ilkeside bir takım nitelikleri ve özellikleri itibarıyla değişebilir/dönüşebilir/bazı yeniliklere tabi tutulabilir. Ancak farklı bir hukuk kaynağının –Özellikle Alman Hukukunun- o hukuk kaynağından güç olarak büyüyen bir ürününü, bünyesine uyup uymadığına bakmaksızın adapte etme ve uygulama anlayışı ve çabası doğru değildir. Çünkü buradaki sorumluluk “idare hukukuna tabi” bir sorumluluktur. İşte bu nedenle buradaki bir başka asıl amacın, özel hukuka dair kavram ve kuralların idare hukukunda daha etkin olmasını sağlamak arzusu olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴. Ozansoy bu çabayı “Özel hukukun önlenemeyen istilası¹⁰⁵” olarak nitelendirince de bir an

¹⁰³ Ozansoy, **Kamu Hukuku Erozyonu**, s. 80

¹⁰⁴ “Personelin zarar doğurucu davranışı, görev ile bir bağlantı veya ilgiye sahip olduğunda, artık orada haksız fiili aşan, onun “anlayamayacağı” ve dolayısıyla çözemeyeceği biz özel davranış biçimi vardır.” Ozansoy, “Kamu Hukuku Erozyonu- Sempozyum”, s. 80.

¹⁰⁵ Ozansoy, “Kamu Hukuku Erozyonu- Sempozyum”, s. 79.

6100 sayılı HMK madde 3 ve yeni BK madde 55'deki değişiklerin, bu anlayışın günümüzdeki etkileri olduğu fikri akla gelmektedir.

Yargıtay'ın bu kararıyla ilgili bahsetmek istediğimiz son husus kararın aslında kendi içinde de çelişki olduğudur. Karar metninde “*kamu görevlisi olan memurun, tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu **diğer sorumlu** olan Devlet'e kanalize edilmiştir*” denilmektedir. Eğer devlet başkasının sorumluluğunu üstlenerek sorumlu ise kararda geçen “diğer sorumlu olan devlete kanalize edilmek” ifadesi bununla bağdaşamaz. Çünkü bu ifade de zaten devletin sorumlu ifade edilmektedir. O halde bu cümleden ve paragraftan devletin sorumlu olduğuna ancak “zararın” daha sonra ona kanalize edildiği gibi bir anlam çıkmaktadır ki zaten sorumlu olan devlete zararın kanalize edilmesi, “*terimlerin ve ifadelerin kararda dikkatlice kullanılmadığına*” işaretler.

Aslilik ve doğrudanlıkla ilgili değinmek istediğimiz ikinci mesele hizmet kusurunun asliliğini ve doğrudanlığını kabul eden Danıştay'ın¹⁰⁶ vermiş olduğuna kararlarda bu kavramların kullanma biçimine riayet etmediği hususudur. Yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin bir kararında Danıştay, şu ifadeleri kullanmıştır¹⁰⁷:

*“(...)Bu iptal kararı üzerine **davalı idarelerin**, Danıştay 10. Dairesinin anılan kararının gereğini yerine getirmeksizin usulsüz olağanüstü genel kurul toplanmasına göz yummak ve bu genel kurul kararları gerekçe gösterilerek yargı kararının uygulanmasının imkansız olduğuna gerekçesiyle yargı kararını uygulamamak suretiyle **ağır hizmet kusuru işledikleri** ve bu nedenle davacının manevi zararının doğduğuna kabulü ile bu zararın tazmini gerektiği açıktır. Ancak, idare adına verilen kararlara ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen “yargı kararını uygulamama” eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin **kişisel** kusurlarından doğduğuna tartışmasızdır. Çünkü bir hukuk devletinde, Anayasa'nın ve yasaların açık hükmüne karşı, (hiç bir hukuki veya maddi sebep gösterilmeden*

¹⁰⁶ “(...)hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır” Dan.10. D., E. 2007/3301, K. 2008/2929, T. 29.4.2008, DD, 2008, sy. 119, s.329-332; Dan. 10. D., E. 2008/643, K. 2010/5353, T. 14.6.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 327-330; Dan. 10. D., E. 2004/1690, K. 2006/7348, T. 27.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310.

¹⁰⁷ D. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 302- 306; Dan. 5. D., E.2000/3316, K. 2004/ 3372, T. 29.9.2004, DBB; Dan. 5. D., E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997, DBB.

olayda olduğu gibi tekrar) Bakanlar Kurulu Kararıyla davacının eski görevine atanmasının sağlanması yerine, Dairemizce verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin karar ve Dernek Genel Kurulunun almış olduğu olağanüstü toplantı kararına adli yargı yerince ihtiyati tedbir kararına rağmen Dernek genel kurulunun usulsüz olarak olağanüstü toplanmasına göz yumularak **yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesine neden olunmak suretiyle bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığını kabul etmek olanaksızdır.** Öte yandan, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilmesi şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir(...) Açıklanan nedenlerle, davalı idarece olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla davacının manevi tazminat isteminin kısmen KABULÜYLE(...)"

Görüldüğü gibi 10. Daire, yargı kararlarının uygulanmamasını önce “idare” için ağır hizmet kusuru saymaktadır. Fakat devamında “ancak” ile başlayan cümlesinde yargı kararlarının uygulanmamasındaki bilinç ve keyfilikten bahsederek burada idarenin bir anlamda kusursuzluğundan bahsetmekte, ardından idare ajanının kişisel kusuruna atıf yapmakta ve daha sonra da ödenen tazminatın ajana rücu edileceğinden bahsetmektedir. 5. Dairenin künyesini verdiğimiz kararda da benzer ifadeler kullanılmaktadır.

Yargı kararlarının uygulanmamasını idare açısından önce ağır hizmet kusuru sayan Daire, kararda idare ajanlarının kusurlarına ilişkin bölüme geldiğinde durumun idareden kaynaklanmadığını yani aslında idarenin hiçbir kusuru olmadığını söylemektedir. O halde kararların bu son bölümünden çıkan sonuç yargı kararlarının uygulanmamasının idare ajanlarının kişisel kusurunu oluşturduğu idarenin hiçbir kusuru olmadığı ancak Anayasa madde 129 nedeniyle davaların idareye açıldığıdır. Bu halde ise karar bu yönüyle, tazminatın anayasa ve yasa maddesi gereği idareden isteneceğine dair yukarıdaki Yargıtay kararından farksızlaşmaktadır.

Burada öncelikle bahsetmek istediğimiz husus Danıştay’ın bazen kararlarında “kişisel kusur” kavramını kullandığıdır. Danıştay’ın bazı kararlarında görev kusurundan bahsetmeden ve yukarıdaki ifadeleri gündeme getirmeden sadece idarenin kamu görevlisinin “kişisel kusurundan” sorumlu olacağını belirttiğini görüyoruz. Kanaatimizce buradaki kişisel kusur, idarenin sorumluluğunun bulunmadığı bir durum olarak anlaşılmamalıdır. Fakat Danıştay’ın kullandığı

terimlerdeki bu farklılıklar nedeniyle kararlarından sanki böyle bir anlam çıkmaktadır. Aynı Dairenin bazı kararlarında görev kusuru bazı kararlarında ise kişisel kusur kavramlarını kullanması ancak netice de aynı esaslara dayanması bu son dediğimizi ispatlamaktadır¹⁰⁸.

Bu kararlar ise ileride bahsedeceğimiz idare ajanlarının kişisel kusurlarına ilişkin diğer kararlardan da farklıdır. Kısaca bahsetmek gerekirse günümüzde Danıştay –hem de farklı Daireleri- kararlarında Anayasanın 129. maddesini geniş yorumlayarak kamu görevlisinin kişisel kusuru sayılabilen hallerinde, bu kusuru “*yetkilerini kullanırken- görevlerini yerine getirirken*” işlemesi şartıyla, kusurun idareden- kamu görevlisinin resmi görevinden, resmi kişiliğinden (...) ayrılmadığını ifade ederek idareyi sorumlu tutmakta ve bu kararlarında hiç olmazsa görev kusurundan bahsetmektedir¹⁰⁹. Böyle olunca da bu tür kusurlar ajan açısından kişisel kusur olsa da idare açısından hizmet kusuru kabul edilmektedir. Ancak yukarıda ise görev kusurundan bahsedilmemekle birlikte, “*yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından*” kaynaklandığı belirtilmekte, ancak daha sonra bunun ötesinde idarenin de aslında kusurlu olmadığı belirtilmektedir. O halde burada gördüğümüz bir çelişki yanında açıkça Anayasa madde 129’ un salt bir biçimden de öte “maddi” bir hüküm olarak algılandığını ve bu ifadelerle idarenin ajanın sorumluluğunun idareye kanalize edildiğini söyleyebiliriz. Çünkü bir olayda kusuru olmadığı halde idare sorumlu tutuluyorsa bu halde kusur idareye kanalize edilmiş demektir ancak bu hal idarenin sorumluluğunun asli olarak kabul edildiği hukuk sistemimize uymamaktadır. Yargı kararını uygulamama halinin günümüzde kabul edilen anayasal ilkeler ve yasal mevzuat çerçevesinde hizmet kusuru kapsamına gireceğini düşündüğümüzde, Danıştay’ın karar metninin son kısmında kusurun idareden kaynaklandığının kabul edilemeyeceğini belirtmesi kanaatimizce isabetli değildir.

¹⁰⁸ Dan. 10. D. E. 2006/1212, K. 2009/652, T.6.2.2009, DBB; Karş D. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 302- 306. Aynı yönde Dan. 5. D., E.2000/3316, K. 2004/ 3372, T. 29.9.2204, DBB; Dan. 5. D., E.1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997, DBB.

¹⁰⁹ 3. bölümde görev kusurundan doğan sorumluluğu incelerken bu kararlardan bahsedilecektir. Ancak bu konuya ilişkin birkaç örnek karar vermek gerekirse örneğin bkz. Dan. 10. D. E. 2006/ 7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DD, 2009, sy. 121, s. 358-362; Dan. 10. D. E. 2006/ 1212, K. 2009/652, T. 06.02.2009, DD, 2007, sy. 121, 351- 35; Dan. 10. D. E. 2004/ 1690, K. 2006/7348, T. 22.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310.

Bu mesele ile ilgili bahsetmek istediğimiz 3. husus, kamu görevlisine rücu edilirken ortaya çıkan zararın tamamının rücu edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde Akyılmaz, personelin kişisel kusur nedeniyle ortaya çıkan zararın idarece karşılanması durumunda¹¹⁰ idarenin ödediği zararın tamamını rücu etmemesi gerektiğinden belirtmektedir¹¹¹. Bu görüşe katılmakla birlikte kanaatimizce bu görüşün temeli de hizmet kusurunun asliliği ilkesidir. Bilindiği gibi geçmişte ve günümüzde Danıştay’ın yukarıdaki istisnaları hariç genel kanaati, görev kusurunun idare bakımından hizmet kusuru oluşturduğudur ve Danıştay, kararlarında da genelde bu kavramı kullanmaktadır. Görev kusuru günümüzde, geçmişte anlaşıldığı biçimden daha da genişlemiş ve geçmişte ajanın salt kişisel kusur olarak ifade edilen hareketleri günümüzde görev kusuru içine dahil edilmiş böylece görevlinin resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanması ve kusurun hizmetten ayrılamaması görev kusuru kapsamına alınmış ve bu kusur idarenin de kusurlu ve sorumlu sayılmasına yol açmıştır. İşte bu halde dava idareye açılır ve idare kusuru oranında kamu görevlisine rücu eder. Bu halde görev kusuru idare açısından hizmet kusuru teşkil eder ki bu nedenle idare ilk başta zararın tamamını karşılar. Ancak belirttiğimiz gibi daha sonra ilgili kamu görevlisinin kusuru oranında rücu eder. İşte bu nedenle ilgili bölümde de bahsettiğimiz gibi görev kusuru aslidir ve doğrudan doğrudur. Böyle olunca ortada görev kusuru varken idare zararın tamamını kamu görevlisine rücu edemez. Çünkü bu durum hem görev kusurunun Danıştayca kabul edilen mahiyetine, hem de hizmet kusurunun asliliğine aykırı olur. Çünkü tamamını rücu ettiği takdirde bu halde kendisinin ödediği bir tazminat kalmamış olur ki bu da idarenin kusursuz olduğu anlamına gelir. İdarenin kusursuz olmasına rağmen tazminatı ödemesi de “kanalize edilmiş sorumluluğu” gündeme getireceğinden bu durum asli ve doğrudan olan görev kusurunda kabul edilemez.

Bu hususta bahsetmek istediğimiz 4. mesele İYUK madde 28/4’te mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde

¹¹⁰ Yazara göre kişisel kusur, idari bir kusur olduğundan burada geçen “personelin kişisel kusurundan ötürü idarenin sorumlu tutulması” bu anlamda düşünülmelidir.

¹¹¹ Akyılmaz, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, s. 542. Yazar bu kanaatini son katıldığı sempozyumlardan birinde de sürdürmüştür. Bkz. Akyılmaz, “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”, s.125, (Tartışmalar Bölümü).

ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilmesi halidir. Ancak bu maddenin anayasaya aykırılığı bir yana hizmet kusurunun asliliği ilkesine de aykırı olduğu söylenmektedir¹¹².

Bu madde hükmü de ileride ayrıca değerlendirilecektir ancak şimdiden belirtilmelidir ki, bugün anayasa ve yasal mevzuatın getirmek istediği sistem karşısında bu madde 1982 Anayasası'na aykırıdır. Çünkü yargı kararını uygulamama hali de Anayasanın 129. maddesinde geçen “yetkilerini kullanırken” kavramının içine dahil olmaktadır ve Anayasa madde 129-5 gereği dava sadece idari yargıda görülmelidir¹¹³.

Doktrinde ise örneğin Yayla yargı kararını kasten yerine getirmemeyi yetki-görev dışı kabul etmektedir ve idareye dava açılması istisnanın olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yazar, bu durumu hizmet kusurunun asliliğini kaldıran bir istisna olarak da görmektedir¹¹⁴. Ancak bu görüş kabul edildiği takdirde idare kendi kusuru olmayan bir halde kamu görevlisinin kusurundan ötürü sorumluluğu üstlenmiş olacaktır. Bu durum ise daha önceki bölümlerden beri bahsetmeye çalıştığımız aslilik prensibine aykırıdır.

Burada bahsetmek istediğimiz son husus son zamanlarda tartışılan bir konudur. Şöyle ki 2082 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 93/A maddesinin b fıkrasına hakim ve savcıların soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle haklarında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa tazminat davası açılmayacağı, davanın devlet aleyhine açılıp, daha sonra görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hakim

¹¹² Bahtiyar Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk” **GÜHFD**, c. XI, sy. 1-2, 2007, s. 460.

¹¹³ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 334 vd.; Ozansoy, Kamu Hukuku Erzoynu-Sempozyum s. 104; Tan, **İdare Hukuku**, s. 377; Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1144; Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, s. 468; Cemil Kaya, “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar Paneli**, Konya Barosu Yayınları, Konya, 2011, s. 103.

¹¹⁴ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 357 dpn. 844 ve s. 365.

ve savcılara rücu edileceği şeklinde bir hüküm konmuştur. Bu hüküm hakim ve savcıların yargısal faaliyetlerine ilişkin olarak kabul edilmelidir. Bu halde hakim ve savcılar aleyhine yukarıdaki nedenlerle dava açılmayacağı kanun gereğidir. İleriki bölümlerde de bahsedeceğimiz gibi hakim ve savcıların yargısal faaliyetlerinden ötürü Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 hükümlerine göre sorumlu olmaması bazı yargı kararlarında kabul edilmemiştir¹¹⁵. Ancak hakim ve savcılarının idari nitelikte faaliyetleri de bulunabileceğinden, bu hallerde davanın ilgili İdare aleyhine açılacağı, daha sonra ise hakim veya savcıya rücu edilebileceği belirtilmelidir. Bu halde de idare aslen ve doğrudan doğruya sorumlu olacaktır.

4. Esneklik İlkesi Bakımından Ağır Kusur ve Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi

Hizmet kusurunun esnekliği ve her olay karşısında kusurun varlığı yahut ağırlığının tekrar ele alınması gereği çeşitli zamanlarda bazı faaliyetler bakımından idarenin sorumlu tutulmasını önleyici bir fonksiyon görmüştür. Bu nedenle, ülkemizde ağır kusur anlayışı bir anlamda idarenin ortada bir kusuru varken bunu kusurun belli dereceye ulaşmaması nedeniyle vatandaşın üzerine bırakması anlamına da gelmiştir. Bugün de ülkemizde örneğin sağlık faaliyetine ilişkin hizmetlerde ve kolluk faaliyetlerinde bazı sınırlamalarla da olsa ağır kusur arandığını söyleyebiliriz¹¹⁶. Ancak günümüzde ağır kusur kriteri kullanılırken dahi Danıştay'ın kriterlerde bir birlik sağlayamadığını görüyoruz. Örneğin Danıştay'ın, son kararlarında sağlık hizmetleri bakımından tıbbi ve cerrahi müdahaleler için ağır kusur arandığını görmekteyiz¹¹⁷. Fakat bazen tıbbi müdahaleler dışında, zaten vazifesi olan bir görevi eksik yerine getiren idarenin bu faaliyetinde, sırf sağlık hizmetleri ile bağlantılı olduğundan ağır kusur arandığını ve böyle bir derecelendirme yapıldığını

¹¹⁵ Bkz s. 176 vd.

¹¹⁶ Örneğin bkz. DİDDK, E. 2005/721, K.1007/230, T. 18.10.2007, DBB; DİDDK, E. 2002/716, K. 2003/91, T. 07.03.2003, DKD, 2003, sy. 2, s.122-126; D. 10. D., E. 2007/2965, K. 2008/4831, T. 25.6. 2008, DBB; Dan. 10. D., E. 2007/3301, K. 2008/2939, T. 29.4.2008, DBB; Dan. 10. D., E. 2005/8407, K 2007/6526, T. 28.12.2007, DBB.

¹¹⁷ Örneğin, DİDDK, E. 2004/721, K. 2007/2030, T. 18.10.2007, DBB; Dan. 10. D. E.2007/2965, K. 2008/4131, T. 25.6.2008, DBB.

da görüyoruz. Karara konu olan olayda¹¹⁸ bir kişi önce menisküs ameliyatı olmuş, ağrıları geçmemesi üzerine ise bu sefer kıkırdak transferi ameliyatı olmuş, yine ağrıları geçmediği için 3. defa başvurduğunda ise MR tahlili yapılmış; diğer taraftan, biyopsi alınması sonucunda kanser teşhisi konulup, kemoterapi tedavisine başlanılmış; daha ileri bir tarihte de tedavisi gereği sol ayağı, diz kapağı üzerinden kesilmiştir. Bunun üzerine şahıs dava açmış, idare mahkemesi dosyayı Adli Tıp’a göndermiş, Adli Tıp, incelemelerini geliştirmek amacıyla idareden bilgi ve belge istemiş, idare de bir kısım belgeyi göndermiş ancak bir kısım belgeyi davacıya verdiğini belirterek göndermemiştir. Davacı da dosyaları temin edememiş, bunun üzerine Adli Tıp, eldeki bilgi ve belgelere göre cevap vermiş, ancak istediği bir kısım dosyalar eline ulaşmadığı için o konularda cevap veremeyeceğini bildirmiştir. Bunun üzerine de idare mahkemesi teşhis ve tedavide aksaklığa ilişkin dava dosyasında bu durumu kanıtlayacak bilgi ve belge sunulamadığından, meydana gelen zarardan dolayı idarenin tazmin yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ayrıca Danıştay 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, **sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiğini** belirtmiş, maddi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmın temyiz istemini ise İdarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediğini ve bu nedenle maddi tazminatın reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığını belirtmiştir. Ancak manevi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmın temyiz istemini ise kabul etmiş ve kararı bu yönden bozmuştur.

Kararın maddi tazminat talebinin temyizini reddettiği bölüm ayrı bir konu olmak üzere bu kararında ortada herhangi bir tıbbi müdahale yokken yahut ağır kusuru gerektiren bir durum mevcut değilken, sadece hastane ortamında değil, başka kamu kurum ve kuruluşlarında da olabilecek bir durumun yani, bilgi ve belgelerin saklanmamasının ağır kusur olması ve bunun “*sağlık hizmetlerinin işletilmesinde ağır kusur olduğunun*” söylenmesi ağır kusur kriterinin kullanılması şartlarının günümüzde bir türlü istenilen seviyeye ulaşamadığını göstermektedir.

¹¹⁸ Dan.10.D., E. 2007/3301, K. 2008/2929, T. 29.4.2008, DD, 2008, sy. 119, s.329-332.

Burada asıl bahsetmek istediğimiz bir başka durum ise yargı kararlarında bir dönem sıkça geçen “içtihadî hata” ilkesidir ve bu ilke de hizmet kusurunun “esnek” olmasının sonucu kabul edilmektedir. Danıştay kararlarına baktığımızda da Mahkeme’nin ilk kararlarından itibaren bu konunun üzerinde durduğunu görüyoruz. Ancak günümüzde artık aksine kararlar da mevcut olmaktadır¹¹⁹.

Danıştay’ın bu konudaki ilk kararlarından biri şöyledir¹²⁰:

“İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esas olduğu, içtihadî tasarruflar ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse bu takdirde dahi idarenin sorumlu tutulması tabii bulunduğu, ancak hizmet kusuru, hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle içtihadî tasarruflarda idarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulması caiz olmayıp bu hususun her hadisede ayrı ayrı araştırılması icabedeceğine(...)”

Danıştay’ın “İçtihadî Hata” kavramına yaklaşımına en güzel bu meseleyi bir Danıştay kararına atfen inceleyerek yaklaşılabileceğimiz düşüncesi ile bir Danıştay kararına baktığımızda; karara konu olan olayda Fen-Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü öğrencisi iken, başarısızlığı nedeniyle okulla ilişkisinin kesilen davacı, işlemin iptali için idare mahkemesine başvurmuş, bunun üzerine bu işlem mahkeme tarafından hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ve bu karar Danıştayca da onanmıştır. Bunun üzerine davacı uğradığını düşündüğü maddi ve manevi zarar için

¹¹⁹ Bugün Danıştay’ın bazı Dairelerinin bu konuyla ilgili aksine kararlarına örnek olarak; “(...)Davacının işlem nedeniyle doğan zararlarının tazmini istemine gelince, Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında; İdarelerin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü oldukları kurala bağlanmış olup, yargı kararıyla hukuka aykırı olduğu saptanan işlem nedeniyle davacının uğradığı parasal kayıplarının idarece karşılanması gerektiği açıktır.” Dan. 2. D., E. 2004/2902, K. 2005/1728, T.17.05.2005, DBB; “Diğer taraftan, yargı mercilerinin, hukuk kurallarının yorumu ve uygulanmasındaki isabetsizlikleri sonucunda meydana gelen külfetlerin, anayasal güvence altında bulunan hak arama özgürlüğünü kullanan ilgililer üzerinde kalması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.” Dan. 11. D., E. 2006/171, K. 2006/4684, T. 10.10.2006, DBB; Dan. 11. D., E. 2001/5299, K. 2003/490, T. 06.02.2003., DBB; Dan. 5. D., E.2000/5895, K.2001/4557, T.27.11.2001, DBB; Dan. 5. D., E.1989/2001, K.1992/3148, T.19.11.1992, DBB; Dan. 8. D., E. 1992/968, K. 1993/1221, T. 8.3.1993, DBB; Dan. 5. D., E.1988/1309, K.1990/1917, T. 24.10.1990, DBB; Dan. 5. D., E.1989/2668, K.1989/1574, T. 21.09.1990, DBB; Dan. 5. D., E. 1980/2574, K. 1983/6939, T. 20.10.1983, DBB.

¹²⁰ DDUH, K. 1947/164, A. Şeref Hocaoglu, **Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hûlasaları**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1955, s. 722.

tam yargı davası açmış, idare mahkemesi bu talebi de haklı görmüş Danıştay ise şu gerekçelerle idare mahkemesinin kararını bozmuştur¹²¹;

“Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı, kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de, her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukuku ilkelerindendir. İdari işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerle hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında bir bağıllık ve özdeşlik de yoktur. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması, hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Bir başka deyişle işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak nitelene olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için, saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. Hizmet kusurunun oluşabilmesi için saptanan yanlışlık ve aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması gerekir. Olay, öğrencilerin başarısızlık nedeniyle ilişkilerinin kesilmesine ilişkin 2547 sayılı yasanın 44.maddesinin yorumlanarak davacı hakkında uygulanmasından çıkmış ve idari yargı yerince yasa kuralı öğrenci lehine yorumlanarak iptal kararı verilmiştir. Gerek öğretide ve gerekse uygulamada İçtihat hatası diye tanımlanan konuya burada değinmek gerekmektedir. İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun bulunması esastır. Ancak içtihadi işlemlerde, kişinin zararı doğmuş ve bu zararı doğuran işlemin yapılmasında idarenin ayrıca hizmet kusuru saptanmışsa idare tazminatla sorumlu tutulabilir. Olayda, davalı idarece, 2547 sayılı Yasanın 44.maddesi uyarınca davacının okulla ilişkisi kesilmiş ve kesinleşen mahkeme kararı ile de bu işlem iptal edilmişse de, anılan yasa maddesine farklı hukuki yorumlar getirildiğinden, yorum farklılığından doğan bu uyuşmazlıkta, idarenin hizmet kusuru bulunduğu söylenemez. Kaldı ki, öğrencinin daha önceki eğitim durumu da göz önünde bulundurulduğunda, düzenli bir başarı sürdüremediği, kaydı silinmeseydi bile belirtilen zamanda okulunu bitirmesinin de şüpheli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının objektif ölçülere göre doğmuş bir zararından söz edilmeyeceğinden aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle İdare Mahkemesin kararının bozulmasına ve dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine karar verildi.”

Bu kararda ilgi çeken iki ifadeyi belirtmek istiyoruz. Bunlardan birincisi yukarıdaki kararın sonunda iptal edilen işlemin neticesinde içtihat hatası nedeniyle tazminata hükmetmeyen Danıştay, bir de bunun üzerine tabir yerinde ise “*zaten işlem iptal edilmesiydi de okulu zamanında zor bitirirdin*” şeklinde bir ifade

¹²¹ Dan. 8. D., E. 1990/981, K. 1990/812, T. 28.06.1990, DBB; Danıştay bir başka kararında da idarenin, takdir yetkisine dayalı işlemlerinden ötürü her zaman tazminatla yükümlü tutulamayacağını her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz, her hukuka aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını, saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiğini belirtmiştir. Dan. 8. D., E. 1991/788, K. 1991/1657, T.17.06.1991, DBB, benzer bir karar için bkz. Dan. 8. D., E. 1997/3635, K. 1997/1209, T. 8.4.1997, DBB.

kullanmıştır. İkincisi ise Danıştay'ın kararında geçen ve idare mahkemesinin kararı verirken öğrenci lehine yorum yaptığına dair ifadesidir. Olayın tamamı okunduğunda görüleceği üzere idare mahkemesinin iptal kararı Danıştayca da onanmış ve ardından tam yargı davası açılmıştır. Yani aslında Danıştay, öğrenci lehine iptal edilen kararı onadığını belirtmek istemektedir. İşte bizim olaydan çıkardığımız sonuç şudur ki, öğrenciye uygulanan mevzuat, yoruma o kadar müsaittir ki ilgili idare meseleyi öğrenci aleyhine yorumlamış, idare mahkemesi ise öğrenci lehine yorumlamış ve bu da Danıştay'ca onaylanmıştır. Bunun üzerine Danıştay'da, kendisine gelen tam yargı istemine ilişkin davada aslında, bu maddenin aleyhe de yorumlanabileceğini fakat kendilerinin lehe yorumladıklarını ve bu nedenle iptal ettiklerini ancak bu kadar yoruma açık bir maddeden ötürü idarenin sorumlu olmayacağını belirterek zararı davacının üzerine bırakmıştır. Görüldüğü gibi mevzuatın esnek olması, zararın kişi üzerinde kalmasına neden olmuştur. Danıştay'da tartışmalı bir madde üzerinden İdareyi sorumlu tutmamıştır.

Buna benzer başka çarpıcı kararlarından birinde Danıştay 4. sınıfta girdiği bir sınavda, hatalı not takdiri nedeniyle ders tekrarı yapmak zorunda kalan ve 1 sene okulu uzatan öğrencinin açmış olduğu davada düşük not verilmesine ilişkin işlemin, İdare Mahkemesince sınav bilirkişi incelemesi sonucu, bilirkişilerce sınav kağıdına geçer not takdir edilerek iptal edilmesini hukuka uygun bulmasına rağmen içtihadi hata kriterine dayanarak tazminata hükmetmemiştir¹²². Bu nedenle de öğrencinin hatalı not takdiri nedeniyle uğradığı zarar içtihadi hata kriterine dayanarak tazmin edilmemiştir¹²³.

Esas konumuza geri döndüğümüzde öncelikle belirtelim ki geçmişten bu güne doktrinde baskın görüş, mevzuatta ve idari yetki ve görevlerde yaşanan kafa

¹²² Dan. 8. D., E. 1992/848, K.1993/1389 T.16.03.1993, DBB; Dan. 8. D., E. 2004/1274, K.2004/4987, T. 20.12.2004, DBB; Dan. 8. D., E. 2004/672, K.2004/1829, T. 15.4.2004, DBB.

¹²³ Buna karşın daha eski bir kararında sınav kağıdının değerlendirilmesindeki açık yanlışlık yüzünden okulu bitirmesi geciken öğrencinin üniversite sınavında kazandığı yere kaydını yaptıramamasına ilişkin davada bu durumun yargı kararıyla da saptanması sonucu Danıştay uğranılan zararın tazminini karar vermiştir. Dan. 8. D., E. 1982/933, K. 1983/2151, T. 10.11.1983, DBB.

karışıklığının zarar görenin üzerinde bırakılmaması yönündedir¹²⁴. Doktrinin genelini bu hususta etkileyen bir görüşü burada belirtmek isteriz. Şöyle ki Duran bu hususta¹²⁵:

“Hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasındaki isabetsizlikler, idari sorumluluğu kaldıran sebep sayılmamalıdır. Gerçi, bugünün yoğun, karmaşık ve kötü yazılmış mevzuatı, eski bir deyimle, “içtihad mütehammil ve müsait” dir. Lakin kamu gücünün bu bozuk ve aksak yanının sonuçları olan zararları, ilgili bireylerin sırtına yüklemek doğru ve yerinde olmaz(...)Oysa içtihadı hata ve takdirde yanılma, o denli öznel, bulanık ve kaypak hallerdedir ki, günümüzün yoğun karmaşık ve hızlı idari faaliyet ve hizmetlerin hemen her işlem, eylem ve durumunda sorumsuzluğa hükmetmek için bir tutamak olarak kullanılabilir.”

demektedir. Bunun yanında idarenin mevzuata aykırı karar almasının başlı başına bir hizmet kusuru olduğu ve iyi bir kurulmuş, iyi düzenlenmiş, teşkilatında, personeline, işleyişinde aksaklık olmayan ve doğru işleyen bir idarenin zaten hukuka aykırı karar almayacağı, hatta bu nedenle bir işlemin iptal edilmesinin hizmet kusuru oluşturacağına dair **karinenin** kabul edilerek ispatının davacı tarafından gerekmemesi gerektiği de belirtilmiştir¹²⁶.

Yukarıdaki mahkeme kararında görüldüğü gibi Danıştay içtihat hatası kavramını değerlendirirken esas olarak bir idari işlemin yasalara, diğer mevzuata veya en geniş anlamıyla hukuka aykırılığından ötürü iptal edilmesi ile hizmet kusurunun ortaya çıkacağını, fakat bunun bir kural olmadığını, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlığın ve aykırılığın hizmet kusuru sayılamayacağını ve bunun hizmet kusuru sayılması için belli bir ağırlığa ve öneme sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Burada sorulması gereken sorular her idarenin işleyeceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlıklar nedir? Bu hukuki yanlışlıklar neden zarar gören üzerine bırakılır? Ne yazık ki bu kararlardan, haklı

¹²⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1698; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 37 vd; Günday, **İdare Hukuku**, s. 373. Yayla ise içtihat hatası veya bazı usul noksanlıklarının bulunduğu hallerden bahsederek bu halleri ayırmadan bu durumlarda işlemin sakat olmadığını ancak yapıldığı için ilgiliye zarar verdiğini ve işlemin bu tür sakatlıklara düşmeden tekrar yapılmasının mümkün olduğundan bahsetmektedir. Yayla, **İdare Hukuku**, s. 370.

¹²⁵ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 38 vd.

¹²⁶ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri” s. 864, dñn. 4. Sarıca burada “mevzuata herhangi bir cihetten aykırılığından ötürü iptali fikrimizce, idarenin aynı zamanda-hizmet kusuruna binaen-mesuliyetini intaç etmelidir” derken unsur ayırımı dahi yapmamıştır.

olarak Gözler' in ifade ettiği gibi kusurun başka şey, hizmet kusurunun ise bambaşka bir şey olduğu sonucu çıkmaktadır¹²⁷.

Öyleyse meselenin özüne inmek adına böyle bir anlayışın hangi sebeple meydana geldiği sorulmalıdır. Yani neden bazı faaliyetlerde sorumlu tutulabilmek adına örneğın kusur derecelendirilmiştir, yahut olağan nitelikteki hukuki yanlışlıklar neden zarar görenin üzerine bırakılır?

Ağır kusurla ilgili meselenin cevabı idarenin sorumluluğının kabul edilmediğı dönemden sorumluluğın kabul edildiğı döneme geçişle alakalıdır. Bu devrede mahkemeler idari faaliyetlerden doğan her zararın idare tarafından karşılanması önlemek amacıyla bir takım faaliyetler bakımından kusuru derecelendirmiştir¹²⁸. Yani görüldüğü üzere sorumluluğın kısıtlanması amacıyla kusurun derecelendirilmesi söz konusu olmuştur. Bunun yanında bir başka neden işlemesi güçlük taşıyan birtakım faaliyetlerde ağır kusur aranmasının makul olduğu görüşüdür¹²⁹. Zaten daha önce de belirttiğimiz üzere basit, ağır, fevkalade ağır gibi kusur derecelendirmelerinden bugün sadece “kusur” a dayanarak karar verilmesi idarenin sorumluluğı bakımından yaşanan ilerlemeyle doğru orantılıdır. O halde idarenin sorumluluğı hususunda yaşanan gelişmeler kusurun derecelendirilmesiyle de alakalı olacaktır.

İşte bundan yola çıkarak diyebiliriz ki, mahkemeler; teknolojinin gelişmesiyle bir takım faaliyetleri yerine getirmenin kolaylaştığı, artık kusursuz sorumluluğın geniş bir şekilde kabul edilmesi ve geniş bir biçimde uygulanması gündemde iken bunlara paralel olarak, farklı kusur derecelendirmeleri yapmaması gerekir. Ayrıca belirttiğimiz gibi teknolojik gelişmeler, geçmişte alınması gerekirken alınamayan tedbirleri, yerine getirilmesinde zorlanılan birçok faaliyeti kolaylaştırmaktadır.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki bazı faaliyetler gerçekten yürütülmesi bakımından zor- ağır faaliyetler olabilir. Örneğın ameliyat yapan bir beyin cerrahı

¹²⁷ Yazar bu nedenle hukukumuzda hizmet kusuru kavramının kötüye kullanıldığını ifade ederek bu kavramı bu yönüyle reddetmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1058 vd.

¹²⁸ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 37.

¹²⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1086.

örneğinde, yaptığı en ufak hata bir hayata mal olabilecek bir cerrahın aklının bir köşesinde işin psikolojik ve ceza hukuku yönleri bir yana “ben mali bakımdan sorumlu olur muyum?” sorusunu sordurmanın doğru olmadığı ve bu nedenle “ağır kusuru varsa sorumlu olsun” kanaati, mahkemelerde yer bulabilir. Buna benzer ve belki de en gerçekçi bir örnek olarak bir mahkemede 3 hakim karar vermek için bir araya geldiklerinde dahi bazı hallerde oybirliği ile karar veremezken, bazı üyelerin karşı oy kullandığı ve buna dair gerekçeler yazdığı vaki iken, idarenin hukukçu istihdam etmesi gerekmiyorsa mevzuatı yorumlamasında bir takım hatalar yapabileceği de gerçektir¹³⁰. Fakat ileride göreceğimiz gibi kin ve garezle hareket etmeyi dahi idari işlev içine dahil eden, bazı olaylarda işkence yapılması sonucu ortaya çıkan zararı personelin seçiminde yapılan bir hata olarak kabul edip idareye tazmin ettiren, bazı yazarlarca sorumluluğun esas kabul edilmesi istenen kusursuz sorumluluk ilkesini hakkaniyet ve nesafet ilkeleriyle oldukça genişleten, idarenin bir faaliyeti ve kusuru olmaksızın sorumluluğunu yani sosyal risk ilkesini dahi kabul etmiş yani çoğunlukla idare karşısında çeşitli nedenlerle zarar görenin zararını tazmin etme eğiliminde karar veren Danıştay’ın, sorumluluğun kabulü için kusurun belli bir derecede olmasını yani hukukumuz açısından ağır kusur şartını aramasını yahut “içtihadi hata” görüşünü kabul etmesini ve zararı, zarar görene yüklemesini isabetli bulmuyoruz¹³¹. Ayrıca hukuka uygun işlem ve eylemlerden ötürü dahi belli şartlarda dahi kusursuz sorumluluk gündeme gelebilecekken Danıştay’ın hukuka aykırı sayıp iptal ettiği işlemler ve hukuka aykırı bulunduğu eylemler bakımından bir takım özellikler araması bu açıdan da kabul edilemez¹³². Bu söylediğimiz hususlar anayasal bakımdan da desteklenebilir. Şöyle ki Anayasa’nın 125. madde idarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu olacağını bildirir iken buna dair bir kusur derecelendirmesi şartı da koymamıştır. O halde Anayasanın bu hükmü karşısında

¹³⁰ Bu örnekler Doç. Dr. Melikşah Yasin’in 2011-2012 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verdiği derslerdeki örneklerinden esinlenilerek hazırlanmıştır

¹³¹ Onar ise esneklik ilkesine kusursuz sorumluluk penceresinden bakarak “*hizmet kusurunun bu karakteri de, bugün hakkaniyet ve nısfet, eşitlik gibi objektif esaslara dayanan idarenin sorumluluğu esaslarıyla bağdaşmaz, bu da, objektif teorilerin gelişmesinde evvelki sorumluluk teorisinin bir izi sayılabilir*” demiştir. **Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1698.

¹³² Hukuka uygun işlemelerden ötürü sorumluluk bakımından geçmişte Türk ve Fransız hukuku uygulaması için Lütfi Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk İptal Davası- Tam Yargı Davası”, s.9-10. Tan, **İdare Hukuku**, s. 457; Günday, **İdare Hukuku** s. 373.

kusurun derecelendirilmesinin uygun olmayacağı savunulabilir¹³³. Gerçekten bir takım faaliyetler icrası bakımından zorsa yahut mevzuatın yorumlanması bakımından bir takım ince ayrıntılara dikkat edilmesi gerekiyorsa bundan ötürü sorumluluğa hükmetmemek yerine sorumluluğu saptamak ancak tazminat hususu bakımından personele rücu konusunda kusuru derecelendirmek bir öneri olabilir¹³⁴. Ancak bu halde yasada yahut anayasada ajana rücunun ağır kusura bağlandığına dair bir hüküm olmaması nedeniyle mevzuatta değişiklik yapılması gerektiği söylenmelidir.

D. HİZMET KUSURUNUN ORTAYA ÇIKTIĞI HALLER

1. Genel Olarak

Türk hukukunda da kabul edildiği şekliyle hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi, yahut hiç işlememesi şeklinde 3 grupta toplanmıştır¹³⁵. Yargı yerleri, kararlarında eskiden beri bu üçlü ayırmadan bahsetmekte ve bu ayrımı kabul ederek¹³⁶:

“İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”

demektedir. Fakat yargı yerlerinin kararlarında bu üçünden aynı anda bahsettiği ve olaya bunlardan sadece birini uygulama konusunda bir çaba göstermediği de ifade

¹³³ Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 292; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 31 ve 61; **Gözler, İdare Hukuku**, C. II, s. 1068.

¹³⁴ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 31.

¹³⁵ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 887; Ali Fuad Başgil, “Devletin ve Diğer Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi (1)”, **Adliye Ceridesi**, Yıl. 31, sy. 6, no: 32, 1940, s. 610; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1736; Duran, **Türkiye İdaresinin**, 28; Esin, **Esas**, s. 31; Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 88; Tan, **İdare Hukuku**, s. 456; Günday, **İdare Hukuku**, s. 370 vd. Gözler ise böyle bir “geleneksel üçlü” nün kabulünü uygun bulmamaktadır. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s.1060. Örnek kararlar için bkz. Dan. 10. D., E. 2005/8407, K. 2007/6526, T. 28.12.2007, DBB; Dan. 6. D., E. 2006/4923, K. 2008/3340, T. 23.5.2008, DD, 2009, sy.120, s. 212-213.

¹³⁶ Dan. 12. D. E. 1969/586, K. 1970/ 954, T. 4.5.1970, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 42); Dan. İDDK, E. 2008/11, K. 2009/3108, T.17.12.2009, DD, 2010, sy. 125 s. 36-39; Dan. 8.D., E. 2003/ 1833, K. 2003/2827, T.11.06.2003, DBB; Dan. 2. D. E. 2007/1297, K. 2007/1297, T. 13.10.2007, DBB.

edilmektedir¹³⁷. Gerçekten de bir hizmetin geç işlemesi, bu nedenle kötü işlemesine de neden olabilir. Bu yüzden yapılan bu üçlü ayrımın, birbirinden kesin çizgilerle ayrılarak yapılmış bir ayrım olmadığını belirtmek gerekir¹³⁸. Bu nedenle bu ayrımın daha çok, hakime yol göstermek amacıyla yapılan bir ayrım olup, somut olayların her zaman sadece bir şekilde ortaya çıkamayacağı belirtilmiştir¹³⁹.

Yargı kararlarında Danıştay bazen bu üçlü ayrımı tüketilmesi zorunlu bir ayrım gibi görüp, tek tek bu haller üzerinde hizmet kusurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışmış ve olaya bu metodla yaklaşmıştır¹⁴⁰. Danıştay bazı kararlarında bu ayrımdan bahsetmeyip sadece olayda hizmet kusurunu tespit etmiştir¹⁴¹. Buna karşın başta bahsettiğimiz gibi Danıştay genel olarak kararlarında bu üç unsurdan da bahsetmektedir.

Danıştay hizmet kusuru hallerini şöyle tanımlamıştır¹⁴²:

“(…)İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluk halleri, uygulama süreci içinde giderek artmış ve yaygınlaşmışsa da bu haller günümüz öğreti ve içtihatlarında da hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi şeklinde üç ana başlık halinde toplanmaktadır. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olması, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, hizmetin geç işlemesi, hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmemesi beklenen ölçü ve süratin gösterilmemesi. hizmetin hiç işlememesi de idarenin yükümlü ve görevli kıldığı hizmeti yerine getirmemesi, hareketsiz kalması olarak tanımlanmaktadır.”

¹³⁷ Esin, **Esas**,31.

¹³⁸ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 267. Gözler ise 3 lü ayrıma da karşı çıkarak, “ *hizmet kötü işlese de işlemese de; hizmet geç veya zamanında işlese de veya hizmet hiç işlemese de, kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri, kendilerinden beklenildiği gibi değilse bunlar kusur teşkil eder*” demektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1060.

¹³⁹ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 31.

¹⁴⁰ “(…)şu hale göre hizmet kusurunun öğelerinden olan **hizmetin yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi söz konusu değildir. Hizmetin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği hususuna gelince(…)bu nedenle hizmetin gereği gibi işlemediği ve olayda hizmet kusuru bulunduğu söylenemez. Hizmet kusurunun bulunmadığı ahvalde de idarenin hizmet kusuruna dayalı olarak sorumluluğu düşünülemez. Öte yandan, bu koşullar içinde idareyi sorumlu tutmaya yeter başkaca bir neden de bulunmamaktadır**” Dan. 12. D. E.1977/156, K. 1979/547, T. 14.2.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 607-609.

¹⁴¹ Birçok kararında bu hususu ifade eden örnekler görülmektedir Örneğin bkz. Dan. 10. D., E. 2008/643, K. 2010/5353, T. 14.6.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 327-330; Dan.10. D., E. 2007/3301, K. 2008/2929, T. 29.4.2008, DD, 2009, sy. 119, s.329-332; Dan. 10. D., E. 2007/6322, K. 2010/5981, T. 13.7.2010, DBB.

¹⁴² Dan. 13. D., E. 2005/2625, K. 2005/5753, T. 2.12.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2. Hizmet Kusuru Halleri

a. Hizmetin Gereği Gibi İşlememesi (Hizmetin Kötü İşlemesi)

Hizmet kusurunun görüldüğü hallerin başında hizmetin kötü işlemesi durumu gelmektedir. Aslında hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olmasını ifade eder. Burada kötü işleme sadece maddi kusurlar bakımından değil, hukuki kusurlar için de gerçekleşebilir¹⁴³. Fakat bir işlemin hukuka aykırı kabul edilip iptal edilmesi sonucu ortaya çıkan zarardan idare hem zaman sorumlu tutulmamaktadır.

Hizmetin kötü işlemesinde, artık idarenin kamu hizmetini yerine getirmek için teşkilatını tüm unsurlarıyla kurduğu ve faaliyette bulunduğu, fakat bu faaliyetin, o hizmetin yerine getirilmesi bakımından idareden beklenen sonucu ortaya çıkarmadığı söylenebilir¹⁴⁴. Bunun nasıl belirlenebileceği konusunda ise burada kamu hizmetlerinin değişkenliği ve çeşitliliği, hizmetin kötü işlemesi bakımından soyut bir takım kriterler koymayı zorlaştırmaktadır¹⁴⁵. Örneğin İdarenin burada mevzuata, yerleşmiş uygulamalarına uymaması veya hizmet gereklerini nesnel ölçüler içinde gözetmemesi¹⁴⁶ yahut idarenin kamu hizmetini kendisinden beklenen standartlara uygun vermemesi halinde¹⁴⁷ hizmetin kötü işlediği söylenmekte ise de bu durum için bir formül öngörülemezliğini; “*olayın ve hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu araç ve olanaklar zarar görenin durumu zaman ve yer koşulları*” gibi özelliklere bakarak her olay için ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiğinden bahsedilebilir¹⁴⁸. Burada idare, faaliyetiyle alakalı olarak gerekli örgütü kurmak, araç , gereç personeli sağlamak ve bunları hizmet gereklerine uygun hale getirmek

¹⁴³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III , s. 1736; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 29.

¹⁴⁴ “*Bu sebeple kusur, hizmeti yerine getiren kamu görevlilerinin sebep oldukları kusurlardan, idarenin hizmet için tahsis ettiği araç gereçlerden veya bunlarla ilgili yapılması gereken bakım denetim ve gözetim eksikliğinden kaynaklanmaktadır*” Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 32.

¹⁴⁵ Esin, **Esas**, 32; Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 75.

¹⁴⁶ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 88.

¹⁴⁷ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 33.

¹⁴⁸ Esin, **Esas**, s. 32.

zorundadır. Bunların yerine tam olarak getirilememesi neticesinde kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilememesi sonucu çıkacağı ve zarar doğmuşsa artık hizmetin kötü işlediği ifade edilmektedir¹⁴⁹.

Danıştay'ın çeşitli tarihli kararlarına bakıldığında devletin kişilerin can ve mal güvenliğini koruyamaması¹⁵⁰, karayolunda asfaltlama çalışması yaparken idarenin gerekli gerekli önlemleri almaması sonucu davacıya ait hayvanların zift çukuruna düşüp ölmesi¹⁵¹, bir kişinin yapılan bir yıkım sırasında enkaz altında kalarak hayatını kaybetmesi¹⁵², idarenin yeterli tedbirleri almayarak yerleşim biriminden geçen bir kanalın etrafını kapatmaması neticesinde 6 yaşındaki bir çocuğun sulama kanalına düşerek hayatını kaybetmesi¹⁵³, gerekli işaretlemeyi ve bariyeri yaptırmayan idarenin kamu hizmetini kötü işlemesi nedeniyle maddi hasarlı trafik kazasının meydana gelmesi¹⁵⁴, davacıya 3 kez tıbbi müdahale edilmesine karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesi¹⁵⁵, İdarelerce hizmetin en ehil kişiler eliyle yürütülmesi gerekir iken geçici ve zorunlu bir uygulama olan yasayla tanınmamış tedviren görevlendirme yöntemi üç yıldan fazla bir süre boyunca idarece sürdürülerek hizmetin kötü işlemesine yol açılması¹⁵⁶, hastanın geçirdiği operasyonda karnından spanç çıkarılması ve bu spancın önceki operasyonlardan herhangi birinde unutulması¹⁵⁷ gibi geçmişten günümüze gelen benzer hadiseler hizmetin kötü işlemesine örnek verilebilir.

¹⁴⁹ Akyılmaz, "İdarenin Mali Sorumluluğu", s. 32.

¹⁵⁰ Ancak bu durum bazı yönlerden sınırlanmıştır. *"toplumdaki tüm bireylerin davranışlarının idarece tek tek denetlenmesine olanak bulunmadığı gibi bu kişilerin suç niteliğindeki hareketlerinden dolayı önceden bir ihbar veya olası bir durumdan haberdar edilmemek suretiyle idarenin bilgisi dışında meydana gelecek zararlardan idariyi sorumlu kılmak da mümkün değildir."* Dan. 12.D, E.1977/ 3205, K. 1979/2742, T.21.6.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 606-607; Konuyla ilgili bkz. Öneriyıldız/Türkiye Davası, No.48939/99, 30.11.2004, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵¹ Dan. 10.D., E.1995/1607, K. 1995/5772, T. 20.11.1995, DD, 1996, sy. 36, s. 1117-1118.

¹⁵² Dan. 6. D., E. 1993/722, K. 1993/2694, T. 24.6.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 356-357.

¹⁵³ Dan. 10.D., E.1992/ 3057, K. 1993/4149, T. 27.10.1993, DD,1995, sy. 89, s. 594-595.

¹⁵⁴ Dan. 8. D., E. 2004/672, K. 2004/1829, T. 15.4.2004, DBB.

¹⁵⁵ Dan. 10. D., E.2007/ 3301, K. 2008/2939, T. 29.4.2008, DD, 2008, sy. 119, s. 329-332.

¹⁵⁶ Dan. 2. D., E. 2007/ 1297, K. 2007/1297, T.13.10.2007, DBB.

¹⁵⁷ Dan. 10. D., E. 2007/2965, K. 2008/4831, T. 25.6.2008, DD, 2009, sy.120, s. 310-312.

b. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmet kusurunun geç işleminde özellikle zamansal bir sürece, olguya dayanarak kusuru tespit etme anlayışı vardır. Bu açıdan İdarenin bir faaliyetinde **olağan** sayılamayacak bir gecikme hizmet kusuru teşkil edebilir¹⁵⁸. Bu nedenle bir faaliyetin yerine getirilmiş sayılabilmesi için bu faaliyetin zamanında ve gereken hızda yani belirli bir hız ve çabuklukta gerçekleşmesi aranır¹⁵⁹. Bu bakımdan “*Hizmetin işlemesi çok yavaş olduğu zaman bozuk ve kusurlu sayılmaktadır*”¹⁶⁰.

Geç işleme bakımından hizmetin neye ve kime göre geç işlediği sorusu gündeme gelir. Bu konuda esas olarak ilk akla gelen bir faaliyetin yerine getirilmesi bakımından mevzuatta süre belirtilip belirtilmediği hususudur¹⁶¹. Mevzuatta bir süre belirtilmiş olması halinde; bu sürede, belirtilmemiş olması halinde ise idarenin kendisinden beklenen hız ve çabuklukta faaliyeti yerine getirilmemesinin geç işleme sayılabileceği söylenebilir¹⁶². O halde mevzuatta hizmetin yerine getirilmesi bakımından bir süre öngörülmüş ise, bu süreye uyulmaması hizmet kusuru teşkil eder. Fakat mevzuatta süre belirtilmiş olsa da bir takım gecikmelerin hizmet kusuru olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶³. Bu nedenle örneğin bir mevzuatta gösterilen sürenin “özürsüz olarak” aşılması hizmetin geç işlemesi bakımından aranmaktadır. Şöyle ki bir idarenin “normal idari uyanıklık (teyakkuz) ölçüleri içinde” kalması halinde geç işlemekten bahsedilmeyeceği, aksine bu teyakkuz çerçevesinde değerlendirilemeyecek bir takım gecikmelerin geç işleme olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁴. Bu görüşe göre “*mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına yönelik titizlik ve çabalar*” nedeniyle ortaya çıkan zararlar geç işleme

¹⁵⁸ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 892; Esin, **Esas**, s. 44.

¹⁵⁹ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 29; Esin, **Esas**, s. 44.

¹⁶⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1737.

¹⁶¹ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 29; Esin, **Esas**, s. 45.

¹⁶² Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 34.

¹⁶³ Bununla ilgili olarak, mevzuatta belirtilen sürelerden bazılarının düzenleyici süreler olup, bunların mahiyetleri gereği esas amaçlarının kamu hizmetini daha etkin ve verimli yürütmek için getirilmiş süreler oldukları ve neticede hizmetin iç işleyişini ilgilendirdikleri, bu nedenle de idare dışında birinin bu sürele uyulup uyulmadığının tespitini yapmasının çok zor olduğu belirtilerek düzenleyici sürele uyulmamasının kural olarak hizmet kusuruna neden olmayacağı belirtilmektedir. Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 35.

¹⁶⁴ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 29; Esin, **Esas**, s. 45.

kavramı içinde düşünölmeyecektir. Fakat mevzuatın verdiği sürenin bunu da kapsadığı, bu süre gerçekten incelemeye dahi yetmeyecek bir süre ise bunun tipik bir hizmet kusuru sayılması gerektiği, çünkü sırf o sürede faaliyetin yerine getirilememiş olmasının burada faaliyetin iyi işlemediğini, kuruluştaki bir bozukluğu gösterdiği bu noktada akla gelebilir. Çünkü burada mevzuatta gösterilen sürenin yetersiz olmasından ötürü meydana gelen zarar 3. kişiye yüklenmemelidir¹⁶⁵.

Bir faaliyetin yahut davranışın yerine getirilmesi bakımından mevzuatta süre öngörölmesi halinde bu sürenin geçirilmesinin geç işlemeye neden olacağı bu şekilde iken, bu hususta gündeme gelebilecek bir soru mevzuatta belirtilen süre geçirilmese de, bazı hallerin geç işleme kabul edilip edilmeyeceği problemidir. Yargı kararlarının uygulanması bakımından kanun koyucu İYUK 28/3’de 30 günlük bir süre öngörmüştür. Bu bir bağlı yetkidir ve aksi durum Danıştay kararlarında hizmet kusuru kabul edilmektedir¹⁶⁶. Ancak buradan çıkan anlam bu kararın ister ilk gün ister otuzuncu gün uygulanabileceği değildir. Burada bir an önce uygulamaya başlamak gerektiği anlaşılmalıdır¹⁶⁷. Bu halde olması gereken tüm tedbirlere rağmen kararın uygulanması 30 günü geçmiş ise burada idareye kusur atfetmemek gerektiğidir.

O halde sonuçta mevzuatta faaliyetin yerine getirilmesine ilişkin süreler varsa bu süreler çeşitli ayrımlara tabi tutulsa dahi hizmetin geç işleyip işlemediği tespit edilebilir bir husustur. Buna karşın bir faaliyetin yerine getirilmesi bakımından mevzuatta bir süre belirtilmeyen haller de ise bir güçlük ortaya çıkar ve fakat bu durumda da bir takım kriterler yardımıyla hizmetin hangi anda yerine getirilmesi gerektiği açıklanmalıdır.

¹⁶⁵ Onar’da “*Kanunlarda ve diğer mevzuatlarda hizmetin ifası için tayin edilen müddetlerde yapılmaması bu şekilde bir kusur teşkil ettiği gibi işin icabı olan normal müddetler zarfında ifa edilmemesi de aynı şekilde hizmetin geç işlediğinin göröleceğini*” ifade etmektedir. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1737.

¹⁶⁶ Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DBB; Dan. 10. D., E 1993/5339, K. 1994/5161, T. 25.10.1994, DBB. Son bölümde bu hususa ve farklı yöndeki kararlara daha geniş bir biçimde değinilecektir.

¹⁶⁷ Dan. 5. D., E. 2007/81, K. 2009/1103, T. 09.03.2009, DBB; Dan. 10. D., E.2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007, DBB; Dan. 1. D., E. 1987/367, K. 1987/352, T. 8.10.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s.71-73.

Bu hallerde usule ilişkin bir kural mevzuatta belirli bir süre yoksa genel kanaat hizmetin geç işleyip işlemediğini mahkemelerin takdir edeceği bir husustur¹⁶⁸. Burada idari yargı organı mevcut olay bakımından; hizmetin türü, idarenin sahip olduğu araçlar- olanaklar, olayın özellikleri gibi çeşitli yönlerden tahlil ederek bir karar verecektir¹⁶⁹. Bu hallerde yargı yerlerinin bu hususta kullandığı kavramlardan biri “normal ve makul süre” kavramıdır¹⁷⁰.

Hizmetin geç işlemesine yönelik olarak Danıştay’ın ilk kararlarından bu yana bir çok durum örnek verilebilir. Örneğin; memuriyete tayininin yapılması gerekirken, tayinin herhangi bir sebebe dayandırılmadan geciktirilmesi¹⁷¹, idarenin, sınavla aldığı uzman yardımcılarının üç yıllık yetiştirme süresi içerisinde kadrolarını hazırlamaması ve hizmetin geç işlemesi nedeniyle davacının emsali uzman yardımcılardan daha geç atanması¹⁷², davacının usulüne uygun yapılmayan sözlü sınav nedeniyle müfettişliğe geç atanması¹⁷³, yargı kararlarının geç uygulanması¹⁷⁴ gibi.

c. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesi bakımından esas olan, idarenin bir faaliyet içerisinde bulunması gerekirken, bir nedenden ötürü bunu yerine getirmemesi durumudur¹⁷⁵. Hizmetin hiç işlememesi hizmet kusuruna neden olurken burada bunun sorumluluğa neden olması bakımından İdarenin o konuda bir takdir yetkisine sahip olup olmadığı hususu önemlidir. Bu noktada bağlı yetki/takdir yetkisi ayrımı yapılmaktadır.

¹⁶⁸ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 30.

¹⁶⁹ Esin, **Esas**, 45, Aynı yönde Turgut Tan, **İdare Hukuku**, s. 457-461.

¹⁷⁰ **“makul süre hizmetten yararlananın haklı beklentileri karşısında idarenin hizmeti yerine getirebileceği azami süredir. Bu süre her somut olayda yargıç tarafından belirlenir”** Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 35; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 270; Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 89.

¹⁷¹ Dan. 5. D., K. 1946/3910; Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1955, s. 718; Dan. 5. D., K. 1946/3760, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 718.

¹⁷² Dan. 5. D., E 2003/6682, K. 2005/3464, T. 8.7.2005, DBB.

¹⁷³ Dan. 5. D., E 1999/2771, K. 2002/2723, T. 10.06.2002, DBB.

¹⁷⁴ Dan. 10. D., E 1993/5339, K. 1994/5161, T. 25.10.1994, DBB.

¹⁷⁵ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 889.

İlk olarak belirtmek gerekir ki İdare, bağlı yetkiyi kullanmaması bakımından ortaya çıkan zarardan sorumludur. Yani hukuk kurallarının idareye birtakım faaliyetlerde bulunması konusunda zorunluluk getirmesi buna karşın faaliyetin yerine getirilmemesi sorumluluğu doğurur¹⁷⁶. Bir faaliyetin yerine getirilmediğinden bahsedilmesinin, bu hususta idarenin “yükümlü veya görevli” kılınmış bulunmasına bağlı olduğu aksi takdirde “*mevzuat ya da idari işlev gereğince İdarenin ödevli bulunmadığı bir işi gerçekleştirmedeğinden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olamayacağı*” belirtilmektedir¹⁷⁷. İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini ifa etmek yerine hareketsiz kalması, bir hareketi olsa dahi bu halde gerekenlerle karşılaştırıldığında bu çabanın önemsiz kabul edilmesi veya hizmetin yerine getirilmesi olarak değerlendirilemeyecek bir faaliyette bulunması halleri, hizmetin hiç işlememesi olarak kabul edilebilir¹⁷⁸. O halde İdare, faaliyetleri bakımından teşkilatını kurmuş, faaliyete geçmesi bakımından mali ve teknik imkanlar sağlamışsa, hizmetin işlememesinden ötürü sorumlu olmaktadır¹⁷⁹.

Buna karşın İdare, bir hizmeti görüp görmemekte takdir yetkisine sahipse yahut bunların ifası bazı şartların gerçekleşmesine bağlıysa bu hallerde kural olarak olumsuz tutumundan dolayı sorumlu tutulamayacağı¹⁸⁰ söylenmekle beraber İdarenin

¹⁷⁶ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 273.

¹⁷⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 30. “(...)Deprem nedeniyle minarenin davacının taşınmazının üzerine yıkılması sonucu uğranıldığı belirtilen zararların tazmini istemiyle Diyanet İşleri Başkanlığı'na karşı minarenin projesinin olmadığı, yıkılmanın yapının inşa edilirken kullanılması gerekli malzemenin eksik ve vasıfsız bulunmasından kaynaklandığı ileri sürülerek açılan bu davada, **davalı idarenin cami ve minaresinin yapımı ve hizmete alınması konusunda yasal bir görevinin olup olmadığı**, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı ruhsatı ve ekleri ile yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, yapının imar açısından denetlenmesi konusunda hangi idarenin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır.” Dan 11. D., E. 2006/5120, K. 1008/5268, T. 13.5.2008, DBB.

¹⁷⁸ Akyılmaz, **İdarenin Mali Sorumluluğu**, s. 36. Bu son durum örneğin kötü işlemeye de dahil edilebilir.

¹⁷⁹ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 33.

¹⁸⁰ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s.30; Esin, **Esas**, s. 38; Akyılmaz, **Mali Sorumluluk**, s. 38. “Olayda, idarenin davacıyı kız meslek lisesi bulunan herhangi bir yere atama yapma konusunda takdir yetkisi bulunmakta olup, mahkemece davacının kızının Çubuk Kız Meslek Lisesinde okuduğu ve Ankara Aytemizler Fabrikasında staj yapacağından bahisle durumunun değerlendirilmesinde ve idarenin takdir yetkisi kaldırılarak davacının Çubuk'a veya istemiyle sınırlı olan yerlere atamasının yapılması sonucunu doğuracak biçimde hüküm tesis edilmesinde isabet

takdir yetkisine sahip olduğu hususlarda dahi mahkemenin hizmetin hiç ifa edilmediğine dair karar verebileceği ifade edilmektedir¹⁸¹. Danıştay bir kararında iptal edilen idari işlemin ilk tesis edildiği tarihe kadar geriye yürüdüğünü ve iptal kararının bu idari işlemi tesis edildiği andan itibaren ortadan kaldırdığını ancak idarenin mahkeme kararı gereğince yeni bir işlem yapma zorunluluğunun bulunması nedeniyle, idare yeni bir düzenleme yapıncaya kadar farklı bir uygulama yapılamayacağından bahsetmiş ancak idarenin iptal edilen düzenleme ve karar alanında bir takdir yetkisi varsa artık burada işlem yapmaya zorlanamayacağını ifade etmiş, fakat esasa ve usule ilişkin ayırım yapmıştır¹⁸². Bu hususta burada yetkisini kullandığı ve bu yetki bir kamu hizmetine ilişkin ise buna dayanarak çeşitli diğer faaliyetlere başlanmış olabileceği de göz önüne alınmalıdır. Yine İdarenin yürütmüş olduğu kamu hizmetinin doğal uzantısı olan ancak yapması konusunda yasal bir zorunluluk bulunmayan ve fakat teşkilat, teknik ve mali bakımdan yerine getirmesi mümkün olan hizmetleri de yerine getirmesi aksi halde ortaya çıkan zararlardan hizmetin hiç işlememesi nedeniyle sorumlu olacağı belirtilmektedir¹⁸³.

Hiç işlememeye ilişkin bir başka mesele yargı kararlarına konu olan 1982 Anayasasının 65. ve 1961 Anayasasının 53. madde hükmüdür. Burada mesele; idarenin maddi bakımdan yetersiz olduğu iddiası ile, başladığı bir faaliyeti sürdürememesi durumudur. Burada başlanılmış olan kamu hizmetinin, sonradan imkansızlıklar ileri sürülerek bırakılamayacağı, bırakılırsa ortaya çıkan zarardan ötürü İdarenin sorumluluktan kurtulamayacağını doktrinde ileri sürülmektedir¹⁸⁴.

Bugün Danıştay artık bu tür yetersizlik iddia ve taleplerini kabul

görülmemiştir.” Dan. 5. D., E. 1993/4248, K. 1993/3874, T. 20.10.1993, 1995, DD. 89, s. 271-273.

¹⁸¹ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 890; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 30.

¹⁸² “(...) iptali istenen düzenleme, idarenin yapıp yapmama konusunda kendisine takdir yetkisi tanınan bir alanla ilgili ise idarenin iptal kararı üzerine geçmişe yürür bir şekilde düzenleme yapma zorunluluğundan bahsedilemez. Bu durumda iptal edilen Yönergeye dayanılarak yapılan ödemelerin, kazanılmış hak niteliğini kazanması ve idari istikrar ilkesi uyarınca ilgililerden geri alınması mümkün olmamakla beraber, idarenin takdir yetkisine bırakılmış bir konuda geçmişe dönük olarak düzenleme yapmaya zorlanması mümkün değildir. Dan. 11. D., E.2005/4262, K. 2008/3498, T.8.4.2008, DD, 2009, sy. 120, s. 339-342.

¹⁸³ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 39.

¹⁸⁴ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 33; Karşı görüş için bkz. Esin, **Esas**, s.39. Ancak Yenice ve Esin’in birlikte yazdığı kitapta Duran’a atıf yapılarak yazarın görüşleri benimsenmiştir. Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 90-91.

etmemektedir. Örneğin bir davada aynı güzergahta daha az riskli, ancak heyelan bölgesi olması nedeniyle olağan teknik olanaklardan farklı bir özellikte yol yapımının maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş olması iddiasını kabul etmemiştir¹⁸⁵. “*Yerleşim biriminden geçen bir kanalın etrafını kapatmaması sonucu sulama kanalına düşerek ölüm olayının meydana gelmesi*” hadisesinde de idarenin; kanallarda ikaz levhaları, suya girenlerin çıkabilmeleri için beton ve demir merdivenler gibi önlemler alındığı, kanal boyunca motorsikletli görevliler istihdam edildiği, *kanalların uzunluğu karşısında başkaca önlemler alınmasının devlet olanaklarının kısıtlılığı nedeniyle olanaksız olduğu* iddialarını geçerli görmemiştir¹⁸⁶.

O halde İdareye kanunla bir görev verilmişse yahut idare bunu görev olarak yüklenmişse bu halde, mali veya teknik imkansızlıkları ile sürerek sorumluluktan kurtulması kabul edilmemektedir¹⁸⁷.

Son olarak Danıştay kararlarından bu hallere örnek verecek olursak, ruhsatsız kahvehanenin çalışmasını engellemek için üstüne düşen denetim görevini yerine getirmemesi sonucu toprak kayması neticesinde yolun altında bulunan kahvehanede bulunup toprak altında kalan insanların ölümünde¹⁸⁸, idarenin; hizmete tahsisli termosifonun periyodik bakım ve kontrolünü zamanında, yeterli ve istenilen teknik düzeyde yaptırmaması nedeniyle meydana gelen ölüm olayında¹⁸⁹, kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kalmasında ve önleyici kolluk tedbirlerini alamamasında, kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmamasında¹⁹⁰, yargı kararlarını hiç uygulanmamasında¹⁹¹ hizmetin hiç işlemediği görülebilmektedir.

¹⁸⁵ Dan. 10.D., E.1993/724, K. 1993/3146, T. 13.9.1993 DD, 1995, sy. 89, s. 590-593.

¹⁸⁶ Dan. 10.D., E.1992/3057, K. 1993/4149, T. 27.10.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 594-595; Dan. 1.D., E. 2010/1286, K. 2010/1630, T.27.10.2010, DD, 2010, sy. 125, s.13-17.

¹⁸⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 33.

¹⁸⁸ Dan. 10.D., E.1993/724, K. 1993/3146, T. 13.9.1993, DD, 1995, sy. 89, s. 590-593.

¹⁸⁹ Dan. 10.D., E.1994/2230, K. 1995/4280, T. 10.10.1995, DD, 1996, sy. 91 s. 1099-1100. Bu olaylar aynı zamanda hizmetin kötü işlemesi olarak da kabul edilebilir.

¹⁹⁰ Dan. 10.D., E.1994/7359, K. 1995/3559, T. 12.7.1995, DD, 1996, sy. 91 s. 1106-1116.

¹⁹¹ Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 302- 306; Dan. 10. D. E. 2002/7659, K. 2003/5195, T. 16.2.2003, DBB.

II. KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. KAVRAM VE İNCELENMESİ

1. Kusur Kavramının Özel Hukuktaki Anlamı

Borçlar hukuku alanında sorumluluk 2 farklı anlama gelmektedir. Sorumluluk tazminat ödeme yükümlülüğü anlamında “bir zarardan doğan tazmin yükümü” şeklinde kullanıldığı gibi, ikinci anlamda ise alacaklının borçluya ait malvarlığına el koyabilmesidir ki bu durum kural olarak “*cebri icra yoluyla el koymak*” ya da “*borçlunun şahsı üzerinde bir baskı yapılması*” yani borçlunun buna katlanması şeklinde ifade edilmektedir¹⁹².

Haksız fiilden doğan sorumluluk, sözleşmeden veya daha geniş bir deyimle hukuki işlemten doğan borçtan farklı olarak, bir tazminat borcudur; bir sorumluluk halini ifade eder¹⁹³. Haksız fiil sorumluluğunda genel davranış kurallarına aykırılığın söz konusu olduğu belirtilmelidir¹⁹⁴.

Haksız fiil sorumluluğunun şartlarının kanunda belirtilen ilkelerine bakıldığında 818 sayılı BK 41’den farklı olarak 6098 sayılı Kanunun 51. maddesinde kusur kavramından bahsedilmektedir. Ancak doktrine bakıldığında eski BK 41’de geçen “kast, ihmal ve tesci yahut tedbirsizlik” kavramlarını kusur başlığı altında incelediğini görmekteyiz¹⁹⁵. Ancak kast ve ihmalin kusurun çeşitleri değil, kusurun varlığı için gerekli olan koşullar olduğu da belirtilmektedir¹⁹⁶. Bu nedenle kusur, eylemi işleyen hakkında yürütülen bir değer yargısı olup, eylemle olan ruhsal kınanabilmesi olarak da tanımlanmıştır¹⁹⁷.

¹⁹² S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 18.

¹⁹³ Tekinay/ Akman, Burcuoğlu, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 474.

¹⁹⁴ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 9 bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 1.

¹⁹⁵ Örneğin Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 493.

¹⁹⁶ Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu (Ankara 21-22/Ekim/1977)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 40.

¹⁹⁷ Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, s. 40.

Son Yargıtay kararlarında birinde de bu kavram şöyle tanımlanmıştır¹⁹⁸:

“Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. 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. Yine, öğreti ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).”

Bu anlatılanların yanında kusurun, hukuka aykırılığın aksine sübjektif bir unsur olduğu¹⁹⁹ ifade edilmekle beraber kusurun objektifleştiğinden de bahsedilmektedir²⁰⁰.

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Kast failin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesi, ihmal ise hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememek fakat buna rağmen gereken dikkatin sarf edilmemesi ve tedbirin alınmaması nedeniyle böyle bir sonucun meydana gelmesi olarak ifade edilmektedir²⁰¹.

2. Kişisel Kusur Kavramına İdare Hukuku Yaklaşımları

“Kişisel kusur” kavramını hukukta mevcut bulunan anlamı haricinde düşündüğümüzde hemen hemen herkesin aklına bu kavramdaki şahsılık, kişiye özgülünen bir durum akla gelir. Fakat özel hukukta kullanılan kusur kavramının İdare hukukuna geçmesi ve burada İdarenin tüzel kişilerden oluşması, faaliyetlerini organları ve ajanları vasıtası ile yerine getirmesi bu kavramın, İdare hukuku içerisinde de şekillenmesine neden olmuştur. Fakat bugün ülkemizde gelinen noktada

¹⁹⁸ YHGK, E. 2011/4-592, K 2012/25, T. 1.2. 2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹⁹ “hukuk düzeni, işlenen bir fiilin kendisini, yani dış aleme yansıyan görünüşünü beğenmediği ve kötü gözle gördüğü takdirde hukuka aykırılık; bu fiilin psikolojik etkenlerini beğenmeyip kötü gözle gördüğü takdirde ise kusur vardır. Sorumluluk için fiilin hukuka aykırılığı yetmez; kural olarak failin kusurlu olması da gerekir” Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 492.

²⁰⁰ Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, s. 58.

²⁰¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 492-494.

kişisel kusurla ilgili o kadar farklı kavramlar kullanılmaktadır ki bir görüşün kişisel kusurla neyi kastettiğini ilk bakışta anlamak zorlaşmaktadır. Örneğin kişisel kusurla ilgili olarak sonraki bölümlerde de tekrar belirteceğimiz gibi salt kişisel kusur, kişisel kusur, şahsi kusur, hizmetten ayrılabilen kişisel kusur- hizmetten ayrılamayan kişisel kusur- hizmet içi kişisel kusur- hizmet dışı kişisel kusur²⁰² gibi farklı kullanımlar mevcuttur. Ancak şu da bilinmelidir ki bir görüşün kişisel kusur dediğine diğeri salt kişisel kusur, diğeri hizmet içi kişisel kusur demiş de olabilir. Bu nedenle biz Türk Hukukunda bu kavramın hukukumıza girmesiyle birlikte yapılan kusur tanımlamalarından birkaç örnek vermek istiyoruz. Ancak ifade edilmelidir ki bu tanımlar bugün lafzen kullanılsa da işlevsel olarak aynı karşılığı taşımamaktadır. Yani geçmişte kişisel kusur denilen ve adli yargının alanında hüküm süren bir tanım bugün hizmet kusuru içinde ve idari yargı alanında değerlendiriliyor olabilir. Bu nedenle öncelikle bu hususa dikkat edilmesi gerekir. Türk hukukunda kişisel kusur Sarica tarafından şöyle tanımlanmıştır²⁰³:

“idare nam ve hesabın hareket eden bir idare ajan veya memurunun – idare fonksiyonunu ifa sırasında, amme hizmetini icra zımında, hülasa idare bir vazife münasebetiyle- işlediği ve fakat idare fonksiyon, amme hizmeti idari vazife kaide, icap ve şartlarına aykırı ve yabancı olan, bu cihetle idareye atf ve izafe olunacak yerde doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve şahsi mesuliyetini intaç eden yolsuz bir harekettir”

Onar’a göre ajanın kişisel kusuru bir haksız fiildir ve kişisel kusuru şöyle tanımlamaktadır²⁰⁴:

“(…) kusur memurun şahsına atf ve isnad edilebilecek bir kusurdan hasıl olmakta ise memurun mes’uliyeti mevzu bahis olur (...), işte memur hizmetin dışına çıkmak, kendine veya gayra bir menfaat temin etmek veya idareyi ızzar 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 hukukan mes’ul olmuş olur”

Bu tanımlarda aslında hukuki mahiyet bakımından kişisel kusura bakış noktasında büyük farklılıklar vardır. Günümüzde de idare hukukunda kişisel kusurun

²⁰² Günday, **İdare Hukuku**, s. 374.

²⁰³ Sarica, **İdari Kaza**, s. 389; Sarica, “Kıstaslar I”, s. 91.

²⁰⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, s. 1204-1205.

tanımlanmasında yine buna benzer farklı bakış açıları mevcuttur. Bu nedenle şimdi idarenin sorumluluğu meselesinde kişisel kusurun bugün için kullanılan ve tartışılan niteliğinin nasıl anlaşıldığını ifade etmek istiyoruz. Ancak bunu yaparken diğer kavramlarla olan ilişkisini de ele alacağız. Böylelikle kişisel kusurun ayrımlarını ve kavramlar bakımından nerede bulunduğunu göstermek amacındayız. Fakat bu konuya ileride tekrar değineceğimiz için hatırlatmak istiyoruz ki bu başlıktaki amaç ileriki bölümlerde yapılacak ayrımların içeriği daha rahat kavramak bakımından bir giriş mahiyetindedir.

a. Hizmet Kusuru/Görev Kusuru/Salt Kişisel Kusur/ Vatandaş-Birey Sıfatıyla İşlenen Kusur

DMK madde 13'ün ortaya çıkması ve yürürlüğe girmesi, 1970'lerin ortalarına kadar gelen hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını, personelin kamu hukukuna tabi görevleri sırasında verdikleri zararlar bakımından en azından “zarar görene” karşı kaldırmak isteği ve talebi doğmuş, ancak madde uygulamaları birtakım doktrinsel görüşler tarafından uygun bulunmadığından çeşitli nedenlerle maddenin böyle uygulanmaması gereğinden yola çıkılarak doktrinde madde hizmet kusuru- görev kusuru- salt kişisel kusur ve vatandaş/birey sıfatıyla kusur ayrımı yapılarak değerlendirilmiştir. Bu ayrımda hizmet kusuru klasik tanımlamalardaki gibidir. Vatandaş/birey sıfatıyla işlenen kusur ise²⁰⁵ :

“(...)uzaktan veya yakından, doğrudan veya dolaylı olarak, az veya çok kamu faaliyet ve hizmetleri ile ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemleri, personelin ancak birey ya da vatandaş sıfatıyla hareket ve tasarruflarından(...)”

olarak tanımlanmaktadır.

Fakat bu ayrımda görev kusuru ve salt kişisel kusur ayrımı önem taşımaktadır. Buna göre görev kusuru aslında hem kişisel hem de hizmet kusuru niteliği taşımaktadır. Çünkü bu kusur öyle bir mahiyet içermektedir ki, içinde taşıdığı kişiselliğe rağmen hizmetten de ayrılamadığı için idare yönünden hizmet kusuru, fakat idare ajanı yönünden kişisel kusur mahiyetini taşımaktadır. Bu nedenle de bu

²⁰⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 49

kusur hizmetten ayrılamayan kişisel kusur olarak da ifade edilmektedir. Salt kişisel kusur ise artık hizmetten kolayca ve açıkça ayrılabilen kusurlar olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle de hizmetten ayrılabilen bir kusur olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁶. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki gerek salt kişisel kusur olsun gerek hizmet kusuru ve görev kusuru olsun burada özne olan hep “idare ajanı”dır. Yani görev kusuru, “ajanın” in hizmetten ayrılamayan kusurudur. Salt kişisel kusur da yine “ajanın” hizmetten ayrılabilen kusurudur. O halde burada “idare ajanı” ifadesi özel olarak vurgulanmayı hak etmektedir. Yukarıda Sarıca’nın tanımında da memur kavramı vurgulanmış ve görevle bağı kurulmuştur. “İdare ajanı” kavramının özel olarak vurgulanmadığı vatandaş sıfatıyla verilen zarar ise haksız fiil niteliğindedir ve borçlar kanunu hükümlerine tabidir. Bu ayırım esaslı bir biçimde doktrinde ilk defa Duran tarafından ortaya atılmıştır. Bugün görev kusuru kavramının, DMK madde 13’ün uygulamasının hala geçerli olup olmadığı tartışmaları bir yana 1982 Anayasası’nın uygulamasında da benimsenen bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Kavramın içeriğinin, unsurların birbirinden nasıl ayrıldığının tespitini ise sonraki bölümlerde açıklamaya çalışacağız. Ancak şunu belirtelim ki bu ayırma göre salt kişisel kusur ve haksız fiil işlenmesi durumunda dava adli yargıda, görev kusuru ve hizmet kusuru bulunması halinde ise idari yargıda görülmelidir.

b. Hizmet Kusuru/Görev Kusuru/Kişisel Kusur (Vatandaş/Birey Sıfatıyla İşlenen Kusur)

Görev kusuru kavramı ele alınarak yapılan bir ayırım daha vardır: Hizmet kusuru- görev kusuru- kişisel kusur ayırımı. Bu ayırımıda esas itibariyle hizmet kusurunu klasik bir şekilde tanımlamaktadır. Fakat görev kusuru kavramının mahiyetini ise 1. şıkta anlattığımız açıdan daha farklı bir yönde ele almaktadır. Bu anlayışta kavramsal olarak benzerlik olsa da içerik olarak ifade edilen şeylerin benzemediğini görmekteyiz. Burada kişisel kusur denilen şey 1. şıkta bahsettiğimiz vatandaş/birey sıfatıyla işlenen kusurdur yani haksız fiildir²⁰⁷. Fakat burada bir salt

²⁰⁶ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 51.

²⁰⁷ “o kamu görevlisinin, “kamu görevlisi olmayan” kamu görev ve faaliyetlerinin ajanı ilişkisi içinde bulunmayan, herhangi bir kimse olarak kusurlu tutum ve davranışlardır”. Sait Güran, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk**

kişisel kusur- görev kusuru ayrımı görülmemektedir. Çünkü idare ajanının, ajan olmasından kaynaklanan ve buna bağlanan neredeyse tüm kusurları burada idareye atfedilmekte olup idareye atfedilemeyen hal olarak ise sadece vatandaş/birey şapkası ile işlenen kusur kalmaktadır. Bu halde ajan “şapkasını” taktığında işlediği kusurlar aslında hep “İdarenin de” kusuru sayılmaktadır. Tekrar belirtmek gerekirse buradaki görev kusuru anlayışı birinci şıktaki görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımının neredeyse bütünleşmiş halidir ve belki de daha geniştir. Bu ayrıma göre de hizmet kusuru ve görev kusuru idari yargının alanına girerken bu halde kişisel kusur adli yargının alanına girmektedir.

Görüldüğü gibi bu ayrım aslında görev kusurunun ayrımıyla ve sınırlarının çizilmesiyle alakalı bir yan ayrım görünse de içerdiği unsurlar ve kapsam bakımından ayrı bir başlık olarak anılmayı hak etmektedir.

c. Hizmet Kusuru /Kişisel Kusur Ayrımı

Hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı, özellikle 1982 Anayasası’nın 129. maddesinde daha çok değer ve taraf toplamaktadır. Ancak bu ayrımın geçmişte yapılan hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımından da farkı olduğunu hemen belirtmek gerekir. Bugün bu ayrıma göre Anayasa’nın 129. maddesinde geçen “yetkilerini kullanmak” kavramının sınırlarının dahilinde olmak şartıyla ajanın kastıyla işlenen kusurlarından dahi idarenin sorumlu olacağı söylenmektedir²⁰⁸. Yani kişisel kusur idare hukukuna dair bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁹. Bu noktada bu kavramın önemi zarar gören açısından değil, rücu meselesinde idare ile olan ilişkisinde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bu görüş görev kusuru ve salt kişisel kusur gibi kavramları reddederek bu ayrımların meseleyi deyim yerinde ise daha da “bulandırdığını” iddia etmektedir²¹⁰. Buradaki kişisel kusur, idare hukukunun tanımladığı, onun alanı içine giren bir kusur olarak kabul edilerek bu kusurun haksız

Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 188.

²⁰⁸ Akyılmaz, “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2012, s. 124.

²⁰⁹ Bkz. Akyılmaz, “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”, s. 124.

²¹⁰ Akyılmaz, “İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görülüş Usulündeki Sorunlar”. Yazar bu görüşünü profesörlük takdim tezinde ve birçok sempozyumda üstüne basarak tekrarlıyor.

fiil niteliği olmadığı ifade edilmektedir. Bu anlamıyla “kişisel kusur” idare hukuku alanına dahil olmayan kusur hallerini haksız fiil olarak kabul etmekte ve idare hukukunun kapsamı dışına çıkartmaktadır²¹¹. Ancak bu görüş içerisinde de Anayasa 129’da geçen yetkilerini kullanmak ifadesi bakımından kişisel kusurun nerede başlayıp nerede bittiği açısından bir fark bulunmaktadır.

Bu anlayışa göre Anayasa’nın 129. maddesi kapsamına giren hiçbir olayda hizmet kusuru kişisel kusur yapılmadan dava idareye karşı açılır. Yani gerek hizmet kusurunda gerekse kişisel kusurda davalı idaredir. Yargıtay’ın son kararlarında da bu görüşü paylaştığını görüyoruz²¹².

3. Kişisel Kusurun Ortaya Çıkabileceği Haller

Özellikle Fransa’da kişisel kusurun ortaya çıktığı durumlar şöyle ifade edilmektedir²¹³.

- 1- *Kamu görevlisinin görevi dışında işlediği kusurlar* kişisel kusurdur ve bu kusurlar görevinin tamamen dışındadır²¹⁴. Bu durumda ajanların özel hayatına dair ortaya çıkan bir zarar vardır ve idare ile arasındaki ilişkiyi etkilemez.
- 2- *Görevin içinde işlenmiş fevkalade ağır kusurlar* da kişisel kusurdur²¹⁵. Kişisel saikler, aşırılıklar ve mazur görülemeyecek hatalar bu kategoridedir
- 3- *Görevin dışında ama görev dolayısıyla işlenen kusurlar* da kişisel kusurdur ki bu hallerin hizmetin ifası vesilesiyle, ya da hizmetin dışında ama idarenin kamu görevlisine verdiği araçlar sayesinde işlendiği kabul edilebilir²¹⁶. Ancak bu halde dahi idare tamamen sorumluluktan kurtulmuş olmaz.

²¹¹ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 85.

²¹² YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012-25, T. 1.2.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²¹³ Geniş bilgi için bkz Gözler, **İdare Hukuku**, C. II s. 1114-1128; Delcross/Delcross, **Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, s. 87-97.

²¹⁴ Renè. Chapus, *Droit Administratif Général*(d), Paris, Montchrerestien, C. I, 15. bs, 2001, s. 1393, (Nakleden Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1114-1115).

²¹⁵ Chapus, *Droit Administratif Général*, C. I, s 1388 (Nakleden Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1115).

²¹⁶ Chapus, *Droit Administratif Général*, C. I, s. 1391, (Nakleden, Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1117-1118)

a. Kusurların Birleşmesi

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1873 de verdiği Pelletier kararı ile hizmet kusuru ile kişisel kusur kesin bir ayrıma uğramış ve kişisel kusur varsa hizmet kusurunun- hizmet kusuru varsa kişisel kusurun bulunmayacağı ifade edilmiştir²¹⁷. Fakat Anguet kararı ile kusurların birleşmesinden bahsedilmiştir²¹⁸. Bu kavramla bahsedilmek istenen aynı anda hem hizmet kusurunun hem de kişisel kusurun *tek* zarara neden olmasıdır. Bu karara konu olan olayda kısaca; mektup atmak maksadıyla postaneye giren Bay Anguet, ana giriş kapısına yöneldiğinde kapının kapandığını görmüş ve ardından bir postane personelinin yönlendirmesi ile personele tahsis edilen servis kapısından çıkmak istemiş, servis koridorundan geçerken mektup tasnifinin yapıldığı odadan geçmek zorunda kalmış, bunun üzerine orada çalışanlar Anguet'i azarlamış ve Anguet'in de karşılık vermesi üzerine Anguet'e karşı güç kullanarak onu dışarı atmışlardır. Olayda postane o gün vaktinden evvel kapanmıştır ve bu bir hizmet kusuru sayılmıştır. Bu arada da Anguet çıkış esnasında itilmesi nedeniyle bacağını kırmıştır. Burada tek bir zarar vardır ancak iki farklı kusur bir olayda birleşmiştir. Bu halde Anguet'in kapı dışarı atılması ajanların ve uğradığı zarar kişisel kusur iken kapının vaktinden evvel kapanması ise hizmet kusurudur²¹⁹.

b. Sorumlulukların Birleşmesi

Sorumlulukların birleşmesinde hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe girmesi olayı mevcuttur. Zarara neden olay *tek* olmakla beraber hizmet kusuru ve kişisel kusur birlikte ortaya çıkmış ve sonucu belirlemiştir²²⁰. Buna örnek olayda ise Fransa'nın küçük bir kasabasında açılan panayırda kasabanın ortasından geçen bir nehirde yüzen hedeflere atış yapılacaktır. Bu nedenle nehrin karşısında bulunan gezi yerinde dolaşan insanların zarar görmemesi için başkana önlem alması hatırlatılırken

²¹⁷ Chapus, Droit Administratif Général, C. I, s. 1384-1385, (Nakleden, Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1113). Bu olayda vatandaşlar sıkı yönetim komutanının gazete toplatması olayında bu toplatma olayını gerçekleştiren sorumlulara karşı dava açmış, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi ise ortada idari bir işlemin bulunduğunu, kişisel kusur bulunmadığını ve idari yargıda dava açılması gerektiğini ifade etmiştir.

²¹⁸ Esin, **Esas**, s. 55.

²¹⁹ Esin, **Esas**, s. 55.

²²⁰ Esin, **Esas**, s. 56.

başkan bu uyarıya önem vermemiş, yüzer hedeflere yapılan atışlardan birinden seken kurşun karşı kıyıda dolaşan Bayan Lemonnier’e isabet etmiş ve onun sakat kalmasına neden olmuştur. Burada Bayan Lemonnier adli yargıda kişisel kusurdan ötürü başkan aleyhine idari yargıda hizmet kusuru nedeniyle belediye aleyhine dava açmıştır. Danıştay başkanın kişisel kusurunun bulunmasının hizmet kusurunun bulunmasına engel olmayacağını bildirerek tedbirlerin alınmamasını hizmet kusuru saymıştır²²¹.

Burada hükümet komiseri LèonBlum’un açıklamaları bu anlayışı sistematik hale getirmiştir²²²:

“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”

c. Türk Hukuku Açısından Sonuçları

Yukarıda bahsettiğimiz bu kararların etkisi Türkiye’de görülmüştür. Türkiye açısından doktrinde DMK madde 13 öteden beri sorumlulukların birleşmesi yani kişisel kusurla hizmet kusurunun iç içe girmesi halinin kanunla düzenlenmiş şekli olarak kabul edilmiştir²²³. Ayrıca AYİM madde 24 te “Hizmet ve şahsi kusurun birleşmesi” başlıklıdır. İşte bu düzenlemeye göre de kişilerin askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü dava sadece ilgili kurum aleyhine açılabilecektir.

²²¹ Olayın geniş bir şekilde değerlendirilmesi için bkz. Sarıca, **İdari Kaza**, s. 431. Olay için bkz. Esin s.s 57., Ayrıca Bkz İl Han Özay, **Gün Işığında Yönetim, Sorumluluk Hikayeleri Bölümü**, s. 801-807.

²²² Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 13. baskı, 2001, s. 207-208, (Nakleden Gözler, **İdare Hukuku**, C. II s.1125). Ayrıca Delcross/Delcross, **Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, s. 97-100.

²²³ Esin, **Esas**, s. 59.

İKİNCİ BÖLÜM

HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMININ TÜRK İDARE HUKUKUNDAKİ DÖNÜŞÜMÜ

İçtihadî bir hukuk dalı olarak kabul edilen İdare Hukukunda¹ çeşitli zamanlarda Anayasalara ve yasalara idarenin sorumluluğuna dair hükümler konulmuştur. İdare Hukukunun içinde yer alıp geçmişten bu yana belki de İdare Hukuku'nun başka alanında görülemeyecek kadar içtihatlarla hareket etmiş olan “sorumluluk” hukukunda, bazı meselelerin anayasal ve yasal düzenlemelere tabi tutulması “*derin*” ve “*tartışmalı*” birçok meseleyi kesin bir çözüme kavuşturmak amacı nedeniyledir. Biz de bu bölümde daha önce tanımladığımız ve açıkladığımız hizmet kusuru- kişisel kusur kavramlarının ayrımının ülkemiz açısından uğradığı dönüşümü göstermek adına çeşitli Anayasalarımız döneminde bu ayrımın nasıl anlaşıldığını göstermek istiyoruz. Bunu yaparken Anayasalarımızda idarenin sorumluluğuna dair hükümlerin var olup olmadığını ve varsa bunların nasıl yorumlandığı incelemeye çalışacağız. Bunu gösterebilmek için de ayrıca o Anayasa döneminde ortaya çıkan yasal bir takım mevzuatlar varsa bunları da kendi içinde ayrımlara tabi tutacağız. Bu nedenle meseleyi Anayasa dönemleri halinde doktrinsel görüşler ve yargı kararlarında işleyerek bugüne getirmek ve meselenin bugün nasıl bir seyir halinde olduğunu göstermek bu bölümdeki amacımız olacaktır.

¹ Lûtfî Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 30.

I. 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE HİZMET KUSURU-KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

A. İDARENİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN 1924 ANAYASASI DÖNEMİNE GENEL BAKIŞ

Osmanlı İmparatorluğu zamanında, Devletin; dini, kültürel veya siyasi yapısından ötürü kendine özgü ve bugünkünden farklı bir sorumluluk sistemi olduğu aşîkardır. Bu nedenle bazı eserlerde yer alan *Türkiye’de bugün kabul ettiğimiz bir tarzda Devletin, faaliyetlerinden ötürü sorumlu olacağına dair esasın “1930’lara kadar uygulanmadığı* ifadesi böyle anlaşılmalıdır².

Cumhuriyetin kurulması ile bu dönemde İdarenin sorumluluğu ilkesinin önemi ve Danıştay’ın işlevinin arttığı söylenebilir. Bunda 1924 Anayasasının ve 669 sayılı “Şûrayı Devlet Kanunu”nun³ etkili olduğu belirtilmektedir⁴. Fakat bu dönemde Danıştay’ın davalar bakımından uzun süre “ağır kusur” araması⁵, idarenin sorumluluk sınırlarının daralmasına ve idari yargı davada dava açma süresinin kısa olması, idari işlem ve eylemlerden ötürü zarar görenlerin adli yargıya başvurmasına neden olmuştur⁶.

1924 Anayasasının 51. maddesinde “Şûrayı Devlet” geçmekte ve bu kurum Anayasal bir kurum olarak 1924 Anayasası’nda yer almaktadır. Anayasasının bu maddesi:

² Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 2; Esin, **Esas**, s. 18; Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal**, s. 137.

³ (çevrimiçi)
http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400669.pdf 8.07.2012.

⁴ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 2; Esin, **Esas**, s. 18.

⁵ Duran, 1930-1960 yılları arasında mahkemelerin idarenin sorumluluğuna dair bakış açısını yorumlarken “*Türkiye’de İdarenin mali sorumluluğunun kabul edildiği ve uygulandığı 1. Cumhuriyet devrinde otuz yıl boyunca (1930-1960) Danıştay dar yorum ve tutumla tazminat davalarını çok sıkı şart tabi tutarak nadiren ve istisnaen kabul etmiştir. Buna karşılık Yüksek İdare Mahkemesi, T.C. Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, 1962 den bu yana, İdarenin sorumluluğu konusundaki içtihatlarını hızla geliştirip genişleterek adeta genel ve salt bir sorumluluk ilkesi benimsenmiş görünmektedir(...)*”demektedir. Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 5.

⁵ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 84; Tan, **İdare Hukuku**, 439.

⁶ Tan, **İdare Hukuku**, s. 439.

“Madde 51.- İdari dâva ve ihtilâfları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa, gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şûrayı Devlet teşkil edilecektir. Şûrayı Devletin rüesa ve âzasıvezaifimühimmede bulunmuş, ilim, ihtisas tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihap olunur.

şeklindedir⁷. 1924 Anayasasına göre öngörülen Şûrayı Devletin kuruluş kanunu 669 sayılı Kanun ile. Bu Kanunun 19. maddesi ise⁸:

“19. madde Mevaddîâtiye doğrudan doğruya sureti katiyedeŞûrayı devlette tedkik ve rüyet olunur:A - Rüyeti mehakimi adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkındaki idarî muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalar.”

şeklindedir. Anayasanın bu hükmü ile “idarenin eylem ve işlemlerinin idari dava ve ihtilaflar doğurabileceğinin” ve “idarenin adliye karşısında istiklali prensibinin” bir anayasa hükmü olarak kabul edildiği ifade edilmiştir⁹.

Anayasasının 51. maddesinde geçen “ idari dava ve ihtilafları rüyet ve hal” hükmünün idarenin sorumluluğu bakımından, sorumluluğun temeli olduğunu savunanlar yanında¹⁰ aksi kanaatte olanlar da mevcuttur¹¹. Bazı yazarlarca ise Şûrayı Devletin Kuruluş kanunu olan 669 sayılı Kanun ile Devletin sorumluluğunun pozitif hukukta yer aldığı belirtilmektedir¹².

⁷ Önceki mevzuata, gerekçelere ve ilgili tutanaklara ulaşmak için (çevrimiçi) <http://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/index.htm><http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=20&lang=0>, 8.07.2012

⁸ (çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400669.pdf, 8.07.2012

⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, s. 162.

¹⁰ Ali Fuad Başgil, “Devletin ve Diğer Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi”, s. 596-597. Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 18.

¹¹ Duran ise 1961 Anayasasının 114. maddesiyle idarenin sorumluluğunun ilke olarak kabul edildiğini ve fakat mevzuatla düzenlenmeyip mahkeme içtihatlarına bırakıldığı ifade ederek 1924 Teşkilatı Esasiyesi’nde idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunmadığını ancak mahkemelerin içtihat yetkisini kısıtlayan ya da sınırlayan bir hükmün de bulunmadığını ifade etmiştir. Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 86.

¹² Recep Başpınar, “Tam Yargı Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 488. Yazar bu hükümle “Medeni Kanunun dar sınırlı sorumluluk anlayışı hudutları dışında bir esasın getirilmiş olduğu kabul edilebilir.” demektedir. Aynı yönde, Esin, **Esas**, s. 19; Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 82; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 141; Akyılmaz, **İdarenin Mali Sorumluluğu**, s. 14.

1924 Anayasası devrinde idarenin sorumluluğuna dair kararlara ilişkin bir takım açıklamalar yapmak gerekirse öncelikle bu döneme ilişkin olarak doktrinde mevcut bir tartışmadan bahsedilebilir. Şöyle ki Onar, Danıştay'ın karar verirken ilk zamanlar bazı tereddütler geçirdiğini ve kanunda tazminat ödemeye ilişkin açık hüküm varsa, Danıştay'ın tazminat taleplerini kabul ettiğini ifade etmektedir¹³. Duran ise Onar'ın bu yorumunu eleştirerek Danıştay'ın ilk kararlarını örnek vermekte ve kanunda açık hüküm olduğu takdirde tazminata hükmedilmesine dayanan içtihadın 1940'lı yıllarda bazı kararlarda görüldüğünü ifade etmektedir¹⁴. Bunun yanında bu dönemle alakalı olarak kusursuz sorumluluğa dair kararların bir elin beş parmağını geçmeyecek kadar az olduğu belirtilmektedir¹⁵. Yine bu dönemde ağır kusur kriterinin kararlarda çokça kullanıldığı belirtilmektedir¹⁶.

Doktrinde idarenin sorumluluğuna ilişkin ilk kararın Dava Daireleri Genel Kurulunun K. 1934/100 sayılı karar olduğu bildirilmektedir¹⁷. Buradaki olay şöyledir: Bir belediye çalışanı belediye encümeni kararı ile görevden ihraç edilir. O zamanki Dahiliye Vekaleti bu kararı kanuna aykırı görerek reddeder. Bunun üzerine belediye temyize gider ancak karar belediye çalışanı lehine çıkar. Fakat bu karar uygulanmaz. Bunun üzerine görevli, göreve iadesi için, ödenmeyen maaşları için ve diğer zararların karşılanması için Danıştay'a başvurur. İşte bu kararda Danıştay da, yargı kararını uygulamayan ve davacının maaşlarını ve zararını ödemeyen belediye için, zararın hükmen karşılanması gerektiğine dair karar vermiştir Danıştay burada davacının görevine iadesine karar vermiş ve 669 sayılı Kanunun 19. maddesine dayanmış fakat tazminat bakımından sadece görevinden ihraç edilmesi ile Dahiliye Vekaletinin kararı reddetmesi zaman aralığındaki maaşların ödenmesine karar vermiştir. Yani ödenmesi gereken zarar olarak görevden ihraç ile bakanlığın bu kararı reddetmesi arasındaki tarih gösterilmiştir. Halbuki davacı, bakanlığın kararından sonra da göreve başlatılmamış ve zaten bu nedenle davalar açmıştır. Bu

¹³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1693.

¹⁴ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 24. dpn. 3.

¹⁵ Esin, **Esas**, s. 20.

¹⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 5.

¹⁷ DDUH, K.1934/100, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 715. Karar için ayrıca bkz. Başpınar, "Tam Yargı Davaları", s. 495; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 24.

noktada Danıştay, bu kararında artık Danıştay'ın İçişleri Bakanlığının kararını onayladıktan sonra görevlinin görevine iade edilmemesi neticesinde maaş alamamasını, bir zarar olarak kabul etmemiş, sadece yargı kararı uygulanmamasının failler hakkında cezai sorumluluğa neden olacağından bahsetmiştir¹⁸. Bu kararda dikkat çeken başka hususlar ise hukuki sonucu ihlal edildiği kabul edilen bir hakkın aynen iadesi, bu mümkün değilse tazmini kararının verilmesi gerektiğinden bahsedilmesidir.

Bu karara yakın tarihlerde başka kararlara da bakıldığında hükümetçe yapılan bir işlemin kanun veya diğer düzenlemelere esas (konu/sebep), maksat, yetki ve şekil yönünden aykırı olması halinde buna karşı iptal davası açılabilmesi ve işlem iptal olunmuş ancak ortaya bir zarar da çıkmış ise bu halde idareye başvurulması gerektiği ve idare bu zararı karşılamaz ise idari yargıya zararın tazmini için talepte bulunulması gerektiğinden bahsedilmektedir¹⁹. İptal talebiyle beraber, tam yargı davası açamamanın o zamanki kanuni prosedürden kaynaklandığını düşünsek dahi²⁰ bu kararda iptal davasının ardından tam yargı davası açılabilmesi bakımından idari işlemin unsurları arasında hiçbir ayırım yapılmamış, sadece zararın doğumu esas almıştır. Halbuki doktrinde salt ve genel olarak yetki ve şekil unsurlarındaki aksaklığın sorumluluğa neden olmayacağı çünkü bunların yenilenebileceği ifade edilmektedir²¹. Fakat bu unsurlardaki eksiklik her ne kadar sonradan da düzeltilebilirse de düzeltilmesi evresine kadar geçen zararın, zarar gören şahsa yükletilmemesi gerektiği açıktır ve Danıştay'ın bu kararı bu açıdan yerindedir.

Yine kararlarda -Onar'ın bahsettiği şekilde ve fakat 1940'larda görülen- kanunda açık hüküm olmadığı takdirde tazminata hükmedilmeyeceğine ilişkin

¹⁸ Ancak bu anlayışın Danıştay'ın ilk kararlarıyla sınırlı kaldığı, daha sonraki kararlarında mahrum kaldığı tüm maaşların kendisine ödenmesi yolunda kararlar verildiği görülmektedir. Dan. 5. D., K. 1953/3759, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 733; Dan. 5. D., K. 1953/25, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 732. Dan. 5. D., K. 1953/4112, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 736.

¹⁹ DDUH, E. 1938/147, K. 1938/144, T. 14.6.1938, DKD, sy. 5, s. 99 vd.

²⁰ İptal davası ve tam yargı davalarının birlikte açılabilmesi ve 2577 sayılı İYUK'un 12. maddesinin ortaya çıkış sürecine ayna tutması bakımından bkz. Lûtfi Duran, "İdari işlemde sorumluluk: İptal Davası- Tam Yargı Davası", **İÜHFM**, C. XXXIII, sy. 34, 1967, s. 3-26.

²¹ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 37.

kararlar²² olmakla birlikte aynı tarihlerde kanunda hüküm bulunmasa da hizmet kusurunun varlığı halinde zararın tazmin edileceğine dair kararlar²³ görülmektedir. Ayrıca yine bu dönemde “içtihadı hata” kavramının kullanıldığı ve hizmet kusurunun esnekliği ilkesinin işletildiği görülmektedir²⁴. Yine bu tarihlerde kanundaki usule göre alınmış bir karar olmadan bir taşınmazın yıktırılması ağır ve açık hizmet kusuru sayılmış²⁵, ayrıca zabıta hizmetlerinde ağır kusur aranmış ve ağır kusurun bulunmadığı hallerde tazminata hükmedilmemiştir²⁶.

1960 lara geldikçe karar içeriklerinde ve sorumluluk hukukuna bakışta ilerleme görülmektedir. Örneğin 1950 li yılların başında doktrinde kusursuz sorumluluğa dair kararlar Danıştay kararları arasında etkisini göstermeye

²² “...*Milli Korunma Kanunu her ne kadar bazı müdahaleler sebebiyle idareye tazmin mükellefiyeti yüklemekte ise de bunların ne gibi hallerde olacağını da tasrih etmiş olmasına ve davaya vesile veren tebliğ ile vaki müdahale bu neviler arasında bulunmamasına göre buna müteallik iddia da yerinde olmadığı(...)*” Dan. 6. D., K. 1946/421, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 719. Aynı yönde Dan. 5. D., K. 1945/1410, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 717; Dan. 5. D., K. 1946/246, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s.718.

²³ Dan. 6. D., K. 1946/736, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s 719. Bu kararda Danıştay “*halin cereyanı ortada bir hizmet kusurunun bulunduğu açıkça göstermekte olduğundan sorumluluk yukarıda söz geçen 58. maddede yazılı tasarruflardan doğmasa da idarenin iş bu hizmet kusuru ise sebebiyet verdiği zararı tazmin etmesi hukukan zaruri bulunduğu(...)*” yönünde karar vermiştir.

²⁴ “*İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esas olduğu, içtihadı tasarruflar ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse bu takdirde dahi idarenin sorumlu tutulması tabii bulunduğu, ancak hizmet kusuru, hizmetin mahiyetine, tasarrufların tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle içtihadı tasarruflarda idarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulması caiz olmayıp bu hususun her hadisede ayrı ayrı araştırılması icabedeceğine(...)*” DDUH, K. 1947/164, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 722. Benzer bir karar için Dan. 6. D., K. 1948/869, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 723; Dan. 5. D., K. 1949/1600, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 726. Danıştay bu kararında içtihadı hata ve ağır kusur kavramlarını birlikte kullanmıştır.

²⁵ Dan. 6. D., K. 1948/880, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 722.

²⁶ DDUH, K. 1948/107, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 724. Bu kararda meydana gelen toplumsal bir olayda polisin tedbir aldığı ancak bu tedbirlere rağmen yaşanan bir iki sızıntının “*olaya seyirci kalındığı şeklinde anlaşılamayacağından ötürü*” ağır kusuru bulunmadığı için hizmet kusurundan ötürü tazminata hükmedilmemiştir ancak kusursuz sorumluluğa da hiç değinilmemiştir.

başlamıştır²⁷. Bunun yanında yargı kararlarının yerine getirilmemesi bazı kararlarda ağır hizmet kusuru olarak anılmıştır²⁸.

O halde sonuç olarak bu dönemle alakalı Danıştay'ın ilk kararlarında idarenin sorumluluğu yönünde karar vermekte tereddütler geçirdiği ve sınırlayıcı bir yorum yolunu benimsediği, ilerleyen tarihlerde ise doktrin ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden yararlanarak benimsenen sorumluluk hukukunun temellerinin kararlarda yerli yerine oturtulmaya çalışıldığı²⁹ ancak yine de istenen seviyeye gelinmediği, özellikle sorumluluğa hükmedebilmek için ağır kusur arandığı³⁰, bunun yanında idari işlemlerle alakalı olarak "içtihadi hata" kavramının kararlarda sıkça yer bulduğu ve genel olarak idarenin sorumluluğu bakımından hizmet kusurunun esas alındığı ve bu kusurun bulunmadığı hallerde ise kusursuz sorumluluk şartlarının incelenmeyerek sorumsuzluğa dair kararların verildiği görülmektedir³¹.

²⁷ Dan. 6. D., K. 1952/84, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 730. Olayda, İstanbul üzerinde uçan bir uçağın yabancı bir savaş uçağı sanılarak uçaksavar toplarıyla vurulmaya çalışılmasının ardından bir topun havada patlamaması ve bir fabrikanın üzerine düşmesi üzerine bunun teknik bir hatadan kaynaklandığı ifade edilmiş ancak zarar "...bilakis bu zararın telafisi hakkaniyet ve adalet esaslarından bulunduğu (...)" söylenerek kusursuz sorumluluğa dayanılarak tazmin edilmiştir. Kararın incelenmesi bakımından Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 52

²⁸ "Davacının Bilecik Defterdarlığından Muhasebat Genel Müdürlüğü Saymanlık Uzmanlığına tahvil muamelesinin (...) iptal edilmiş olduğundan ve iptal kararından sonra idarenin yeni bir tasarrufla bu memurun mağduriyetini izale etmesi lazım geleceğinden (...) tarihine kadara açıkta bırakılması; yeni bir hukuki sebebe istinat ettirilmediğinden ve bu hal salahiyyetli kaza merciinin verdiği bir kararı hükümsüz bırakmak ve hükmün icra ve infazından imtina etmek manasına geleceğinden hizmet için ağır bir kusur sayılacağından (...)" aynı yönde kararlar için bkz. Dan. 5. D., K. 1953/244, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 731; Dan. 5. D., K. 1953/25, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 732; Dan. 5. D., K. 1953/2554, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 735; Bakanlık emri(ne alınma) işleminin iptalinden itibaren eski görevine denk bir göreve tayin edilmemesi suretiyle yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle idare için ağır bir kusur oluşturacağı hakkında Dan. 5. D., K. 1953/2460, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 735.

²⁹ Örneğin bir kararında senelerden beri yağın yağmurlar karşısında tedbir almayan ve böylece evlerin sular altında kalmasına neden olan belediyenin hizmeti kötü işlettiğine kanaat getirmiştir. Dan. 6. D., E.1956/4241, K. 1957/1609, T. 27.6.1957, DKD, sy. 83-84 s. 125-127.

³⁰ 1960 lara doğru yine ağır kusur kriteri çokça kullanılmaktadır. Örneğin, DDUH, E. 1959/271, K. 1960/130 T. 71.6.1960, DKD, sy. 83-84, s. 19-21. "tesis olunan muamelede davalı idarelere atfi mümkün bir ağır bir hizmet kusuru görülmediğinden (...)" Dan. 5. D., E. 1959/867, K. 1960/1690, T. 28.6.1960, DKD, sy. 83-84, s. 80-81.

³¹ Yukarıda içtihadi hata ile ilgili olan Danıştay'ın tutumundan bahsettiğimiz Dava Daireleri Kurulunun bu kararında Danıştay, idarenin sorumluluğunu açıkça hizmet kusuruna hasretmiştir. DDUH, K. 1947/164, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 722; Dan. 5. D., K. 1953/2167, Hocaoglu, **Karar Hûlasaları**, s. 736. Ayrıca bu döneme ilişkin incelenen bir çok karar da bu yöndedir.

B. HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI AÇISINDAN 1924 ANAYASASI DÖNEMİ

1924 Anayasasının doğrudan dahi idarenin sorumluluğuna ilişkin hüküm barındırmadığı görüşlerinin bulunduğu tartışmalı bir noktada³² 1924 Anayasasına baktığımızda Anayasada kişisel kusura ilişkin bir maddenin açıkça bulunmadığını görmekteyiz. İşte bu noktada 1940 ların ortasından başlayarak idare hukukunda sorumluluk anlayışına dair birçok makale yazan ve bu makalelerle Fransız sisteminin ülkemizde uygulanması bakımından Fransız doktrin ve içtihatlarını aktaran Ragıp Sarıca bir iddia ortaya atmaktadır³³. Kısaca ifade etmek gerekirse yazar ajan ve memurların şahsi kusurlarından ötürü sorumlu tutulmasının hukukun prensiplerinden biri olduğunu belirttikten sonra bu durumun mevzuatla da ortaya çıkabileceğini belirterek³⁴ 1924 anayasanın 94. maddesinin³⁵ memurların şahsi kusurlarından ötürü sorumluluğunu “zımnen ve dolayısıyla” kabul ettiğini belirtmektedir³⁶.

Yazar, amirin “*mevzuata aykırı bir emrine doğrudan itaat eden memurun sorumluluktan kurtulmayacağına dair*” hükmün mefhumu muhalifinden, bu emre itaat etmesinden ötürü sorumlu olacağına dair anlayışın ortaya çıktığını, burada bu sorumluluğun cezai bir sorumluluk olarak da anlaşılabileceğini ama her hukuka aykırılığın suç teşkil etmeyeceğinden bahisle ortada ceza sorumluluğundan çok memurların hukuki sorumluluğunu dile getirmeye çalışan bir madde hükmü olduğunu ifade ederek:

“Bu itibarla Anayasamızın memurların şahsi kusurlarından dolayı şahsi mesuliyetleri esasını umumi ve şümüllü bir prensip olarak kabul ettiğini söylemek yanlış olmaz herhalde!”

³² Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 86; Yenice/Esin, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 83.

³³ Ragıp Sarıca, **İdari Kaza**, s. 642 **vd.** Ragıp Sarıca, “İdare Ajan Ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, **İÜHFD**, C. XV, sy. 1, 1949, 34-54.

³⁴ Yazar, bu görüşün Türk Hukuku bakımından orijinalliğinden bahsederek “*Türk doktrininde memurların şahsi kusurlarından dolayı şahsi mesuliyetleri esasını bu maddeye istinat ettirmek yolunda bir iddia, bugüne kadar, ileri sürülmüş değildir*” demektedir. Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 36.

³⁵ “*Madde 94.- Kanuna muhalif olan umurda âmire itaat memuru mesuliyetten kurtaramaz.*”

³⁶ Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 36; Sarıca, **İdari Kaza**, 642.

şeklinde görüşünü ileri sürmektedir³⁷.

Yazar bu hususa ilişkin son olarak da, kanuna aykırı emre itaatin emri yerine getirmek maksadıyla da yapılsa bunun kişisel kusur olduğunu çünkü bunun da kanuna aykırılık anlamına geldiğini ifade etmektedir³⁸.

Yazar neden açıkça kişisel kusura dair Anayasa da bir hüküm konulmadığını ise Anayasayı yapan iradenin “bir taşla iki kuş vurma” amacına bağlamıştır. Yazar Anayasanın daha özel bir meseleyi- yani kanuna aykırı emre yerine getirmeyi- çözümlemesi karşısında zaten genel olan prensibin zımnen ifade edildiğini, gelecekte problem teşkil edecek meselenin ise açıkça ifade edildiğini ve Anayasanın iki meseleyi bir lafızda çözdüğünü ifade etmektedir³⁹. Yazar burada genel kuralın zımnen; istisnai bir meselenin ise açıkça ve doğrudan doğruya çözümlendiğini ifade etmektedir⁴⁰.

Sarıcıyı eleştiren bir görüş olarak Ozansoy ise, bu hükümlerin salt memurun hukuki sorumluluğunu kurmak için getirilmiş olamayacağını, amacın “memurların yasaya uygun faaliyette bulunma yükümünü gerçekleştirerek idari faaliyetin yasalara uygun bir işlevi içermesi” için getirildiğini ifade etmektedir⁴¹.

İlk olarak belirtmeliyiz ki yazarın hizmet kusuru kişisel kusuru ayrımının ülkemizde uygulamasını ve sistemleşmesini sağlamak adına Fransız hukukundan etkilenmiş ve bu hukukun uygulamalarını çeşitli kitap ve makalelerinde aktarmıştır. Bu nedenle yazarın fikrini beyan ettiği makalesine bakıldığında, Fransa’da ajan ve memurların şahsi kusurlarından ötürü sorumluluğunu düzenleyen temel belge ve mevzuat hükümlerine yaptığı uzun atfı görüyoruz⁴². Önceki bölümlerde aktardığımız üzere yazar Türkiye’de hizmet kusuruna ilişkin doktrin ve yargı kararlarının fakir olduğundan bahsederek ve Fransız hukukundaki tartışmaları aktararak yol gösterme

³⁷ Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 37; Sarıca, **İdari Kaza**, 642.

³⁸ Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 37; Sarıca, **İdari Kaza**, 642.

³⁹ Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 39 vd; Sarıca, **İdari Kaza**, 645.

⁴⁰ Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 41; Sarıca, **İdari Kaza**, 645.

⁴¹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s 144 vd.

⁴² Bkz. Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 39 dipnot 2.

hedefinde olduğunu belirtmekteydi⁴³. Bu nedenle yazarın anayasa ve yasa maddelerinde kişisel kusura dair bir hüküm aramasının bir sebebi bu şekilde izah edilebilir. Bunun dışında Sarıca, Anayasa maddesinden başka kendisine dayanak olarak o zaman yürürlükte olan memurlar kanunu ve diğer başka kanunları da referans almaktadır⁴⁴. O halde yazar her ne kadar makalesine memur ve ajanların kişisel kusurunun kabul edilmesinin hukukun bir prensibi olduğunu söyleyerek başlasa da böyle bir hüküm çıkarmaktaki asıl amacı Fransız Hukukunda olduğu gibi kişisel kusurun varlığına anayasal ve yasal dayanak bulma çabasıdır. Esasında hizmet kusurunu kabul etmiş bir sistemde ne kadar genişlese de hizmet kusurunun da sınırları olduğu bilinmekte ise, bunun var olmadığı yerde ne olacağı sorusunun, kişisel kusuru ortaya çıkardığı açıktır ve Sarıca'nın en başta da söylediği gibi zaten kişisel kusurun ve ilgili görevlinin bundan sorumluluğunun genel bir ilke olduğu aşîkardır. Fakat yazarın amacından biri farklı olsa da hukuku argümanları kanaatimizce yadsınamaz. Her ne kadar bu madde metni memurun sadece hukuki sorumluluğuna dayanak olarak getirildiği yönünde anlaşılamasa da sadece ceza hukuku boyutunun önem taşıdığı da söylenemez. Böylece maddenin hukuki boyutunun da gözden kaçırılmaması gerektiğini ifade etmeliyiz. Her cezai sorumluluğun her zaman hukuki sorumluluğa sebep olmayacağı aşîkar olsa da⁴⁵ maddeden her iki sorumluluktan birinin tercih edildiği anlamı da çıkarılamaz. Bu nedenle madde hükmünü, kişisel kusura dair temel bir hüküm olarak niteleyememekle beraber kişisel sorumluluğa dair hüküm içerdiğini de söyleyebiliriz. Ancak burada esas olan mesele ise kişisel kusurun nerede başlayıp nerede bittiğidir ki bugün tartışılan konu esasında budur. Fakat yazarın bu çabalarının İdare hukuku doktrini bakımından önemli olduğu ifade edebiliriz⁴⁶.

Bu dönem ortaya çıkan mahkeme kararlarına kısaca baktığımızda hemen hemen tüm mahkemelerin farklı kıstaslara dayansa dahi hizmet kusuru kişisel kusur

⁴³ Bkz. Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, 859-895.

⁴⁴ Sarıca, “Şahsen Mesuliyet”, s. 34; Sarıca, **İdari Kaza**, s. 646 vd.

⁴⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 144.

⁴⁶ Nitekim Duran görev kusurunu açıkladığı makalesinde (**Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**) temel prensip olarak 1961 Anayasa'nın 114. maddesini ve 125. göstererek maddelerin mefhumu muhalifinden hareket etmiş, ayrıca kişisel kusurun kabul edildiğini bu maddelerle açıklamıştır.

ayrımı yaptığını ve genel olarak “kişisel kusuru tespit ettiği hallerde davanın adli yargıda açılması gerektiğini” ifade ettiğini söyleyebiliriz. Kısaca bahsetmek gerekirse Uyuşmazlık Mahkemesinin ilk kararlarında hizmet kusurundan ötürü dava açılmışsa davanın idari yargıda⁴⁷, kişisel kusurdan ötürü açılmışsa davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine dair bazı kararlarını görüyoruz⁴⁸. Kararlara konu olan bazı olaylarda ise BK 41 hükümlerine dayanılarak şahsi kusur iddiasıyla adli yargıda dava açılmış olup, UM’nin olayın kamu hizmetinin işleyişi sırasında meydana gelmesinden ötürü davanın idare aleyhine açılması gerektiğinden bahsettiğini görüyoruz⁴⁹. Ayrıca bu dönemin başından sonuna kadar UM, şoförün idarenin araçlarıyla kusurundan dolayı verdiği zararlardan ötürü haksız fiil iddiasıyla BK 41 ve 55’e dayanılarak açılan davalarda adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir⁵⁰.

1960’lı yıllara geldiğimizde ise kamulaştırmasız el atma davalarında faaliyetin haksız fiil içermesi nedeniyle BK 41 ve BK 55 hükümlerinde adli yargının görevli olduğuna⁵¹, aynı davada hizmet kusurundan ötürü idari yargıda, şahsi kusurundan ötürü adli yargıda dava açılabilmesine dair karar verdiğini görüyoruz⁵².

⁴⁷ Satılan gayrimenkulün bedelinin mahkeme başkatibince zimmetine geçirilmesine dair olay, UM, E. 1953/22, 1953/26, T. 30.4.1053, RG. 11.6.1953, sy, 8550, s. 6934; yapı mevzuatına aykırı olarak inşaat ruhsatı verildiği iddiasıyla ortaya çıkan zararın karşılanması olayı, UM, E. 1953/53, 1953/58, T. 1.10.1053, RG. 6.11.1953, sy, 8550, s. 7526.

⁴⁸ Şoförün dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeniyle şahsi kusuruna dayanılarak açılan dava, UM, E. 1953/55, 1953/60, T. 1.10.1053, RG. 6.11.1953, sy, 8550, s. 7526; UM, E. 1953/69, 1953/74, T. 10.12.1953, RG. 17.4.1954, sy, 8687, s. 9006.

⁴⁹ Bomba talimi sırasında meydana gelen zarar nedeniyle açılan davada yakında oynayan çocukların ölmesi, UM, E. 1956/64, 1956/80, T. 1.10.1053, RG. 23.6.1956, sy, 9390, s. 15377.

⁵⁰ Örneğin UM, E. 1961/2, 1962/3, T. 25.2.1961, RG. 20.4.1061, sy, 10787, s. 2894; UM, E. 1958/41, 1958/50, T. 1.10.1953, RG. 29.11.1958, sy, 10116, s. 20856; UM, E. 1953/70, 1953/75, T. 10.12.1953, RG. 17.4.1954, sy, 8687, s. 9007; UM, E. 1948/9, 1948/4, T. 13.4.1948, RG. 16.08.1948, sy, 6983, s. 14589.

⁵¹ UM, E. 1961/6, 1961/5, T. 25.2.1961, RG. 20.04.1961, sy, 10787, s. 3895; UM, E. 1960/45, K. 1960/49, T. 24.12.1960, RG. 9.2.1961, sy, 10729, s. 3289.

⁵² Odun deposunun sınıf haline getirilmesi sonucu, bir öğrenci ders çalışırken duvarın üzerine çökmesi sonucu okul müdürü hakkında şahsi kusuruna dayanarak adli yargıda, eğitim öğretimin kamu hizmeti olması nedeniyle idare aleyhine idari yargıda dava açılmasına dair, UM, E. 1961/10, 1961/9, T. 29.4.1961, RG. 9.6.1961, sy, 10824, s. 4307.

Bu dönemde Yargıtay da çeşitli kriterler kullanılarak hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı yaparak kişisel kusurdan ötürü adli yargıda dava açılacağına dair kararlar vermiştir⁵³.

Yine Danıştay da bu dönemde hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı yaparak bazı hallerde ajan aleyhine davanın adli yargıda açılması gerektiğinden bahsetmektedir⁵⁴.

II. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

A. İDARENİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN 1961 ANAYASASI DÖNEMİNE GENEL BAKIŞ

334 sayılı 1961 Anayasası'nın C başlıklı İdare bölümünde yer alan 114. maddesi Yargı Yolu yan başlıklıdır. Madde 1971 yılında değişikliğe uğramakla beraber son fıkrası olan “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” hükmü ise herhangi bir değişikliğe uğramamış ancak özgün halinde “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemleri, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*” şeklinde olan birinci fıkrası ise 1488 sayılı Kanun ile 1971 tarihinde yapılan değişiklik sonucu “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.*” haline dönüşmüştür. Temsilciler Meclisinin hazırlamış olduğu, Anayasa Komisyonu Raporunun 113. maddesinde yer alan 114/son hükmü gerekçesinde, maddede idarenin sorumluluğu esastan bahsedildiği ancak bunun kusurlu ya da kusursuz sorumluluk ayrımına tabi tutulmadığı ve ayrıca bir takım özelliklerin-

⁵³ Kanunsuz muameleden ötürü muameleyi yapan ajanın BK 41'e göre sorumlu tutulacağı, Nakleden, Sarıca, **İdari Kaza**, s. 604; Bakan ve genel müdürün “neşren hakaretten ötürü” görevden ayrılan şahsi kusurlarından ötürü davanın adli yargıda görüleceği, Nakleden, Sarıca, **İdari Kaza**, s. 614. 1924 Anayasası döneminde hukukumuzda hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımına ilişkin ayrım bakımından Sarıca, **İdari Kaza**, s. 599 vd.

⁵⁴ “*Davacının ibraz ettiği raporla, rahatsızlığı nedeniyle, deniz kenarı bir yere tayini gerekirken, Ankara'daki eski memuriyetine tayin edilmesi*” nin ajanın tayinini yapan idare ajanının kişisel kusuru olduğu hakkında, Sarıca, **İdari Kaza**, s. 616 vd; yargı kararlarının uygulanmamasını şahsi kusur sayıp davanın adli yargıda açılması gerektiği hakkında, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, sy. 5, s. 17-18, (Nakleden Sarıca, **İdari Kaza**, s. 636). 1924 Anayasası döneminde hukukumuzda Danıştay'ın hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımına ilişkin kanaati bakımından Sarıca, **İdari Kaza**, s. 662 vd.

kusurun derecesi, sorumluluk hükümleri gibi esasların- içtihatlarla bırakıldığı ifade edilmiştir⁵⁵.

Burada sorulması gereken bir soru Anayasaya idarenin sorumluluğuna dair bir hüküm konmasının sebebinin ne olabileceğidir?

Özellikle II. Dünya Savaşının ardından dünya genelinde anayasalara idarenin sorumluluğunun kabul edildiğini içeren hükümler konmuş ve fakat bunun kaynağı açıklanmamıştır⁵⁶. İşte bizdeki 1961/114 madde hükmünün konuluş sebeplerinden esas olan sebep budur. Gerçi uygulamaya baktığımızda 1961 Anayasasından önce de idarenin sorumluluğu kabul edilmiş ve hizmet kusuru teorisi uygulanagelmıştır⁵⁷. Zaten idare hukukunun içtihadı bir hukuk dalı olması ve içtihadı niteliğinin en somut görünümünün sorumluluk olayları olarak karşımıza çıkması, sorumluluğa hükmedebilmek adına herhangi bir anayasal ya da yasal hükmü gerekli kılmamaktaydı. Fakat zaman aralığı tartışmalı da olsa bir dönem ülkemizde sorumluluğa hükmedebilmek için kanuni bir hükme dayanmak ihtiyacı ve çabası, kusursuz sorumluluğa dair karar verilse de bunun içeriğinin ve sayısının yetersizliği⁵⁸ gibi durumlar zannediyoruz ki bu hükmün anayasada yer bulmasına neden olan sebeplerdendir. Bu nedenle o dönemde artık bu madde hükmü karşısında; yasama ve yürütme organının, sorumsuzluğa ilişkin düzenlemeler yapamayacağı, yargı organlarının da bu şekilde bir karar veremeyeceği, yapılacak herhangi bir genel düzenleme ile tazminat miktarının belirlenip sınırlanmayacağı anlayışının kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁵⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki madde 114/4 metni -bugün Anayasanın 125. maddesi içinde geçerli olmak üzere- idarenin gerek özel hukuka gerekse kamu

⁵⁵ Gerekeçedeki ifade şu şekildedir. “Maddenin 3 ncü fıkrası idarenin mali sorumluluğunun esasını vaz’etmekte ve fakat bu hususta tafsilli hükümler getirtmektedir. Bu fıkra ile tatbikatta kusurlu ve kusursuz sorumluluk hallerinin ayırımı, kusurun ağırlık derecesinin ve tazminatın ölçüleri ve uygulanacak diğer esaslar içtihatlarla bırakılmış bulunmaktadır.”

⁵⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 12. Yenice esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 83.

⁵⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 86.

⁵⁸ Esin, **Esas**, s. 20.

⁵⁹ Görüşleri için bkz Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 20-21. Aynı yönde Tekin Akıllıoğlu, “Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa 114 Yorumu”, **Seha Meray’a Armağan**, C. I, Ankara, AÜSBF Yayınları, No:465, 1981, s. 24.

hukukuna tabi sorumluluğu bakımından da bir ayırım yapmamıştır⁶⁰. Yani madde metni, idarenin işlem ve eylemlerinden ötürü sorumlu olacağını belirtmiş olmakla beraber işlem ve eylemlerin tâbi bulunacağı hukuk bakımından özel hukuk-kamu hukuku ayırımı yapmamıştır. O halde bu hükümden idarenin özel hukuka tabi işlem ve eylemlerinden ötürü özel hukuk kurallarına göre sorumlu olacağı söylenebilir⁶¹. Bu yaklaşım 1982 Anayasası'nın 125. maddesi içinde geçerlidir.

1961 Anayasasının bu hükmü doktrin ve yargı kararlarında da karşılık görmüştür. Buna göre gerek doktrinde gerekse içtihatlarda idarenin sorumluluğuna bakış açısı değişmiştir. Burada mevcut görüşleri sınıflandırmak gerekirse; özellikle Anayasa'nın 114. maddesi ile beraber kusursuz sorumluluğun genel sorumluluk ilkesi olması gerektiğini ifade edenlerin yanında⁶², hükmün amacının objektif sorumluluk ilkesinin geçerlilik kazanması⁶³ ve sorumluluğun kapsamını o güne kadar kabul edilen sınırlar dışına taşımak olduğunu savunanlar⁶⁴, maddenin idarenin sorumluluğu bakımından hizmet kusurunu öngörmekle beraber, bunun yanında kusursuz sorumluluk ilkesini de benimsediğini savunanlar⁶⁵ ve bu hükmün hizmet kusuru teorisini genişlettiğini ifade görüşler mevcuttur⁶⁶. Fakat bu tartışmalar bir yana genel görüş 1961 Anayasanın bu maddesinin idarenin sorumluluğu meselesinde

⁶⁰ Sait Güran, “Anayasa’nın 114 ve 140 ncı maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik”, **İÜHFİM (Ord. Prof. Halil Arslanlı’ya Armağan)**, C. XXX, sy. 1-2, 1964, s. 71-72; Akıllıoğlu, “114 Yorumu”, s. 19; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 351. Yayla, bu açıdan kanun koyucu da bir tercih yapmamış ise yargı organının yapılacak faaliyetin niteliğine bakarak karar vereceğinden bahsetmektedir.

⁶¹ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 351; Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 3. bs. Ankara, Adalet Yayınları, 2009, s. 159.

⁶² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1698; Düren, **İdare Hukuku**, s. 292 ve 310.

⁶³ Esin, **Esas**, s. 19. Aynı yönde Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 82. Duran da 1968’de yazdığı makalesinde bu hükmün genel ve adeta objektif sorumluluk ilkesini kabul ettiğini den bahsetmektedir. Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk”, s.9.

⁶⁴ Esin, **Esas**, s. 19. Fakat Esin aynı eserinin bir başka bir bölümünde ise hizmet kusurunun kalkmadığından ve bu maddenin hem hizmet kusuru hem kusursuz sorumluluğu hedeflediğinden bahsetmektedir. Esin, **Esas**, 260. Aynı yönde Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 82. Kanaatimizce Esin hizmet kusuru anlayışının 1961/114 ile sürdüğünü kabul etmekte ve fakat kusursuz sorumluluk ilkesinin esas ilke olması gerektiği üzerinde durmaktadır.

⁶⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 198-201.

⁶⁶ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1695.

ortaya temel bir ilke koyduđu⁶⁷ fakat sorunun çözümünde başlı başına yeterli olamayacağı yönündedir⁶⁸.

Fakat her ne kadar doktrinde böyle bir görüş belirmişse de mahkemeler olaylara doğrudan Anayasası'nın 114. maddesini uygulamışlar ve çoğu hallerde sadece bu maddeye dayanarak tazminata hükmetmişlerdir. Bu husus doktrinde eleştirilmiştir çünkü sırf bu madde hükmü sorumluluğun genel şartlarına değinmemektedir⁶⁹. Gerçekten de bu madde hükmü esasa ilişkindir ve maddi bir hükümdür ancak sırf bu madde hükmüne dayanarak sorumluluğa hükmetmek mümkün değildir⁷⁰. Çünkü madde sorumlulukla ilgili davaların esasını açıklamak bakımından yeterli değildir. Böyle olunca da idarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu olacağı hususunda bir takım kriterler ortaya koymak gerekir.

1961 Anayasası dönemine ilişkin olarak mahkemelerin verdikleri kararlarda 2 durum gözükmemektedir. Bunlardan birincisi kusursuz sorumluluk ilkesine dair kararların sayısının artması fakat buna rağmen ağır kusur anlayışının ve arayışının devamı, diğeri ise tazminata hükmederken usuli bir hüküm olan 521 sayılı Yasanın her maddesini maddi hüküm gibi uygulaması⁷¹ yanında maddi hüküm olan ancak tek

⁶⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1694, Esin, **Esas**, s.19; Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü** s. 82; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 7; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981, s. 87; Tan, **İdare Hukuku**, s. 439; Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, s.159.

⁶⁸ “Danıştay Başyardımcısı” sıfatıyla görev yapmış olan Recep Başpınar’ın Danıştay’da tazminat davalarını neticelendirirken hangi yasa hükümlerine dayanıldığı ile ilgili yaptığı yorum bu açıdan önemlidir. “Biz idari yargı mensupları olarak bir yasa hükmüne ihtiyaç duymadan tazminat davalarını karara bağlıyorduk. O kadar bir yasa hükmüne ihtiyaç duymadan karara bağlıyorduk ki, bildiğiniz gibi 1960 yılına kadar Danıştay’ın bu konuda dayanak olacağı bir yasa hükmü de yoktur. 1961 Anayasası ile 114. maddeye konan ve bana göre de yetersiz olan hükmü yine bir arkadaşımız belirtti. 1960-1970 arasında Danıştay 114. maddeden bahsederken, 70 yılından sonra bunun da yetersizliğini görerek bununla beraber hukukun genel ilkelerine isnat ederek tazminat davalarının karara bağlamıştır. Bu benim görüşüme göre eksiklik değildir, kamu hukukunun zorunlu sonucudur.” Recep Başpınar, “Tartışmalar Bölümü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 233. Ayrıca bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1692; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s.12; Esin, **Esas**, s. 21; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 88; Tan, **İdare Hukuku**, s. 464.

⁶⁹ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 7.

⁷⁰ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s.7.

⁷¹ Bu tür maddelerin usuli hükümler içerdiği hakkında Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 6; Tan, **İdare Hukuku**, s. 439.

başına idari sorumluluğun koşullarını gösteremeyeceği açık olan 1961 madde 114'e doğrudan dayanarak hüküm vermesi halleridir.

Bu dönemki kararlara baktığımızda yukarıda bahsettiğimiz gibi 1961 Anayasasının 114. maddesinin maddi bir hüküm gibi kullanılarak sorumluluk hukukuna ilişkin davalarda temel prensip olarak görüldüğünü ifade etmeliyiz. Danıştay bu kararlarında *“Esasen Anayasanın 114 üncü maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğundan...”* ifadesini kullanarak çoğu zaman hizmet kusuruna veya duruma göre kusursuz sorumluluğa dair kararlar vermiştir⁷². Ayrıca bu dönemde kusursuz sorumluluğa dair kararlarda gözle görülür derecede artış vardır. Danıştay bu kararlarında öncelikle hizmet kusurunu aramış genel olarak kamu hizmetlerinin ifası sırasında idareye atfı kabil bir hizmet kusuru mevcut olmasa dahi kusuru bulunmayan şahıslara verilen zararın idarece tazmininin gerekeceğinden bahsederek ortada hizmet kusuru bulunmadığı takdirde tehlike⁷³, kamu külfetleri karşısında eşitlik⁷⁴, sosyal risk⁷⁵ gibi kuramlara dayanarak kararlar vermiştir. Fakat o dönemki kusursuz sorumluluğa dair kararlara bakıldığında yukarıda bahsettiğimiz ifadeyi kullanan Danıştay birçok kararında da sanki hizmet kusurunun bulunmadığı her durumda idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedileceği gibi bir kanaat uyandırarak kararlarında idarenin kusursuz

⁷² Örneğin, Dan.6 . D. E. 1962/3368, K. 1965/ 60, T. 20.1.1965, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 43); Dan. 12 . D. E. 1969/1073, K. 1970/ 483, T. 17.03.1970, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 98); Dan. 12. D., E. 1968/1823, K. 1970/ 32, T. 12.1.1970, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 104). Ancak Danıştay'ın bazı kararlarında bu madde lafzının bu denli geniş yorumlanamayacağına dair kararları da vardır. *“Anayasa'nın 114. maddesinde “İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü yer almış ise de bu hükmü mutlak ve sınırsız uygulamak mümkün değildir. Bu maddenin mutlak anlamda değerlendirilmesi halinde, İdarenin kanuna uygun olarak tesis ettiği bütün işlem ve eylemlerden doğan zararları, istisnasız, tazmin etmesi gibi sınırsız bir sorumluluğa yol açılacaktır. Bu bakımdan maddenin, idare hukukunun idarenin sorumluluğunu belirten ilkeleri ile sınırlandırılması ve buna göre uygulanması gerekir. ”* DDDK, E. 1971/270, K. “97”/709, T. 15.6.1971, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 104).

⁷³ *“Cephaneliğin bilinmeyen bir nedenle infilak etmesi neticesinde görevli erin hayatını kaybetmesi üzerine idarece tazminat ödenmesi”*ne dair karar, Dan. 12 . D. E. 1968/1929, K. 1969/ 1739, T. 5.11.1969, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 136).

⁷⁴ Örneğin, *“Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki Ordu caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi neticesinde apartman kapısının yol seviyesine nazaran aşağıda kalması ve zemin katın kısmen bodrum katına dönüşmesi sonucunda ortaya çıkan zararın idarece karşılanmasına”* dair karar, DDDGK, E. 1960/177, K. 1962/ 108, T. 16.2.1962, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 141).

⁷⁵ Örneğin, toprak uyuşmazlığı nedeni ile iki köy arasında çıkan çatışmada vurularak ölen jandarmanın yakınlarına idarece tazminat ödenmesine dair, Dan. 12., D. E. 1965/3609, K. 1966/ 2982, T. 26.10.1966, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 157).

sorumluluğuna hükmederken idarenin kusursuz sorumlu tutulmasının şartlarından dahi bahsetmemiştir. Bunun yanında birçok kararında hiç hizmet kusuruna dahi değinmeden doğrudan hakkaniyet ve nesafet ilkelerini kullanarak kusursuz sorumluluğa da hükmetmiştir⁷⁶. Kararlarında hakkaniyet ve nesafet ilkelerini sorumluluk için yeterli gören ve doğrudan kusursuz sorumluğa hükmeden⁷⁷ ve hatta birçok kararında bunlara dahi değinmeden ve neden dahi belirtmeden sanki genel ve salt bir biçimde ortaya çıkan her zarardan sorumluymuşçasına bir tavır sergileyerek tazminata hükmeden Danıştay⁷⁸ yine bu dönemde ağır kusur ve içtihadi hata kavramlarından yararlanarak sorumsuzluğa dair kararlar da vermiştir⁷⁹. Ancak bu dönemde de Danıştay'ın çelişkili kararları vardır. Bazı kararlarında idarenin sorumluluğunun sebebi sadece kusurlu sorumluluk ilkesi olduğu yönünde kararlar veren Danıştay⁸⁰, bazı kararlarında da hem kusurlu hem kusursuz sorumluluk ilkelerini aynı kararda zikrederek tazminata hükmetmiştir⁸¹.

⁷⁶ Danıştay bu tür kararlarında olayın özetini verdikten sonra “İdarenin amme hizmetlerini yürütürken üçüncü şahıslara verdiği zararı ödemesi hak ve nesafet ilkesi gereğidir” diyerek tazminata hükmetmektedir. Örneğin, Dan. 12. D., E. 1966/2086, K. 1968/ 283, T. 15.2.1968, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 147).

⁷⁷ Örneğin bu kararlarda doğrudan kusursuz sorumluluğa hükmedilmiştir. Dan.12. D., E. 1966/633, K. 1967/ 1905, T. 23.11.1967, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 158); Dan.12. D., E. 1965/ 3352, K. 1966/ 2078, T. 11.6.1964, (Nakleden, Esin, **Esas**, s.185); Dan. 12. D., E. 1969/801, K. 1971/1889, T. 15.9.1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 142); Dan., 12. D., E. 1967/2632, K. 1969/ 720, T. 17.4.1969, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 207).

⁷⁸ Danıştay bu dönemde verdiği bazı kararlarında sadece “Kamu idareleri yürütülmesi kendilerine ait amme hizmetlerinin ifası esnasında kişilere iras edilen zararları tazminle mükelleftir” diyerek sanki genel ve salt bir biçimde ortaya çıkan her zarardan sorumluymuşçasına bir tavır sergileyerek tazminata hükmetmiştir. Örneğin Dan.12., D. E. 1966/954, K. 1968/ 669, T. 26.3.1968, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 198); Dan. 12. D., E. 1967/1838, K. 1969/ 282, T. 13.2.1969, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 150).

⁷⁹ Örneğin “(...)idari bir kararı batıl kılan kanunsuzluk kendiliğinden idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Sorumluluktan söz edebilmek için, kanunsuzluğun bir dereceye kadar ağır olması, idareye yüklenebilecek bir kusurun varlığı şarttır.” Dan. 6. D., E. 1966/2636, K. 1967/ 1388, T. 27.4.1967, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 280); “Bir idari işlemin Danıştayca iptal edilmiş olması, herhalde idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Davacının okuldan çıkarılmasına ilişkin işlem idari içtihat yanlışlığı nedeniyle iptal edildiğine göre olayda idarenin tazminat ödemesini gerektiren bir hizmet kusuru yoktur.” Dan. 12. D., E. 1967/947, K. 1968/ 380, T. 24.2.1968, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 280).

⁸⁰ “Kamu hizmetinin hiç işlememesi, gerektiği gibi işlememesi veya kusurlu işlemesi ise idarenin hizmet kusurunu ifade eder ve hizmet kusuru sebebiyle fertlere verilen zararların tazmini borcunu yükler. Bu esas Anayasanın 114. maddesinde(...) şeklindeki hükümle ifade edilmiştir”. Dan. 12. D. E. 1969/586, K. 1970/ 954, T. 4.5.1970, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 42).

⁸¹ “Kamu hizmetlerinin ifası vesilesiyle üçüncü şahıslara karşı ıka edilen zararların, hizmet kusuru mevcut olmasa dahi objektif sorumluluk esasına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmini gerektiğinden ve esasen; imalat hatası mevcut olduğu anlaşılan karşıt kazanım bu hizmetin ehli

B. HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI AÇISINDAN 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinin ardından özellikle kusursuz sorumluluğa dayanan sorumlulukla ilgili karar sayısında yeterince artış olması doktrinde “kusursuz sorumluluk” ilkesinin genel bir ilke⁸² olabileceği izlenimini vermiş olmasına karşın bu durum, esas olarak gerçekleşmemiş hatta hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı olağanca hızıyla devam etmiştir. Ancak bu dönemde ortaya çıkan 657 sayılı Kanun ve DMK madde 13 hükmü ile idarenin personelinin bir faaliyeti sonucu zarar ortaya çıkmış ise zarar görenin, sadece idareye karşı dava açılabilmesine dair hüküm ve bu yönde çıkan ilgili kararlar neticesinde bir kez daha Anayasa'da kişisel kusur kabul eden yahut en azından bu görüşlerin dayandırılabilmesi bir hüküm aranmaya başlanmıştır. İşte Duran'ın bu konudaki görüşleri bu arayış içerisindekilere yol göstermiştir. Bu konuda Duran Anayasasının 114. maddesini ele alarak -1982/125 içinde geçerli olmak üzere- bir yorumda bulunmaktadır. Yazara göre 114. madde hükmü başkasının fiilinden ötürü sorumluluğu kabul etmez ve bu nedenle İdare ile personelin sorumluluğu ayrı ayrıdır. Böyle olunca da İdarenin, ancak “*kendi eylem ve işlemlerinden ötürü*” ortaya çıkan zararı ödemesi gerekir. Bu hal şart koşulduğuna göre İdarenin “kendisinin” sayılamayacak olan “*eylem*” ve “*işlemlerden*” ötürü sorumluluğu yoktur⁸³. Yazar 114. maddede geçen “*kendi*” ve “*ödemek*” kelimelerini dikkate alarak “*personelin şahsi fiil ve davranışlarının*” idarenin işlem ve eylemi sayılmaması gerektiğinden bahsederek:

“ödeme tasarrufu” borcu sona erdiren sebeplerden olduğuna göre İdare, personelin kişisel kusurundan doğan tazmin borcunu “ödemek” suretiyle ortadan kaldırımağa, düşürmeğe yetkili sayılamaz. İdare ancak kendi eylem ve işlemlerinden çıkan zararları “ödemek”e mezuun olup, 114 üncü maddenin 4 üncü fıkrası çerçevesinde, başkasının sorumluluğuna “zamin” olamaz.”

olmıyan bir şahsa hizmet için tevdi eden ve lüzumlu emniyet tedbirlerini de almıyan idarenin, bahis konusu olayda hizmet kusuru da bulunduğundan(...)” Dan. 12. D. E. 1967/2755, K. 1968/2303, T. 12.12.1968, (Nakleden, Esin, Esas, s. 116).

⁸² Esin, Esas, s. 19.

⁸³ Duran, **Kamu Personelinin** I, s. 42.

demektedir⁸⁴.

Yazara göre yine 1961/125. maddesi⁸⁵ de kişisel kusurun varlığına dalalettir⁸⁶. Yazar daha önceki bölümde bahsettiğimiz Sarıca'nın görüşüne benzer bir biçimde bu maddenin cezai ve mali yönünün bulunabileceğinden bahsederek ancak kişisel sorumluluğu da düzenlediğini ve kişisel sorumluluk gereği personelin kendi fiil ve davranışlarından sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁷.

Yine yazar 1961/31. maddeyi ele alarak bu halde de zarar görenin asıl sorumlu yerine sorumsuz birine dava açmaya zorlanamayacağını, ayrıca gerçek sorumlunun savunma hakkının aslında hem hak hem de ödev olduğunu ifade ederek bu açıdan da kişisel kusurun Anayasada da mevcut bulunduğunu ifade etmiştir⁸⁸.

Kanaatimizce de Anayasanın bu maddeleri bu şekilde yorumlanmaya müsaittir. Çünkü İdarenin sorumluluğunun “*asli*” olması, kendi kusuru sayılabilecek faaliyetlerden meydana gelecek zararları tazminle yükümlü tutulmasını gerektirir. Burada tartışılabilir olan husus “*kendi kusuru*” nun ne olduğunun kapsamıdır, ancak en nihayetinde “*kendi kusuru*” sayılamayacak bir halde tazminat ödemesi mümkün değildir. Burada “dolaylı bir sorumluluk” değil, kendisinin sorumluluğu kabul edilmiştir⁸⁹. Bu nedenle dönem dönem sorumluluğun genişlemesi yahut daralmasına karşılık kendisinin işlem ve eylemi sayılan fiiller tespit edilecek ve sorumlu tutulup tutulmayacağına karar verilecektir. Bu görüşlerin 1982 Anayasasının 36-125- 137. maddeleri bakımından da kabul edilip edilmeyeceği ve Anayasa madde 40 ile 129-5 hükümleriyle çatışıp çatışmadığı ise o bölümde tartışılacaktır.

⁸⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 42.

⁸⁵ “VII.Kanunsuzemir.

MADDE 125.- Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

⁸⁶ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 42; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 3.

⁸⁷ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 43.

⁸⁸ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 43.

⁸⁹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 198.

Bu dönemde hizmet kusuru- kişisel kusur ayırımına ait verilen kararlara baktığımızda DMK madde 13 hükmü ile Anayasa'nın 114 ve 125. maddelerinin esaslı bir biçimde kararları etkilediğini görmekteyiz. Danıştay kararlarında DMK madde 13'ün “ *kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili uğradığı zararlardan ötürü personele değil idareye karşı dava açılacağına*” dair hükmü madde çıktıktan bir zaman sonra genel ve salt bir biçimde maddi hüküm olarak anılmış ve hiçbir ayırma tabi tutulmadan kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili verilen zararlardan ötürü davalar idari yargıda görülmeye başlanmıştır⁹⁰. Bunun yanında aynı dönem Danıştay'ın DMK madde 13'ü kararlarında zikretmeden birbirine benzeyen olayların bazılarında kusurun sırf kamu hizmetinin yapılması sırasında işlenmesi nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna dair kararlar verdiğini görmekle beraber⁹¹ aynı tür olayların bazılarında ise ajanın kişisel kusurundan ötürü adli yargıda tazminat davası açılması gerektiğine dair kararlarını görmek de mümkündür⁹². Danıştay'ın bu

⁹⁰ “İdare bir kamu hizmetinin ifası sırasında kişilerin uğradıkları zararları tazminle mükellef olup, çalıştırdığı kişilerin **şahsi kusurlarından** doğmuş olsa bile tazminat davasının idare aleyhine açılacağı, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi iktizası bulunduğundan(...)” Arkadaşının tüfeğinin patlamasıyla kafasından vurularak bir erin ölmesi olayı, Dan. 12. D., E. 1967/ 274, K. 1968/1811, T. 1-2.10.1968, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 166); Kamu hizmetini yürütmekle görevli kişilerin görevin ifası sırasında 3. kişilere verdiği zararla ilgili davaların idari yargıda görülmesine ilişkin bkz. Mahkeme veznesine yatırılan paranın başkatip tarafından zimmetine geçirilmesi, Dan. 12. D. E. 1970/7, K. 1972/713, T. 7.3.1972, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 168); Hizmet aracını kullanan şoförün kusurundan doğan trafik kazası, Dan. 12. D., E. 1970/3395, K. 1972/726, T. 8.3.1972, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 168); Görevli şoför varken onun yerine aracı bir başkasının kullanması sonucu zararın meydana gelmesi, Dan. 12. D., E. 1970/5497, K. 1972/1044, T. 5.4.1972, (Nakleden, **Esas**, s. 178 vd).

⁹¹ %100 oranındaki kusuruyla kazaya yol açan bir şoförü hizmette kullanan idarenin, kaza sonucunda ölen kişilere hizmet kusuru kuramına göre tazminat ödemesi gerektiği, Dan. 12. D., E. 1969/1671, K. 1971/520, T. 2.3.1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 461 vd.); Askeri araç şoförünün dikkatsizliği, tedbirsizliği ve trafik kurallarına uymaması sonucu meydana gelen çarpışmada zarara uğrayan kişinin zararının idarece hizmet kusuruna dayanılarak tazmin edilmesi, Dan. 12. D., E. 1965/25, K. 1967/ 1174, T. 28.6.1967, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 248); Nöbet yerine denetlemeye geldiğinde, nöbetçi erin görev anlayışı ve disiplin kuralları ile bağdaşmayan %100 kusurlu eylemi yüzünden vurulan ölen onbaşının ailesine hizmetin yürütülmesi ve düzenlenmesindeki aksaklık yüzünden hizmet kusuruna dayanarak tazminat verilmesi, D. 12. 1969/982, K. 1971/1202, T. 11.5.1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 469 vd.); Koğuştaki kavga eden erlerden birini fırlattığı kasatura ile başından yaralanarak ölen erin ailesine idarenin tazminat ödemesi gerektiği, Dan. 12. D., E. 1970/ 5123, K. 1971/ 1814, T. 9.9.1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 515).

⁹² Koyun çaldığı iddiası ile yakalanarak eline koyun verilerek bir süre halkın arasında dolaştırılan kişinin açtığı tazminat davasında kötü niyet ve suç mahiyetindeki eylemden ötürü davanın adli yargıda açılması gerektiği, Dan. 12. D. E. 1969/ 2245, K. 1971/2418, T. 28/10/1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 248); Ağır derecede kışkırttığı er tarafından öldürülmesi olayında idarenin sorumluluğunun bulunmadığı, Dan. 12. D., E. 1968/ 1204, K. 1970/1072, T. 20.5.1970, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 523); Bir inzibat eri tarafından kasten öldürülen kişinin, fiilin görevin sırasında işlenmemesi nedeniyle idarenin kusurlu ve fiilin suç teşkil ettiği gerekçesiyle kusursuz sorumlu tutulmayacağı, Dan. 12. D., 1968/37, K. 1968/1881, T. 17.10.1968, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 528);

olaylarda çoğunlukla kasti suç niteliğindeki eylemlerde dahi idareyi sorumlu tutmasının nedeni olarak idarenin denetim ve gözetim eksikliği gibi nedenler gösterilebilir. Ancak yine bu dönemde Danıştay'ın idare ajanının kusurlu hareketlerinden ötürü idareyi **kusursuz** sorumlu tuttuğu kararları da vardır⁹³. Danıştay'ın özellikle kusursuz sorumluluğa ilişkin bu kararlarında idarenin istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulduğunu belirtmesi dikkat çekicidir.

Görüldüğü gibi Danıştay'ın bu dönem verdiği bazı kararlarda birbirinden farklı yönde kararlar verdiğini ancak genel anlamda hizmet kusurundan ötürü sorumluluğu oldukça genişlettiği, buna karşın kişisel kusurdan ötürü personelin sorumluluğunu reddetmediğini görüyoruz. Yine bu dönemde ileride bahsedeceğimiz Anayasa Mahkemesi'nin AYİM Kanunu madde 24'e ilişkin kararını görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi bu kararında DMK madde 13'ü incelemiş ve 1961 Anayasa'nın 114. ve 125. maddelerine dayanarak personelin kişisel kusurundan ötürü sorumluluğuna ilişkin davaların adli yargı yerinde görülmesinin gerektiğini ve personelin kişisel sorumluluğunun kalkmadığını ifade etmiştir⁹⁴. Yargıtay kararlarında ise bu dönemi 1979 tarihli İBK'den önce ve sonra olarak ikiye ayırmak gerekir. 1979'dan önce kararlarda DMK madde 13 hükmünün göz önüne alındığı görülmekle beraber kişisel kusurdan ötürü ajanın sorumluluğunun kalkmadığına dair kararlar mevcuttur⁹⁵. Ancak Danıştay kararlarında olduğu gibi yine birbirine yakın tarihlerde

Bir erin karavana borusunu çalması ancak kimsenin buna uymaması nedeniyle bu hadiseyi gören ancak karavana işleriyle görevli bulunmayan bir başka erin bu erin yüzüne palaska ile vurması ve erin bir gözünün kör olması olayında hizmet ile fiil arasında nedensellik bağının bulunmadığı, Dan. 12. D., E. 1968/691, K. 1969/689, T. 10.4.1969, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 528); Suç teşkil edebilecek şahsi fiil ve hareketlerin hizmet ile bir ilişkisi kalmadığı, Dan. 12. D., E. 1968/ 777, K. 1968/952, T. 24/4/1968 (Nakleden Esin/Dündar, **İdari işlemler, İdari Eylemler, İdari Sözleşmeler ve Danıştay Kararlarına Uyulmaması Dolayısıyla, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları: Birinci Kitap: Usul**, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971 s. 77).

⁹³ “İdare, amme hizmetinin ifası sırasında istihdam ettiği ajanlarının kusurlu hareketlerinden doğan zararları objektif sorumluluk esaslarına göre tazminle mükelleftir” Dan. 12. D., E. 1968/338, K. 1971/541, T. 3.3.1971, (Nakleden, **Esas**, s. 205 vd); Elektrik tellerinin değiştirilmesi sırasında görevli personelin kusuru neticesinde koparak yere düşen tele değen çocuğun ölmesi, Dan. 12. D., E. 1967/2632, K. 1969/720, T.17.4. 1969, (Nakleden, Esin, **Esas**, s. 207).

⁹⁴ AYMK, E. 1974/42, K. 1975/64, T. 25.3.1975, RG: 3.6.1975/15254, www. anayasa.gov.tr, KBB.

⁹⁵ Kasıtlı kişisel bir kusur, ağır veya orta derecede bir kusur saptanamaması halinde davanın DMK 13'e göre idareye karşı açılması, Y4. HD, E. 1976/8461 K. 1976/7668 T. 16.9.1976, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Ajanın ağır kusurundan veya iyiniyet kurallarına aykırı davranışından yahut kin, garaz ve benzeri bir nedenden söz edilemiyor ise kişisel kusurunun olmadığı ve davanın idari

aksi kararları da vardır. Bu kararlarda görev sırasında ya da görev dolayısıyla meydana gelecek zararlardan ötürü DMK madde 13 kullanılarak İdarenin sorumlu olacağı belirtilmiştir⁹⁶. Ancak bu dönemde en önemli karar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmamasına ilişkin kararıdır⁹⁷. Mahkeme bu kararında kişisel kusurun devam edip etmediği tartışmasına girmeden kişisel kusur hallerini tek tek belirtmiş, bu hallerde tazminat davasının ilgili ajan aleyhine adli yargıda açılabilirliğinden bahsederek hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının devam ettiğini göstermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi de 1961 Anayasasından önceki içtihatlarını devam ettirerek bu dönemde de ajanların şahsi kusurlarından ötürü tazminat davalarının adli yargıda görülmesi gerektiğinden⁹⁸ yahut sorumlulukları birleşmesi halinde ister adli yargıda ajan aleyhine ister idari yargıda hizmet kusurundan ötürü idare aleyhine dava açılacağından bahsetmiştir⁹⁹. Ancak az da olsa kişisel kusur içerdiği düşünülebilecek bazı olaylarda kamu hizmetinin ifası nedeniyle ortaya çıkan zararların idari yargıda görüleceğine ilişkin kararları da bulunmaktadır¹⁰⁰. Yine bu

yargıda görülmesi gerektiği, Y4HD, E. 1975/7082, K. 1975/8590, T. 1.7.1975, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁶ Bir memurun görevi sırasında ve görevini ifa ederken, bir kişiyle arbede yaşadığı sırada kişiyi öldürmesi olayında DMK 13 gereği davanın idareye açılması gerektiği, Y4. HD, E. 1978/2904, K. 1979/146, T. 15.1.1979, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁷ “İdare ajanının izrar kasdıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurunun bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak kişisel kusurlar sayılan bu davranışlar ve benzerlerinden ibaret değildir. İdare adına işlem yapan kamu görevlisinin bunlar dışında, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları, suç teşkil eden davranışları olabilir”, YİBBGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG: 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67.

⁹⁸ Yargı kararının uygulanmamasına ilişkin olarak kin ve ihtiras duygularıyla hareket edildiği iddiasıyla açılan dava, UM, E. 1979/49, 1979/80, T. 11.4.1979, RG. 26. 5.1979, sy. 16648, s. 76-77 ; Baş komiserin kasten ve görevini kötüye kullanarak hareket etmesi, UM, E. 1979/49, 1979/80, T., 18.10.1978 RG. 25.12.1978, sy. 16650, s. 18-19; Kişisel kusuru nedeniyle valinin şahsına adli yargıda dava açılabilirliği, UM, E. 1976/39, 1977/19, T. 16.3.1977, RG. 29.9.1977, sy. 16648, s. 20-21.

⁹⁹ Başkatibin parayı zimmetine geçirdiği iddiası ile idari yargıda açılan dava, UM, E. 1966/108, 196/8, T. 14.10.1966, RG. 7.6.1967, sy. 12615, s. 16. Aynı yönde, UM, E. 1968/134, 1968/424, T. 16.11.1968, RG. 26.3.1969, sy. 13158, s. 8.

¹⁰⁰ Jandarma erinin kamu hizmetinin ifası sırasında ateş etmesi nedeniyle meydana gelen zararın tazmini davasının idari yargıda görülmesi gerektiği, UM, E. 1967/253, 1967/263, T. 4.11.1967, RG. 6.2.1968, sy. 12819, s. 5.

dönemde UM'nin kamulaştırmasız el atmaya ilişkin faaliyetin haksız fiil içerdiğinden ötürü davanın adli yargıda görüleceğine ilişkin kararları mevcuttur¹⁰¹.

Görüldüğü gibi bu dönemde de hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının devam ettiğini ancak mahkemelerin birbirine yakın zamanlarda kendi içlerinde dahi farklı yönde kararlar verdiğini görüyoruz. Bu da mahkemelerin mevzuatı kendi bakış açılarıyla ve ne yazık ki adeta diğer mahkemelerin kararlarını dikkate almadan karar verdiğini göstermektedir. Bu eleştirilebilecek bir durum olmakla birlikte aynı mahkemenin aynı dairesinin de birbirine yakın zamanlarda farklı kararlar verebilmesi farklı mahkemelerin farklı karar vermesini ne yazık ki daha anlaşılabilir kılmaktadır. Son olarak ifade edelim ki genel olarak bahsettiğimiz bu karar farklılığı ve karmaşası hali, 1982 Anayasasında idarenin sorumluluğuna dair hükümlerin yer bulmasına neden olacaktır. Bunu ilerleyen bölümlerde ifade edeceğiz.

Bu bölümde 1961 Anayasası döneminde yargı yerlerince verilen hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına dair kararları genel olarak ortaya koymaya ve yargı yerlerinin konuyla ilgili tutumlarının genel bir fotoğrafını çekmeye çalıştık. Bu ve bunu izleyen bölümlerde ise gerek bir mahkemenin kendi içinde gerekse farklı mahkemelerle aralarında, farklı kararlar vermelerinin nedenlerini araştırmaya çalışacağız. Bu nedenle bu ve bunu izleyen bölümlerde bu dönemde hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımını etkileyen ilgili mevzuat, doktrinsel görüş ve yargı kararları derinlemesine ele alınmaya çalışılacaktır.

III. DMK MADDE 13'ÜN HİZMET-KUSURU KİŞİSEL KUSUR AYRIMI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. DMK MADDE 13'ÜN ORTAYA ÇIKIŞI

Kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi şu şekildedir¹⁰²:

¹⁰¹ UM, E. 1979/48, 1979/61, T. 14.3.1979, RG. 26.5.1979, sy, 16648, s 73.

¹⁰² 14 Temmuz 1965 yılında kabul edilen 657 sayılı DMK'nın 13. maddenin ilk hali

"Kişilerin uğradıkları zararlar :

“Kişilerin uğradıkları zararlar

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

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

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

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

657 sayılı Kanunun bu maddesi, madde hükmü ilk çıktığı zaman yeterli ilgiyi görmese de, zamanla daha çok gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Bugün 1982 Anayasası’nda birtakım hükümlerin bulunması, maddenin uygulaması/uygulanması yönünde tartışmalara neden olsa da madde nedeniyle o zaman hem doktrinde tartışılan hem de yargı kararlarına görülen bir takım kavramlar bugün de tartışılmaya

MADDE 13. — *Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”* şeklindeydi.

2670 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda 1.fıkra hükmüne özü itibariyle değişmeksizin maddeye yeni bir fıkra getirilmiş ve madde:

“Kişilerin uğradıkları zararlar: Madde 13. — Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. 12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.” haline gelmiştir. Ardından 3657 sayılı Kanun ile 1. fıkraya yeni bir hüküm daha getirilerek 1. fıkra *“Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”* haline gelmiştir. Son olarak da 4748 sayılı kanun ile *“İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”* hükmü eklenerek madde metni son halini almıştır.

ve bazı durumlarda uygulanmaya devam etmektedir. Daha sonraki bölümlerde belirteceğimiz gibi bu madde metninin sadece idarenin sorumluluğuna dair değil idare hukukunun birçok alanına dair sorunlar içerdiği görülmektedir. Bu nedenle öncelikle madde metninin doktrin ve yargı yerlerince ilk ortaya çıktığı yıllarda nasıl algılandığından bahsedip, ardından bugün maddenin hukukumuza getirmiş olduğu anlayışın geçerli olup olmadığından bahsedilecektir. Bu nedenle maddenin gerekçesinin tümünü vermek, konunun anlaşılması açısından önemlidir.

B. DMK MADDE 13'ÜN AMACI

1. Dmk Madde 13'ün Gerekçesi

Hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı idare hukukundaki diğer bazı konular gibi içtihadı dayandırmış ve birtakım objektif ve sübjektif kriterler konmuşken ve sistemde buna göre işlemekte iken acaba neden Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili maddesine böyle bir hüküm konulduğu önemlidir. Çünkü bu maddede açıkça belirtilmese de gerekçede belirtilen;

“Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa' da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet kusuru», «Şahsi kusur» tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir.”

ifadesi mevcut sistem içinde bir dönüşümün yaşandığı dahası yeni bir sisteme geçilmek istendiği hususunda bize bir işaret vermektedir. İşte madde metninin ve gerekçesinin önemi burada çıkmaktadır. Bu nedenle öncelikle maddenin gerekçesini aktarıp sonra DMK madde 13 ve uygulaması anlatılmaya çalışılacaktır.

Gerekçede belirtilen husus şudur:

“Madde 13- Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemekte ve bu bakımdan «idare ile memur» arasındaki sorumluluk münasebetlerini düzenliyen 11 nci maddeden farklı bir nitelik taşımaktadır. Buradaki esas, yalnız memurların görevleri dolayısıyla değil, kamu hukukuna tabi bütün görevler dolayısıyla mevcut olduğu için, bu maddede «Devlet memuru» deyimi yerine «personel» deyimi kullanılmıştır. Hususi hukuka tabi hizmetlerde çalışan personel bakımından, tabii, hususi hukuk esasları uygulanacaktır. Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla

kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dâva açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir dâvâlı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, dâvayı kazansalar bile, ödeme, kabiliyeti olmıyan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir. İkinci teminat, memur, daha doğrusu «Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel» bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimî bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılmıyacaktır. Ancak, daimî olarak ve ilk elden dâva tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamiyle sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu madde ile, memur, mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış dâvalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devamı etmektedir. Zira, 11 nci maddedeki «Zarar», memurun gerek doğrudan doğruya idareye vereceği zararları, gerekse başkalarına zarar ıka etmek ve idareyi bu zararı tazmin mecburiyetinde bırakmak suretiyle sebep olacağı zararları kapsamaktadır. Bu son durumda, 12 nci maddenin son fıkrası hükmüne göre, idarenin haksız fiil sonucundaki genel hükümler çerçevesinde sorumlu personele rücu hakkı saklı kalmaktadır. Burada kişisel sorumluluğun hangi hallerde mümkün olabileceği, daha doğrusu kusurun derecesi meselesi ele alınmamıştır. Ancak, Fransız idare hukukundaki «Şahsi kusur» kıstasının sadece «Ağır kusur» dan ötürü sorumluluğu kapsadığını, şimdiki Alman Devlet Memurları Kanunun da «Ağır kusur» esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye şayandır. 12 nci madde, sistem bakımından, Anglosakson memleketlerinde, İtalya'da ve şimdiye kadar bizde uygulanmakta olan «İdare ile memurun birlikte sorumluluğu» esastan ayrılmakta ve «Teminat sistemi» denilen sisteme gitmektedir. Bilindiği gibi, bugün, idare edilenlere karşı ıka edilen zararlardan dolayı, hem idarenin sorumluluğu, hem de, haksız fiil esasları çerçevesinde, memurun sorumluluğu bahis konusudur. Bunun memur aleyhine çeşitli sakıncalar yarattığı sık sık iddia edilmiştir. Üstelik, Türkiye'de Fransa' da mevcudolan bir koruma yolunun bulunmaması, memuru daha da güç mevkide bırakmaktadır. Adli mercilerde memur aleyhine tazminat dâvası açılan hallerde, Fransa'da olduğu gibi, idarenin Uyuşmazlık Mahkemesi nezdinde itirazda bulunabilmesi ve memurun bu yolla korunabilmesi zaman zaman istenmiştir. Madde, bu konudaki tenkidlere köklü bir çözüm getirmektedir. Hem memur, hem de idare edilenler lehine teminat getiren bu hüküm, esas itibariyle, Alman sisteminden ilham almaktadır. Birinci Dünya Savaşından sonraki Cumhuriyet devrinden beri Almanya'da bir Anayasa müessesesi hailine gelmiş, olan bu teminat, an son Bonn Anayasasının 34 ncü maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir : «Bir kimse kendisine verilen kamu görevinden ötürü üçüncü şahıslara karşı uhdesine düşen ödevi ihmal ederse, esas itibariyle sorumluluk, hizmetinde bulunduğu kamu kurumuna aittir. Kasıt veya ağır kusur halinde rücu saklıdır» «1957 tarihli Federal Almanya Memurin Kanununda ise, bu esas şu şekli almaktadır .» «Madde 78. — Bir memur kendi ihmali ile veya kasden memuriyet vazifesini ihmal ettiği takdirde, hizmetinde bulunduğu işverenin bundan mütevellit zararlarını tazmin etmekle mükelleftir...» «İşveren Anayasamın 34 ncü maddesinin 1 nci fıkrasına göre bir üçüncü şahıs için tazminat ödemişse, işverenin memura rücu hakkı ancak kasdı veya ağır kusuru bulunduğu takdirde mevcuttur .» Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa' da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet kusuru», «Şahsi kusur» tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir.”

Madde gerekçesini okuduktan sonra burada kısaca şunları söylemek gerekir: Kendisine Fransız idari rejimini örnek alan Türk İdare Hukuku sisteminde, idare ile ajanlarının ayrı ayrı yahut birlikte sorumlu tutulabileceği kabul edilmiş ve klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı yapılarak sorumluluk meseleleri çözülmeye çalışılmıştı¹⁰³. Danıştay’ın açılan tazminat davalarında uzun bir süre ağır kusuru araması ve bu nedenle idarenin sorumluluk sınırının daralması, idari yargıdaki dava sürelerinin daha kısa olması, idari işlem ve eylemlerden ötürü zarar görenlerin kişisel kusuru iddiası ile adli yargıya başvurmalarına neden olduğunu belirtmiştik. Bu zaman sürecinde ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesinin de içtihatlarında kararsızlıklar yaşadığını belirtmiştik.

Bu maddeden önce hukukumuzda uygulanan sistemde farklı durumlar karşımıza çıkabilmekteydi. Bu maddeden önce de –kararlarda bahsettiğimiz gibi- kamu görevlerinin yerine getirilmesi sırasında belirli bir ya da birkaç ajanın işlem ya da eylemine bağlanamayıp, “**sadece idareye mâl edilebilen kusurlar**” açısından dava sadece idareye karşı açılabilirdi ve örneğin bu halde zarar gören o zaman yürürlükte bulunan 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 30/(B) maddesi uyarınca tam yargı davası açmalıydı¹⁰⁴. Buna karşın kamu görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili uğranılan zararlar bakımından sorumluluğa neden olan, “**bu görevi yerine getiren personel ile birlikte İdare**” ise zarar gören her ikisine de başvurabilme hakkına sahipti. Ancak **sorumluluğun sadece personelin şahsında** toplandığı hallerde sadece ajan aleyhine dava açılabilirdi¹⁰⁵. Ayrıca daha eski personel kanunlarında personelin suçlarından ötürü ceza kovuşturmasına uğraması idari izin prosedürüne bağlı olmasına rağmen bu son halde görüldüğü gibi ajanın mali sorumluluğu açısından aleyhlerine dava açmak hususunda bir sınırlama kayıt ve şart bulunmadığı da görülmekteydi¹⁰⁶.

¹⁰³ Duran, **Kamu Personelinin I**, s.7.

¹⁰⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 14.

¹⁰⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 14.

¹⁰⁶ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 8; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 2.

Böylece madde gerekçesinde belirtilen *teminat sistemi*, yukarıda bahsettiğimiz *birlikte sorumluluk* sisteminin getirdiği bir takım sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla bu madde kapsamına alınmıştır. Teminat sistemi hem personel hem de zarar göreni korumak istemiştir¹⁰⁷. Ancak uygulama öyle bir yöne gelmiştir ki rücu konusunda sistemin oturtulamaması karşısında sistem daha çok personeli korur hale gelmiş ve rücu konusunda yaşanan problem; personelin, mali sorumluluğu bakımından da **tam bir yargı bağımsızlığı** getirmiştir.

2. DMK Madde 13 ile Getirilmek İstenen Sistem

DMK madde 13'ün gerekçesinden sonra şimdi bu bölümde, ajanların idare edilenlere, kusurlarıyla verdikleri zararlardan ötürü, zarar görenlerin ortaya çıkan tazminat haklarının karşılanması bakımından çeşitli hukuk sistemlerince getirilen güvenceleri aktarmaya çalışacağız. Fakat burada bu sistemlerin amacının sadece ajanı ya da sadece zarar göreni korumak değil, her iki tarafı da ve böylece idareyi de koruma amacı olduğu önemle belirtilmelidir.

a. İdare Ajanlarının 3. Kişilere Verdikleri Zararlardan Ötürü Sorumluluğu Bakımından Ortaya Çıkan Sistemler

Bu bölümde belirtilmek istenen husus sorumluluğa ilişkin bir davada kimin davalı olacağı ve sorumlu sayılacağına ilişkin belirleme yapmak adına ortaya çıkan sistemleri dile getirmek ve sonrasında ülkemizde mevcut yasalar açısından ve idare ajanı bakımından seçilen sistemi göz önüne sermektir. Aşağıda görüleceği üzere birbirinden farklı sistemler bulunmakla beraber hepsi belli bir sorumluluk anlayışının yansıması olup, benimsenen sistemi bu sistemde ajana atfedilecek sorumluluk anlayışı ile paraleldir.

¹⁰⁷ Duran'a göre ise klasik hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı yapılırken uygulanan sistem bu açıdan daha yerindeydi. Çünkü bu halde *"kamu tüzel kişileri organ ve ajanlarının kişisel eylem ve kusurları ile verdikleri zararları ödemek zorunda kalmamakta; memur ve hizmetliler görevlerini yerine getirir ve yetkilerini kullanırken şahsi mesuliyet endişesi ile daha dikkatli, objektif ve tedbirli davranmak gereğini duymakta; zarar görenler de kötü niyetle ve keyfi şekilde muamelede bulunanlara, hiç değilse mali müeyyideler tatbik ettirmek imkanına sahip"* bulunmaktaydılar. Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 8.

(1) Sorumluluk Sistemi

Sorumluluk sistemi doğrudan doğruya ajanın sorumlu tutulduğu bir sistem olup, bu sisteme göre ajan görevi ile ilgili verdiği zararlardan dolayı idare edilenlere karşı sorumludur¹⁰⁸. Bu halde zarar gören ajan aleyhine adli yargıda dava açabilir¹⁰⁹. Bunun yanında ajanın idare ile birlikte sorumlu olması sistemin esasını etkilemez¹¹⁰. Birlikte sorumluluk olarak da anılan bu son halde ajan, göreviyle ilgili olarak verdiği zararlardan ötürü idare edilenlere karşı mali bakımdan sorumludur¹¹¹. Yani bu sistemde devlet ve ajan birlikte- beraber- sorumludur¹¹². Zarar gören hem idare, hem personel aleyhine dava açabilir.¹¹³ Yani ajanın davranışı aynı zaman da hizmet kusuru olarak da değerlendiriliyorsa zarar gören isterse idari yargıya gidebilir¹¹⁴. Bu sorumluluk sistemini kabul eden ülkelerde idarenin sorumluluğu anlayışı hakim olsa da bu durum ajanın kişisel kusurundan ötürü sorumlu olmasına engel değildir¹¹⁵.

“...sistem bakımından, Anglosakson memleketlerinde, İtalya’da ve şimdiye kadar bizde uygulanmakta olan «İdare ile memurun birlikte sorumluluğu» esasından ayrılmakta ve «Teminat sistemi» denilen sisteme gitmektedir. Bilindiği gibi, bugün, idare edilenlere karşı ika edilen zararlardan dolayı, hem idarenin sorumluluğu, hem de, haksız fiil esasları çerçevesinde, memurun sorumluluğu bahis konusudur”

ifadesi DMK madde 13’den önce bu sistemin nasıl uygulandığını göstermektedir.

(2) Teminat sistemi

Bu sistem kanuni ve kazai olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁶. Genel olarak bu sistemde idare edilenlerin, ajan aleyhine tazminat açması uygun görülmemiş ve

¹⁰⁸ Kemalettin Alikasıfoğlu, **Son Değişiklikleri İçeren Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı: Devlet Memurları Kanunu**, Ankara, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1979, s. 34

¹⁰⁹ Cahit Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, Ankara, TODAİE Yayınları, Sevinç Matbaası, 1972, s. 55.

¹¹⁰ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 285.

¹¹¹ Düren, **İdare Hukuku**, s. 300.

¹¹² Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 39.

¹¹³ Düren, **İdare Hukuku**, s.300; Alikasıfoğlu, **Devlet Memurları Kanunu**, s. 34.

¹¹⁴ Tutum, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, s. 55.

¹¹⁵ Halil Kalabalık, “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğunda Sistemler ve Türk Sorumluluk Sistemi”, **Belediye Dergisi**, C. III, sy. 11, Mayıs 1997, s. 31.

¹¹⁶ Düren, **İdare Hukuku**, s. 298.

doğrudan doğruya idareye karşı tazminat davası açması istenmiştir¹¹⁷. Teminat burada hem ajan açısından hem de zarar gören açısından getirdiği koruma bakımından önemlidir¹¹⁸.

(i). Kanuni Teminat Sistemi

Kanuni Teminat sisteminin düzenlenmiş olduğu ülkelerden birinin de Almanya olduğu ve bunun da Alman hukuku bakımından Bonn Anayasasının 34. maddesinde düzenlendiği ifade edilmektedir¹¹⁹. Bu sistem; ajanın kusurlu eylem ve işlemleriyle zarara uğrayan şahsın, açabileceği tazminat davaları bakımından “*ancak idareyi dava edebileceğinin bir kanun hükmüyle öngörüldüğü sistem*” olarak ifade edilmektedir. Bu sistemde önce personelin sorumlu sayıldığı, fakat 3. kişi karşısında ise devletin tazmin yükümlüsü olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir¹²⁰. Yani sistemde “devletin başkasının fiilinden ötürü sorumlu tutulduğu ve yine devletin dolaylı olarak davalı konuma geçmiş olduğu” söylenmektedir¹²¹.

Bu sistemin Türk hukuku bakımından sonuçlarını hizmet kusurunun anonimlik ilkesini incelerken değinmiştik, fakat bu konu bugünkü uygulamaya ilişkin bölümde de tekrar ele alınacaktır.

(ii). Kazai (Yargısal) Teminat Sistemi

Fransa da uygulanagelmış bu sisteme göre idare edilenler, “*kamu personeli aleyhine*” ancak kişisel kusurları varsa, tazminat davası açabilir¹²². Hizmet

¹¹⁷ Düren, **İdare Hukuku**, s.298; Alikashiöğlu, **Devlet Memurları Kanunu**, s. 34.

¹¹⁸ “(...)bu sistemin ismi olan teminat hem memuru doğrudan doğruya tazminat ödemekle yükümlü olmaması hem de mağdurun zararını kolayca tahsil edebileceği devletle karşı karşıya kalmasından ve böylece ödeme güvenliğine kavuşmasından gelmiştir.” Alikashiöğlu, **Devlet Memurları Kanunu**, s. 34

¹¹⁹ Düren, **İdare Hukuku**, s. 298.

¹²⁰ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 39.

¹²¹ “..buradaki sorumluluk, devletin kendi fiilinden bir sorumluluğu olarak görülemeyeceğinden “asli” değildir ve gerçekleşme koşulları, memurun sorumlu olma koşullarıdır. Bu modelin tipik örneği, Alman sistemindeki “Amtshaftung” uygulamasıdır” Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 39.

¹²² Düren, **İdare Hukuku**, s. 299; Kalabalık, “Sistemler”, s. 34.

kusurundan ötürü ise idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir¹²³. Fransa’da Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin “*Pelletier*” kararı ile kamu görevlilerinin aleyhine hizmet kusurundan ötürü tazminat davası açılmayacağı kesinleşmiştir¹²⁴. Fakat zamanla Fransa’da hem hizmet kusuru hem de kişisel kusur teşkil eden olaylar bakımından hem idareye karşı idari yargıda, hem de personele karşı adli yargıda tazminat davası açmanın Fransız yargı organlarınca kabul edildiği ifade etmiştir¹²⁵.

b. DMK Madde 13’ün Kabul Ettiği Sistem

Kanun koyucunun gerekçede belirttiği “*teminat sisteminin*” kanuni teminat sistemi olduğu ifade edilmelidir¹²⁶. Buna göre zarar gören, bu sistemde kamu personelinin kusuruyla vermiş olduğu zararlardan ötürü kanun kapsamına giren işlerde, karşısında kamu personeline nazaran ödeme gücü daha fazla olan bir “*davalı*” bulmuş olacak, kamu personeli ise “*kamu hukukuna tabi görevlerle*” ilgili olarak daimî bir tazminat tehdidi altında kalmayacak ve bu nedenle de kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşı karşıya kalınmayacaktır.

Şunu açıkça belirtmek gerekir ki maddenin gerekçesi aslında doktrinde de çokça dillendirilmiş bir husustur¹²⁷. İşte madde gerekçesi de pratik ve teorik eleştirilere cevap verircesine maddenin amacını bu yönde belirlemiştir. Gerekçedeki iki yönlü fayda ile amaçlanandan birincisi personelin tazminat davaları bakımından da mahkemelerde -ilk planda- davalı olmasını engellemek, böylece tazminat tehdidi altında görevini yürütmesinin veya mahkemelerde davalı olarak zaman kaybetmesinin önüne geçmektir. Bu yolla hizmetin aksamaması amaçlanmaktadır. Zarar gören ise zararını karşılamak bakımından karşısında “*mali bakımdan daha*

¹²³ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 286.

¹²⁴ Karar ve değerlendirilmesi için bkz. Sarıca, **İdari Kaza**, s. 743 vd.

¹²⁵ Düren, **İdare Hukuku**, s. 300.

¹²⁶ Düren, **İdare Hukuku**, s. 300, Alikasıfoğlu, **Devlet Memurları Kanunu**, s. 34. Duran ise bu sistemin İsviçre’de uygulanan Kanuni Teminat sistemi olduğundan bahsetmektedir. Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 20.

¹²⁷ Sarıca ajan ve memurun her fiilinden, her yolsuz hareketinden, her aykırı hareketinden yani **görevden doğan** hizmetle ilgili her kusurundan sorumlu tutulması halinde fonksiyonu icra edecek, hizmeti görecekJ ajan ve memurun bulunamayacağını, kimsenin idari görev almak istemeyeceğini belirtmiştir. Sarıca, “Kıstaslar I”, s. 87. Bu durumu anonimlik ilkesinde belirtmiştik. Kanun koyucu da bunu en azından zarar görene karşı ve onun lehine uygulamak istemiştir.

güçlü” bir İdare bularak, zararını personele dava açmasına nazaran daha kolay karşılayabilecektir¹²⁸. Bununla birlikte tabir yerindeyse personelin bu kusurunun yanına **kâr** kalmaması adına rücu müessesesi kabul edilmiş, ancak sanki rücu müessesini kullanmayacağını/kullanamayacağını gösterircesine bu mekanizmayı takdire bırakmış ve uygulamada da bu problem hep gündeme gelmiştir. Fakat bu sistemde asıl amaçlanan kanaatimizce zarar göreni korumaktır. Çünkü en nihayetinde zarara neden olan personele rücu edilecek ve 3. kişiye ödenen tazminat kusuru ondan alınacaktır. Ancak uygulamada “rücu” konusunda istenilen amaca ulaşılamaması ise teminat sistemini işlevsiz hale getirmiş ve maddeyi idarenin **hizmet kusuru varmışcasına** tazminat ödediği bir duruma çevirmeye yetmiştir.

Bir başka belirtmek istediğimiz husus ise madde gerekçesinin iki farklı sisteme birden atıf yapabilmesidir. Şöyle ki gerekçe, çeşitli yerlerde Fransız Hukukuna atıf yapmış örneğin bunlardan birinde sorumluluk hukukunda hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının kalmadığını ifade etmiştir. Fakat gerekçe aynı zamanda bu maddenin Alman hukukundan “ilham” alınarak düzenlendiğini ifade etmiş ve Alman anayasa ve yasa metinlerini de gerekçeye dahil etmiştir. Fakat burada çelişen durum Fransız sorumluluk sistemi ile Alman sorumluluk sisteminin birbiriyle uyuşmadığı ve sorumluluk hukukundan bazı hususlarda birbirinden çok uzak ve farklı olduğudur. İşte gerek bugün gerekse geçmişte DMK madde 13 ile ilgili yapılan tartışmaların kaynağında bu 2 hukuktan aynı anda yararlanılması yatmaktadır. Türk hukuku hizmet kusurunun asli ve doğrudan doğruya olduğu prensibini kabul ederken, “başkasının kusurundan sorumluluğu” kabul etmiş olan Alman sisteminin de kanunla sorumluluk hukukumuza eklenmesi gerek kanun koyucunun iradesinin gerçekleşmemesine, gerekse hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının bugün dahi devam etmesine neden olmuştur.

¹²⁸ Yaşar Karayalçın ise zarar görenin buna rağmen idare aleyhine değil de personel aleyhine dava açmasının sebebini “..*gaye memuru taciz etmek, İdareyi taciz etmek; kamu hizmetinin bir bakıma baltalanmasını sağlamak*” şeklinde açıklamıştır. Görüşleri için, Yaşar Karayalçın, *Tartışmalar Bölümü, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 186 vd.

Son olarak ekleyelim ki maddeye 1990 yılında eklenen fıkra ile birlikte “Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödeceği” nin belirtilmesinin hem bu tür suçların yaygınlaşmasını önlemek hem de özel girişim ağırlıklı politikalar ve özelleştirme çabaları sonucu Hazine’ye para yatırmak amacıyla olan kişileri korumak amacı olduğu belirtilmektedir¹²⁹. Ayrıca doktrinde, zimmet suçundan ötürü salt kişisel kusurun ortaya çıktığı ancak bu durumda dahi idarenin sorumluluğu üstlendiği bu maddenin salt kişisel kusur halinde idareye dava açılmayacağı kuralının bir istisnası olduğu iddia edilmektedir¹³⁰. Bu konudaki kanaatimizi ilerleyen bölümlerde aktaracağımızı bildirerek şimdilik bu fıkra katılmadığımızı, çünkü hukukumuzda salt kişisel kusur anlayışının özellikle Danıştay ve son zamanlarda da Yargıtay kararlarıyla ortadan kalktığını, suç teşkil eden fiillerin yetkilerin kullanılması kapsamında idarenin sorumluluğuna dahil edildiğini, anayasal sistemin ise zaten buna hiç sıcak bakmadığını ifade etmeliyiz.

Ayrıca yine madde ile işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da ilk fıkranın uygulanacağı ve bu konuda rücu müessesesinin işletileceği belirtilmiştir. Danıştay bir kararında bu konu ile alakalı olarak¹³¹:

*“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin **kişisel kusurunun** belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence yada zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır.”*

şeklinde karar vermiştir.

¹²⁹ Tayfun Akgüner, **Kamu Personel Yönetimi**, 3. bs., İstanbul, Der, 1998, s. 188.

¹³⁰ Ender Ethem Atay/Hasan Odabaşı, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2010, s. 105.

¹³¹ Dan. 5. D., 2007/7369, K.2008/3234, T. 03.06.2008, DBB.

3. DMK Madde 13'e Doktrinsel Görüşlerin Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımların Değerlendirilmesi

Günümüzde hala tartışılan ve 1982 Anayasası'nın ileride bahsedeceğimiz maddeleri nedeniyle gündemden de düşmeyen DMK madde 13 hükmünün ilk ortaya çıktığı anda nasıl karşılandığı, zamanla doktrin ve yargı kararlarında bu maddeye iltifat edilip edilmediği ve 1982 Anayasasının 40-3 ve özellikle 129-5 maddelerinin kabulü ile DMK madde 13'e bakışın hangi yönde olduğunu göstermek hizmet kusuru kişisel-kusur ayrımı açısından önemlidir. Ayrıca bu durum ajanın idareye karşı sorumluluğunu belirlemek açısından da önem arz etmektedir.

Bu bölümde 657 sayılı DMK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber 13. madde hükmünün doktrinde nasıl anlaşıldığını belirlemek amacıyla olacağız. Bu bölümde doktrindeki görüşlerden bahsederken doktrindeki her görüşü tek tek aktarmak yerine kabul görmüş ve tartışılmış temel görüşleri ele almaya ve fakat bu görüşleri de esas olarak bir sistem içinde belirtmeye çalışacağız. Tabiidir ki farklı görüşler içerisinde bunları sistemleştirmek –bir de sorumluluk hukuku alanında - belki kolay olmayabilir ancak en azından yakın olduğu görüş içinde belirtmenin ve varsa farklı yönünü de ele alarak açıklamanın daha doğru bir yöntem olduğu kanaatindeyiz. Ancak konu bakımından sistemin “*can damarını*” etkileyen nitelikteki bir takım görüşleri ise metin içinde yazarını da anarak ele almaya çalışacağız.

a. Ortaya Çıkış Amacı Bakımından DMK Madde 13'e

Yaklaşımlar

DMK ile birlikte madde 13'ün de yürürlüğe girmesiyle beraber doktrinde bu maddeyle ilgili çeşitli düşünceler öne sürülmüştür. Şöyle ki **Kanunun kabul edildiği tarihten sonra ama bu tarihe yakın zamanda mevcut olan eserlere baktığımızda** madde; hizmet kusuru anlayışının pozitif bir metin olarak ortaya çıktığı şeklinde anlaşılmış, ayrıca madde metninin; zarar görenin personelin görevleriyle ilgili

olmayan-bağı kesilen- şahsi kusurlarından ötürü, personel aleyhine doğrudan doğruya adli yargıya başvurmasını engellemeyeceği şeklinde anlaşılmıştır¹³².

Bunun yanında maddenin anlaşılması ve olgunlaşma için **üzerinden yeterli süre geçtiği zamanda da**, DMK madde 13'ün sorumluluk sisteminde herhangi bir değişik yapmadığı yönünde görüşler doktrinde yer bulmuştur¹³³.

Böylece DMK madde 13 hakkında madde hükmünün **herhangi bir yenilik getirmediğini** ifade edenler yanında, madde metninin yeni bir sistem getirdiği yahut en azından uygulanan sistemden daha geniş/farklı bir düzenleme getirdiği yönünde görüşler de mevcuttur. Fakat bu kanaatte olanlar da kendi içinde ayrıma tabi tutulabilir. Bunlardan **birincisi** madde metninin idarenin kusursuz sorumluluğu bakımından değer taşıdığını ve maddenin, özel hukuktaki adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzer bir bakış açısıyla düzenlendiğini ifade eden görüştür¹³⁴. Bununla birlikte gerek bu gerekse bir üstte belirttiğimiz görüşte olanlar, ajanların

¹³² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, s. 1208. Onar, o zamanki mevcut Fransız sisteminden bahsederek hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı yapmakta ve madde metninin hizmet kusuru esasına geniş bir şekilde yer verdiğinden bahsetmektedir. Aynı yönde Başpınar, "Tam Yargı Davaları", s. 489.

¹³³ Örneğin 1980 yılında yapılan "**Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**"nda bu sempozyuma katılan Yargıtay'ın o günkü 2. Dairesi başkanı Esat Şener DMK madde 13'ün iki amacı olduğunu ve bunlarından birincisinin memurun görevini yerine getirirken korkarak, çekinerek görevini yerine getirmemesi, takdir hakkını kullanırken kendine daha güvenli hareket etmesi, ikincisinin ise vatandaşın mali gücü daha kuvvetli olana karşı dava açmasını temin etmek olduğunu ifade ederek "(...)bu hükümle zarara uğrayan vatandaşa dava açmak bakımından seçimlik hak tanınmıştır. Onun için vatandaş dilerse Devlet aleyhine dava açar, dilerse memurdan zararını ister" demektedir. Esat Şener, "Tartışmalar Bölümü", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 232.

¹³⁴ Esin, **Esas**, s. 20. Yazar DMK madde 13' ü kusursuz sorumluluğa ilişkin kuram ve ilkeler içinde görmektedir. DMK madde 13' ün başlı başına bağımsız bir teoriye gündeme getirdiğini belirten yazar, ajanın yetiştirilmesinde, eğitilmesinde, seçiminde birtakım elverişsizlikten meydana gelen zararların daha önce de hizmet kusuru olarak kabul edildiğini söyleyerek kanun maddesinin hizmet kusuru bakımından bir yenilik getirmediğini ifade etmiş ve "(...)bize göre Dmk 13 üncü madde hükmünün gerçek(asıl) değeri kusursuz sorumluluk alanında belirmektedir(...)" demiştir. Yazar kusursuz sorumluluk anlayışını vurgulamak için "(...)koşulları varsa, idari hasar ya da sebepsiz iktisap kuramına başvurmadan anılan kanun hükmünü uygulamak gerekir. Böylelikle idarenin sorumlu ajana dönme(rücu) hakkı daha güçlü biçimde korunmuş olur." demektedir. Esin, **Esas**, s. 164-165. Ancak yazar 1979 tarihli "**Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyum**" da hizmetten ayrılamayan- hizmetten ayrılabilen kusur ayrımı yaparak fikrini değiştirmiş görünmektedir. Esin, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 230. Bunun yanında 1983 tarihli eserde ise açıkça DMK madde 13'ün kapsamının görev kusuru anlayışıyla belirlenebileceğinden bahsetmektedir. Yenice/ Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 320-323.

kişisel kusurlu eylemlerinden ötürü yani hizmete yabancı, hizmetle hiç bir ilişkisi olmayan ve görevden ayrılabilen kusurlarından dolayı sorumluluğunun madde kapsamı dışında kalacağını belirtmektedirler¹³⁵.

Madde metninin yeni bir sistem/düzenleme getirdiğini ifade edenler bakımından **ikinci görüş** ise metni yorumlayarak, hükmün “*kamu hukukuna tabi görevlerle*” bağlantısı olması şartıyla hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını kaldırdığını ancak madde lafzı böyle anlaşılmaya müsait ise de maddenin bu şekilde yorumlanmaması ve uygulanmaması gerektiğini savunanlar şeklindedir¹³⁶. Ancak maddenin hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını kaldırdığını ifade eden ve bunu destekleyen görüşler de bulunmaktadır¹³⁷.

Bunun yanında madde metninin yeni bir sistem getirmesinden daha çok mevcut kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımını **hizmet kusuru lehine genişleten ancak kişisel kusuru da kaldırmayan bir sistem olarak** kabul edenler de mevcuttur¹³⁸.

Burada doktrini ve yargı kararlarını doğrudan etkilediği için Duran’ın görüşlerini kısaca aktarmak gerekmektedir. Duran’a göre DMK madde 12¹³⁹ o zamana kadar ki mevcut yargı içtihatlarının kanunlaştırılması iken, madde 13 ise

¹³⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, . 1208; Başpınar, “Tam Yargı Davaları”, s. 489; Esin, **Esas**, s. 164.

¹³⁶ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 14 vd; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Davaları**, İstanbul, 1973, s.875- 876, (Nakleden Duran, Kamu Personelinin I, s. 17).

¹³⁷ A. Şeref Gözübüyük, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Görevleri”, **AİD**, C.V, sy. 3, Eylül 1972, s. 12, (Çevrimiçi)http://yayin.todaie.gov.tr, 08.07.2012. Yazar DMK madde 13’ün teminat sistemini getirmek dileğinde olduğunu, ancak DMK madde 13 metninin kaleme alınışı ve Yargıtay’ın uygulamaları sonucu bu “dileğin” gerçekleşmediğini bildirmektedir. Yazar, 1981 yılında basılan “Yönetmelik Yargı” adlı eserinde de DMK madde 13’ün lafzından ve konuluş amacından çıkan sonucun öğretide ve yargı kararlarında bu şekilde uygulanmadığını ifade etmektedir. A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 4.bs, Ankara, 1981, s. 277.

¹³⁸ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, t.y., s. 123.

(çevrimiçi)

http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/, 08.07.2012. Aynı yönde Düren, **İdare Hukuku**, s.302.

¹³⁹ İlk kanunlaştığı şekliyle DMK 12 şu şekildeydi: “*Kişisel sorumluluk :*

Madde 12- Devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadırlar. Görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tabidirler.”

Türk hukukuna; kişilerin uğradıkları zararlar bakımından o güne kadar uygulanan sistemden bambaşka bir sistem ve nitelik getirmek istemiştir¹⁴⁰.

Yazar, 657 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımının yapıldığını ve hizmet kusurundan ötürü idareye, kişisel kusurdan ötürü personele karşı dava açıldığını, bu zararın neden ve etkeninin personel ile idarede birlikte bulunabileceği bazı hallerde –birlikte sorumluluk halinde- hem personele hem idareye dava açılabilmesini bildirerek gerek gerekçedeki bir takım ifadelerden¹⁴¹ gerekse kanun tasarısının görüşülmesi sırasındaki birtakım konuşmalardan¹⁴² aldığı izlenimle artık Kanun maddesinin amacının “*kamu hukukuna tabi görevler bakımından*” bu üç durumda da davanın idareye açılmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle yazar “*kamu hukukuna tabi görevler*” ifadesinin genel ve salt olması nedeniyle personelin görev içinde ve sırasında fakat görevden ayrılabilen yahut göreve bağlanamayan tüm tutum ve davranışlarında idareye karşı dava açılacağını ifade etmektedir¹⁴³. Bu nedenle yazara göre Kanunun bu maddesi adli yargının görevine girdiği belirtilen “*fili yol*” ve “*taşınmaza el atma*” hallerinde dahi davanın İdareye açılması gerektiğini amaçlamıştır¹⁴⁴.

Böylece Duran aslında DMK madde 13’ün amacının “*kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilere verilen zararlar bakımından*” personel lehine **tam**

¹⁴⁰ Yazar bu sistemi o zamana kadar uygulanan sistemi “alt-üst” eden bir sistem olarak açıklamıştır. Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 8 ve 49.

¹⁴¹ Örneğin “(...)Halbuki maddedeki şekliyle, **her zaman** için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir(...)Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa’da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet kusuru», «Şahsi kusur» **tartışmalarına girişmeden**, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esas kabul etmiştir.” ifadeleri kanaatimizce de maddenin amacını gayet açık bir biçimde anlatmaktadır.

¹⁴² Gerçekten de tasarı görüşmeleri sırasında kullanılan ifadeler kanun maddesinin hangi amaçla çıkarıldığını göstermektedir. İlgili tutanaklar bakımından kanun koyucunun iradesini göstermek adına Devlet Personel Dairesi Başkanı **Hasan Şükrü Adal’ın** görüşü yeterlidir: “Burada hizmet kusuru halinde dahi memurun şahsi bir kusuru bulunabilir. Mümkündür ki memur, yetkisini aşabilir. İster keyfi şekilde hareket etsin, ister yetki ve görevini tamamen müdrik olmayarak bir tasarrufla bulunsun bunu aşabilir. Bu bakımdandır ki, sadece hizmet kusuru meselesi değil, kusurunu aşan bir kusur meselesi de mevzuubahsolabilir.”

(Çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=245&sayfa_no_son=300&sayfa_no=251&v_meclis=7&v_donem=4&v_yasama_yili=&v_cilt=30&v_birlesim=114, 08.07.2012.

¹⁴³ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 14.

¹⁴⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 14.

bir bağışıklık getirmek olduğunun görüldüğünü ve Kanunun gerek gerekçesinden gerekse lafzından çıkanın kişilerin personele karşı dava açmasını tamamen önlemek olduğunu açıklamıştır¹⁴⁵.

Ancak yazar DMK madde 13 hükmünün **usuli bir hüküm**¹⁴⁶ olduğunu ve idarenin sorumluluğunu gerektiren unsur ve sebeplerin yer almadığını ifade etmektedir¹⁴⁷. İşte Duran burada ortaya önemli bir iddia ortaya koyarak bu maddenin getirmek istediği sistemin Türk Kamu Hukuku sistemine uygun olmadığından bahisle kanun koyucunun iradesinin ve amacının gerçekleşmesinin hukuken mümkün olmadığını çünkü 1961 Anayasasının 31, 114 ve 125. maddeleri mevcut iken **personelin kişisel kusurunun** ortadan kaldırıldığının kabul edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁴⁸ ¹⁴⁹. Bu nedenle yazar kanun koyucunun bu iradesinin uygulanamayacağını belirterek sistemin aslında **nasıl olması ve nasıl uygulanması gerektiğine dair ayrımlarda bulunmuş**, böylece hizmet kusuru, görev kusuru, salt kişisel kusur ayrımı yapmış ve görev kusuru kavramı çerçevesinde DMK madde 13'ü yorumlamıştır¹⁵⁰. Yazara göre madde usuli bir hüküm olması nedeniyle personelin sorumluluğunun şartları gösteren genel ve salt bir düzenleme biçiminde anlaşılamaz. Böyle olunca madde “*davalıyı gösteren*” bir madde hüküm olarak anlaşılır ve **personelin kişisel kusurundan ötürü** adli yargıda dava açılmasını önleyici bir hüküm ihtiva etmez.

¹⁴⁵ Duran, **Kamu Personelinin**, s. 15 ve 41 vd.

¹⁴⁶ Yazar, idarenin kamusal sorumluluğunun maddi ve usul yönünün bulunduğunu, usuli yönünün daha çok muhakeme usulüne ilişkin sorunlar içerdiğini ifade etmektedir. Bir maddenin maddi yönü olarak örneğin bugün için iptal davalarında idari işlemin 5 unsur bakımından incelenmesine dair hüküm gösterilebilir ve bu hüküm usuli değildir. Bu nedenle örneğin Anayasanın 125. maddesi de idarenin sorumluluğuna dair maddi bir hükümdür **yani sorumluluk kurucudur** ancak sorumluluk şartlarını açıklamamak bakımından sadece temel bir ilke olarak ele alınabilir.

¹⁴⁷ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 9; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 7.

¹⁴⁸ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 42 vd. “T.C. Anayasası ve İdare Hukuku sistemi, kamu görevlilerinin sorumluluğunu İdareninkinden ayrı ve bağımsız olarak öngörüp düzenlemiş bulunduğu; 657 sayılı kanunun 13 üncü maddesi, personelin şahsi eylem ve kusurları ile verdikleri zararlardan ötürü kişiler tarafından kendileri aleyhine Adliye’de açılacak tazminat davalarını tamamen önliyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılmaz ve sayılamaz(...)”

¹⁴⁹ Bu maddelerin açıklanmasını 1961 Anayasasının 114. maddesini değerlendirdiğimiz bölümde yapmıştık.

¹⁵⁰ Duran, **Kamu Personelinin**, s. 49 vd.

Konu ile ilgili kanaatimize geçmeden önce bir kanun maddesinin nasıl yorumlanacağı hakkında Balta'nın yazdıkları o dönem için önem taşımıştır. Balta, kanunların yorumlanması bakımından birçok ayırım yanında ruhsal yorum ve sübjektif yorum ayrımı yapmaktadır. Yazara göre ruhsal yorum “*kanunun maksat ve amacını yoruma dayanarak yapmak*” olup kanunlar ve maddeleri belli bir amaç için konur ve ilişkin oldukları konuların gereklerini karşılamak isterler¹⁵¹. Yazara göre amaçsal yorum (gai), kanun koyucunun ne kastettiğinin belli olduğu ölçüde sonuç verir¹⁵². Halbuki kanun koyucunun çoğu zaman iradesi belli olmayabilir, teklif sahipleri ile komisyonun gerekçelerinin yahut ilgili kanunun Meclis Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında söylenen sözlerin bağlayıcılığını ve Meclisin iradesinin de bu yönde olduğunu söylemek her zaman kolay değildir¹⁵³.

Yazara göre¹⁵⁴:

“Tecrübe gösteriyor ki parlamento üyeleri oyladıkları metnin tam ve gerçek kapsamı hakkında pek az hallerde bilgili olarak davranırlar(...) Kanunlar Resmi Gazete ile yürürlüğe girerler. Parlamentonun anılan belgeleri ise kanunla birlikte ilân edilmezler. Üstelik incelenip manalandırılmaları da güçtür. Bu itibarla sübjektif yorum toplumca bilinmeyen bir anlamın kanuna mâl edilmesi gibi sakıncalı bir sonuç doğurur. Nihayet sübjektif metod belli bir zamandaki anlayışa önem veren tutucu niteliktedir. Bu ise hayatın akıcı yapısı ile bağdaşmaz”

Ancak 1982 Anayasası hükümleri, mahkemelerin kararlarına bakılıp geçmişe dönüldüğünde kanaatimizce Duran, bu hususta haklıdır. Şöyle ki gerçekten de madde metninde geçen;

“(...)Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa' da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet kusuru», «Şahsi kusur» tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir(...)”

ifadesi ve Devlet Personel Dairesi Başkanı **Hasan Şükrü Adal'ın** kanun tasarısı görüşmeleri sırasında:

¹⁵¹ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 326, 1970-1972, s. 189.

¹⁵² Balta, **İdare Hukuku I**, s. 191.

¹⁵³ Balta, **İdare Hukuku I**, s. 191.

¹⁵⁴ Balta, **İdare Hukuku I**, s. 191.

“(...)Burada hizmet kusuru halinde dahi memurun şahsi bir kusuru bulunabilir. Mümkündür ki memur, yetkisini aşabilir. İster keyfi şekilde hareket etsin, ister yetki ve görevini tamamen müdrik olmayarak bir tasarrufta bulunsun bunu aşabilir. Bu bakımdandır ki, sadece hizmet kusuru meselesi değil, kusurunu aşan bir kusur meselesi de mevzuubahsolabilir.”

görüşü kanun koyucunun amacının kamu hukukuna tabi görevler bakımından neredeyse tüm ihtimallerde davanın önce idare aleyhine açılmasını, sonra ise ilgili personele rücu edilmesini ister mahiyettedir. Bu hususta yukarıdaki endişeler yerinde olabilir. Hatta aşağıda bahsedeceğimiz şekilde kanun koyucunun iradesinin sorumluluk hukuku sistemini değiştirmekten öte mevcut sistem içinde değişikliğe gitmek olduğunu da söyleyebiliriz. Ancak bugünden geçmişe bakıldığında ve sonraki uygulamalar görüldüğünde, o gün kişisel kusur sayılan ve davalı ilgili ajan olarak adli yargıda görülen birçok davanın DMK madde 13 ile idari yargı alanına taşınarak davanın idareye açılmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu sistemin anayasal bakımdan o zamanki sisteme de uymadığını, bu konuyu günümüzdeki sistemi incelerken daha geniş ele alacağımızı belirterek burada konuya nihayet veriyoruz.

b. Hukuki Niteliği Bakımından DMK Madde 13’e Yaklaşımlar

Kanunun gerekçesinde belirtilen teminat sisteminin, Alman sisteminden ilham alınarak getirildiğinin söylenmesi, doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bu nedenle DMK madde 13’de ifade edilen teminat sisteminin içeriğini göstermek adına Alman Hukukunda o zaman sistemin nasıl anlaşıldığını ve aslında bizim hangi sistemden esinlendiğimizi görmek adına bu sistemin özelliklerini belirtmek gerekmektedir

(1) Alman Hukukunda Görev Sorumluluğu Kavramı¹⁵⁵

Öncelikle belirtilmelidir ki DMK madde 13 hükmü yürürlüğe girdiği sıralarda Alman hukukunda, hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi gibi kavramların

¹⁵⁵ “Amtshaftung” kavramı Onar tarafından “vazife sorumluluğu” sorumluluğu olarak çevrilmiştir. Aynı yönde kullanım bakımından Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerden Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1980, s. 79 vd.; Konuyla ilgili bkz. Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 292.

yerleşmemiş olduğu buna karşın bu hukukta görev sorumluluğu ve birtakım kusursuz sorumluluk hallerinin geçerli olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁶. Hizmet kusuru ile görev sorumluluğunun birbirine benzediği ancak aynı şeyleri ifade etmediği de belirtilmektedir¹⁵⁷. Örneğin hizmetin kuruluşundaki hatanın, görev sorumluluğunda bulunmadığı ifade edilmiştir¹⁵⁸. Alman hukukunda bu kavram bir kamu görevi ifa edenin kusurlu davranışlarıyla doğan zararlardan devletin sorumlu tutulabilmesinin koşullarını düzenlemektedir¹⁵⁹. Bu kurumun en önemli özelliği görevlinin kişisel sorumluluğuna dayanması ve bu sorumluluğun dolaylı olması, yani bu sorumluluğun devlet tarafından üstlenilmesidir¹⁶⁰. Ayrıca bu kavramın kaynağını içtihattan değil, pozitif düzenlemelerden aldığı da belirtilmektedir¹⁶¹.

DMK madde 13'ün atıf yaptığı Bonn Anayasası madde 34 görevlinin “egemenlik alanına” giren tasarruflarına ilişkindir. Bu nedenle de devlete ait olup özel hukuk alanına giren hususlar madde 34. uygulamasına dahil değildir. Ayrıca Bonn Anayasası madde 34 hükmü rücu hükmü dışında usuli bir hükümdür. Buna göre görev sorumluluğunun uygulanması için BGB 839'daki şartların gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶². Alman doktrinin de ise bu sorumluluğun şartları kendisine verilen kamu kudretinin/yetkinin kullanılması, bu yetkiyi kullanırken 3. şahıslara karşı yükümlü olduğu bir kamu görevini yapmaması ya da hatalı yapması, zararın ve kusurun bulunması şeklinde ifade edilmiştir¹⁶³. Burada üstün kamu gücü kullanan kişinin memur olması gerekmediği ve ancak bu yetki kullanılırken böyle bir kusurun meydana gelmesi aranmaktadır. Yani, görev vesilesiyle değil, görev nedeniyle zarar meydana gelmelidir. Örneğin bir polis, bir eylem sırasında, daha önce kavgalı olduğu bir kişiyi görüp, elindeki copu kullanarak onu döverse bu durum

¹⁵⁶ Ali Ülkü Azrak, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti”, **İÜHFM**, C. XXVIII, sy. 2, 1962, s. 368.

¹⁵⁷ Azrak, “Alman İdare Hukuku”, s. 368.

¹⁵⁸ Azrak, “Alman İdare Hukuku”, s. 368.

¹⁵⁹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 292.

¹⁶⁰ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 292.

¹⁶¹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 292.

¹⁶² Geniş bilgi için bkz. Gürsoy, “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, s. 82; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 294.

¹⁶³ Azrak, “Alman İdare Hukuku”, s. 371-373.

görev sorumluluğuna girmez¹⁶⁴. Ayrıca burada kast ve ihmâl arasında sorumluluk bakımından değil, rücu bakımından fark vardır¹⁶⁵.

Bunun yanı sıra rücu davaları **adli yargıda** görülür¹⁶⁶ ve uygulamada Alman Mahkemelerinin bu kusur sorumluluğu bakımından, bazı hallerde kusur ölçüsünü yukarı çekerek ve rücu davalarında görevlinin kusurunu hafif göstererek görevliyi tazmin yükümünden kurtardıkları belirtilmektedir¹⁶⁷.

(2) Türk Hukukunda DMK Madde 13'ün Niteliğine Yaklaşımlar

Bir üst bölümde belirttiğimiz gibi DMK madde 13'ün gerekçesinde de açıkça atıf yapılan 1948 tarihli Bonn Anayasasının 34. maddesi ve Alman Medeni Kanunu hükümleri ile Almanya da uygulanan sistem “*sorumlu personelin yerine İdarenin geçirilmesi ve ikame edilmesi*” sistemidir¹⁶⁸. İşte bu nedenle bir grup yazar madde gerekçesine ve teminat sisteminin uygulanmasına dayanarak Almanya'daki bu sistemin artık Türkiye’de de geçerli olacağını belirtmiştir¹⁶⁹. Buna karşın ise bir grup yazar, adli-idari yargı ayrımı ve kabul edilen idari rejim ile sorumluluk rejimi gereği, idarenin sorumluluğunun “*asli ve doğrudan*” olduğu belirtilen bir hukuk düzeninde “*personelin şahsi sorumluluğuna idarenin muhatap kılındığının yahut idarenin zarar görenin halefi sıfatıyla hareket ettiğinin iddia edilemeyeceğini*” belirterek madde metninin böyle anlaşılamayacağını ifade etmiştir¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Azrak, “Alman İdare Hukuku”, s. 372.

¹⁶⁵ Tümü için bkz. Azrak, “Alman İdare Hukuku”, s. 371-374.

¹⁶⁶ Azrak, “Alman İdare Hukuku”, s. 380.

¹⁶⁷ Gürsoy, “Sempozyum”, s. 82.

¹⁶⁸ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 19 ve 40.

¹⁶⁹ Karahasan, **Tazminat Davaları**, s. 865-877, (Nakleden Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 38); Akın Düren, “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1980, s.198 vd.; Kemal Tahir Gürsoy, “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, s. 228.

¹⁷⁰ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 19. Duran bu maddenin, yargı bağısıklığı yolu ile bir sorumsuzluk sağlamak istediğini, personelin İdare önünde sorumlu tutulmasından ötürü Alman sistemine değil, İsviçre’deki “Kanuni Teminat” sistemine benzediğini ifade etmiştir. Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 20.

Görüldüğü gibi burada Alman Hukuku ve Fransız Hukuku sistemleri arasındaki fark meselenin özünü ve maddenin yorum tarzını belirlemektedir. Fransız Hukukundan esinlenen yazarlar “çoğunlukla” dolaylı sorumluluk tarzını uygun bulmazken, Alman Hukukundan etkilenen hukukçular ise bu sisteme daha yakındırlar. Burada hangi sistemin doğru ya da yanlış olduğundan öte getirildiği iddia edilen dolaylı sorumluluk sisteminin mevcut hukuka ve sisteme uygun olup olmadığı önemlidir. Çünkü mevcut sistemden vazgeçilip başka bir sisteme geçilmesi, ülkemizde yeni bir durum olmayacaktır. Ancak mevcut anayasal düzenin kabul etmeyeceği bir sistemin getirilmesi ve uygulanması amacı varsa bu yerinde olmaz. Kanaatimizce sorumluluğu asli ve doğrudan doğruya olan, o yıllarda -ve şimdi de- anayasasında idarenin kendi eylem ve işleminden sorumlu olacağını belirten, içtihadi bir hukuk dalı olduğu kabul edilen ve birçok yönüyle Fransa’dan etkilenen bir hukuk sisteminde dolaylı sorumluluk anlayışı kabul görmemelidir. Burada mesele, idarenin sorumluluğu alanının genişleyip genişlemeyeceği değildir. İdarenin faaliyetlerinin artması ve yapısının değişmesi, mevcut koşulların aynı kalmaması gibi durumlar sorumluluk sisteminde değişikliğe neden olabilir. Örneğin Fransız Hukuku sorumluluk sisteminde ağır kusur kriteri de zamanla değişmiştir. Ama dolaylı sorumluluk sisteminin kabulü, ihtiyaçların karşılanamamasından ötürü ihtiyaçlara bir cevap olmaktan öte sistemin temelini değiştirir ki mevcut anayasal ve yasal yapı varken bunun uygulanması kanaatimizce daha büyük problemler çıkarabilir.

c. Uygulama Alanı Bakımından DMK Madde 13’e Yaklaşımlar

Önceki bölümlerde maddenin getiriliş amacını belli bir sistem içinde anlatmaya çalıştık. Şimdi ise bu görüş sahiplerinin, madde metninin uygulanmasına dair görüşlerini ifade etmek istiyoruz.

Buna göre DMK madde 13’ün mevcut sistemi esasen değiştirmedikçe dair görüş bildiren yazarlar, klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımını öngörmektedirler. Örneğin Onar personelin görevleriyle ilgili olmayan kusurlarından ötürü davanın adli yargıda açılabilirliğini ifade etmiş ve bunu belirttiği yerde kişisel kusur bölümüne de

atıf yapmıştır¹⁷¹. O halde DMK 13'ün yenilik getirmediğini savunanlar zaten bu hükümden yeni bir şey elde edemeyeceklerdir. Fransa'da hizmet kusurunu kişisel kusurdan ayırmak için çokça kullanılan hizmetten ayrılabilen- hizmetten ayrılamayan kusur kriterini kullanan bu tür düşüncedeki yazarların DMK yürürlüğe girmeden önceki görüşlerini sürdürdüğünü görüyoruz.

Diğer görüşler ise madde metninin idarenin sorumluluk alanını genişlettiği yönündedir. Ama bu görüş içerisinde tartışma “İdarenin sorumluluk alanının ne kadar genişlediği” ile alakalıdır. Bunlardan **birincisi** madde metninden memurun idarenin sorumluluk alanını daha da genişlettiğini ancak memurun şahsi kusur alanını ortadan kaldırmadığını ifade eden görüştür¹⁷².

Bunlardan **ikincisi** ise DMK madde 13'ün amacının yani lafzı ve gerekçesi doğrultusunda getirmek istediği sistemin uygulanmasının mümkün olmadığını savunan görüştür. Bu görüş de personelin şahsi kusur alanının ortadan kalkmadığını savunmakta ancak kendi içinde hizmet kusuru kişisel kusur ayrımında farklı ayrımlar yapmaktadır. Duran bu konuda üçlü bir ayrıma giderek salt kişisel- kusur- görev kusuru¹⁷³ ve hizmet kusuru ayrımı yapmış ve madde metninin görev kusuru salt

¹⁷¹ Onar, **İdare Hukukunun Umum, Esasları**, C. III, s. 1208; Başpınar, “Tam Yargı Davaları”, s. 489.

¹⁷² “Bu hüküm, memurun şahsî kusur alanını daraltıyor, buna karşılık İdarenin sorumluluk alanını genişletiyor vs üçüncü şahısları korumayı amaçlıyor. Ancak, bu hüküm karşısında, memurun şahsen sorumlu tutulacağı haller tamamen ortadan kalkıyor mu ? Hayır. Daralıyor, fakat tamamen ortadan kalkmıyor. Örneğin, bir vatandaşı döven bir memurun durumunu ele alalım. Bunda İdarenin hiçbir kusuru söz konusu edilemez. Böyle bir fiili kimse memurun sorumluluğundan çıkarıp İdarenin sorumluluğuna sokamaz. O halde memur, İdareye atıf ve izafesi mümkün olmayan kararları veya fiilleriyle üçüncü şahıslara zarar vermişse, DMK'nun 13 üncü maddesinin himayesine giremez-Gene memur, herhangi başka bir sebeple İdarenin üçüncü şahsa karşı sorumlu tutulmasına (hizmetin ve yetki kullanmanın zaruretlerinden, dogamayacak hallerle) sebebiyet vermişse, İdare, kendisine rücu eder” Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.123. Aynı yönde Düren, **İdare Hukuku**, s.302. Fakat Özyörük aynı eserin başka bir yerinde idari eylemi tanımlarken “Sorumluluk bakımından, idarî eylem anlayışı, gittikçe genişleme temayülündedir. Bir kamu görevlisi, göreviyle ilişkili olmayan bir hareketle üçüncü şahsa zarar verse, bunu İdareye atıf ve izafe etmek eğilimi kuvvetlidir. Üçüncü şahsa verilen zarar, İdareye ait bir araç veya gereçle, hattâ bir kamu görevlisi tarafından olmaksızın verilse dahi onu idareye bağlamak, kuvvet kazanmakta olan içtihatır. Hizmet kusuru anlayışındaki gelişmeler bunu gösterir.” diyerek ilk görüşünden farklı bir kanaat ortaya koymuştur.

¹⁷³ Yazar görev kusuru ifadesi için kimi zaman görevsel kusur (s. 51) ifadesini de kullanmış ayrıca hizmetten ayrılamayan kişisel kusurun da görevsel kusur olduğunu belirterek (s. 56) bu kavramları zaman zaman birbiri yerine kullanmıştır. Bkz. **Kamu Personelinin I.**

hizmet kusuru ayırımı yapılarak sınırlarının çizilebileceğini ifade etmiştir¹⁷⁴. Ayrıca yazar hizmet kusuru/hizmetin kusuru ayırımı yapmış ve neticede idarenin sorumluluğunu gerektiren ve asli olan görev kusuru ve hizmet kusuruna birlikte “idari kusur” demiştir¹⁷⁵.

Meseleye özel hukuk yönünden bakan bir başka temel görüş ise görev kusuru- hizmet kusuru anlayışı yerine özel hukuktaki objektif özen eksikliğini ve bu nedenle kusursuz sorumluluğa hükmedilmesi gerektiğini ifade eden anlayışı tavsiye etmiştir¹⁷⁶. Böylece personelin kişisel kusurundan dolayı adli yargıda davaya bakılması gerekip gerekmediği halde görev kusuru- kişisel kusur ayırımı yapılacaktır, bunun yanında ayrı bir hizmet kusuru- görev kusuru ayırımına gerek olmayacak, faaliyetin örgütlenmesi ve işleminde objektif özen yükümlüğü saptanırken varsa personelin görev kusurları da göz önüne alınarak rücu edilmesi de hesaba katılacaktır¹⁷⁷.

Yine bir başka özel hukukçuya göre ise DMK madde 13 ile bir seçimlik hak tanınmış olup zarar gören dilerse adli yargıya dilerse idari yargıya zararın tazmini için başvurabilecektir¹⁷⁸.

Maddenin hükmünün gerçek değerinin kusursuz sorumlulukta bulunduğunu ifade eden Esin ise, kusursuz sorumluluğu açıklamak için kurduğu sistemde DMK madde 13’ün uygulama alanını belirtirken; personelin görevden ayrılabilen kusurlarından ötürü idarenin sorumlu olmayacağını, hizmet kusurunun 657 sayılı Kanundan önce de var olduğu söylemiştir¹⁷⁹. Ancak yazar devamında madde kapsamına “kişisel kusur sayılamayacak derecede kusurlu eylemler” ile “kusursuz sorumluluk” hallerini dahil ederek “personelin kişisel kusur sayılamayacak kusurlu davranışları” bakımından idarenin sorumlu tutulacağını ancak ajanın kusuru varsa

¹⁷⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 51 vd.; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 27.

¹⁷⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 51; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 27.

¹⁷⁶ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 94.

¹⁷⁷ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 95.

¹⁷⁸ Esat Şener, “Tartışmalar Bölümü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, s. 232.

¹⁷⁹ Esin, **Esas**, s. 165.

rücu imkanının kabul edileceğini bildirmişti¹⁸⁰. Ancak Esin daha sonra görüşünü değiştirerek DMK madde 13'un usuli bir hüküm olduğundan ve maddenin hizmetten ayrılan- hizmetten ayrılamayan kusur ayrımı yaptığından bahsetmektedir¹⁸¹.

IV. AYİM MADDE 24'ÜN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYIRIMI BAKIMINDAN İNCELENMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 1602 SAYILI KANUNUN 24. MADDESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesi şu şekildedir.

“Hizmet ve şahsi kusurun birleşmesi:

Madde 24 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Kişiler askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

1602 sayılı Ayım Kanununun 24. maddesi ilk halinde ise metin;

Üçüncü Dairenin görevleri

MADDE 24. — Üçüncü Daire, a) Asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari eylem ve işlemler nedeniyle açılacak tam yargı dâvalarına,

b) Askerî hizmetin ifası dolayısıyla askerî görevin kural ve gereklerine uyulmadığı iddia edilerek üçüncü şahıslar tarafından asker kişileri aleyhine şahsi kusur isnadı ile açılacak tam yargı dâvalarına,

c) Diğer dairelerin görevleri dışında kalan dâvalara bakar”

şeklindeydi. Görüldüğü gibi maddenin ilk halinde asker kişileri aleyhine doğrudan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılabilmekteydi.

¹⁸⁰ Esin, *Esas*, s. 165.

¹⁸¹ Esin, “Tartışmalar”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)*, s. 230.

Bu madde hükmü doktrinde çok tartışılmış ve eleştirilmişti. Çünkü personel aleyhine -bu maddeye göre- kişisel kusurundan ötürü dava açmak kamu hukuku kurallarının hiçe sayılması olarak kabul edilerek ayrıca adli yargının görev alanının daraltıldığı ve bu sistemin idari izin ve kazai teminattan da öte olduğu ifade edilmiş¹⁸², bunun yanında şahsi kusur iddiası ile “*özelliği gereği*” idari yargıda şahıs aleyhine dava açılmayacağı, aleyhine dava açılırsa bu halde, şahsın yüksek tazminat miktarını ödeyemeyebileceği ve bu nedenle bu çözümün isabetsiz olduğu belirtilmiştir¹⁸³.

Bir emekli Hava Korgeneralinin terfi ettirilmeme işleminin, dava önüne gelen Danıştayca bozulması üzerine, bu kişi daha sonra yargı kararlarının yerine getirilmemesindeki kişisel kusurları nedeniyle Başbakan, Genelkurmay Başkanı ve Milli Savunma Bakanlarına karşı Ankara Asliye Altıncı Hukuk Mahkemesinde, Borçlar Kanunu’nun 49. maddesiyle 521 sayılı Yasa’nın 95. maddesine göre manevi tazminat davası açmış, mahkeme davayı, sonradan yürürlüğe giren 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun hükümlerine göre görev yönünden reddetmiş, davacı 23.2.1973 günlü dilekçe ile hükmü temyiz etmiş, anılan yasa hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğunu öne sürmüştü, öne sürülen aykırılık savını ciddi bulan Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 1602 sayılı Kanunun 24. maddesinin (b) bendinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bunun üzerine vermiş olduğu kararda DMK madde 13’ü incelemiş, -1961 Anayasasının- **Anayasa’nın 114 ve 125.** maddelerini yorumlayarak bu maddelerin personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerinde Adliye Mahkemelerinde tazminat davalarının açılmayacağı şeklinde anlaşılamayacağını yani personelin kişisel kusurundan ötürü idarenin sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme askeri kişilerin DMK madde 13’te yer alan, “personel” kavramına dahil olmadığını belirttikten sonra DMK

¹⁸² Duran, **Türkiye İdaresinin**, s 45 ve 66.

¹⁸³ “Bu düzenleme ile güdülen amaç, kısaca haksız fiil esaslarına dayanarak, asker kişiler aleyhine Adliye mahkemelerinde açılmakta olan “tazminat davalarının, bu mahkemelerce karara bağlanmasını önlemektir.” Gözübüyük, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Görevleri”, s.11.

madde 13'ü daha önceki bölümlerde ifade ettiğimiz biçimde Anayasanın ilgili maddelerine göre yorumlamış ve şöyle demiştir¹⁸⁴:

“Anayasanın değişik 114. maddesinin son fıkrasında “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” ilkesi yer almış, 125. maddesinde de “kamu hizmetlerinde her hangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse”nin, yönetmelik, tüzük, Kanun veya Anayasaya aykırı emirleri yerine getirmeyerek bu aykırılığı emri verene bildireceği, “üst”ün emirde ısrar ile bu emri yazı ile yenilemesi halinde emrin yerine getirileceği, bu takdirde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı; konusu suç teşkil eden emrin hiç bir surette yerine getirilemeyeceği ve emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça kurala bağlanmış, böylece “kamu hizmetlerinde her hangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse” kanuna ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden şahsen sorumlu tutulmuştur.

Personelin kişisel eylem ve davranışlarını. Anayasanın 114. maddesinin son fıkrasında belirtilen idarî eylem ve işlem saymağa olanak yoktur. Bundan dolayı personelin kişisel kusurları ile kişilere verdiği zarardan kendilerinin sorumlu olmaları ve tazminat borçlarını doğrudan doğruya ödemeleri Anayasa gereğidir. Bunun tersini düşünmek başka bir deyişle bu gibi hallerde zararı idareye ödettirmek ve idareye rücu hakkı tanımak Anayasa’nın 125. maddesiyle güdülen ereğe aykırı düşer. Nitekim, gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi bu anlamda anlaşılmış ve uygulanmıştır.

Özetlemek gerekirse, Anayasa hükümleri ve idare hukuku sistemi kamu görevlilerinin sorumluluğunu idareninkinden ayrı ve bağımsız olarak düzenlemiş bulunduğundan, 657 sayılı kanunun 13. maddesi, personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerine Adliye Mahkemelerinde açılacak tazminat davalarını önliyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılamaz.”

Mahkeme ayrıca kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla, vatandaş sıfatıyla kusurlarını ayırmış, birincisinin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi amacıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olduğunu, ikincisinin ise herkesin işleyebileceği türden bir kusur olduğunu ifade etmiştir. Yine mahkeme :

“açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yaran dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”

¹⁸⁴ AYMK, E. 1974/42, K. 1975/64, T. 25.3.1975, RG: 3.6.1975/15254, www. anayasa.gov.tr, KBB.

diyerek görev sırasında ya da dolayısıyla işlense dahi bu hallerde **salt kişisel kusurun** varlığını kabul etmiş ve bu hallerde davanın personel aleyhine adli yargıda görüleceğini belirtmiştir.

Bunun yanında Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının 140. maddesinin, 114. madde ile birlikte ele alındığında idarenin, kendine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukuka bağlı olduğunu ve bunun idare hukukunun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların kural olarak Danıştay'da görülüp çözülmesine yönelik bir idari sistem kurduğunu ve Anayasasının temel olarak idarî yargı alanı ile adli yargı alanlarını bir bakıma ayırdığını, Anayasanın 140. maddesinde yapılan değişiklik ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kurulmasının bu mahkemenin görev ve yetki alanını belli etmekten ibaret olduğunu ve Danıştay'a verilmemiş olan bir yargı yetkisinin Askerî Yüksek İdare Mahkemesine başka bir yasa kuralı ile verilmesinin anayasanın yapısı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Anayasa 114 ve 140'ı esas alan mahkeme böylece bu maddelerin kişisel kusurların denetimini içermediğini, maddenin iptal edilmemesi halinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin adli yargı yeri haline dönüşeceğini, ayrıca İdare Hukuku ilkelerine göre, idarî yargı mercilerince temyiz davaları dışında kişilere karşı dava açılması olanağı olmadığını, bu nedenle maddenin bu açıdan da idare hukuku sistemine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Özetle Anayasa Mahkemesi bu kararında kişisel kusur kavramını ayırarak, “personelin” hizmetten ayrılabilen kusurlarını kişisel kusur olarak saymış ve onun “herkes” gibi ortaya çıkabilecek haksız fiillerini kişisel kusur olarak nitelememiştir. Ayrıca yine mahkeme yukarıda belirttiğimiz gibi personelin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurlarından ötürü adli yargıda dava açılması gerektiğinden bahsederek bu mahkemenin özel hukuk alanında karar alabilen bir askeri mahkeme niteliğine büründüğünü ayrıca da tam yargı davalarında idareye karşı dava açılabileceğini ve temyiz davaları dışında kişilere karşı dava açılması olanağı olmadığından bahsederek Ayim madde 24/b hükmünü iptal etmiştir. Mahkeme argüman olarak Anayasanın 114 ve 125. maddelerinden çıkarımlarda bulunarak “salt kişisel kusurun” DMK madde

13'e rağmen varlığını kabul etmiş, bu hallerde davanın artık adli yargıda açılması gerektiğini ifade etmiş bunun aksine olan bir hükmü de iptal etmiştir.

Bu karar o dönemin şartları içerisinde değerlendirildiğinde görüleceği gibi Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 114 ve 140. maddelerini ele alarak bunların salt kişisel kusur kavramını desteklediğini ifade etmektedir. Aslında bu maddenin (24/b) iptal edilmeden önce de uygulamada pek yer de edinemediği ifade edilmektedir¹⁸⁵. Ayrıca mahkemenin Danıştay'a verilmeyen bir yetkinin AYİM'e de verilmeyeceğine dair görüşü, Danıştay'ın görev alanının Anayasa'nın temel yapısı içinde sayılmasından kaynaklandığı söylenmektedir¹⁸⁶. Bunun yanında mahkeme tam yargı davalarında davalının idare olması gerektiğinden bahsetmektedir. Bu hususu rücu bölümünde değerlendireceğiz. Ancak doktrinde bu hususta kararın bu noktası eleştirilmekte ve ajanın tam yargı davasında davalı konumunda bulunmasının sisteme aykırı olmadığı belirtilmektedir¹⁸⁷. Bundan başka o zaman ki bazı Danıştay ve Yargıtay kararlarında da görüldüğü gibi, personelin kişisel kusurları ayrıma tabi tutulmuş ve kaynağı Anayasa'nın ilgili maddeleri gösterilmiştir. Ayrıca bugünden farklı olarak **Anayasa'da ajanların sorumluluğuna dair** net bir ifade de bulunmaması bu hükmün verilmesini kolaylaştırmıştır. Bu nedenle Mahkeme genel kanıya uyarak personelin salt kişisel kusur hallerinin kalkmadığını ifade etmiştir. Bu nokta önemlidir çünkü 1982 Anayasası döneminde özellikle 40-3 ve 129-5 maddeleri değerlendirilirken bu nokta ele alınacaktır.

V. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

1961 Anayasası döneminde sorumluluk hukuku ile alakalı ortaya çıkan sorunlar, DMK madde 13'ün istenildiği gibi uygulanamaması, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını kaldırmak isterken bunu daha da derinleştirilmesi ve keskin hale getirmesi, yargı yerlerinin buna ilişkin kararları bu dönemde hizmet kusuru- kişisel kusuru ayrımının daha da güçlenerek devam ettiğini bize göstermiştir. İşte bu

¹⁸⁵ Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 168.

¹⁸⁶ Akıllıoğlu, "114 Yorumu", s. 26.

¹⁸⁷ Güran, "Sorumluluğun Belirlenmesi", s. 192

nedenle 1982 Anayasası'nın bu duruma da ilişkin bir takım hükümler barındırdığı görmekteyiz. 1982 Anayasasının bazı hükümlerinin bir önceki dönemde yaşanan sıkıntıları bertaraf etmek maksadıyla konduğu hep söylenegelmiştir. İşte aslında 1982 Anayasası'nın kamu görevlisinin sorumluluğuna dair maddeleri de bu şekilde anlaşılmalıdır. Yoksa idarenin sorumluluğunun içtihatla geliştiği veya yön verildiği kabul edilen, Anayasasında zaten idarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu olacağına dair, yani idarenin sorumsuz olamayacağı hükmünü barındıran bir hukuk sisteminde doğrudan ve keskin bir şekilde hem de çerçeve ilke ve kuralların yazılması gereken Anayasa'ya kamu görevlilerin sorumlulukları ile ilgili doğrudan hüküm koymak başka türlü anlaşılamaz. 1961 Anayasasının 114. maddesine benzeyen hükmü 125. madde ile devam ederken, bunun yanında 1961 Anayasasında bulunmayan 1982 Anayasası'nın 40 ve 129. maddelerine konan hükümler sorumluluk hukukuna ait bazı problemlerin giderilmesinin istenmesi nedeniyle konulmuştur. Fakat işin ilginç yanı Anayasayı yapanların aynı anda 1961 Anayasa'sının 114 ve 125. maddelerini de sistemde aynı şekilde bırakmış olmalarıdır. 1982 öncesi özellikle bu maddelere dayanılarak salt kişisel kusurun varlığı kabul edilmişken, bu yönde kararlar mevcutken, Anayasa Mahkemesi de salt kişisel kusur anlayışını özellikle bu iki maddeye dayandırmışken, 1961 Anayasa'sının 114 ve 125. maddelerinin 1982 Anayasasının 40/3 ve 129/5 maddeleri yanında 1982 Anayasasında 125 ve 137. maddeleri olarak devam etmesi meseleyi ve kafaları tümünden karıştırmıştır. Bu nedenle bu bölüm ve ileriki bölümlerde bu maddelerin incelemesi ve bu tür maddelerin anayasa konuluş amaçları, birbirleriyle ve diğer maddelerle olan ilişkileri üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

A. İDARENİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN 1982 ANAYASASI DÖNEMİNE GENEL BAKIŞ

1. İdarenin Genel Olarak Sorumluluğu Açısından 1982 Anayasası'nın 125. Maddesinin İncelenmesi

2709 sayılı 1982 Anayasasının 125. maddesi Anayasa'nın sistematığı içerisinde “İdare” başlıklı 4. bölümünün altında olup “Yargı Yolu” kenar başlığını

taşımaktadır. Maddenin ilk fıkrası “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” şeklinde olup, konumuz açısından önem taşıyan eden yedinci yani son fıkrasında “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü bulunmaktadır.

Bu hüküm de idarenin gerek kamu hukukuna tabi gerekse özel hukuka tabi sorumluluğu açısından önemli bir hüküm olmakla beraber usuli değil, esasa yönelik maddi bir hüküm olması bakımından önemlidir¹⁸⁸.

Öncelikle madde gerekçesine baktığımızda son fıkraya ilişkin Danışma Meclisi’nin gerekçesinde madde metninin tekrarlandığını görmekteyiz¹⁸⁹.

O halde bu hükmü ve işaret etmek istediği anlamı/anlamları daha iyi anlayabilmek için 1961 Anayasasının 114. maddesinin özellikleri bir kez daha hatırlanmalıdır. Çünkü idarenin sorumluluğuna dair meselelerde temel olarak 1961 Anayasasının 114. maddesi ile 1982 Anayasasının 125. maddesi gerek doktrinde gerekse uygulamada benzer şekilde anlaşılmıştır. Bu nedenle 1961 anayasasının 114. maddesi için belirttiğimiz birçok husus aynen geçerlidir. Anayasanın 125. maddesi de herhangi bir ayırım yapmadan genel olarak idarenin sorumluluğuna dair maddi hüküm içermektedir. Bu nedenle idarenin genel sorumluluğunu Anayasanın 125. maddesine dayandırmanın mümkün olduğu söylenebilir¹⁹⁰. Bu madde ile idarenin özel hukuka tabi ve idare hukukuna tabi sorumluluğunun da kabul edildiği ifade edilmelidir¹⁹¹. Ayrıca yine bu madde hükmü kusurlu ve kusursuz sorumluluk ayırımı yapmamış, ancak 1961 Anayasasının 114. maddesinin gerekçesinden farklı olarak kusurun yoğunluğuna yahut birtakım hususların belirlenmesine dair atıfta da bulunmamıştır. Ancak her ne kadar esasa ilişkin bir hüküm olsa da yine açıktır ki bu

¹⁸⁸ Duran’ın çokça kullandığı ayırımı bir kez daha hatırlatırsak İdarenin sorumluluğunu bir maddi yani, bir de “şekli” veya “usuli” yani vardır ki, bu ikincisi daha çok “idari tazminat davası”nın muhakeme usulüne ilişkin sorunları içerir.” Duran, **Türkiye İdaresinin**, s.1; Ozansoy, “Kamu Hukuku Erozyonu”, s. 79-80.

¹⁸⁹ “Öte yandan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu da belirtilmektedir.” (çevrimiçi)https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekelceli_1982_anayasasi.pdf, 9.07.2012.

¹⁹⁰ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 359. Yazar buna karşın böyle bir hüküm olmasa dahi, anayasanın sosyal hukuk devleti gereği idarenin sorumluluğunun kabul yeteceğini ifade etmektedir.

¹⁹¹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 367.

hüküm tek başına idarenin sorumluluğunu bakımından tam yargı davalarının şartlarını gösteremez. Esas olarak bu maddeleri sorumluluğun genel şartları bakımından Danıştay ve AYİM kullanmaktadır. Kısaca bu mahkemelerin bu maddeyi kullanım tarzına bakarsak; Danıştay kararlarında 1961 Anayasası dönemiyle benzer bir yönde kullanılmakta ve yine sadece madde numaraları değişmekte, yani 125. madde idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak kullanılmakta, buna ek olarak bu maddeye bazen İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri yahut diğer anayasa hükümleri buna eşlik etmektedir¹⁹².

Danıştay kararlarında genel olarak idarenin sorumluluğuna dair bir karar görüldüğünde klasik bir metin olarak “*Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış*” ifadesi geçmekte ardından olay değerlendirilerek karar verilmektedir¹⁹³. Yine 125. maddeye dayanılarak ve hakkaniyet nesafet kavramları kullanılarak kusursuz sorumluluğa ilişkin oldukça fazla karar verilmektedir¹⁹⁴. Ayrıca genel olarak bu dönemde yine 125. madde ve 129. madde kullanılarak personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurlarının da hizmet kusuru içinde bulunduğu belirtilmekte ve bu da idarenin sorumluluğunda sayılmaktadır. Bunun yanında yine 125. madde özellikle idarenin eylem ve işleminin olmadığı, illiyet bağının kesildiği kabul edilen sosyal risk ilkesinin uygulanmasının da kaynağı olarak kullanılmıştır¹⁹⁵.

¹⁹² DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, T. 29.4.2010, DD, sy. 125, s.39-47.

¹⁹³ Sorumluluk hukukuna dair Danıştay’ın hemen hemen her kararında bunu görmek mümkündür. Örneğin son kararlarında; DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, T. 29.04.2010, DBB; Dan. 10. D. E, 2006/1212, K. 2009/652, T. 06. 02. 2009, DBB; Dan. 12. D., E. 2009/300, K. 2011/1636, T. 12.4.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Dan 12. D. E. 2008/11, K. 2009/310, T. 17.12.2009, DBB.

¹⁹⁴ Örneğin, Dan. 10. D., E. 1995/1102, K. 1996/5774, T. 4.10.1996, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Dan. 10. D., E. 1996/9012, K. 1997/6164, T. 25.12. 1997, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹⁵ Özellikle Sosyal Risk ilkesinin ortaya çıkış sebepleri ve uygulanma koşulları bakımından bkz. Ali Ülkü Azrak, “İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı”na göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.135-147; Selim Kaneti, Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13/Mayıs/1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 147-150; A. Şeref Gözübüyük, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, C.50, sy. 3, 1995, s. 193-199.

(Çevrimiçi),http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/50/3/17_a_seref_gozubuyuk.pdf,5, Temmuz 2012.; Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, C. IX, sy. 1-2,

Haziran-Aralık 2005. (Çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/IX_178-204.pdf, 5 Temmuz 2012. (Makelenin bulunduğu sitede eserin sayfa numaraları verilmemiştir.), **Ancak 5233 sayılı “Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun” ile birlikte terör olayları bakımından sosyal risk ilkesinin uygulanma alanının sınırlandırıldığı belirtilmektedir.**Bkz. Cemil Kaya, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, **UHP**, C. 3, sy: 10, 2007, s. 25-42;

(Çevrimiçi)<http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/Xk7tT2E9hODsSLSJevty8ZQvm81fCf.pdf>, 5 Temmuz 2012; Ramazan Çağlayan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 28-29 Mayıs 2009, s. 451-495.

Mustafa Köksal, “Yasal Düzenlemeler Ve İçtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılanması Sorunu”, **TAAD**, C.1, sy. 3, Ekim 2010, s. 363-408.

(Çevrimiçi)<http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad3/209.pdf>.

“(…)27.07.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla kabul edilmiş olup; bu amaç, anılan Yasanın genel gerekçesinde “Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. ... Ortaya çıkan bu zararın paylaşılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakarlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. ... İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.... Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı (olağanüstü hal ilan edilen) 19.07.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması ...amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.

5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun, "amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Yasanın amacının, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek olduğu; "kapsam" başlıklı 2. maddesinde, bu Yasanın, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsadığı hükümlerine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere; 5233 sayılı Yasa, yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen "sosyal risk" ilkesinin yasalaşmış halidir. Bu nedenle, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra, meydana gelen terör eylemleri veya terörle mücadele sırasında uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan veya açılacak davalarda, artık sosyal risk ilkesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Ancak, adı geçen Yasanın uygulama alanı yalnızca "sosyal risk ilkesi" uyarınca tazmini mümkün olan uyumsuzluklarla sınırlı bulunduğu, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca açılan tazminat davalarının uygulama alanı dışında kaldığı açıktır.

Diğer yandan, 5233 sayılı Yasa hükümlerine göre, terör olayları nedeniyle kişilerin uğradığı maddi zararların karşılanması olanaklı olup manevi zararların karşılanmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, 5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen terör eylemi sonucu oluşan zararın tazmini isteminden kaynaklanan uyumsuzluğun, 5233 sayılı Yasa kapsamında irdelenerek çözümlenmesi gerekirken, davacının uğradığı maddi ve manevi zararlarının sosyal risk ilkesi uyarınca ödenmesi gerektiği yolunda verilen Mahkeme kararında

Ayım kararlarında da 125. madde idarenin genel sorumluluğu biçiminde kullanılmıştır¹⁹⁶. Bu mahkeme de bu hükmü maddi bir hüküm – sorumluluk kurucu bir hüküm olarak görüp, kararlarını buna dayandırarak vermektedir. Ancak Danıştay’dan farklı olarak Mahkeme maddenin tam yargı davalarında sorumluluk hukukunun temeli olabileceğini ifade etmekle beraber, bu maddenin tek başına yetmeyeceğini de belirtmektedir¹⁹⁷.

2. 1982 Anayasası’nın 125. ve 137. Maddelerinin Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından İncelenmesi

Önceki bölümde Anayasası’nın 125. maddesinin ortaya çıkış nedenini 1961/114 maddesine ilişkin olarak açıklamaya çalıştık. Burada belirtmek gerekir ki 1961 Anayasasının 114. maddesinin ve 125. maddesinin ele alınış biçimi yine 1982 Anayasasının 125 ve 137. maddesi bakımından da geçerlidir. Bu nedenle o bölümde yaptığımız açıklamalar bu bölüm için de aynen devam etmektedir. Meselenin teorik kısmı için tekrar etmemek adına o bölüme atıf yaparak meselenin yargı kararlarında nasıl görüldüğü hususunu buraya aktarmak istiyoruz.

hukuki isabet görülmemiştir.(...)” Dan. 10. D., E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009, (Kazancı İçtihat Bankası). **Kanunun uygulama alanı ile ilgili olarak bkz.** D.10. D., E. 2008/5548, K. 2008/9733, T. 31.12.2008; D.10. D., E. 2008/4286, K. 2008/9585, T. 30.12.1008.

Ayrıca uygulanma şartları bakımından örnek kararlar için bkz. Dan. 10. D., E. 2002/366, K. 2004/162, T. 14.1.2004, DBB; Dan. 10. D., E. 2001/4795, K. 2003/696, T. 25.02. 2003, DBB; Dan. 10. D., E. 2001/1254, K. 2002/4679, T. 10.12.2002, DBB.

¹⁹⁶ “İdare Hukuku ilkelerine ve Anayasasının 125’inci maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu suretle idarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. Ancak, Anayasada idarenin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceği belirtilmemiş, bu meselenin halli doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bugün idarenin sorumluluğu hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmaktadır. İster hizmet kusuru ister kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılсын, idarenin hukuki sorumluluğu için bir zararın varlığı, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması, zarara yol açan işlem ve eylemin bir hizmet kusuru teşkil etmesi veya kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanmasına elverişli nitelikte olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi zorunludur. Maddi olguda bu koşullardan birinin yokluğu idarenin tazmin sorumluluğunu kaldırır. Ortada bir zarar yoksa veya meydana gelen zarar idari eylem yada işlemde doğmamış ise yahut zararlar eylem yada işlem arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemez.” AYİM 1. D., E. 2010/308, K. 2010/838, T. 06.07.2010; AYİM 2. D., E. 2007/446, K. 2008/965, T. 8.10.2008; AYİM 2. D., E. 2003/344, K. 2005/613, T. 20.7.2005; AYİM 2. D., E., 2001/774, K. 2002/170, T. 13.02.2002; Ayım 2. D., E. 2001/226, K. 2002/102, T. 23.01.2002.

(çevrimiçi) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayım_kararlar.asp, 09.07.2012.

¹⁹⁷ Hulusi Gül, “Türk Hukukunda İdare Ajanının Hukuki Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999, s. 45.

Yargı kararlarına bakıldığında özellikle Yargıtay'ın 125 ve 137. maddeleri hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında işlevsel bir biçimde kullandığı görülmektedir. Özellikle YHGK bu konuda salt kişisel kusur kavramını kullanırken bu maddelerin bu işlevinden son derece faydalanmaktadır. İleriki bölümlerde ifade edeceğimiz gibi Y4.HD ve YHGK son kararlarında görüş değiştirmiş görünseler de YHGK uzun zamandır 125 ve 137. yi maddeyi kararlarında salt kişisel kusur anlayışını ve bunun sürdürülmesini desteklemek için şöyle kullanmışlardır¹⁹⁸:

“2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 129/5 maddesinde de; "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." kuralı getirilmiştir. Anayasa'nın bu hükmü tüm kamu personeli içinde olup, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak, zarara uğrayan kişilerin açacakları tazminat davalarında pasif husumeti düzenleyen usuli bir kural niteliğindedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yukarıda açıklanan 13. maddesi ile de aynı doğrultudadır. Bu bağlamda; anılan maddeler ile yasa koyucunun, memur ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, işledikleri fiillerden dolayı haklı haksız yargı önüne çıkarılmalarını önlemek ve kamu hizmetinin sürekli, eksiksiz görülmesini sağlamak, mağdur için de daha güvenilir bir tazminat sorumlusu tespit etmek amacını güttüğü söylenebilir. Ne var ki, personelin kişisel eylem ve davranışlarının idari eylem ve işlem sayılmadığını da burada hemen belirtmek gerekir. Gerçekte de Anayasa'nın 125/son fıkrasında "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." denilmekte, yine Anayasa'nın 137. maddesinde "...konusu suç olan emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı" belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa'da kamu personelinin kanuna aykırı eylem ve işlemlerinden şahsen sorumlu tutulacağı ilkesinin de ayrıca kabul edildiği çok açıktır. Diğer yandan memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkarak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır(...)"

Bu kararda da görüldüğü gibi Anayasa'nın 125 ve 137. maddeleri 1961 Anayasası döneminde doktrinde kullanıldığı gibi ya da Anayasa Mahkemesi'nin 1975 yılında vermiş olduğu kararda kullanılan işlevinde YHGK tarafından bugün yine kullanılmaktadır. Aslında bu kararda YHGK Anayasa'nın 129/5 ve DMK madde 13'ten de bahsettiği de görülmektedir. Ancak YHGK burada 129/5 ve DMK madde 13'ün işlevini Anayasa'nın 125/7 ve 137. maddeleri ile sınırlama yoluna

¹⁹⁸ YHGK, E. 2001/4-595, K. 2001/643, T. 26.9.2001, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde YHGK, E. 1998/4-27, K. 1998/100, T. 11.2.1998, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gitmektedir. Böylece de salt kişisel kusurun varlığı YHGK tarafından bu yolla devam ettirilmektedir.

Burada bahsetmek istediğimiz bir husus da AYİM kararlarında madde 125'in çokça kullanılmasıdır. Neredeyse tazminat davalarına ilişkin tüm davalarda 125. maddeyi kullanan mahkeme bu maddenin sorumluluğun temelini teşkil ettiğini belirtmekle beraber sorumluluk esaslarını yargı içtihatları ve doktrinin belirleyeceğini belirterek kasten işlenen suçlarda dahi davanın AYİM'de görüleceği ifade etmektedir. Ancak bu kararlarında mahkeme kusurlu yahut kusursuz sorumluluğa dayanabilmektedir. Bu kararları ve sebebini 3. bölümde ifade edeceğimizi belirterek burada bu konuya son veriyoruz.

3. 1982 Anayasası'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerinin Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından İncelenmesi

a. Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerinin Genel Değerlendirilmesi

1982 Anayasasının “**Temel Hak Ve Hürriyetlerin Korunması**” başlıklı 40. maddesi değişikliğe uğramış son haliyle:

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 3.10.2001—4709/16 md.)

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

şeklindedir.

Danışma Meclisi'nin bu madde hakkında gerekçesine bakıldığında gerekçede temel hak ve hürriyetlerin korunmasının esas olduğu, bunun resmi görevliler tarafından ihlâl edilmesinin neticeyi değiştirmeyeceğini bildirilmektedir. Ayrıca ihlalden doğan zararın devletçe ödeneceği ve bu halde görevliye rücu hakkının

olduğu belirtilmektedir¹⁹⁹. Milli Güvenlik Konseyi gerekçesinde ise temel ve hak özgürlükleri ihlal edilen herkesin ihlali yapan resmi görevli de olsa Devlet’e başvurabileceğinden bahsetmektedir.

1982 Anayasasının 129. maddesinin 5. fıkrası ise:

“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.”

şeklindedir.

Danışma Meclisi’nin yaptığı çalışmalar sonucu bu madde ilk halinde *“Görevleri ile ilgili olarak, kusurlu işlem ve eylemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumludurlar.”* biçimindeyken madde Milli Güvenlik Konseyi’nin önünden geçtikten sonra son şeklini almıştır. Bu maddenin gerekçesinde ise madde, **daha önceki uygulamanın bir devamı olarak görmüştür.**^{200 201}

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu tür bir hükümlerin Anayasaya girişi ilk defa 1982 Anayasası ile gerçekleşmiştir²⁰². Gerek Anayasanın 40/3 hükmünün gerekse 129/5 hükmünün sorumluluk hukukuna ilişkin ve birbiriyle benzer hükümler taşıdığı düşünülse de en azından lafız olarak birbirinden uzak olduğu görülmektedir. Ayrıca madde metinlerinde geçen çoğu ifade açıklamaya muhtaçtır ve tartışmalıdır. Şöyle ki

¹⁹⁹ “Danışma Meclisi’nin Gerekçesi: Bu madde ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasında diğer bir güvence öngörülmüştür. temel hak ve hürriyetleri ihlal olunan kişi, yetkili makama başvurma hakkına sahiptir; bu ihlalin resmî görevliler tarafından görevlerinin ifası sırasında yapılmış olması görevli için bir mazeret sebebi teşkil etmez. ihlalden doğan zarar devletçe ödenecek ve devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır. “MGK Anayasa Komisyonunun Değişiklik Gerekçesi: Madde hükümlerine göre, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, bu ihlal ister resmî görevli, isterse başkaları tarafından yapılsın yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu ilke göz önünde bulundurularak madde genel anlamda hüküm ifade edecek şekilde redaksiyona tâbi tutulmuştur”. (Çevrimiçi) https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, 09.07.2012

²⁰⁰ “Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.” (Çevrimiçi), https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, 09.07.2012

²⁰¹ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c010/dm_02010154ss0166ek04.pdf, (Çevrimiçi) 09.07.2012

²⁰² “Hemen belirtmek gerekir ki, Türk Anayasa metinlerinde ilk kez bu konuya yer verilmektedir.” Lûtfi Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, **AİD**, C. XVII, sy. 2, Haziran 1984, s. 13.

Ayrıca bkz. (Çevrimiçi) <http://yayin.todaie.gov.tr/yazar.php?Yazar=109>, 09.07.2012.

40/3 hükmü resmi görevlilerin haksız işlemlerinden ve zarardan bahsederken; kusurdan ve uygulama alanı olarak haksız işlemlerin içerdiği unsurlardan bahsetmemektedir. Bunun ilk planda önemli olmadığı düşünülebilirse de 129/5 maddesi kamu görevlileri ve memurlar için “*yetkilerini kullanırken*” ifadesini kullanmış, personelin açıkça kusurunu aramış, ancak bu madde de ortaya çıkacak zarardan bahsetmemiştir. Bunun yanında 40/3 maddesi rücuyla takdire bırakırken, 129/5’te ise “rücu kaydıyla” ifadesinden ötürü rücuyla zorunlu tutmuştur. Ayrıca iki madde de bir “**kanun**” bahsedilmiştir ancak bu kanun açıkça belirtilmemiştir.

Şunu açıkça vurgulamak gerekir ki doktrinde ve uygulamada 40/3 ve 129/5 maddeleri sorumluluk hukukuna dair olaylarda hep bir arada anılmış²⁰³, ancak asıl olarak memur ve diğer kamu görevlisinin sorumluluğu belirtilirken 129/5 maddesi esas alınmış ve genel olarak lafız ve içerik farklı olsa da bu maddelerin birbiriyle aynı şeyleri ifade ettiği söylenmiştir²⁰⁴. Ancak 129/5 hükmü varken neden bir de 40/3 hükmü ortaya konulmuştur? Burada 40/3 maddesi Anayasa sistematigi içerisinde “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı ikinci bölümde temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin madde altında düzenlenmiştir. Ancak bu madde bakımından resmi görevlilerin kim olduğu, haksız işlemlerin ne olduğu önemlidir. Fakat 129/5 hükmünün temel hak ve hürriyetleri kapsamı dışında tuttuğu ve 40/3 maddesinin de bunu düzenlediği düşüncesi kabul edilemez. Çünkü 129/5 te böyle bir ayrım yoktur. Ayrıca 40/3 maddesi rücuyla takdire bırakmış ve tazminatı haksız işlemlerle sınırlamıştır. Bu halde temel hak ve hürriyetlere ilişkin ihlallerde 129/5 hükmü değil de 40/3 hükmünün uygulanacağını söylemek yine zarar gören açısından hak kaybına neden olacaktır. Belki “resmi görevliler” ve “haksız işlemler” kavramının kapsamı tartışılabilir. Ancak bugün 129/5 hükmünün olaylarda temel olarak kullanıldığı, doktrinde madde 40/3’te bahsedilen “Kanun” un çıkarılmadığı için uygulama alanı bulamayacağı²⁰⁵ belirtilmekle beraber bu 2 metin arasında ve uygulama alanı bakımından farkın anlamını ve aslında pratikte “farkın bir anlamı” olup olmadığını maddenin uygulama şartlarını ifade ederken anlatmak üzere burada kısaca doktrinde

²⁰³ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 205 vd.

²⁰⁴ Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 115.

²⁰⁵ Örneğin bkz. Pertev Bilgen, “Kamu Görevlilerinin Sorumluluğunun Yargılanmasında Yöntem ve Görev Konuları-Tartışmalar Bölümü”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl. 22, sy. 91, Eylül 1994, s. 76.

herhangi bir fark görülmediğini ve birbiriyle uyumlu yorumlandığını belirtelim. Son olarak Duran'ın bir çekincesinden bahsetmek ve bu bahsi kapamak istiyoruz. Duran bu maddelerde geçen “*Kanunla düzenlenir*” ifadesinden adeta “tedirgin” olarak bir şekilde bahsederek bu Kanunlar “*vasıtasıyla*” tazminat davalarının adli yargıya bırakılıp bırakılamayacağını, tazminat borcunun sınırlanıp sınırlamayacağını, yahut bazı ajanlar bakımından ajanın davalı konumda olacağı bir sistemin düzenlenip düzenlenemeyeceğini sormaktadır²⁰⁶. 6100 sayılı HMK'nın getirebileceği tartışmaları ve iptal hükmünü ilk bölümde incelemiştik. Duran'ın bahsettiği durumların özel bir kanunla değil, aslında genel kanunlar yoluyla sağlanmak istediği görülmektedir. İfade ettiğimiz gibi, 1. bölümde bahsettiğimiz düzenlemeler belki sistemi hızlandırmak, daha da pratik hale getirmek, yargı yollarında yaşanan kafa karışıklığını önlemek, bir ve bütün sistem sağlayabilmek yahut idari yargı sisteminin görev alanını daraltmak gibi çeşitli niyet ve görüşlerle yapılmış olabilir. Ancak sorumluluk hukuku açısından hukuka uygun olmadığı yönündeki görüşe katıldığımızı, davaların daha da uzaması ve aynı olaydan farklı kararlar çıkabileceği sonucunun ihtimal dahilinde olduğunu belirtmek gerekir. Bunun yanı sıra, herhangi bir kanunla tazminat miktarının sınırlanması, sorumluluk hukukunun mantığına ters olduğu gibi, kanaatimizce Anayasa'nın 125. maddesine de aykırıdır. Kişilerin verdikleri zararları karşılaması günümüz hukuku açısından temel kaide olmasının yanı sıra, sorumluluğunu doğuran bir olaydan ötürü tazminatın kısıtlanması yahut tamamen kaldırması veya tazminatın ödenmesinin bir kanunla öngörülmesi halinde ödeme hususunda kapsam dışında kalındığının ifade edilmesi genel hukuk ilkelerine de aykırı düşecektir²⁰⁷. Bunun yanı sıra ajanın davalı konumda olduğu tazminat davaları bugün de geçmişte olduğu gibi kabul görmemektedir. Bu son durum rücu bölümünde de tartışılacaktır.

²⁰⁶ Duran, “Kamu Personelinin II”, s. 14.

²⁰⁷ Aslında Duran, 1974 yılında yazdığı makalesinde, bu hususa 1961 Anayasası döneminin yasal mevzuatını da ele alarak kendi cevap vermiş, tazminatın tam ve peşin ödenmesi gerektiğini, örneğin taksitle ödenecekse açık hüküm olması gerektiğini, tazminatın para cinsinden olması hususunu ve sağlanan emeklilik rejimi ve diğer sosyal hakların tazminat yerine geçemeyeceğini ifade etmiştir. Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 21.

b. Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerinin Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından Önemi ve DMK Madde 13 ile İlişkisi

Bu bölümde anayasa maddelerinin hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı bakımından oynadıkları işlev ve DMK madde 13 ile ilişkileri incelenecektir. Bu sebeple bu madde bakımından da gerek doktrinde anlaşılması, gerekse uygulanması bakımından belli sistemler ve ayrımlar yaparak meseleyi ortaya koymaya çalışacağız. Yine karışıklığa sebep olmaması adına esas mesele metin içinde verilip görüşler dipnota konulacaktır. Bunun yanında belirtelim ki benzer olarak görünen görüşler içinde de farklılıklar olabileceğinden bunlar ayrıca belirtilecektir.

Son olarak söylenmesi gereken husus aslında anayasa maddelerinin kapsamalarını iki açıdan incelemek gerektiğidir. Birincisi bu maddeler ile DMK madde 13 arasındaki ilişkinin kapsamının ne olduğudur diğeri ise DMK madde 13 denince akla gelen “görev kusuru” kavramının bu maddeler karşısında “hükmü” kalıp kalmadığıdır.

(1) Ortaya Çıkış Amacı ve Uygulanması Bakımından Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerine Yaklaşımlar

Öncelikle belirtmemiz gereken husus DMK madde 13 üzerinde ortak bir kanaate varamayan doktrinin bu maddeler üzerinde de anlaşamadığıdır²⁰⁸. Burada belirtmek istediğimiz ikinci husus doktrinin meseleyi 129/5 kapsamında ele aldığı ve kanunu çıkmadığı gerekçesiyle 40/3 hükmünü bir anlamda göz ardı ettiğidir.

Doktrinde bu konuda var olan görüşleri ele aldığımızda 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte ileri sürülen ilk görüşlerde, 1961 Anayasal sisteminde ileri sürülen görüşlerini devam ettirenler olmuştur. Ancak genel görüş anayasa maddelerinin dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması yönündedir. Bunları göstermek adına öncelikle şunu söylemek gerekir ki zaman geçtikçe genel kanaat 129/5

²⁰⁸ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 208.

hükümünün DMK madde 13'den kapsam bakımından daha geniş anlaşıldığıdır²⁰⁹. Ancak yanlış anlaşılmaya mani olmak için hemen belirtelim ki bu görüşte birleşen yazarlar arasında bu “**geniş anlama**” bakımından da fark vardır ve asıl sorun buradan çıkmaktadır.

Bunlardan **birincisi**; DMK madde 13 ile anayasal hükümler arasında fark olduğunu belirterek artık anayasa maddelerinin mevcut sorunu tamamen çözme iradesini taşıdığı yönünde olan görüştür. Bu görüşe göre aslında anayasa maddeleri DMK madde 13'ün getirdiği “*teminat sisteminden*” daha güçlü bir teminat anlayışı getirmek istemiştir. Çünkü DMK madde 13 ile istenilen hedefe ulaşılmamıştır ve anayasa koyucu artık bu hedefi gerçekleştirmek için anayasaya hüküm koymakla bu sorunu kesin bir sonuca erdirmek hedefindedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu görüş böyle temellendirilse bu görüşün alt başlıklarında bu görüşe neden olan hukuki argümanlar arasında değişik nedenler ileri sürülmektedir²¹⁰.

²⁰⁹ Örneğin bkz. Duran, “Kamu Personelinin II”, s. 3, 13. Yenice/Esin, **İdar Yargılama Usulü**, s.316, Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 214; Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 96 vd; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 588. Günday, **İdare Hukuku**, s. 377 ve 626; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer, Bahtiyar Akyılmaz, **Türk İdare Hukuku**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2011, s. 630 vd.

²¹⁰ “m. 129/5'in “memur ve kamu görevlilerinin(...)işledikleri kusurlar”ı hiçbir ayırım yapmadan salt biçimde kapsamına aldığı söylenebilir.” diyen Duran ancak bu durumun da madde 125- 137- 129/5ve 40/3 arasında çatışmaya neden olacağını ifade etmiştir. Duran, “Kamu Personelinin II”, s. 3, 13. Örneğin Akyılmaz bu konuyla ilgili son görüşlerinden birinde görev kusuru kavramının kullanılmasını doğru bulmayarak artık **Anayasa 129/5 ile beraber kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusuruyla sebep olduğu zararlardan ötürü –örneğin kasten işlese dahi - davanın mutlaka idareye açılması gerektiğini ifade ederken**, burada ortaya çıkan “**kişisel kusurun**” idari niteliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar “s. .124 vd. Bir takım farklılıklar olmakla beraber benzer bir görüş, Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 633-635. Eren de aynı sonuca vararak anayasal hükümlerin DMK madde 13'ün sebep olduğu tereddütleri kaldırmak için getirildiğini ve tam bir “idari güvence” sağladığını ifade etmektedir. **Yazar da kamu görevlisini kasten işlediği kusurlardan idarenin sorumlu olduğunu belirtmektedir.** Ancak Eren, örneğin; madde 40/3 deki “haksız işlemler” kavramının kaynağını Borçlar Hukukuna dayandırarak meselenin özünü tamamen farklı boyutlara taşımaktadır. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 590. **Günday da** kamu hukukuna tabi görevler bakımından hizmet içindeki kişisel kusurdan (Duran'ın ayırımında hemen hemen salt kişisel kusura karşılık gelmektedir) meydana gelen zarar olsa dahi–örneğin kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları- bunlardan ötürü meydana gelen zararlarda **davanın idareye karşı açılacağını belirtmektedir.** Günday, **İdare Hukuku**, s. 377 ve 626; Gözler de, anayasa hükümleri karşısında **ister hizmet kusuru, ister kişisel kusur (sayılan haller) bulunsun**, idare edilenlerin idareye karşı tam yargı davası açabileceğini ifade etmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s . 811.

Bu konuda **ikinci görüş** ise anayasal hükümlerin önceki durumu değiştirdiğini belirtmekle beraber yine de görev kusuru anlayışının ve ayrımlarının bulunması gerektiğinden hareket etmektedir. Buradaki değişiklik hizmet kusurunun alanının genişlemesi olarak nitelendirilebilir. Bu yazarların ortak özelliği anayasa 129/5 ve 40/3 maddelerini zikrederken DMK madde 13'ten referans almalarıdır. O halde bu yazarlara göre anayasa hükümleri ile madde kapsamı genişletilmiş ise de görev kusuru/salt kişisel kusur anlayışı terk edilmemiştir/edilmemelidir²¹¹. Fakat bu hususta da ayırım vardır ve görüşlere göre hizmet kusuru- salt kişisel kusur- görev kusuru kavramları farklılık göstermektedir. Ancak böyle de olsa bu görüşe göre kamu görevlisinin ancak görev kusurundan ötürü sorumluluğuna gidilebilir ve bu nedenle rücu edilir. Böyle olunca da bu yazarlara göre görevin hizmetle bağlantısının kesilmemiş olması aranır, aksi halde personelin kişisel sorumluluğuna gidilmelidir.

Bu nedenle yukarıdaki iki farklı görüş ve bu ayırım; bazı yazarlarca bu maddelerin-özellikle 129/5 kullanılarak- maddi yani **sorumluluk kurucu olduğunu** ifade etmesine²¹² bazılarınca ise bu maddelerin usuli nitelikte olduğunu ifade etmesine neden olmuş, ayrıca maddeyi nasıl değerlendirdikleri de görüşlerine kaynaklık etmiştir²¹³.

²¹¹ Örneğin Yenice/Esin 129/5'in kapsamının daha geniş olduğunu ancak yine de DMK madde 13 gibi, Anayasa'nın 129/5 maddesinin de **kişisel kusuru kaldırmadığından** bahsederek bu hallerde adli yargıya gidileceğini belirtmektedir. Ayrıca yazarlar görev kusuru anlayışını da benimseyerek anayasa 129/5 için de bu kavramı kullanma eğilimindedirler. Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 322; Ozansoy 129/5 kapsamındaki kusurun hizmet kusuru ve kişisel kusuru da kapsayabileceği anlayışını gerçekçi bulmakla birlikte (s. 218), kapsamı farklı olmakla beraber **görev kusuru kavramının kullanılmasını** önermektedir. Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal" s. 329 ve 332. Tan ise DMK madde 13 ve 40/3 ile 129/5 hükümlerini birlikte zikrederek **hizmet kusuru- görev kusuru- salt kişisel kusur** kavramlarını kullanmaktadır. Ancak yazar yargı kararlarında görev kusuru kavramının genişletildiğinden de bahsetmektedir. Tan, **İdare Hukuku**, 447. Özgüldür de hizmet kusuru- görev kusuru- salt kişisel kusur ayırımı yapmaktadır ve anayasanın 129. maddesinin salt kişisel kusuru kapsadığı şeklinde anlaşılamayacağını ifade etmektedir. **Özgüldür, Tam Yargı Davaları**, s.118 vd özellikle s. 123. **Yazar aynı kanaatini Anayasa Mahkemesi üyesi olarak 6100 sayılı HMK madde 3'ün iptal gerekçesinde de sürdürmektedir.** Aynı yönde görev kusuru- salt kişisel kusur ayırımı için bkz., Atay/ Odabaşı, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, s. 101 vd; Zekeriya Kurşat, "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", **İÜHFİM**, C. LXVIII, sy.1, 2008, s. 319-320.

²¹² Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 589; Akyılmaz, "İdarenin Mali Sorumluluğu", s. 112.

²¹³ Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 206; Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 107; Tan, **İdare Hukuku**, s. 445.

Bunun yanında son olarak da belirtelim ki DMK madde 13 de olduğu gibi burada da bu maddenin kusursuz sorumluluğa dair hükümler getirdiğine dair kanaat sahibi olanlar da vardır²¹⁴.

Yargı kararları bakımından ise özellikle Danıştay ve Yargıtay'ın bu konudaki tutumu bizim için önem arz etmektedir. 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinin ardından Danıştay'ın vermiş olduğu ilk kararlarda 1961 döneminde verdiği bazı kararların etkisinin devam ettiğini görüyoruz. Danıştay bu kararlarında hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı yaparak kişisel kusurun varlığını saptadığı hallerde davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir²¹⁵. Ancak bu kararlarda ne Anayasa'nın ilgili maddelerinden ne de DMK madde 13'ten söz edilmektedir. Ancak aynı tarihlerde ajanların önceki dönemde olduğu gibi taksirli suçlarından ötürü idarenin sorumlu tutulduğu da görülmektedir²¹⁶.

Özellikle 90'lı yıllardan sonra kararlarda kanaatimizce “*anayasa koyucunun iradesi*” diyebileceğimiz yönde değişimin olduğunu gözlemlenmektedir. Şöyle ki Danıştay, bu kararlarda Anayasa'nın 125. maddesini salt ve genel bir biçimde idarenin sorumluluğunun temeli olarak kullandıktan sonra genel olarak 129. maddeye atıf yaparak davanın görüneceği yargı yerinin idari yargı olduğunu belirtmektedir. Bu kararlarında mahkeme kimi zaman “*görev kusuru*” kavramına atıf yaparak; kamu görevlisinin kişisel kusurunun idare için hizmet kusuru oluşturduğunu belirtmiş ve davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmiş, kimi zaman ise görev kusurundan da bahsetmeden doğrudan “*kişisel kusur*” kavramını kullanarak fakat her davanın idari yargıda açılmasının gereğini vurgulamıştır. Örneğin konusu **kasten** yahut **taksirle** işlenip işlenmediğine bakmadan suç teşkil eden olaylarda²¹⁷-

²¹⁴ İsmail Malkoç/ Aytaç Malkoç, **Memurlar ve Suçlar: Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1988, s. 582.

²¹⁵ “*Kişisel kusurun varlığı halinde idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı açıktır. Ancak kişisel kusurdan söz edebilmek için de, her türlü işte kabul edilebilecek hata payı dışında, olayın oluşmasına neden olan kusurlu bir davranışın saptanması zorunludur.*” Dan. 10. D., E. 1982/2650, K. 1986/133, T. 30.1.1986, HBB; Yargı kararlarının uygulanmamasının kişisel kusur olduğu ve davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine ilişkin, Dan. 5. D., E. 1979/4849, K.1982/7836, T.22.6.1982, DBB.

²¹⁶ Dan. 10. D., E. 1982/775, K. 1982/1596, T. 22/6/1983, HBB.

²¹⁷ Örneğin, komutanının emirleri ile nizam ve talimatlara uymayarak karayolunda seyir halindeki araca askerlerin ateş açması sonucu araç içindeki kişilerin zarar görmeleri olayında bkz. Dan.10.

işkence olaylarında dahi²¹⁸-yargı kararlarının uygulanmamasına dair olaylarda²¹⁹, kamu görevlisinin keyfî davranışlarını teşkil eden hallerde²²⁰ Danıştay, kamu görevlisinin eyleminin hizmetten ayrılamadığı gerekçesi ile davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Fakat Danıştay'ın bu kararlarında dayandığı hukuki argümanlar ve kullandığı kavramların birbirleriyle çoğu zaman uyuşmadığını söylemeliyiz. Öyle ki mahkeme bazı kararlarında hem DMK madde 13 hem de Anayasa'nın 129. maddesine dayanarak karar vermiş ve sanki bu maddeleri birbirine paralel yorumlamış gözükmektedir. Ancak hemen belirtelim ki burada DMK madde 13 hükmü 129. maddeyle bağdaştırılmaya çalışılmıştır²²¹. Bunun yanında 2. Dairenin bazı kararlarında, madde 125 ve madde 129'dan bahsetmeden sadece DMK madde 13'e dayanarak karar verdiğini görüyoruz²²². Buna ek olarak Danıştay'ın bazı kararlarında sadece 125. maddeye dayanarak görevlinin kusurlarından ötürü idareyi sorumlu tuttuğu görülmektedir²²³.

D., E. 1997/721, K. 1999/5266, T. 20.10.1999, HBB; ifadesi alınmak üzere karakola götürüldüğü sırada **kötü muameleye** uğrayan kişinin açtığı davada bkz. Dan. 10. D. E. 2004/9784, K. 2006/2598, T. 21.4.2006, HBB; görevlinin ihmal ve kayıtsızlık halinde bkz. Dan. 10. D. E. 2004/1690, K. 2006/7348, T. 22.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310; savunma dilekçesinde onur kırıcı ve itibar zedeleyici ifadeler kullanan ajan hakkında kasti suç isnadı taşısa bile davanın idari yargıda görüleceği hakkında bkz. Dan. 2. D, E. 2004/619, K. 2005/751, T. 25/2/2005; polisin, suçunu ikrar ettirmek amacıyla ve katil kastı olmaksızın faili gayri muayyen şekilde darpta bulunmak suretiyle ölümüne sebebiyet vermesi olayında bkz. Dan.10. D. E. 1996/1746, K. 1999/5376, T. 02.11.1999, HBB; Dan. 5. D., E.2000/3316, K. 2004/3372, T. 29/09/2004, DBB; resmi aracı kullanan polisin dikkatsizliği sonucu polis arkadaşının ölümüne sebep olması nedeniyle taksirinin kişisel kusur kabul edildiği olay için bkz, Dan. 10. D., E. 1995/3321, K. 1995/4995, T. 26.10.1995, DBB; Dan. 10. D., E. 1995/1806, K. 1996/5983, T. 15.10.1996, DBB .

²¹⁸ Dan. 10. D., E. 2006/1212, K. 2009/652, T. 06.02. 2009, DBB.

²¹⁹ Yargı kararlarının uygulanmaması halinde bkz. Dan. 5. D., E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997, DBB; Aynı yönde: Dan. 5. D., E. 1998/1970, K. 2001/5153, T. 25.12. 2001, DBB.

²²⁰ DİDDK, E. 2002/191, K. 2002/644, T. 20.09. 2002, DBB.

²²¹ Polisin, suçunu ikrar ettirmek amacıyla ve katil kastı olmaksızın faili gayri muayyen şekilde darpta bulunmak suretiyle ölümüne sebebiyet vermesi olayında bkz. Dan.10.D, E. 1996/1746, K. 1999/5376, T. 02.11.1999, HBB,

²²² Savunma dilekçesinde onur kırıcı ve itibar zedeleyici ifadeler kullanan ajan hakkında kasti suç isnadı taşısa bile davanın idari yargıda görüleceği hakkında bkz.; Dan. 2. D, E. 2004/619, K. 2005/751, T. 25.2.2005, DBB. Aynı yönde Dan. 2. D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005, DBB.

²²³ Bu kararlarında olayın idarilik vasfından bahseden Danıştay ayrıca kişisel kusur kavramını kullanarak idareyi sorumlu tutmuş ancak ne Anayasa'nın 129. maddesine ne de DMK madde 13'e dayanmıştır. Örneğin resmi aracı kullanan polisin dikkatsizliği sonucu polis arkadaşının ölümüne sebep olması nedeniyle taksirinin kişisel kusur kabul edildiği olayda bu şekilde karar vermiştir. Dan. 10. D. E. 1995/3321, K. 1995, 4995, T. 26.10.1995, DBB; Dan. 10. D., 2001/40, K. 2001/3396, T. 04.01.2001, DBB.

Danıştay’ın bu kararlarında kullandığı kavramlara bakarsak; ajanların kusurlarından ötürü idareyi sorumlu tuttuğu kararlarının bazılarında, Anayasa madde 129’a dayanarak sadece **kişisel kusur** kavramına kullanmış ve davanın idareye karşı açılması gerektiğini ifade etmiştir²²⁴. Ancak mahkeme, bazı kararlarında yine 129. maddeye dayanarak ve fakat bu sefer **görev kusuru** kavramını kullanarak davanın idare aleyhine açılması gerektiğini ifade etmektedir²²⁵. Yine mahkeme başka kararlarında **kişisel kusurun**, **hizmet kusuru** olduğunu belirtmiş ve ajanın kusurundan ötürü davanın idareye karşı açılması gerektiğini bildirmiştir²²⁶. Ayrıca sadece hizmet kusurundan bahsetmesine rağmen madde 129/5’e dayandığı kararları da vardır²²⁷. Son olarak da belirtelim ki bazı kararlarında DMK madde 13’ten bahsederek davanın idare aleyhine açılmasına karar vermiştir²²⁸. Görüldüğü gibi Danıştay farklı kararlarında bambaşka temellere dayanarak aynı sonuca ulaşmaktadır. Ancak sonuç olarak söyleyebiliriz ki Danıştay Anayasa’nın genel olarak 129/5 maddesi uyarınca hizmet kusuru- kişisel kusuru ayrımını neredeyse bir rücu meselesi haline getirerek 1961 Anayasası döneminde salt kişisel kusur olarak gördüğü bir çok hali bugün idari sorumluluk içerisinde görmektedir²²⁹.

²²⁴ Yargı kararlarının uygulanmaması halini kişisel kusur olarak kabul edilip davanın idareye karşı açılması hakkında bkz. Dan. 5. D., E. 1995/3611, K. 1997/ 2485, T. 10.11.1997, DBB. Aynı yönde, Dan. 5. D., E. 1998/1970, K. 2001/5153, T. 25.12. 2001, DBB; Dan. 5. D., E.2000/3316, K. 2004/3372, T. 29/09/2004, DBB; Dan. 10. D., E. 2006/1212, K. 2009/652, T. 06.02. 2009, DBB.

²²⁵ Dan. 10. D, E. 1997/721, K. 1999/5266, T. 20/10/1999, DBB.

²²⁶ Başbakanlık Teftiş Kurulunca Hazırlanan “Susurluk Raporunun” basına sızdırılması ile davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiası ile açılan dava için bkz. DİDDK, E. 2002/191, K. 2002/644, T. 20.09. 2002, DBB; Dan. 10. D. E. 1995/3321, K. 1995, 4995, T. 26.10.1995, DBB; Aynı yönde bkz. Dan. 10. D., E. 1995/1806, K. 1996/ 5983, T. 15.10.1996, DBB.

²²⁷ Dan. 10. D., E. 2009/ 144, K. 2009/ 3183, T. 27. 04. 2009, DBB; Dan. 10. D., E. 1995/1806, K. 1996/ 5983, T. 15.10.1996, DBB.

²²⁸ Savunma dilekçesinde onur kırıcı ve itibar zedeleyici ifadeler kullanan ajan hakkında kasti suç isnadı taşısa bile davanın idari yargıda görüleceği hakkındaki kararda ajanın kasta ulaşan kişisel kusuru olsa dahi Anayasa madde 129 gereği davanın idari yargıda görüleceği ifade edilmiştir. Dan. 2. D, E. 2004/619, K. 2005/751, T. 25.2.2005, DBB. Aynı yönde bkz. Dan. 2. D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005, DBB.

²²⁹ İleride kişisel kusur hallerini incelerken değineceğimiz bir kararında ise Danıştay hangi hükme dayandığını dahi belirtmeden suç niteliğindeki eylemlerden ötürü davanın idare ajanları aleyhine adli yargıda **da** açılabileninden bahsetmiştir. Ancak bu kararında mahkemenin hangi hükme dayandığı hangi ilke ve kuralları kullanarak bu kararı verdiği açık olmadığından ve sonraki kararları da tam aksine olduğundan bu kararı bir istisna olarak kabul ediyoruz. Karar için bkz. Dan. 10. D., E. 1996/2383, K.1997/4163, T. 6.11.1997, DBB.

Yargıtay kararlarında ise durum son kararlarında farklı olmak üzere genel olarak bu maddelerin salt kişisel kusuru kaldırmadığı yönündedir. Şöyle ki ileride kendisinden daha da geniş bahsedeceğimiz 1980 yılından önce verilen bir kararında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yalnızca uygulanmaması halini kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli görmüş ve ajanın sorumlu tutulması için ayrıca kin, garez, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmesini aramamıştır. Burada “*yargı kararını uygulamama eylemi*” **suç teşkil** ettiği için, Kurul tarafından ajanın kişisel kusuruna gidebilmek için yeterli bulmuştur. Bu kararında Kurul ayrıca 1975 tarihli AYM kararından da etkilenerak İdare ajanının ızzar kastıyla, garez, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerin, ayrıca idare ajanının bunlar dışında da, örneğin emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumlarının ve suç teşkil eden davranışlarının da kişisel kusur teşkil ettiğini ve bu davaların adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmiştir²³⁰. İşte 1982 Anayasası yürürlüğe girmesine ve 129. maddesinin lafzına karşı genel olarak örneğin YHGK’nın bir çok kararında içtihadı birleştirme kararında görülen ayrımın kabul edildiğini görüyoruz. Öncelikle belirtelim ki YHGK bu kararlarında Anayasa madde 129’u ve DMK madde 13’ü usuli bir hüküm olarak görmektedir²³¹. Usuli hüküm olunca da YHGK, maddenin lafzını salt kişisel kusuru kapsayacak bir şekilde genişletmektedir. Bu nedenle YHGK, bu kararlarında Anayasa’nın 129. maddesinin **salt kişisel kusuru** kaldırmadığını ve kamu görevlisinin aleyhine bu iddia ile dava açıldığı takdirde mahkemelerin bu davayı görmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kurul yine bu kararlarında madde 129/5’in kapsamının idari işlem ve eylemle sınırlı olduğundan bahsetmekle birlikte bu durumun kapsamına girmeyen hallerin **kişisel kusur** olduğunu ve kişisel kusurun da DMK madde 13 ve Anayasa 129’un kapsamına girmeyeceğini ifade etmektedir. Ancak YHGK’nin idari işlem ve eylemden daha doğrusu faaliyetin idarilik vasfından anladığı şey daha dar kapsamlı olunca örneğin Danıştay’ın hizmet kusuru oluşturduğundan bahsettiği bazı olayları salt kişisel kusur kabul etmiş olmaktadır Böyle olunca da kararlarında görevden ayrılabilen-

²³⁰ YİBBGGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG. 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67.

²³¹ YHGK, E. 2001/4-595, K. 2001/643, T. 26.9.2001, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ayrılabilen kusur ayrımı yapmakta ve 129/5'in salt kişisel kusuru kaldırdığı görüşünü kabul etmemektedir²³². YHGK kararlarında gördüğümüz bir başka husus ise madde 129/5'i kullanarak bir davanın idare aleyhine ancak hizmet kusuru varsa açılabilceğine dair görüşüdür.

YHGK, asistan doktor olan görevlinin, doğum sırasında fazla basınç ve zorlama nedeniyle çocukta oluşan sıkıntı nedeniyle adli yargıda dava edilmesini²³³, Sağlık Bakanlığına bağlı bir hastanede yapılan ameliyat sırasında hastanın felç olması olayında, davalı doktorun salt kişisel kusuruna dayanılmasını²³⁴ savcının haksız suçisnadı ile dava açtığı iddiasıyla açılan tazminat davasında savcının salt kişisel kusurunun aranması gerektiğini²³⁵, doktor hatasında davanın adli yargıda açılacağını²³⁶ belirterek bu ve buna benzer birçok olayda salt kişisel kusur iddiasıyla adli yargıda dava açılmasını kabul etmiştir. Burada YHGK'nin 2 farklı kararından bahsederek madde hükümlerini nasıl yorumladığını doğrudan göstermek istiyoruz²³⁷:

“(...) Doktrinde kişisel kusurun alanı yalnız kötü maksat ve niyetle sınırlandırılmayıp ihmâl, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi haller kişisel kusur kavramı içinde değerlendirilmiştir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.10.1979 gün ve 7/2 sayılı kararı)

Kamu görevlilerinin kişisel kusuru, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle, bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden ibaret olduğu... Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlenmiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış olacağı sonucuna varılmıştır. (Anayasa Mahkemesinin 25.3.1975 gün ve 42/62 sayılı kararı)

Kişisel kusur ile hizmet kusuru ayrımında şu ölçütler kullanılabilir.

1- Eylem, eylem ve kusurlarının hizmetten açıkça ve kolayca ayrılabilmesi,

²³² YHGK, E. 2007/4-800, K. 2007/797, T. 31.10.2007, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³³ YHGK, E. 2009/4-448, K. 2009/ 545, T. 18.11.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁴ YHGK, E. 2007/4-800, K. 2007/797, T. 31.10.2007, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁵ YHGK, E. 2006/4-526, K. 2006/562, T. 20.9.2006, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁶ YHGK, E. 2006/4-86, K. 2006/111, T. 29.3.2006, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁷ YHGK, E. 2002/4-993, K. 2002/1052, T. 11.12.2002, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

- 2- Kötü niyetle üçüncü kişiye ya da kuruma zarar vermenin amaçlanması,
- 3- Kendisine ya da başkasına özel çıkar sağlanması,
- 4- Bağışlanmayacak ölçüde işlem ve eylemlerde ağır kusur bulunması,
- 5- Yetkinin bilerek ve isteyerek kötüye kullanılması,
- 6- İdarenin görev alanı dışına çıkılması hallerinde memur veya diğer kamu görevlisinin kişisel kusurundan söz edilebilir.

Hemen belirtelim ki hukuka ve yasa kurallarına açıkça karşı gelinmesi, yargı kararlarının uygulanmaması, kin, garez, düşmanlık vs. gibi duygularla hareket edilmesi kişisel kusur için, yani memur ve kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. Memur veya diğer kamu görevlisinin görevini yaparken ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, özensizlik, gözetim ve denetim görevini ihmal sonucu ortaya çıkan zararlar da kişisel kusur kapsamına girer. Kişisel bir kusur olarak nitelendirilebilecek bir eylem yahut işlemin varlığı halinde sorumluluktan söz edilebilecektir. Burada sözü edilen kusur kasdi olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir.”

Diğer kararında ise YHGK şöyle demektedir²³⁸:

“2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa' sının 129/5 maddesinde de; "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." Kuralı getirilmiştir. Anayasa'nın bu hükmü tüm kamu personeli içermekte olup, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak, zarara uğrayan kişilerin açacakları tazminat davalarında pasif husumeti düzenleyen **usuli** bir kural niteliğindedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yukarıda açıklanan 13. maddesi ile de aynı doğrultudadır.

Bu bağlamda; anılan maddeler ile yasa koyucunun, memur ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, işledikleri fiillerden dolayı haklı haksız yargı önüne çıkarılmalarını önlemek ve kamu hizmetinin sürekli, eksiksiz görülmesini sağlamak, mağdur için de daha güvenilir bir tazminat sorumlusu tespit etmek amacını güttüğü söylenebilir. Ne var ki, personelin kişisel eylem ve davranışlarının idari eylem ve işlem sayılmadığını da burada hemen belirtmek gerekir. Gerçekte de **Anayasa'nın 125/son fıkrasında "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."** denilmekte, yine **Anayasa'nın 137. maddesinde "...konusu suç olan emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı"** belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa'da kamu personelinin kanuna aykırı eylem ve işlemlerinden şahsen sorumlu tutulacağı ilkesinin de ayrıca kabul edildiği çok açıktır. **Diğer yandan memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkarak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlar da eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır.**

²³⁸ YHGK, E. 2001/4-595, K. 2001/643, T. 26.9.2001, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

(...)Gerek öğretide gerek 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 1988 bası, sayfa 681; tanım yönünden -Cüneyt Özansoy -Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu -Doktora Tezi, 1989, sh. 330)(...)"

Fakat YHGK'nın genel kanaati bu yönde olmakla beraber son kararlarında tam aksine bir görüş bildirmiştir. Şöyle ki meşhur kararlarından olan ve yanlış tedavinin salt kişisel kusur oluşturduğunu belirten YHGK son içtihatlarından birinde bu durumu Anayasa 129/5 kapsamında görmüştür. Bu kararında Kurul madde 129/5'i nasıl anladığını şöyle açıklamıştır:

"(...) Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için "**hizmet kusuru**" ve "**kişisel kusur**" ayırımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun **tamamen idare ile memur arasında** görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın "kusur" ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin **kişisel kusurunun kasti suç niteliği** taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir."

Görüldüğü gibi Kurul son kararlarından biri olan bu kararında, Danıştay'dan da öteye giderek maddeyi genel ve salt bir biçimde yorumlamış ve önceki içtihadını değiştirmiştir.

Aslında YHGK'nın eski dönemde de ve bu yukarıdaki salt kişisel kusura dair kararları verdiği dönemde de aksi yönde kararları vardır. Şöyle ki bazı kararlarında Anayasa'nın 129. maddesi ile bir kanun maddesi çelişiyor ise Anayasa'nın 11 ve 177/(e) maddeleri gereği çatışan kanun maddelerinin uygulamayacağını belirten

YHGK, 129. maddede geçen kusur kavramını geniş anlayarak ve örneğin taksirle işlenen fiilleri de buraya dahil ederek taksirli suçlarda davanın idare aleyhine açılacağını belirtmekteydi²³⁹. Bunun yanında örneğin bir Emniyet Müdürlüğünde yasa dışı dinleme yapılması iddiası ile açılan davada, idarenin bilgisi dışında hem de yasal dinleme odasının bulunduğu kurumun bir başka katında, yasal olmayan bir dinleme odasının kurulmasının mali külfet gerektireceğini belirterek davada hizmet kusuru olduğunu belirtmişti²⁴⁰. Ancak bu olayda kişilerin kişisel kusurunun ispatlanamadığı da açıkça kararında belirterek bu durumu göz ardı etmediğini göstermiştir. Yine bakanın kamu görevlisi sayıldığı meşhur kararında da Anayasa'nın 129. maddesinin şartlarının öncelikle incelenmesi gerektiğinden bahsetmekteydi²⁴¹.

Burada yukarıda olduğu gibi Yargıtay 4. HD'ninde son kararlarında görüş değiştirdiğini belirtmek gerekir. Ancak daha önceki kararlarında Anayasanın 129. maddesini ve DMK madde 13'ün idari işlem ve eylemlerle sınırlı olduğunu belirtip, bunu ise dar yorumlamıştır²⁴². Örneğin Danıştay'ın yetkiyi kötüye kullanmak olarak görüp idari işlem ya da eylemin hukuka aykırı duruma geldiğini belirttiği ve görev alanı içinde gördüğü kötü muamele ve işkence olaylarında²⁴³ Y4. HD ise işkence yapma hak ve yetkisinden söz edilemeyeceğinden davanın 129/5 kapsamında görülemeyeceğinden bahsetmektedir²⁴⁴. Böyle olunca da Y4. HD, birçok olayı salt kişisel kusur kapsamı dahilinde değerlendirmektedir. Ancak örneğin tedavide savsama iddiası ile açılan davada salt kişisel kusurun incelenmesi gerektiğine karar veren²⁴⁵, yanlış tedavi nedeniyle açılan bir davada, salt kişisel kusurun olup olmadığının tespit edilmesine dair karar veren²⁴⁶, güvenlik tedbirini alınmadığı için zararın oluştuğu iddia edilen bir olayda kişisel kusurun aranması gerektiğini

²³⁹ YHGK, E. 1998/10-457, K. 1998/510, T. 17.6.1998, (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁴⁰ YHGK, E. 2009/4- 48, K. 2009/84, T. 18.2.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴¹ YHGK, 14.9.1983, 4-1714/803 (Karar metni için bkz Malkoç/Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 648).

²⁴² Y4. HD, E. 2011/1917, K. 2011/1828, T. 23. 2. 2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴³ Dan. 10. D., E. 2006/1212, K. 2009/652, T. 06.02. 2009, DBB.

²⁴⁴ Y4. HD, E. 1986/4898, K. 1986/7786, T. 17.11.1986, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁵ Y4. HD, E.2010/1144, K. 2010/1540, T. 17.2.2010, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁶ Y4. HD, E. 2007/ 8843, K. 2007/10537, T. 20.9.2007, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

belirten²⁴⁷, genel olarak davalının kişisel kusuruna dayanılan davaların adli yargıda görülmesi gerektiğini belirten²⁴⁸ ve bu eylemlerin idari eylem ve işlem vasfında bulunmadığından adli yargının alanına girmesi gereğinden bahseden Y4. HD, son tarihli bir kararında şöyle demektedir²⁴⁹:

“Dava, kamu görevlisi olan davacının görev yerinin haklı bir neden olmadan değiştirilerek mağduriyetine yol açıldığı iddiası ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davalı idare hakkında idari yargı yerinin görevli olduğuna, diğer davalı hakkında ise işin esası incelenerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ve karar davalı ?tarafından temyiz edilmiştir.

*Dava, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurları sonucu kişilere zarar vermelerinden kaynaklanan ve zarar görenlerin kamu görevlileri aleyhine açtıkları tazminat davasıdır. Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya **görevlerini yaparken**, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibarıyla davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu durumda, kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının **hizmet kusuru mu yoksa, hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu** olacağının tespiti gerekmektedir. **Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu***

²⁴⁷ Y4. HD, E. 2005/12871, K. 2005/11480, T. 25.10.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁸ Y4. HD, E. 2011/1917, K. 2011/1828, T. 23. 2. 2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁹ **Y4. HD, E. 2012/5848, K. 2012/8368, T. 11.5.2012, (Yayımlanmamıştır).** Aynı yönde iş makinasını kullanan kamu ajanının, yer altında bulunan kabloları zarar vermesi nedeniyle davanın idari yargıda görülmesi gerektiğine dair, Y4. HD, E. 2010/12270, K. 2012/765, T. 24.1.2012; hakkında haksız yere idari soruşturma başlatıldığını iddia eden davacının tazminat davasının idari işlemde ötürü idari yargıda görülmesi hakkında, Y4. HD, E. 2010/12219, K. 2012/836, T. 17.1.2012; aynı fakültede dekan ve bölüm başkanı olan davalıların görevlerini yaparken yetkilerini kötüye kullandıklarını, kendisine baskı uyguladıklarını, dilekçelerini işleme koymadıklarını, kendisine devamlı uyarı yazıları göndererek soruşturma baskısı altında tuttuklarını, bazı derslerin elinden alındığını, aşırı iş verdiklerini iddiasıyla açılan tazminat davasında idari yargının görevli olduğu hakkında, Y4. HD, E. 2010/11459, K. 2011/13283, T. 12.12.2011; inceleme ve soruşturma görevini özensiz ve kurallara uygun olmayan biçimde yaptıkları iddiasıyla tazminat istemine ilişkin davada idari yargının görevli olduğu hakkında, Y4. HD, E. 2011/1037, K. 2011/12613, T. 29.11.2011; imar ve imar uygulama müdürü olarak görev yapmakta, görevleri dolayısıyla yapmış oldukları davacıya ait villayı yıkma şeklindeki eylemlerini kişisel kin ve husumet nedeniyle gerçekleştirdikleri ileri sürülerek, bu eylemin kişilik haklarına saldırı oluşturduğu iddia edilerek manevi tazminat ile sorumlu tutulmalarına ilişkin davada idari yargının görevli olduğu hakkında, Y4. HD, E. 2010/9816, K. 2011/ 12710, T. 29.11.2011; yanlış tedavi ve hatalı tedaviden ötürü idari yargının görevli olduğu Y4. HD, E. 2011/5994, K. 2011/11502, T. 1.1.2011; Belediye Başkanı ile Encümen Üyesi olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalıların, usulsüz işlemleri iddiası nedeniyle uğranılan zarara ilişkin tazminat davasının idari yargıda görülmesi hakkında, Y4. HD, E. 2011/10795, K. 2011/9621, T. 26.9.2011, gerekli tedaviyi uygulamayan doktor hakkında Y4. HD, E. 2011/6214, K.2011/7671, T. 30.06.2011; görevleri sırasında çalışma düzenine ilişkin olarak verdikleri kararlar nedeni ile zarara uğradığını ileri sürerek davalılardan manevi tazminat talebinde bulunan kişinin bu davasının idari yargıda görüleceği hakkında, Y4. HD, E. 2010/1172, K.2011/4890, T. 28.4.2011. (Kararların tümü için Kazancı İçtihat Bankası).

hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. **Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir.** Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. **Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise** kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur. Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelememiz gerekir. Anayasa'nın 129/5 maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) isledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve sarılara uygun olarak **ANCAK idare aleyhine dava açılabilir.** 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın (kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı) 13. maddesinde; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili. olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine DEĞİL ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Borçlar Yasası'nın (Haksız muamelelerden doğan borçlar başlıklı) 41/1 maddesinde; gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs o zararın tazminine mecburdur. Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargı' da dava açılabilceğinin kabulü mümkün değildir. **Zira: Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak "zarar ıka eden şahsı" esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir.** Bir konuda hem genel hüküm, hem de özel hüküm varsa, o takdirde özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılması hukukun temel prensiplerindendir. **Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabilceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir.** Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. **Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlükte dir.** Ve mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşüncesi ve kanaatinde olsa dahi, yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz, **Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez.** İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir. Ve yasal düzenleme yapma yetki ve görevi T.B.M.M.'ne aittir. Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken isledikleri **kasıtlarından ve kusurlarından** dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ANCAK kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir. Davaya konu edilen olayda davalı kamu görevlisinin görevini taraflı ve davacıyı zararlandıracak biçimde yaptığı

iddiasıyla tazminat istendiğine göre, onun hakkındaki davanın husumetten reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemenin bu yön üzerinde durmayarak isin esası incelenmek suretiyle yazılı şekilde karar vermesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir”

Görüldüğü gibi Yargıtay 4. HD, madde hükmünü 129. madde doğrultusunda genel ve salt biçimde maddi hüküm olarak ele almakta ve 129/5 kapsamına dahil ettiği olayların idari yargıda görüleceğinden bahsetmektedir.

UM'nin ise görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımı yaptığını ve DMK madde 13 ve 129/5 hükümlerini salt kişisel kusur kaldıracak bir biçimde yorumlamadığını²⁵⁰ ancak yine son kararlarında kişisel kusur halinde dahi idarenin denetim ve gözetim eksikliğinden ötürü davanın idari yargıda açılmasına yönelik kararlar verdiğini²⁵¹ ve bu yönüyle Yargıtay kararlarını andırdığını belirtmek gerekir. Ancak UM'nin 1924 ve 1961 Anayasaları dönemlerinde gördüğümüz şekilde, bu dönemde de Anayasa'nın 129/5 maddesine rağmen ajanın kusuruyla verdiği zararlardan ötürü, idare aleyhine idari yargıda, ajan aleyhine adli yargıda dava açılabilceğini açık bir biçimde olmasa da belirten kararları da mevcuttur²⁵².

Genel olarak bu kararları ve doktrindeki görüşleri şu şekilde değerlendirebiliriz: Görüldüğü gibi 1982 Anayasası dönemi ile birlikte Danıştay, kararlarında bazen görev kusurunu kullanmış, bazen doğrudan kişisel kusur kavramına atıf yapmış, ancak bir şekilde işlem ya da eylemin idare ile bağlantısını kurmak suretiyle davanın idari yargıda görülmesini sağlamaya çalışmıştır. Danıştay'ın eylemin idarilik vasfını kaybettiğini söylediği -kamulaştırmasız el atma gibi - haksız fiile ilişkin bir takım davalarda davanın adli yargıda görülmesi

²⁵⁰ UM, E. 2007/6, K. 2007/117, T. 2.7.2007, RG. 30.7.2007, sy. 26598, s. 7-10.

²⁵¹ UM, E. 2010/107, K. 2011/39, T. 7.3.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵² Hem adli yargıda hem de idari yargıda ajan aleyhine tazminat davası açılan bir olayda UM şöyle karar vermiştir. “Olayımızda, gerek adli gerekse idari yargı yerlerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın kamu görevlisinin kasta varan şahsi kusurundan doğduğu iddiasıyla ve doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı dava açıldığı; öte yandan, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan söz edilmediği gibi, idareye karşı dava açılmamakla idari yargı yerince idarenin sorumluluğunun saptanmasına ve tazminle yükümlü tutulması halinde de idarece sorumlu personele rücu edilebilmesine olanak bulunmadığı görülmektedir. Belirtilen duruma göre, şahsi kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır.” UM, E. 2003/31, K. 2003/37, T. 16.6.2003, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UM, E. 2006/26, K. 2006/75 ,T. 5.6.2006, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UM, E. 1997/45, K. 1997/44, T. 29.9.1997, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gerektiğinden bahsettiğini belirtmeliyiz²⁵³. Danıştay'ın görev kusurunu kullandığı kararlarda görev kusurunu salt kişisel kusur hallerini de kapsar bir biçimde ele aldığını görüyoruz. Doğrudan kişisel kusura dayandığı kararlarda ise en azından olayda idarilik vasfından bahsetmektedir²⁵⁴. Netice de mahkemenin 129. maddeyi ve bu maddede geçen yetkilerini kullanırken ifadesini geniş bir biçimde ele aldığını ve haksız fiil dışında neredeyse her durumu, idarenin gözetim denetim eksikliğine yahut kusuru görevlinin resmi yetki, görev araç ve gerecinden ayrılmaz sayarak idareyle bağdaştırma amacıyla olduğunu belirtmeliyiz. Böylece bu kararlarda hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı bir rücu meselesi haline gelmiş durumdadır.

Yargıtay'ın ise HGK kararlarda -son kararları dışındaki kararlarda- 2şey göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi; bazı kararlarda salt 1979 yılında verilen İBK'yı takip ettiğidir. Bazı kararlarda ise Anayasa madde 125 ve madde 137'yi yorumlayarak personelin kişisel kusurunun kalkmadığını söylemekte ve DMK madde 13'ü ve Anayasa madde 129/5'i, Danıştay'dan farklı olarak usuli bir hüküm yani davalıyı belirleyen bir hüküm olarak görüp maddenin şartlarını kendi yorumuna göre ve daha dar düzenlemektedir. Ancak son kararında de belirttiği üzere artık madde 129/5 kapsamına dahil olan tüm olaylarda, kanun maddesini genel ve salt bir biçimde ele aldığını ve maddi bir hüküm olarak algıladığını ifade etmeliyiz.

Y4. HD. ise yine son kararlarda maddeyi salt ve genel bir biçimde ele alarak maddeyi –maddi- esasa yönelik bir hüküm olarak yorumlamaktadır. Hukuk Dairesinin kararına baktığımızda kamu görevlisinin kastı dahi olsa davanın idari yargıda görüleceğinden bahsettiğini görmekteyiz. Daire bu kararlarda hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru vatandaş/herhangi biri olarak yapılan kusur olarak tanımlayınca DMK madde 13 ve Anayasa madde 129 hükmünü Danıştay gibi **salt kişisel kusuru da içine alır bir biçimde genişletmiş olmaktadır**. Yani 4. HD'ye

²⁵³ Dan. 7. D., E. 2001/2357, K. 2005/403, T. 26.03. 2005, DBB; Dan. 10. D., E. 1992/3686, K. 1993/4601, T. 23.11.1993, DBB; Dan. 8. D., E. 1999/2404, K. 2001/4650, T. 30.10.2001, DBB; Dan. 6. D., E. 1990/344, K. 1990/295, T. 8.9. 1990, DBB; Dan. 10. D., E. 1982/205, 1982, 126, T. 24.02. 1982, DBB.

²⁵⁴ İlk bölümde bahsettiğimiz Danıştay'ın yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin, önce idarenin ağır hizmet kusuruna başvurduğu sonra ise idareyle bağlantıyı kesip, kişisel kusurdan bahsettiği kararlarda yine de önce idarenin ağır hizmet kusurundan bahsetmesi olayda idarilik vasfını aradığını gösterir.

göre artık görev kusuru yahut salt kişisel kusur hallerinde dahi dava idareye açılacaktır. Dairenin kararında belirttiği *kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa, hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti*nin gerekli olduğuna dair ifadesi bunu göstermektedir. Ancak kanaatimizce burada **hizmet kusuru- vatandaş sıfatıyla işlenen kusur ayrımı** kavramsal bakımdan uygun değildir. Çünkü ilk bölümde de bahsettiğimiz üzere esas olarak hizmet kusurundan ötürü rücu edilemez. Fakat görev kusurunu ve salt kişisel kusuru birleştirip ayrıca klasik hizmet kusuru kavramını da bunlara ekleyerek **“hizmet kusuru”** kavramı içinde toplamak kavramsal açıdan doğru bir yaklaşım değildir çünkü böyle olunca 4. HD’nin bu yaklaşımına göre hizmet kusuru kişisel olarak barındırıyorsa rücu edilmek zorunda kalınacaktır. Ayrıca Daire burada DMK madde 13 ve Anayasa madde 129 hükmünü Borçlar Kanunu ile karşılaştırmış ve bunların özel hüküm olduğu sonucuna varmıştır. Ancak bu belirlemesi de kanaatimizce uygun değildir. Çünkü idarenin sorumluluğuna BK 41 (6098 sayılı Kanunun 49. maddesi) in uygulanmamasının sebebi özel-genel yasa meselesi değil adli- idari yargı ayrımıdır. Yoksa bu yorum -yani özel hüküm olduğu için BK 41.’in uygulamayacağı anlayışı- anayasada ve yasalarda aksine hüküm yoksa idare hukukuna dair neredeyse her meseleye özel hukukun kendine özgü hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurur ki ilk bölümlerde de bahsettiğimiz gibi, idare hukukunun ve idarenin sorumluluğu hukukunun kendine özgü kuralları vardır ve 4. HD’nin görüşü bu nedenle isabetli değildir. Çünkü idare bazen özel hukuk kişisinden daha çok yetkiye sahip olmakla birlikte bazen kısıtlamalar gereği bir özel hukuk kişisi kadar dahi yetkiye sahip olmayabilir²⁵⁵. Bunun yanında Daire örneğin yukarıda gördüğümüz YHGK kararında ve Duran’ın DMK madde 13 için söylediği **“yasa koyucunun dediği değil, olması gerekenin uygulanması”** anlayışına açıkça karşı çıkmıştır. Bunun yanında ileride bahsedeceğimiz bir hususu kısaca ifade edelim ki, kasten dahi olsa Anayasa madde 129 kapsamında işlenen fiilleri idari yargı alanı içinde gören 4. HD, yargı kararlarının kamu görevlileri tarafından kasten uygulanmaması halinde adli yargıda dava açılacağına dair hükmün, Anayasaya aykırılığı sorununu ciddi görerek Anayasa Mahkemesine taşımıştır. Bu durum da son içtihatları ile bağdaşan

²⁵⁵ Duran, **Ders Notları**, s. 27.

bir durumdur. Ancak yine belirtelim ki Y4. HD kararın hiçbir noktasında Anayasa'nın 125 ve 137. maddelerinden yana yapılan ve kişisel kusur itirazının en önemli noktası olan bu maddeleri kararında değerlendirme yoluna da gitmemiştir.

Ayrıca Yargıtay kararlarına ilişkin son olarak şunu söylemeliyiz ki yukarıda bahsedilen HGK kararlarında DMK madde 13 ve Anayasa madde 129/5 gereği davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini söyleyip muhalefet şerhi yazanlar olduğu gibi, 4. HD'nin kararlarında da davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine dair muhalefet şerhi bulunmaktadır.

Konu hakkındaki kanaatimiz ise meselenin pratik ve teorik yönünden farklı olduğudur. Şöyle ki her ne kadar 4. HD. Anayasa'nın ilgili maddelerinin net ve açık olduğunu, yoruma tabi tutulamayacağını belirtse de aslında mesele maddenin uygulanmaması yahut gereğinden farklı uygulanması değildir. Asıl mesele Anayasa 125 ve 137. maddeleri karşısında madde 40/3 ve 129/5 hükümlerinin nasıl uygulanacağı problemidir. Gerçekten de 1980 öncesi 1961 Anayasası'nın 114 ve 125. maddeleri Anayasa Mahkemesi kararında da zikredilmiş, ve bizzat Anayasa Mahkemesi bu maddeleri bu şekilde yorumlayarak sonuca ulaşmıştır. Tabi ki bu maddelerin aynen 1982 Anayasasında da yer alması benzer görüşlerin devam etmesine neden olacaktır. Ancak burada 1980 öncesi personelin salt kişisel kusurundan ötürü davanın adli yargıda açılmasını sağlayan bu maddelerin aynen bırakılması karşısında bir de doğrudan ajanların sorumluluğuna ilişkin maddeler konulması kafaları bulandıran nokta olmuştur. Bunun yanı sıra 129. madde gerekçesinde yazan maddenin amacının “*mevcut uygulamanın devamı*” yönündeki gerekçesi de hangi uygulamanın devamı olduğu hususunda tereddüt etme sebebidir. İşte burada asıl problem 125 ve 137 ile 40 ve 129. maddelerin aynı anayasada bulunması ve birbirlerine uyumlu olarak anlaşılamamasıdır.

Kararlarda gördüğümüz üzere son kararları hariç YHGK, doğrudan 125 ve 137. maddelere atıf yaparak çözüm aramaktadır. Aslında YHGK kararlarına bakıldığında, birbiriyle çelişen birçok karar olduğunu, kararlarda idari işlem ve eylemden bahsedilip bunların sınırlarının ise konulmadığını ve idarilik vasfının mahkemece çok sübjektif bir şekilde kullanıldığını görüyoruz. YHGK, bu

kararlarında Anayasa 125 ve 137'yi kullanırken, 129/5 ve 40/3 hükümlerinden ise genel olarak bahsetmemektedir. Danıştay ve 4. HD. ise madde 125'i genel sorumluluk kuralı olarak ele almakta, madde 137'den ise hiç bahsetmemektedir. Bu nedenle genel itibariyle mahkemelerin vermek istedikleri karar yönünde maddeleri kullandığını görüyoruz.

YHGK ve Y4.HD son kararlarında meseleyi şimdilik Danıştayla aynı yönde çözmüş gibi görünse de meselenin bu kadar kolay olduğunu zannetmiyoruz. Çünkü özellikle Y4.HD'nin 1982 Anayasası yürürlüğe girdiği ilk zamanda verdiği kararlarda da 129. maddeyi genel ve salt bir biçimde ele aldığını ve fiil kasta ulaşsa dahi davanın idareye açılması gerektiğine dair kararlar verdiğini görüyoruz²⁵⁶. Bu nedenle kararların bu yönde çıkması gelecekte de böyle devam edeceği hususunda bize çok net bir ışık vermiyor.

Kanaatimizce mesele 125-137 ile 40/3 ve 129/5 maddelerinin nasıl bağdaştırılacağı ile ilgilidir. Bu konuda Duran bu maddelerin uyumlu hale getirilemeyeceğinden ve maddeler arasında da **hiyerarşi** olamayacağından bahsetmektedir²⁵⁷. Burada anayasa koyucu 1924'ten beri incelemeye çalıştığımız bu sistemi dikkate alarak DMK madde 13 ile kurulamayan sistemi anayasaya hüküm koyarak kurmak istemiştir. Gerekçede yazan “*uygulamanın devamından*” kasıt bu olmalıdır. Yoksa uygulamanın devamı salt kişisel kusur- görev kusuru- hizmet kusuru ayrımı olarak düşünülmemelidir. Çünkü bu halde zaten 40/3 ve 129/5 maddelerine bir ihtiyaç yoktu. 125 ve 137. maddeler de bu işlevi yeterince görebilirlerdi. Bu nedenle anayasayı yapan kurulun iradesi **her halde** “*yetkilerini kullanırken*” kapsamına dahil edilebilecek her durumda davanın idareye açılmasıdır. Çünkü çerçeve ve ilkesel hükümlerin anayasada bulunması prensip iken ajanların sorumluluğuna ilişkin hem de anayasaya hüküm konulması, uygulanamayan sistemin

²⁵⁶ Örneğin; “(...)Kulak-Burun- Boğaz Mütahassısı olarak görevli bulunduğu bir sırada işlemiş olduğu kasıtlı iddia edilen kasıtlı hareketi ile davacıya ehliyet alabilir raporu vermemiştir. O halde “belirtilen” Anayasa kuralı uyarınca bu aşamada adı geçene husumet düşmeyeceği gözetilmeksizin davanın esasına girerek esastan reddi bozmayı gerektirir(...)” Y4. HD, 16.3.1987, 1034/1887, (Karar metni için bkz. Malkoç/ Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 613); “Devlet hastanesinde görevli doktorun işlemiş olduğu kusurlu hareketi ile hastasını sakat bırakması hizmet kusuru olup Anayasa'nın 129/5. Maddesi gereğince kamu görevlisi doktora husumet düşmez” Y4. HD, 16.2.1987, 295/900, (Karar metni için bkz. Malkoç/ Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 615).

²⁵⁷ Duran, “Kamu Personelinin II”, s. 14.

uygulanmasını hem de anayasal bir hüküm olarak kabul ettirmek içindir. Ancak 125. maddeyi sadece idarenin sorumluluğunu temeli olarak kabul etmek de sakıncalıdır. Bu nedenle en nihayetinde maddelerin çatıştığı görülmektedir. Burada asıl mesele Anayasa Mahkemesi'nin, Danıştay'ın ve Yargıtay'ın 1980 öncesi bazı kararlarında 1961/114 ve 125. maddelerine dayanarak salt kişisel kusura hükmetmelerine rağmen 1982 Anayasasını yapan kurulun bunu göz önüne almadan 40 ve 129. maddeyi de bunlara ek olarak anayasaya koymaları ve tümünün uygulanmasını istemeleridir.

Kanaatimiz, 125 ve 137 maddelerin lafız olarak **salt kişisel kusuru** çağrıştırdığıdır. Ancak bu maddeler salt kişisel kusuru çağrıştırmakla beraber ortada 40/3 ve 129/5 maddeleri bulunmaktadır ve anayasayı yapan kurulun asıl iradesi aslında bu hükümlere öncelik tanınmasıdır. Anayasayı yapan iradenin önceliğinin 40/3 ve 129/5 maddeleri olması, bu maddeler ile Anayasa'nın 125 ve 137. maddelerinin bağdaştırılamaması, zarar görenin uğradığı zararı daha kolay tazmin etmesi bakımından korumak düşüncesi ve rücuun da zorunlu tutulması nedeniyle **pratik bakımdan** Danıştay'ın ve YHGK ile Y4. HD'nin uyguladığı sistem bugün uygulanması gereken sistemdir. Aslında kanaatimizce bu sistem uygun değildir. Çünkü bu sistemde salt kişisel kusur halinde ortaya çıkan zarar dahi en gevşek bir bağ ile -bazen birbirinden farklı gerekçelerle- idarilik vasfı kurularak idareye ödetilmektedir. Halbuki örneğin bir polisin bir eylem sırasında bir kişiye kasten, sırf kin, garaz ve nefretle vurması idareyi bağlanmamalıdır. Çünkü bu olayda idareye atfedilecek kusur, aslında sonuca ulaşmak için o ajan tarafından kullanılmıştır. İşte bu nedenle bundan ötürü de idare sorumlu tutulmamalıdır. Ayrıca gerçekten de Anayasa'nın 125. maddesi açıkça idarenin "*kendi eylem ve işleminden*" sorumlu olacağını belirttiğine göre burada, ajanın; ajan sıfatıyla yaptığı ancak idarenin eylem ve işlemi sayılamayan, idareye atfedilemeyen bir durumun olması gerektiği açıktır. Ancak bahsettiğimiz gibi Anayasa'nın 40 ve 129. maddeleri ve getirmek istediği teminat sistemi, idare ile eylem arasındaki en gevşek bağda dahi davanın idareye açılmasını istediğinden uygulanan sistem bu olmaktadır. Bu nedenle olanla olması gereken ayrımı yapılarak mevcut yasal ve anayasal sistemde 40/3 ve 129/5 maddelerinden hareketle sorumluluk hukukuna dair belirlemelerin yapılması gerekmektedir.

Yine görüldüğü gibi kararlarda DMK madde 13'ün; 129/5 hükmünü kuvvetlendirmek amacıyla kullanıldığını ancak içeriğinden de çok bahsedilmediğini ifade etmeliyiz.

Diğer yandan aktardığımız şekilde mahkeme kararları bu kadar açıkken, Danıştay uzun zamandır bu türde kararlar verirken, Yargıtay'ın bugün ulaştığı noktaya geçmişte de zaman zaman ulaştığı kararlarda görülürken günümüzde bazı yazarların salt ve genel olarak ve hiçbir istisna koymadan “*yargı kararlarında hala salt kişisel kusurun kabul edildiğini*” ve davaların bu nedenle adli yargıda görüldüğünü/görüleceğini söylemeleri, salt kişisel kusur hallerini örnek vermeleri ve sanki uygulamanın *genel olarak* bu şekilde devam ettiğini belirtmeleri kanaatimizce isabetli değildir. Bu görüşü savunanların görüşlerine bakıldığında “*salt kişisel kusurun kabul edilmesi gerektiği*” söylenmek yerine sanki “*olan*” ın genel ve kabul edilmiş halinin bu şekildeymiş gibi aktarılması söz konusudur. Ayrıca yine bu görüşlerde salt kişisel kusurun belirlendiği ve bunun için çeşitli kriterler konduğu da görülmektedir. Böyle olunca da bu görüşlere göre dava adli yargıda görülmelidir. Ancak bu görüşlerin bu kısmında yani salt kişisel kusurun devam ettiğini ifade edenlerin buna dair ispatlarına bakıldığında birkaç istisnai Danıştay kararı hariç, güncel Danıştay kararları bulunmadığını ifade edebiliriz. O halde sadece bazı Yargıtay ve bazı Uyuşmazlık Mahkemeleri kararları ele alınarak ve genelde 1960 ve 1970 li tarihlerde yazılan kitaplardaki Danıştay kararlarına atıf yapılarak bugün salt kişisel kusurun Türk hukukunda hala *geniş* bir biçimde kabul edildiğini ve davaların bu nedenle adli yargıda görüldüğünü/görüleceğini aktarmak kanaatimizce mevcut duruma uygun değildir.

(2) Hukuki Niteliği Bakımından Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddelerine Yaklaşımlar

DMK madde 13'ün gerekçesinde, bu maddenin Alman Hukukundan esinlenildiğinin yazılmasının bazı yazarlarca “*sorumluluğun devletçe üstlenildiğinin*” kabulü olarak görüldüğünü ifade etmiştik. Benzer tartışmalar ve görüşler, isimler farklı ama görüşler aynı olarak 1982 Anayasası döneminde de yaşanmıştır.

Hizmet kusurunun asliliği ilkesinde ifade ettiğimiz gibi bir zaman sıklıkla yargı kararlarında da geçen “kanalize edilmiş sorumluluk” anlayışı ve buradaki kusurun (818 sayılı) BK 41. maddeye göre yorumlanması, 1982 Anayasası döneminde bazı yazarlarca da iddia edilmiş²⁵⁸, ancak doktrinde bu görüşlere sert bir muhalefet yapılarak bu anlayışın “*özel hukukun önlenemeyen bir istilas*ı”nın sonucu olduğu ve fakat Türkiye’de idarenin sorumluluğunun asli ve doğrudan olması nedeniyle Anayasa’nın madde 125/7 karşısında bu fikrin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir²⁵⁹.

Bu konuda örneğin Eren idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya olduğunu ifade edip ancak idarenin memur yerine sorumlu olduğunu iddia etmektedir²⁶⁰. Yine yazar buradaki sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu ifade edip, memur ya da kamu görevlisi kusursuz ise devletin sorumsuz olacağını belirtmektedir²⁶¹. Bununla birlikte yazar Anayasa’nın 40/2 maddesindeki “haksız işlemler” kavramını Alman hukukuna atıfla Borçlar Kanununda düzenlenen haksız fiil ile eş tutmaktadır²⁶².

Bu konuda Yargıtay’ın kanalize edilmiş sorumluluğuna dair kararlarından ilk bölümde bahsetmiştik²⁶³. Ancak kararlara baktığımızda bunu devam ettirmediğini görmekteyiz. Bunun yanında Yargıtay’ın BK 55’e dayanarak açılan davaları da kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kabul etmediğini genel olarak ifade etmeliyiz.

Bu konudaki kanaatimizi DMK madde 13 bölümünde ifade etmiştik. Kısaca tekrar etmek gerekirse hizmet kusuru esasının idarenin sorumluluğunda temel olduğu bir hukuk sisteminde, farklı hukuk sistemlerinin kendi çözümlerine uygun sonuç veren ürünleri doğru tespitler yapılmadıkça ve bünyelerine uygun olup olmadığına

²⁵⁸ Malkoç/Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 579 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 589. Malkoç/Malkoç 129/5’in kaynağının Alman hukuku olduğunu ifade etmiş ayrıca DMK madde 13’de de sorumluluğun idareye kanalize edildiğini belirtmiştir. Malkoç/Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 582.

²⁵⁹ Daha geniş bilgi için Ozansoy, “Kamu Hukuku Erozyonu- Sempozyum”, s. 73-87.

²⁶⁰ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 589.

²⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 589.

²⁶² Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 589.

²⁶³ Bkz. s. 38 vd.

bakılmadıkça uygulanmamalıdır. Bir hukuk sisteminin ürününü, başka bir hukuk düzeninin yapısına uygulamak ancak yapıları uyuyor ise mümkündür. Bu nedenle mevcut hukuk düzeninde İdarenin ajanlarının neden oldukları zararlardan ötürü tazminat ödemesi, bu zarara aynı zamanda idarenin de neden olduğunun kabulünden ötürüdür. Yoksa hukuk sistemimizde dolaylı sorumluluk anlayışı mevcut değildir, bugünkü sistemde de olmamalıdır. Ancak örneğin yapılması planlanan yeni anayasa sürecinde bu sistem ve çözümlerinden vazgeçilip yeni bir sisteme geçilmek istenirse o halde bu söylenenler tartışılabilir. Fakat mevcut sistemi göz önüne almadan, sistemi olduğundan farklı göstermek doğru olmaz. Bu nedenle ne Danıştay'ın ne de özellikle Yargıtay'ın son kararlarında hiç rastlamadığımız dolaylı sorumluluk anlayışını, mevcut hukuk sisteminin bir elemanı gibi aksettirmek doğru bir yaklaşım değildir.

(3) Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 Maddeleri ile DMK Madde 13 Arasındaki İlişki

1982 Anayasası ele aldığımız bu başlıkların birincisinde kimi doktrindeki görüşlerin Anayasanın 129. maddesi ile DMK madde 13'ü bağdaştırdığını ifade etmiştik. Yargı kararlarında örneğin Yargıtay'ın DMK madde 13'ten bahsetse dahi bunu Anayasa'nın 129. maddesiyle birlikte zikrettiğini görüyoruz²⁶⁴. Özellikle Danıştay kararlarında ise DMK madde 13 hükmünden fazlaca bahsedilmediğini görüyoruz. Ancak bazı kararlarda ise sadece DMK madde 13 hükmünün belirtildiğini ifade edebiliriz. Örneğin 2. Daire'nin şu kararı bu son bahsettiğimiz olaya örnektir²⁶⁵:

“Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmış, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de, kamu personelinin görevleri sırasında verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları düzenlenmiştir. Öte yandan bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindendir. Olayda, Danıştay 5. Dairesinde görülmekte olan ve davacı aleyhine sonuçlanan E:1997/3073 esasına kayıtlı dava dosyasında, davalı idarece verilen savunma dilekçesinde aynen "soruşturma sonucu

²⁶⁴ YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25 ,T. 1.2.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶⁵ Dan. 2. D, E. 2004/619, K. 2005/751, T. 25/2/2005, DBB; Dan. 2. D., E. 2004/1813, K. 1005/1642, T. 9.5.2005, DBB.

*her ne kadar ilgili hakkında herhangi bir işleme mahal olmadığı belirtilmekte ise de; Bakanlığımız ana hizmet birimi olan Hizmetiçi Eğitim Dairesi Başkanlığı görevini yürüten bir kişinin hakkında böyle söylentilerin çıkması itibar ve güven duygusunu sarsacağı, eğitim öğretim ve kamu hizmetine zarar vereceği kaçınılmazdır." denilmesinin, davacının onur ve itibarını zedelediği iddiasıyla manevi tazminat istenilmektedir. Bu durumda idarede görevli kişi ya da kişilerin kusurlu hareketinden ileri geldiği ve bu durumun savunma dilekçesinin mahkemeye sunulması görevinin ifası sırasında gerçekleştiği iddiası karşısında, yukarıda yer alan Anayasa ve Yasa hükümleri ile İdare Hukuku ilkeleri gereği idarenin **hizmet kusuru** nedeniyle var olan sorumluluğundan hareketle uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesinin idari eylem ve işlemde doğmayan zararın idarece ödenmemesi yolundaki kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”*

Kararda görüldüğü üzere 2. Daire görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yapılan eylem ve işlemler sonucunda ortaya çıkabilecek kişisel kusurun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağını, davada idarenin davalı konumda bulunması gerektiğini bunun idare hukukunun bilinen ilkelerinde olduğunu ifade etmiştir. Sonuç bakımından işlem veya eylem bakımından ortaya çıkan kusur, kasti suç niteliği taşısa dahi bu dava yukarıdaki şartları taşıdığından idareye karşı açılacaktır. Dairenin kararına dayanak yaptığı argümanlar Anayasanın 125. maddesi ve DMK madde 13’tür. Danıştay dairelerinin sorumluluğa ilişkin hemen hemen tüm kararlarında Anayasanın 125. maddesini kendisine dayanak olarak kullandığını düşünürsek, burada esas dayanağın DMK madde 13 olduğunu görürüz. Demek ki 2. Daire, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında esas itibarıyla DMK madde 13’ü kullanmaktadır. Zaten kararının hiçbir bölümünde de Anayasa’nın 40/3 ve de 129/5 maddelerinden bahsetmemektedir. İşte kararın kendi içindeki çelişkisi bu noktada başlamaktadır.

Bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağını ifade eden Daire, en başta kararda görüldüğü üzere, memurun kişisel kusurunu, doğrudan hizmet kusuru olarak tanımlanmıştır. Daha öncede bahsettiğimiz gibi, doktrinde kimi yazarlar bu durumu görev kusuru içinde kabul etmekte, kimisi salt kişisel kusur kapsamına almakta, kimisi doğrudan hizmet kusuru saymaktadır. Danıştay’ın diğer daireleri ise benzer olaylarda bu kusuru “*görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru*” şeklinde de yorumlamaktadır. Daha önceki bölümlerde bahsi geçen hizmet kusurunun anonimliği ilkesi de dikkate alındığında kişisel kusurun, hiçbir

ayrım yapılmadan sırf görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak işlenmesinden ötürü hizmet kusuru olarak kabul edilmesi kanatımızca yerinde değildir. Aslında terminolojik bakımdan, kişisel kusur halinde de davanın idareye açılacağı görüşünü savunanlar hiçbir zaman kişisel kusuru hizmet kusuru olarak değerlendirilmemiş, sadece Anayasa hükümleri yorumlanarak bu hallerde dahi davanın idareye açılması gerektiği belirtilmiştir. O halde ortada bir kişisel kusurun varlığı halinde dahi diğer şartları varsa davanın idareye açılması farklı bir durum, kişisel kusurun doğrudan hizmet kusuru sayılması farklı bir durumdur. Zaten 2. Dairenin vermiş olduğu “*görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yapılan eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusur*” tanımı da aslında **görev kusurunun** tanımıdır ancak Daire kararında bundan da bahsetmemektedir. Bunun yanında Anayasanın 40/3 ve 129/5 maddelerinden de kararlarında hiç bahsetmeyen Daire, karar metninde hem DMK madde 13’te, kamu personelinden bahsedildiğini ifade etmekte arkasından ise “*Öte yandan bir kamu görevlisinin görev sırasında*” şeklinde bir ifade kullanmaktadır. Halbuki kararına dayanak olarak kullandığı mevzuat bakımından ne Anayasanın 125. maddesinde ne de DMK’nın 13. maddesinde “*kamu görevlisi*” kavramı geçmektedir. Aksine DMK madde 13’te “*personel*” kavramı geçmekte olup bu kavram bahsedileceği gibi tüm kamu personelini karşılayacak biçimde de kullanılmamaktadır. “*Kamu görevlisi*” ise 129. maddede geçen bir kavramdır. **Kanaatimizce burada** 2. Daire, diğer daireler gibi kararını verirken aslında Anayasa’nın 129. maddesinden yararlanmakta ve kararını bu madde çerçevesinde vermektedir. Ancak karar metinlerinde bu maddeyi neden kullanmadığı bilinmemektedir. Aslında karar metnini koyduğumuz bu davaların *görevsizliğe ilişkin kararların temyizine* dair olması dairenin bu kararlarda rücu meselesine nasıl baktığının anlaşılmasına engel olmaktadır. Çünkü bilindiği gibi DMK madde 13’te idarenin takdirine bırakılan rücu müessesesi, Anayasa madde 129’da zorunlu kılınmıştır. Bu kararlarda rücudan da bahsetme imkanı olsaydı Dairenin sadece DMK madde 13’ten bahsetmesi karşısında rücuya nasıl baktığını görmek, karar bakımından yapılacak yorumların daha sağlıklı olmasını sağlayabilirdi. Fakat yukarıda bildirdiğimiz gerekçeler dahi 2. Dairenin, hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı bakımından dayandığı argümanlar ile devamında buna dayanarak çıkardığı sonuçların birbiriyle ters düştüğünü göstermektedir. O halde esas olarak yargı

kararlarında artık 1982 Anayasası'nın özellikle 129/5 maddesinin sorumluluk olaylarında temel alındığını, DMK madde 13'ün ise bu maddelerle birlikte zikredilen ama yargı kararlarında bu yönüyle işlevselliğini kaybetmiş olduğunu belirtmek gerekir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA GÜNÜMÜZDE ORTAYA ÇIKAN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMINA İLİŞKİN TEMEL PROBLEMLER

I. 1982 ANAYASASI'NIN 40/3 VE 129/5 MADDELERİ İLE DMK MADDE 13 BAKIMINDAN HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMINA İLİŞKİN UYGULAMA ALANI PROBLEMİ

A. GÖREV KUSURU KAVRAMI VE SORUMLULUK HUKUKU BAKIMINDAN ANLAMI

1. Kavramın Doktrin Tarafından Ele Alınması

Doktrinde görev kusuru kavramını açıklarken ilk değinilmesi gereken ilk isim Lûtfi Duran'dır. Görev kusuru kavramını etkin bir biçimde doktrinde ilk defa kullanan Duran¹ yukarıda belirttiğimiz üzere kanunun lafzından, gerekçesinden ve kanun tasarısı sırasındaki görüşmelerinden yaptığı çıkarımla kanunun amacının “*kamu hukukuna tabi görevlerle*” ilgili verilen zararlar bakımından personele yargı bağışıklığı sağlamak olduğunu ifade ederek² bu sistemin Türk Kamu Hukuku sistemine uygun olmadığından yola çıkmış ve bu sistemin kabul edilemeyeceğini

¹ Yazarın bu kavramı, 1970 li senelerde DMK madde 13 hükmü üzerine kullanıldığı sanılmamalıdır. Yazarın daha önceki eserlerinde de hem de ortada henüz 657 sayılı DMK dahi yokken bu kavramı kullandığı görülmektedir. Örneğin bkz. Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, Gözden Geçirilmiş İlaveli Yeni Yayın, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 625.

² Duran, **Kamu Personelinin I**, s.15 ve 20.

belirtmiştir³. Yazar bu noktada yaptığı “görev kusuru” tanımlaması ile adeta “olanın değil, olması gereken”in uygulanması gerektiğini belirterek Türk Hukuku bakımından mevcut DMK madde 13’ten farklı bir sistem ileri sürmüştür.

Şuraya dikkat çekmek gerekir ki yazar, **personelin resmi faaliyet ve görevlerin ifası için görev sırasında/dolayısıyla** meydana gelebilecek zararlar bakımından ortada *kusursuz sorumluluk- hizmet kusuru- görev kusuru* ve *salt kişisel kusurla* verilmiş bir zararın olabileceğini ifade etmiştir⁴. Yani yazar bu belirtilen dört tür halin içine girebilmek için kişinin resmi sıfatıyla uzaktan yakından, az çok bir bağlantı kurulmasını aramaktadır. Bu nedenle yazar herkesin işleyebileceği yani “vatandaş/ birey sıfatıyla” işlenebilecek kusurlardan bahsederek, bunun idare hukukunun konusu olmadığını ifade etmiştir⁵.

Esas olarak kusursuz sorumluluk ve hizmet kusuru hallerinde ajana başvurulamayacağından esas olan ayırım görev kusuru-salt kişisel kusur ayırımıdır. Bu nedenle DMK madde 13’ ün kapsamında yazarın esas aldığı husus görev kusuru ve salt kişisel kusur ayırımıdır. Yazarın görev kusuru- salt kişisel kusur ayırımını yapmasının en önemli nedeni maddeyi sorumluluk kurucu –maddi- bir biçimde değil de **usuli** olarak yani davalının kime yöneltileceğine ilişkin bir hüküm olarak görmesidir⁶.

O halde görev kusuru nedir? Yazara göre personelin görev kusuru “geniş” anlamda “kişisel kusur” sayılabilirse de; aslında “hizmet kusuru” niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel bir kusurdur⁷. Yazara göre bu kusur, *hizmetten ayrılamayan*

³ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 42.

⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 55.

⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 49.

⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 7.

⁷ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 56. Yazar, burada Prof. Ragıp Sarıca’nın eserlerinde sıkça kullandığı bir cümleyi bize hatırlatıyor ve “*bir meçhulü başka bir meçhulle ifade ediyor*”. Çünkü bu tanımda görev kusuru tanımlanırken bir de meseleye geniş anlamda kişisel kusuru dahil edilmiştir ve bu nedenle personelin geniş anlamda kişisel kusurunun ne olduğu önem taşımaktadır. Bunun içinde yazarın salt kişisel kusuru tanımladığı bölüme gitmemiz gerekmektedir. Yazar geniş anlamda kişisel kusur derken bunu tanımlamıyor ancak kanaatimizce bu kavram bakımından yazar vatandaş sıfatıyla işlenen kusuru hiç göz önüne almıyor ve bu kavramı personel sıfatıyla işlenen kusurlara hasrediyor. O halde yukarıda bahsettiğimiz 4 halden kişiselilik içeren görev

kişisel kusur olarak ortaya çıkar. Ayrıca idarenin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusuru, “*görünüşte*” anonim olmasına rağmen aslında “*gerçekte bir veya birkaç personelin görev kusurundan oluşmaktadır*”⁸. Ancak Duran hizmet kusurunun görev kusurundan oluştuğunu bildirdiği eserinde bu ifadesinden birkaç sayfa sonrasında ise her görev kusurunun her zaman hizmet kusuru şeklinde ortaya çıkmayabileceğini, bunun aksinin de mümkün olup her hizmet kusurunun da mutlaka görev kusurundan oluşmayabileceğini ifade ederek hizmet kusurunun görev kusurlarından oluştuğuna dair bir önceki fıkriyle çelişmiş olmaktadır⁹.

Yazara göre görev kusuru hizmet içinde veya dolayısıyla, İdarenin personele verdiği ödev, yetki ve araçlarla işlenmekte ve *bir kelime ile hizmet, kusurun irtikabına yol açmaktadır*¹⁰. Bu nedenle¹¹:

“personelin hizmet dışında işlenen ve fakat görevlerinden tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen veya engelleyen en hafif ve gevşek bir bağ ile hizmete ilişkili bulunan eylem ve kusurları dahi “görev kusuru” olarak idari sorumluluğu gerektiren hizmet kusuru sayılmaktadır.”

Bu tanım sanki personelin vatandaş/birey sıfatıyla işlediği kusurlar dışında işlediği her kusurun görev kusuru olduğu izlenimi verebilir¹². Ancak Duran’ın muradı bu değildir ki çeşitli kriterler koyarak görev kusurunun sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır.

Yazar bir başka yerde, personelin *kişisel kusur* kavramını da nitelendirerek bunu vatandaş sıfatıyla işlenen kusurlardan ayırmaktadır. Vatandaş sıfatıyla işlenen kusurun alelade kusur olduğundan bahseden Duran bu kusurun herkes tarafından işlenebileceğinden bahsederek bu hususun konu dışında kaldığını

kusuru ve salt kişisel kusur, geniş anlamda kişisel kusurdur (s. 56). Dar anlamda kişisel kusur bu durumda salt kişisel kusur olmaktadır (s. 49).

⁸ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 55

⁹ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 56. Ancak burada yazar farklı bir kavram kullanarak görev kusuru sayılmayan hizmet kusurunun başına “salt” kelimesini ekliyor ve salt hizmet kusuru kavramını kullanıyor. Fakat yazar eserinde salt hizmet kusuru kavramının ne olduğu ne açıklıyor ne de bu kavramı vurguluyor.

¹⁰ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 56.

¹¹ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 56.

¹² Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s.89.

belirtmiştir¹³. Duran’a göre asıl kişisel kusur “*kamu görevlisinin resmi faaliyet, vazifelerin ifası için, sırasında veya dolayısıyla yapılmış*” olması halinde ortaya çıkabilir¹⁴. Burada da salt kişisel kusuru açıklayan yazar bunu “*personelin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları*” olarak tanımlamaktadır¹⁵.

İkinci soruya geçmeden önce aynı şeyi farklı kavramlarla anlatan Duran’ı analiz etmeye çalışırsak:

1- Duran, ayırımında kişisel kusur ve hizmet kusuru kavramlarını temel olarak kullanmaktadır.

2- Fakat Duran’a göre “kişisel kusur” vatandaş yahut birey sıfatıyla işlenilen kusurdan farklıdır. Bunu ayıran da kişisel kusurdaki kusurun “*resmi faaliyet, vazifelerin ifası için, sırasında veya dolayısıyla*” işlenilmiş olmasıdır.

3- Gerek salt kişisel kusur gerekse görev kusuru kişisellik içerdiğinden yazar bu ikisini *geniş anlamda kişisel kusur* içinde kabul etmektedir.

4- Ancak görev kusuru öyle bir kusurdur ki kişisel kusur içermesine rağmen aynı zamanda görevden tamamen ayrılamadığı için ve aslında daha çok, “hizmet kusurudur”. Kişisellik niteliği hizmet kusuru içinde olmasını engellemez. Bu nedenle hem kişisellik içermesi hem de görevle/hizmetle bağı olmasından ötürü görev kusuruna “hizmetten ayrılamayan kişisel kusur” da denebilir.

5- Salt kişisel kusur da “geniş anlamda kişisel kusur” içindedir –Ancak hizmetten ayrıldığı için bu halde idareye karşı dava açılamaz ve kusur personele atfedilir. Dava, bu nedenle personelin şahsına adli yargıda açılır.

¹³ “uzaktan veya yakından, doğrudan veya dolaylı olarak, az veya çok kamu faaliyet ve hizmetleri ile ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemleri, personelin ancak birey ya da vatandaş sıfatıyla herekte ve tasarruflarından ibarettir ve herkes gibi bunların sonuçlarına kendisi katlanır.” Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 49

¹⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 49

¹⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 51.

6- O halde Duran’a göre hizmetten ayrılamayan kişisel kusur görev kusuru iken, hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise salt kişisel kusurdur ve dar anlamda kişisel kusurdur.

7- Ancak gerek salt kişisel kusur gerekse görev kusuru, içinde az çok kişisel kusur barındırsa da kamu hizmeti ve faaliyeti ile uzaktan yakından, az ya da çok, dolaylı ya da doğrudan ilgilidir .

Bunu belirttikten sonra sorulması gereken ikinci soru bu kavramların birbirinden nasıl ayrılacağıdır. Öncelikle **hizmet kusuru- görev kusuru** ayrımından başlarsak yazarın eserini incelediğimizde; bir başka yerde görev kusurunu “..hizmetin ve ödevin kural ve usullerine uyma yükümüne riayetsizlik” biçimde tanımlayan yazar görev kusuru-hizmet kusuru ayrımını buradan hareketle yaparak¹⁶;

“genellikle orta yetenek ve yeterlilikte bir personelin yapmayacağı veya yapmaması gereken işlem ve eylemler” görev kusuru niteliğini taşır. Bunun dışındakiler salt “hizmet kusuru” telakki edilmek gerekir”

demektedir.

Yazar işte bu nedenlerle DMK 13’ün uygulanma kabiliyeti bakımından görev kusuru ve salt kişisel kusur arasında ayrım yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁷. Bu ayrıma dair Duran o günkü içtihatlardan bazılarını örnek vererek “*kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek*”, “*kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için kasden yapılan işlem ve eylemler*” ve “*bağışlanmayacak ölçüde ağır kusurteşkil eden hukuka aykırı fiil ve muameleler, açık ve kesin olan kanun hükümlerinin bilerek ve kasden çiğnenmesi*” “*eylemin bile bile, kasden veya kin ve gareze dayanması*” gibi hallerin görev kusuru kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁸. Yine yazar¹⁹;

¹⁶ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 57. Hatta yazar burada hizmet kusurunun başına “salt” ifadesini getirerek hizmet kusurunu niteliyor. Yani aslında yazar, görev kusurunu içeren hizmet kusuru ve salt hizmet kusuru diyerek hizmet kusurunu da ikiye ayırmış olmaktadır.

¹⁷ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 51.

¹⁸ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 52. Yazar gerek kendi verdiği gerekse mahkemelerin bu hususla ilgili verdiği formüllerin yargı yerlerince kullanımında hakimlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir.

¹⁹ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 52.

“kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirtilen görev ve yetki konusunu ve sınırlarını aşar ya da idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, şahsi fiil ve kusur işlemiş ve kişisel mesuliyete yol açmış”

demektedir. Son olarak yazara göre bir memurun hiçbir kötü niyet ve maksatla olmaksızın aşırı gayret içinde, yersiz ve zamansız yaptığı hukuka aykırılıklar yahut hizmetli bir şoförün, görev yolundan saparak bir yakınını ziyarete giderken kazaya sebebiyet vermesi²⁰ halleri görev kusurudur²¹. Görüldüğü gibi yazar burada görev sırasında yahut görev vesilesiyle işlenmiş kusurları görev kusuru içinde kabul etmektedir.

Doktrin de bu konuda önemli ve uygulama bulan bir görüş ise Güran’a aittir. Güran bu hususta üçlü bir ayırım yapmaktadır. Güran’a göre, kusur sorumluluğu kişisel kusur, hizmet kusuru ve görev kusuru olarak ortaya çıkabilir²². Şöyle ki Güran kamu görevlisinin işlem ve eylemlerini, “görevinden yetkilerinden hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından tam ve mutlak surette ayrılmış olanlarla olmayanlar şeklinde ikiye ayırmıştır²³. Güran ayrılmış olanları²⁴:

“o kamu görevlisinin, “kamu görevlisi olmayan” kamu görev ve faaliyetlerinin ajanı ilişkisi içinde bulunmayan, herhangi bir kimse olarak kusurlu tutum ve davranışları”

olarak niteleyerek bunun idare hukuku çerçevesinde değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir. Yazar, öncelikle idareyi soyut bir örgütten somut ve işleyen bir kuruluşa çevirenin idarenin personelleri olduğunu, kendi tanımladığı kişisel kusur halleri hariç, hizmet kusurunun en anonimleşen hallerinde dahi bir ya da birkaç ajanın

²⁰ Bu örneğe benzer bir olay örneğin 1949 yılında Fransız Danıştay’ının (Conseild’Etat) önüne gelmiş, olayda sürücü askeri kamyonla, ilgili yere benzin götürdükten sonra dönüş yolunda rotasını değiştirerek ailesinin bulunduğu yere gitmek istemiş, bu sırada Bayan Mimeur’un sahibi olduğu binaya çarpmıştır. Burada Danıştay, her ne kadar yol, hizmetin yararına aykırı olarak terk edilmiş olsa da zarar, ajana kamu hizmetinin ifası için emanet edilen bir araçla meydana geldiğinden idareyi de sorumlu tutmuştur. Bkz. Örnekler için, Delcros/Delcross, **Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, s. 92.

²¹ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 56.

²² Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 188 vd.

²³ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 188.

²⁴ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 188.

kusurlu sorumluluk hallerinde dahli olduğunu ifade ederek²⁵ hizmet kusurunun genel kabul görmüş bilinen bir tanımını yapmış, görev kusurunu ise;

“ajanın , “idari” bir tasarruf yaparken, mevzuatın üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin, kural usul ve gereklerine, artık hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, ferdin kendisine atıf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde aykırı davranışlarını anlıyoruz”

diyerek tanımlamış, bunun nasıl tespit edileceği sorusuna ise bunun tespitinin her olayda değişebileceğini ifade ederek ilgili kamu görevlisinin²⁶;

“mevkiine, yeteneklerine, görevinin türüne, mevcut hizmet koşullarına, İdare Hukukunun genel ve özel esaslarıyla, tüm bu kural ve etmenler karşısında kendisinden neyin beklenmesi gerektiğine göre”

tartışılacağını ve belirleneceğini belirtmiştir. Yazar;

“sorumluluğun kaynağında, önce mevzuatın idare ajanına yüklediği bir görev, tanıdığı bir yetki, verdiği bir araç-gereç, sonra da, o ajanın bunları hukuka uygun veya aykırı biçimde kullanması olayı vardır. Hatta ajan, keyfî, yanlış, kasıtlı, suç teşkil eder, görev ve yetki alanını aşar, İdare işlevi dışına çıkar görünümde işlem/eylem yaparken bile, bütün bunlara rağmen, gene de, resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak onları kullanarak hareket ettiğinden, kendisi, görevinden, yetkisinden, idaresinden “tamamen tecrit ve tefrik edilmesini önleyen” ve sırasında gayet hafif ve gevşek olabilecek bir bağ ile irtibatlanmış durumdadır”

diyerek görev kusuru ve hizmet kusurunun ortaya çıkabileceği halleri belirtmiş ve özellikle görev kusuru için bu hallerde dahi *“idarilik vasfının devam edeceğini”* ifade etmiştir²⁷.

Görüldüğü gibi yazarın hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında sadece vatandaş/birey sıfatıyla işlenen kusuru hariç neredeyse hizmetle ilgili denilebilecek tüm kusurları idareye atfettiği görülmektedir. Ancak yazarın ayrımını dikkate aldığımızda hizmet kusuru- görev kusuru ayrımının yapmasının yani görev kusurunu hizmet kusurundan ayrıca zikretmesinin nedeni; görev kusurunda rücenun mümkün olması karşısında hizmet kusurunun anonimliğinden ötürü rücu müessesine kapalı olması olduğu söylenmelidir. Her ne kadar bugünkü bazı Danıştay ve Yargıtay

²⁵ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 188.

²⁶ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 190.

²⁷ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 189.

kararlarında hizmet kusurundan ötürü rücu mümkün gibi görülüyorsa da, aslında o kararlarda da hizmette var olan ajanın kişisel kusuru ifade edilmeye çalışılmaktadır.

Burada Güran'ın tanımlamalarıyla Duran'ın görüşlerini karşılaştırmak bugünün yargı kararlarını anlayabilmek açısından önemlidir.

1- Öncelikle görülecektir ki her ne kadar Güran ilgili makalesinde Duran'a birçok noktada doğrudan atıf yapsa da ve onun kullandığı kavramları kullansa da Güran'da üçlü bir ayrım vardır ve kavramlar lafzen aynıysa da içeriksel olarak farklıdır.

2- Güran'daki ayrım kişisel kusur -görev kusuru ve hizmet kusurudur. Hem Güran hem de Duran, hizmet kusurundan esas olarak benzer şeyleri anlamaktadırlar.

3- Ancak mesele diğer kavramlarda farklılaşmaktadır. Çünkü Güran'ın ayrımında salt kişisel kusur yoktur. Yani daha anlaşılır ifade etmek istersek Duran'ın hizmetten ayrılabilen kişisel kusur dediği salt kişisel kusur ile hizmetten ayrılamayan kişisel kusur dediği görev kusuru ayrımı Güran'da yoktur. Bu halde Güran gerek hizmetten ayrılamayan gerekse hizmetten ayrılabilen kusur ayrımı yapmamış ve her ikisini de görevle bağlantılı olduğu gerekçesiyle²⁸ görev kusuru içinde kabul etmiştir.

4- O halde Duran'ın vatandaş/birey sıfatıyla işlenebilen kusur dediği kusura Güran, kişisel kusur demektedir ki Duran ise kişisel kusurdan bunu anlamamaktaydı²⁹.

Bu ayrımı daha iyi anlatabilmek adına Duran'a göre hizmetli şoförün görev yolundan saparak bir yakınıni ziyarete giderken kazaya sebebiyet vermesini örnek vermiştik. Güran ise örneklerde bir polisin beylik tabancısı yerine kendi özel tabancısını temizlerken dikkatsizlikle çocuğunu ya da evine gelen polis arkadaşını yaralamasını kişisel kusuru olarak örnek vermekte ve bu halde adli yargıya

²⁸ Hatırlanacağı üzere Duran'ın yaptığı 4'lü ayrım da gerek salt kişisel kusur, gerek görev kusuru, gerekse hizmet kusurunda kişinin "ajan" sıfatıyla yaptığı bir faaliyet vardı.

²⁹ Duran'ın vatandaş sıfatıyla işlendiğini belirttiği kişisel kusurun tanımı şöyleydi: "*uzaktan veya yakından, doğrudan veya dolaylı olarak, az veya çok kamu faaliyet ve hizmetleri ile ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemleri, personelin ancak birey ya da vatandaş sıfatıyla herekte ve tasarruflarından ibarettir ve herkes gibi bunların sonuçlarına kendisi katlanır.*" Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 49 Güran'ın kişisel kusur tanımı ise şöyleydi: "*o kamu görevlisinin, "kamu görevlisi olmayan" kamu görev ve faaliyetlerinin ajanı ilişkisi içinde bulunmayan, herhangi bir kimse olarak kusurlu tutum ve davranışlardır.*" Güran, "Sorumluluğun Belirlenmesi", s. 188.

gidileceğini belirtmektedir³⁰. O halde bunun mefhumu muhalifinden anlıyoruz ki; polis akşam evine gelen misafirini yanlışlıkla beylik tabancısı ile vursa³¹, ya da Türkiye’de çok görülen bir örnek olarak bir milli maç sonrası alınan bir galibiyetten ötürü sevinçten balkonda beylik tabancısıyla 3 el ateş açsa ve üst kattaki komşusunu yaralasa bu halde dahi idare sorumlu tutulacaktır³².

Bu konuda doktrinde Düren ise görev kusurunun içtihatla değil, DMK madde 13’le ortaya çıktığını belirterek kavramın unsurlarını DMK madde 13’e göre saptamak gerektiğinden bahsetmekte ve DMK madde 13’e göre çeşitli şartlar koymaktadır³³. Yazara görev kusurunun ortaya çıkabilmesi için mevzuatın kamu *personeline yüklediği bir görevin, tanıdığı bir devlet yetkisinin, verdiği bir araç-gerecin bulunması* gerekir ki kamu hukukuna tabi görevlerden kasıt da budur³⁴. Görev kusurunun ikinci unsuru ise *kamu personelinin zarar doğurucu işlem ve eylemini kamusal görevini yerine getirdiği sırada yapmasıdır*. Yazara göre zarar **görev sırasında** ve **görev gereği** olmalıdır. Yazar bunu saptayacak ölçüt olarak “*kamu personelinin zarar verici davranışı ile görevin ifası arasında gaye ilişkisinin bulunması*” olarak ifade etmiştir³⁵. Bu nedenle **görev vesilesiyle** verilen zararı kabul etmemekte ve bunu ajanın sorumluluğunu doğuran kişisel kusur olarak kabul etmektedir³⁶. Kişisel kusuru ikiye ayıran yazar vatandaş sıfatıyla işlenen kusura Güran gibi kişisel kusur demekle ayrıca *görev vesilesiyle* verilen zararları da bu kapsamda görmektedir. Hizmet kusuru ile kişisel kusuru ayıran yazar, hizmet kusurunu, idarenin kuruluşunda düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak görmekle olup, görev kusurunda ise bu hallerin ortada olmadığını, ancak organ ve personelin kamu görevinin ifası sırasında

³⁰ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 188.

³¹ Yine Fransız Danıştay’ının (Conseild’Etat) verdiği 1973 tarihli bir kararda, bir polis memuru, görev silahını çalışma saatleri dışında kendi evinde arkadaşlarına gösterirken yanlışlıkla bir arkadaşını öldürmüştür. Bu olayda kusurun, görevden tamamen kopuk olmadığı çünkü polisin bu silaha görev nedeniyle sahip olduğu belirtilmiştir. Kararla ilgili bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1118.

³² Bu örnek Prof. Dr. Zehreddin Aslan’ın 2011-2012 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verdiği derslerdeki örneklerinden esinlenilerek hazırlanmıştır.

³³ Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 295.

³⁴ Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 295.

³⁵ Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 296.

³⁶ Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 295.

ve kamu görevi gereği dolayısıyla ortaya çıkan ve belli bir personele bağlanan zararların mevcut olduğunu ifade etmektedir³⁷.

Doktrinde bugün de görev kusuru tanımlanmaya çalışılırken tanımlar esasen bu 3 tür tanım çerçevesinde şekillenmektedir.

2. Kavramın Yargı Mercileri Tarafından Ele Alınması

Yukarıda görev kusuru kavramının doktrinde geçmişte nasıl ele alındığı sunmaya çalıştık. Bilinmelidir ki bugün de görev kusuru kavramını benimseyen yazarlar görüşlerini bu kapsamda ve benzer yönde iletmektedirler. Bu nedenle bu görüşlerin yargı kararlarına yansımalarının hangi yönde olduğu önemlidir. Bu açıdan günümüzde yargı kararlarında görev kusuru kavramının nasıl ele alındığının önemi vardır. Bunu göstermek adına mahkemelerin bu yönde verdikleri kararlar ele alınacak ve ilgili değerlendirmeler başlıklar halinde yapılacaktır.

a. Hizmet Kusuru- Görev Kusuru- Salt Kişisel Kusur Ayırımı Bakımından

Bugün bazı yargı kararlarında görev kusuru kavramından bahsedilmektedir. Ancak burada esas olanın görev kusurunun **kapsamı** olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü daha öncede bahsettiğimiz üzere özellikle sorumluluk hukukunda benzer kavramlar farklı anlamlar yüklenerek kullanıldığı için kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Bu nedenle biraz uzunca ama gerekli olduğu düşüncesiyle bu kavramı kullanan ilgili bir Danıştay kararına göz atmak gerekir.

Güncel bir Danıştay kararında görev kusurunu şöyle açıklamıştır³⁸:

“Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan

³⁷ Yazara göre bir polis memuru bir kavgada, kişisel düşmanını yaralarsa bu halde görevsel kusur değil, kişisel kusur vardır çünkü burada görev ile yaralamak arasında “gaye ilişkisi” yoktur. Düren, **İdare Hukuku**, s. 296.

³⁸ Dan. 10. D., E. 2008/643, K. 2010/ 5353, T.14.6.2010, DD, 2010, sy. 125, s. 327-330.

hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Ayrıca, 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.

Böyle bir durumda, zarar gören kişiler, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır(...)"

Danıştay'ın bu ve buna benzer görev kusurunu kullandığı kararlarında gördüğümüz husus, 129. maddenin içeriğinin görev kusuru kavramı ile belirlendiğidir. Çünkü kararın metnini incelersek Danıştay'ın önce görev kusuru kavramını tanımladığını görürüz. Mahkeme önce görev kusurunu tanımlamakta ardından da görev kusurunun tespit edildiği bir olayda idarenin de kusurlu olduğunu ifade etmektedir. Böyle olunca da davanın Anayasa'nın 129. maddesi uyarınca idare aleyhine açılması gerektiğinden söz etmektedir. O halde Danıştay'ın bu tür kararlarında 129. madde hükmünü bir anlamda usuli bir hüküm yani davalıyı belirleyen bir hüküm olarak gördüğünü ifade edebiliriz. 129. madde usuli bir hüküm olarak kabul edilince de bu halde bir kusurun nasıl idari bir kusur olacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bunu da ifade eden Mahkeme verilen yetkinin/ yüklenen ödevin yapılması sırasında ilgili kaidelere aykırı bir biçimde işlenen aslında ajanın kusuru olan ama görevle bağlantısı nedeniyle görevden/hizmetten de ayıramayan kusurun idari bir kusur olduğunu ve bu halde kusurun aynı zamanda idarenin de kusuru sayılacağını ifade etmiştir. Bu halde idare asli bir şekilde sorumlu ve davalıdır.

Aslında her ne kadar bu tür kararlarda 129. maddenin kapsamını görev kusuru kavramı belirliyor gibi görünse de aslında görev kusuru anlayışının 129. maddenin kapsamını belirlemesi yanında 129. maddenin de görev kusurunun kapsamını belirlediği söylenmelidir. Bu söylediğimiz bir çelişki değildir. Şöyle ki

mahkeme, 129. maddenin lafzını dikkate alarak getirilmek istenen sistemi görev kusuru kavramına uygulamakta ardından ise 129. maddeyi usuli bir biçimde kullanarak davanın idareye açılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle 129. madde ile görev kusuru kavramları arasında sıkı bir bağ vardır ve madde bu kavram ile şekillenmiş; bu kavramın sonucu ise maddeye bağlanmıştır. O halde bugün kavram aslında 129. maddeyi ifade etmektedir. Fakat maddede geçen “*yetkilerini kullanırken*” ifadesi aynı zamanda görev kusurunun kapsamının da genişlemesine neden olmuştur. Açıkça belirtmek gerekir ki yukarıda Duran’ın vermiş olduğu görev kusuru tanımında da Güran’ın bahsettiği tanımda da hemen hemen benzer ifadeleri görmekteyiz. Ancak örneğin Duran, görev kusurunu birtakım ilkeler ile sınırlamakta ve onları salt kişisel kusur içine dahil etmekteydi. Bugün ise bir sonraki bölümde göreceğimiz gibi görev kusuru kavramı salt kişisel kusuru da kapsar bir şekilde genişlemiştir. Örneğin bir savcının, bir kişinin kolunu haksız yere mühürlediği iddiasıyla açılan tazminat davasında³⁹, bir yurt görevlisinin ihmal ve kayıtsızlıkla hareket etmesi durumunda⁴⁰, polisin gözaltındaki kişiye kötü muamelesinde⁴¹, işkence sonucu ölüm olayında⁴², askerlerin emir ve talimatlara uymaksızın, hareket eden araca ateş etmeleri ve içerisindeki insanlara zarar vermesi olayında⁴³ Danıştay hep görevle bağlantı görmüş, bu olayları ajanın idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırılık şeklinde ancak yine de resmi yetki, görev ve görevin olanaklarından yararlanarak yaptıkları eylem ve işlemler kategorisinde görmüştür. Halbuki daha önceki yıllarda verilen kararlarda bu tür benzer olaylarda, kusurun görev kusuru değil salt kişisel kusur teşkil ettiği belirtilmişti⁴⁴. Bu nedenle bugün artık görev kusurunun sınırının genişlediğini bir bakıma salt kişisel kusura da içine aldığını ifade etmeliyiz. İşte görev kusurunun kapsamının geçmişten farklı olarak bu denli genişlemesine neden olan Anayasa’nın 129. maddesi ve “*yetkilerini kullanırken*” ifadesidir . Çünkü 1982 Anayasası dönemi ile kavram bu kadar geniş bir biçimde

³⁹ Dan. 10. D., E. 2006/7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DBB.

⁴⁰ Dan. 10. D., E. 2004/1690, K. 2006/7348, T. 22.12.2006, DBB.

⁴¹ Dan. 10. D., E. 2004/9748, K. 2006/2598, T. 21.4.2006, DBB.

⁴² Dan, 10. D., E. 1999/1746, K. 1999/5376, T. 2.11.1999, DBB.

⁴³ Dan. 10. D., E. 1997/721, K. 1999/5266, T. 20.10.1999, DBB.

⁴⁴ Bir sonraki bölümde bu tür olaylar, örnekleriyle bahsedilecektir.

yargı yerlerince ele alınmaktadır. Böyle olunca görev kusuru- 129/5 hükmü arasındaki karşılıklı birbirini besleme olayı ortaya çıkar.

Aslında Danıştay'ın bu kararlarında görev kusurunun kendisiyle beraber aksini de barındırdığı zannedilebilir. Yani görev kusurunun bulunduğu bir yerde salt kişisel kusurun da bulunabileceği, görev kusurunun **maksadının** salt kişisel kusur ile ajanın kusuru olan, bununla beraber idareyi de ilgilendiren ancak hizmet kusuru da olmayan bu kusurun arasındaki ince çizgiyi tespit etmek olduğu zannedilebilir. Ancak bugün Danıştay kararları açısından görev kusuru kavramının bu işlevini kaybettiğini ve birçok olayda salt kişisel kusuru da kapsar biçimde genişlediğini ifade etmeliyiz.

Yargıtay HGK'nin de son kararlarından nispeten daha önce ancak güncel diyebileceğimiz görev kusuruna ilişkin kararları vardır. Örneğin bir kararında HGK, görev kusurunu şöyle açıklamıştır⁴⁵.

*“Bilindiği gibi **görev kusuru** kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusur olarak kendisini 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 söyleyişle kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektirir hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir. 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.”*

Bir başka ancak farklı nedenlerle görev kusurunu tanımlayan YHGK, kararında şöyle demektedir⁴⁶:

*Bilindiği gibi, **görev (hizmet)** kusuru; daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusur olarak kendisini gösterir. Bu **kişisel kusur**, görev içinde ve dolayısı ile idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. Dahası görev, kusurun vücut bulmasına yol açmaktadır. Örneğin, bir hukuk düzenlemesi gereği zor ve hatta lüzumunda silah kullanma yetkisi verilen Kamu görevlisinin bu görevini yerine getirdiği sırada (Kanunun veya zaruretin tayin ettiği) sınırı aşmak sureti ile bir zarara sebep olması halinde; görev kusuru ile karşılaştırılır. Kişisel*

⁴⁵ YHGK, E. 2005/4-650, K. 2005/711, T. 7.12.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶ YHGK, E. 1998/4-27,K. 1998/100, T. 11.2.1998, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kusurda ise; Kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Diğer bir anlatımla; 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 muameleleri belirgindir. Burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile işlemiştir. Somut olgularla izah edilmek istenirse; İdare ajanının Kin, Hınç, Düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında kalarak işlediği fiiller ile, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme (Bkz. 22.10.1979 gün, 1978/ 7 E. 1979/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında saptandığı üzere Danıştayca verilen Yürütmenin Durdurulması yada iptaline ilişkin kararların uygulanmaması) tutum ve davranışları kişisel kusuru oluşturur. Gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda "personelin" kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin Adalet Mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 25.3.1975 günlü 1974/42 E., 1975/62 K. sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.1.1984 günlü 1981/4-110 E., 1984/1 K. sayılı ve 30.4.1986 günlü 1985/4-309 E., 1986/466 K. sayılı kararları, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 nci Dairesinin 23.9.1997 günlü, 1997/19 Esas, 1997/613 K. sayılı kararı, Tekinay Akman BurcuoğluAltopTekinay Borçlar Hukuk Genel Hükümler 1988 sayfa 681).

YHGK'nin bu kararlarında görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımını kullandığını görüyoruz. Yine YHGK'nin benzer kararlarında DMK madde 13 ile Anayasa'nın 129. maddesini açıkça usuli bir hüküm olarak ifade ettiğini de görmekteyiz⁴⁷. Burada mahkeme neredeyse hemen hemen Danıştayla benzer ifadeleri kullanmasına karşın salt kişisel kusurun varlığını sürdürdüğünü ifade etmektedir. Bunun birkaç sebebi vardır. Bunlardan birincisi YHGK'nin DMK madde 13 ile Anayasa'nın 129. maddesinin usuli bir hüküm olduğunu ifade etmesidir⁴⁸. Yani örneğin 129. madde usuli bir hüküm olarak kabul edilince herşey görev kusuru kavramının içini doldurmaya kalmaktadır. Çünkü usuli bir hüküm olduğuna göre bu madde ancak şartları varsa davanın idareye açılacağını anlatır. Şartları ise "görev kusuru" kavramı belirler. İşte bu halde görev kusuru Danıştay kararlarındaki gibi, geniş yorumlandığı takdirde görev kusuru genişlerken, görev kusuru dar kapsamlı ele alındığında salt kişisel kusur gündeme gelmektedir. O nedenle 129. maddenin usuli hüküm olarak görülmesi ve görev kusurunun dar yorumlanması, YHGK'nin davaların adli yargıda görülmesi için kullandığı bir argüman olarak ortaya çıkmaktadır. Böylede olunca daha önce de bahsettiğimiz Yargıtay İBK'sini kullanarak salt kişisel kusurun varlığı hakkında karar vermek kolaylaşmaktadır.

⁴⁷ YHGK, E. 2001/4-595, K. 2001/643, T. 26.9.2001, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁸ YHGK, E. 1994/10-774, K.1995/45, T. 08.02.1995, HBB.

YHGK’de buna dayanarak bir takım hallerin görev kusuru kapsamına girmeyeceğini ve salt kişisel kusur oluşturacağını ifade etmektedir⁴⁹. Diğer bir tespit ise bu kararlarında mahkemenin Duran’ın benimsediği ayrımı yaptığını ve salt kişisel kusuru aynen Duran gibi tanımladığını görüyoruz. Ancak Kurulun, kararın bir yerinde salt kişisel kusur halinde ortada idari işlem ve eylemin kalmayacağını söylemesi bu halin, haksız fiil olarak anlaşılmasına neden olabilecektir. Halbuki Duran’a göre salt kişisel kusur haksız fiilden farklıdır. Bir başka tespit olarak mahkeme yine Sarıca’yla başlayan Duranla devam eden kişisel kusurun tespiti için maddenin mefhumu muhalifinden hüküm çıkarma geleneğini sürdürmektedir. Böylece 129. madde usuli bir hüküm sayılıp, görev kusuru kavramıyla kapsamı daraltılınca ve ayrıca ortada da Anayasa madde 125 ve 137 gibi *kişisel kusurun Anayasadaki görünümü olduğu iddia edilen* 2 maddeye dayanılınca salt kişisel kusurun YHGK’ce kabulü kolaylaşmaktadır. Son olarak ise YHGK’nin özellikle ikinci kararında görev kusurunu ifade ederken parantez içinde hizmet kusuru olarak tanımlamasına rağmen daha sonra da bu kusura kişisel kusur diyerek kavramları birbiriyle iç içe ve adeta bir karışıklığa neden olacak biçimde kullandığını belirtmek gerekir.

UM’nin de kararlarında genel olarak görev kusurunu benzer bir şekilde tanımladığını ancak salt kişisel kusuru da kabul ettiği için kararlarının, YHGK’nin bakış açısıyla örtüştüğünü ifade edebiliriz⁵⁰.

⁴⁹ YHGK, E. 1994/10-774, K.1995/45, T. 08.02.1995, HBB.

⁵⁰ “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılmıyor, 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 esasla rına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanununun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesine işaret edilmiştir(...) Buna göre, kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, kanununun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda

Burada son olarak AYİM'in görev kusuru kavramına bakışını ifade etmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hizmet kusuru- görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımında AYİM'in görev kusuruna ilişkin verdiği kararları AYİM'in kendi yapısı içinde değerlendirmek gerekir. Bir sonraki bölümde kararları, olaylar bazında değerlendirdiğimizde daha iyi görülebilecek bir durumu kısaca aktarmak gerekirse; AYİM, idarenin kusurunun bulunmadığı hallerde, hatta ajanın haksız fiilinin açıkça ortada olduğu, göreviyle ve yetkisiyle de açıklanamayacak bazı olaylarda dahi, olayın meydana geldiği yerin askeri sınırlar içerisinde olması, askerlik görevinin özelliği gereği vatani bir hizmet olması, halkın bu göreve ve askerliğe özel önem atfetmesi vb bazı gerekçelerle idareyi kusursuz sorumlu tutmaktadır⁵¹. Böyle bir kararında AYİM şöyle bir karar vermiştir⁵²:

“Anayasanın 125 nci maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu suretle idarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. Ancak, Anayasada idarenin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceği belirtilmemiş, bu meselenin halli doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bugün idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmaktadır. İster hizmet kusuru isterse kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılсын genel olarak idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte bulunması zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması zorunludur.

Davacıların desteğinin ölümü sonucunu doğuran maddi olayın, müteveffanın bir disiplin suçunun infazı için Disiplin Cezaevi gibi askeri bir mahalde iken, ard arda 28 gün daha usulsüz ve yetkisiz şekilde verilen oda hapsi cezasının infazı sırasında, davalı idarenin hizmette ajan olarak istihdam ettiği görevlilerin işlemiş oldukları kasti suçların teselsül etmesi sonucu doğan eylemden kaynaklandığı açık olup, davacıların bu eylem nedeniyle uğradıkları zararın ajanın görev kusurunun yol açtığı kusursuz sorumluluk esaslarına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağının bulunduğunu belirtmek gerekir.” UM, E. 2006/26, K. 2006/75, T. 5.6.2006; UM, E. 2007/6, K. 2007/117, T. 2.7.2007, UM, E. 2003/31, K. 2003/37, T. 16.6.2003, UM, E. 2002/11, K. 2002/10, T. 25.3.2002, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵¹ Konuyla ilgili bkz. Sait Güran, “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev Konuları”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 22, sy, 91. Eylül 1994, s. 51.

⁵² Ayım 2. D., E.1995/562 K.1997/804, T. 15.10.1997, (Çevrimiçi)www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.07.2012.

Bu kararda da görüldüğü gibi AYİM, yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle idareyi kusursuz sorumlu tutmaktadır. Burada idareyi kusurlu sorumlu tutmaması hayli ilginçtir. Bunun iki sebebi olabilir: Bunlardan biri idareye atfedilecek bir kusur bulunmaması ancak yukarıda sayılan özel nedenlerden ötürü zararı, zarar gören askerin üzerine bırakmamak istemesi olabilirken diğeri ise idareyi kusursuz sorumlu tutarak zarar veren asker de olsa rücu mekanizmasını işletmemek istemesi olabilir. Kanaatimizce birinci durum burada geçerli olandır. Ancak görev kusuru ifadesinin burada kullanılması yerinde değildir. Karara bakıldığında görev kusurunu kullanarak sanki idareye bir kusur atfedildiği görülmektedir. Çünkü kararın bir yerinde idarenin ajanı istihdam ettiğinden bahsedilmektedir. Ancak ardından bunun illiyet bağı kurmak için kurulmuş bir cümle olduğu ve görev kusurundan ötürü kusursuz sorumluluğa başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Burada AYİM'in bu kararıyla çelişen bir kararını daha göstermek ve konuyu sonlandırmak istiyoruz. AYİM bir başka kararında görev kusurunu bu sefer hizmet kusuruyla ilişkilendirmiştir⁵³:

*“Davacının yaralanması olayının bir kamu görevi olan askerlik hizmetinin ifası sırasında aynı birlikte görevli Erin silahıyla ateş etmesi suretiyle gerçekleşen suç teşkil eden eylemi sonucunda meydana geldiği, sanıkn yargılaması sonucu cezalandırıldığı, nöbet hizmetinin devamı niteliği şeklinde olan doldur boşalt işlemleri esnasında meydana gelen zararlar eylem arasında illiyet bağının bulunduğu, bu nedenle zararın zarar gören üzerine bırakılmayarak ajanın **görev kusuru nedeniyle, hizmet kusuru** ilkesi uyarınca idarece karşılanması gerektiği, ancak mahkeme kararındaki anlatımdan da anlaşıldığı üzere, davacının olayın meydana gelmesindeki müterafık kusurunun da göz önüne alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”*

Bu kararda ise AYİM, hizmet sırasında yaşanan olayda yine görev kusuru kavramını kullanmış ancak bu halde olayı bu sefer hizmet kusuruna bağlamıştır. İlk olaydan farklı olarak bu olayda idarenin hizmeti kusurlu işlettiğini düşünen AYİM, kararını bu yönde verirken yine görev kusuruna dayanmıştır ve bu kavram kanaatimizce burada yerinde kullanılmıştır.

⁵³ AYİM 2. D., E. 2006/1352, K. 2008/1043, T. 22.10.2008, (Çevrimiçi)www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.07.2012.

AYİM'in verdiği kararlara baktığımızda bir şekilde zararın giderilmesi için tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde bir kanaat görülmektedir. İlk olayda idareye kusur atfedilemeyecek ve belki de dava ajan aleyhine açılması gerekecek iken özel nedenlerden ötürü idarenin kusursuz sorumlu tutulduğu görülmektedir. Ancak bunu yaparken görev kusuru gibi bir kavramın bu şekilde kullanılması yerinde değildir. Görev kusuru kavramının hizmet kusurunun içinde mi yahut kişisel kusurun içinde mi olduğu tartışmalı olmakla beraber, görev kusurunda esas olanın idare için hizmet kusuru, ajan için ise kişisel kusur içerdiği ortak kanaat olduğundan; AYİM'in ilk kararında **görev kusurunun ajan için kişisel kusur, idare için ise kusursuz sorumluluk** içeren bir kavram olarak kullanılması doktrin ve diğer yargı kararlarında kabul görmüş bir durum değildir, dahası bu kavramın ortaya çıkış sebebi de böyle bir kullanıma uygun değildir. Ayrıca AYİM'in kendi kararlarında da görev kusurunun hizmet kusuruyla birlikte kullanıldığı görüldüğünden **hizmet kusuruna neden olan görev kusuru-kusursuz sorumluluğa neden olan görev kusuru** gibi bir ayrımın kabul edilmesi ve böyle bir kullanımın işlevselliğini koruması çok mümkün gözükmemektedir. Böyle bir kullanımın devamı ise kavramın içinin boşalmasına ve sorumluluk hukuku bakımından gereken her yerde kullanılmaya müsait bir kavram olarak anılmasına neden olacaktır.

Sonuç olarak bu bölümü genel olarak ele aldığımızda göreceğimiz husus, görev kusuru kavramının kapsamı ve ele alınışı ile davaların adli yargının veya idari yargının alanına girmesini belirlediğidir. Böyle olunca görev kusuru kavramının ele alınma ve yorumlanma biçimi önem taşımaktadır. Görev kusuru kavramının yorumlanması da mahkemelerin anayasal ve yasal mevzuata hangi yönden baktığı ile ilgili olmaktadır. Bu nedenle bu kavram mevzuat kullanılmak suretiyle günümüzde mahkemelerin kendi görev alanlarını genişletirken yararlandıkları bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır.

b. Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı Bakımından

Bir üst bölümde görev kusuru kavramının kullanıldığı kararlarda “görev kusuru” kavramına atfedilen değer davanın adli yargıda mı idari yargıda mı

görülebileceğini belirlediğini ifade etmiştik. Geçmişte -örneğin Duran'ın yazdığı makale ile DMK madde 13 için görev kusuru kavramının kullanılması gerektiğini iddia ettiği dönemde- olduğu gibi, bu kavram daha çok anayasal ve yasal mevzuat kullanılarak Yargıtay'ın görev alanını genişletmeye hizmet etmektedir. Çünkü Anayasa'nın 129. maddesini *usuli* bir hüküm yani davalıyı gösteren bir madde olarak algılayınca geriye görev kusurunun nasıl tanımlandığı kalmaktadır ki bu halde geniş yorumlama davayı idari yargıya, dar yorumlama ise adli yargının alanına dahil etmektedir. Böylece Yargıtay da önceki içtihatlarla dayanarak görev alanını oldukça genişletmektedir.

Fakat Danıştay'ın görev kusuru kavramını kullanmadan davayı idari yargının alanında gördüğü kararları da vardır. Bu kararlarında Danıştay, meydana gelen eylemi açıkça **kişisel kusur** olarak değerlendirmektedir. Fakat hemen belirtilmelidir ki bir eylemin kişisel kusur sayılması, davanın adli yargıda görülmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Bu kararlarında Danıştay, genelde kamu hukukuna tabi görevlerden/yetkilerini kullanmaktan bahsetmekte ve ardından bu haller içinde meydana gelen eylemlerin kişisel kusur içerse dahi davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca Danıştay'ın bu kararlarında yine fiilin idariliğinden bahsedilmekte ve bu kişisel kusur, haksız fiil niteliğinde herkesin işleyebileceği türden bir kusur olarak da kabul edilmemektedir. İdare Mahkemesinin DMK madde 13 ve Anayasa madde 129'a dayanarak idarenin sorumluluğuna karar verdiği göz altındaki kişiye **işkence yapılması nedeniyle** açılan tazminat davasında Danıştay 10. Dairesi kararında sadece kişisel kusur kavramından ve 129. maddeden şöyle bahsetmiştir⁵⁴.

*“Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesi şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuyla yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında, gözetim altında bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin **kişisel kusuru** bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan*

⁵⁴ Dan. 10. D. E. 2006/ 1212, K. 2009/652, T. 06.02.2009, DD, 2007, sy. 121, 351- 353.

idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.”

Karar metnine bakıldığında mahkemenin kararında görev kusurundan hiç bahsetmediğini ifade etmeliyiz. Ayrıca doğrudan kişisel kusur kavramının kullanıldığı ve ancak yetkilerini kullanırken meydana geldiği için idarenin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bunun yanında kararda rücu meselesini göstermek için de bu kavramın kullanıldığını vurgulamalıyız. Yine mahkemenin yargı kararlarını uyulmaması halinde de idare aleyhine açılan davalarda yargı kararını uygulamama halini **kişisel kusur** olarak saptayıp rücu müessesinden bahsettiğini ifade etmeliyiz⁵⁵. Yani genelde Danıştay verdiği bu tür kararlarda eylemin kişiselliğinden bahsederken DMK madde 13 yahut Anayasa'nın 129. maddesi gereği davanın idareye karşı açılacağını belirtmekte bunun yanında kararlarında kişisel kusuru vurgularken bu kişisel kusur nedeniyle idarenin ilgili ajana rücu etmesi gerektiğini de işaret etmektedir. Böylece kişisel kusur kavramının kullanıldığı olayların özellikle rücunun vurgulandığı kararlar olduğu da görülmektedir.

Fakat Danıştay'ın bazı kararlarında ayırım yapmaktan öte kavramları birlikte kullanma anlayışına sahip olduğunu görüyoruz. Özellikle Danıştay 2. Dairesinin kararlarında örneğin savunma dilekçesinde onur kırıcı ve itibar zedeleyici ifadeler kullanan ajan hakkında kasti suç isnadı taşısa bile davanın idari yargıda görüleceği şeklindeki kararında⁵⁶ da görüleceği üzere 2. Daire bu kararında DMK madde 13'e dayanmış ve davanın idari yargıda görüleceğini ifade etmiştir. Ancak Daire bu yönde karar verirken **kişisel kusurun hizmet kusuru sayılacağını ifade etmiştir**. Yani burada Daire hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımını dahi yapmamış ve bu

⁵⁵ Dan. 5. D., E. 1998/1970, K. 2001/5153, T. 25.12. 2001; Dan. 5. D., E. 1995/3611, K. 1997/ 2485, T. 10.11.1997, DBB.

⁵⁶ “Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmış, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de, kamu personelinin görevleri sırasında verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları düzenlenmiştir. Öte yandan bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin **kişisel kusurun**, kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindendir. Bu durumda idarede görevli kişi ya da kişilerin kusurlu hareketinden ileri geldiği ve bu durumun savunma dilekçesinin mahkemeye sunulması görevinin ifası sırasında gerçekleştiği iddiası karşısında, yukarıda yer alan Anayasa ve Yasa hükümleri ile İdare Hukuku ilkeleri gereği idarenin hizmet kusuru nedeniyle var olan sorumluluğundan hareketle uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğinden(…)” Dan. 2. D, E. 2004/619, K. 2005/751, T. 25/2/2005, DBB; Aynı yönde bkz. Dan. 2. D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005, DBB.

kavramları birlikte kullanmıştır. Ancak burada 2. Dairenin kişisel kusurun hizmet kusuru olarak kabul edileceğini belirtirken aslında ifade etmek istediği şey, kişisel kusur bulunan bir olayın ajanın yetkilerini kullanması biçiminde ortaya çıkması halinde kişisel kusurun idarilik vasfı kazanacağı ve davanın idareye karşı açılacağı hususudur. Yoksa bu ifade kişisel kusurun hizmet kusurunu oluşturacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu ifade bir biçimde “görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru” anlayışıyla benzeşmektedir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi buradaki amaç idare için bu kusurun hizmet kusuru teşkil ettiği ve davanın idareye açılması gerektiğini gösterdiğiidir. Yani bu ifadeler davanın idareye açılması için kullanılan birer argüman olarak nitelendirilmelidir.

Y4. HD’nin ve YHGK’nın son kararlarında ise hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını bir rücu meselesi olarak anladığını görmekteyiz. Burada Yargıtay’ın anayasal ve yasal mevzuatı salt ve genel bir biçimde kabul ettiğini ifade edebiliriz.

Y4. HD son kararlarında şu yönde karar vermektedir⁵⁷.

“(…)Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur(…)Davaya konu edilen olayda; davacı, iş makinasını kullanan kamu ajanı olduğunu ve kamu hizmetinin ifası sırasında meydana gelen zarardan sorumlu olduğunu belirterek davalıdan maddi tazminat isteminde bulunduğuna göre; Anayasa’nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası’nın 13/1. maddeleri gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilmesine, kamu görevlisi hakkında adli yargı yerinde

⁵⁷ Örneğin Y4. HD, E. 2010/12270, K. 2012/765, T. 24.1.2012; Y4. HD, E. 2010/12270, K. 2012/765, T. 24.1.2012; Y4. HD, E. 2010/11459, K. 2011/13283, T. 12.12.2011; Y4. HD, E. 2011/1037, K. 2011/12613, T. 29.11.2011; Y4. HD, E. 2011/10795, K. 2011/9621, T.26.9.2011; Y4. HD, E. 2011/5994, K. 2011/11502, T. 1.1.2011; Y4. HD, 2010/9816, K. 2011/ 12710, T.29.11.2011, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

dava açılmayacağına göre; kamu görevlisi hakkında adli yargıda açılan tazminat davasında **kast ve kusur aranmaksızın** husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir.”

YHGK’nın son kararlarında da bu hususta karar verildiği görülmektedir⁵⁸:

“İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir (Danıştay 10. Daire T. 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı). Yeri gelmişken "yetkilerini kullanırken" ve "bu görevleri yerine getiren personel" kavramlarıyla amaçlananın ne olduğu üzerinde durulmalıdır Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından "görevini yerine getirirken" ve "görevle ilgili yetkilerini kullanırken" gerçekleştirilmiş olmasıdır. (...) **memur ve diğer resmi görevlilerin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur.** (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Beta 10.Bası s. 590 vd.)

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturmaya 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 da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava İdareye yöneltilmelidir Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa orada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13 üncü maddesindeki "kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar" ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa’nın 129/5 maddesinde "kusur" şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin **kasten mi yoksa ihmalen mi** gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur”

Hukuk Genel Kurulu kararın devamında bahsettiğimiz hususu açıkça ortaya koymuştur:

“Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşmelerde yukarıda açıklanan anayasal ve yasal düzenlemeler ile kurum ve kavramlar değerlendirilmiş;

⁵⁸ YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25, T. 1.2.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

*Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu **çözmek için "hizmet kusuru" ve "kişisel kusur" ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın "kusur" ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun **kasti suç niteliği** taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir. "***

Bu kararlarda açıkça görüldüğü gibi YHGK ve Y4. HD, Danıştay'dan daha keskin ve net bir biçimde 129. maddeyi esasa ilişkin bir hüküm sayarak davanın idari yargıda açılması gerektiğinden bahsetmektedirler. Yine bu kararlarda 129/5 kapsamına giren kusurlar bakımından hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı yapılmayacağı, esas olanın madde kapsamına dahil olmak olduğu ve bu halde davanın idareye açılması gerektiği belirtilmelidir. Ancak mahkemelerin bu kararlarında 125 ve 137. maddelere değinmekten kaçındığını yahut en azından göz önüne almadığını görmekteyiz.

Ayrıca görüldüğü üzere Y4. HD, burada hizmetten ayrılabilir kişisel kusuru, herkesin işleyebileceği alelade kusur olarak ele almakta ve bunun dışında görevi sırasında yapılacak her faaliyetin hizmet kusuru içinde anlaşılması gerekeceğini ifade etmektedir. Böyle Y4. HD, hizmet kusurunun alanını salt kişisel kusuru kapsar bir şekilde genişletmektedir. Çünkü burada hem karara hem verilen örneğe bakıldığında ancak haksız fiil durumunda dava adli yargıda açılabileceği anlaşılmaktadır. Kişisel kusur ise rücu da önem taşıyan bir kavram haline böylece gelmektedir.

Son olarak UM kararlarına baktığımızda ise yukarıda bahsettiğimiz Danıştay kararlarında olduğu gibi bazı kararlarında UM'nin de kişisel kusuru hizmet kusuru olarak kabul ettiğine dair kararlarını görüyoruz. Burada UM, kişisel kusurun, idarenin denetleme ve gözetleme yükümlüne aykırılıktan ötürü hizmet kusuru sayılacağını belirtmektedir⁵⁹.

c. Ayrımların Sonuçları Bakımından Taşıdığı Önem

Hizmet kusuru kişisel kusur ayrımının yapılması ile hizmet kusuru-görev kusuru-salt kişisel kusur ayrımı yapılmasının önemi davaların görüleceği yargı yeri ve kendi içinde de idari yargının alanını mı adli yargının alanını mı genişlettiği hususunda değerlidir. Çünkü esas itibarıyla hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı yapıldığı takdirde “**madde, maddi hüküm**” olarak ele almaktadır ve Anayasa'nın 129. maddesinin şartları sağlandığı takdirde dava idareye karşı açılmaktadır. Bu tür olaylarda kişisel kusur vurgusu davanın adli yargıda açılmasını gerektirmemektedir. Bu kararlarda gördüğümüz husus bazen kişisel kusurun idarilik bağı ile bağdaştırılarak davanın idari yargıda açılmasına neden olması, bazen ise kararlarda ifade edilmeden sadece rücu da kullanılacak bir mahiyet teşkil etmesidir.

Halbuki görev kusuru kavramı kullanıldığında YHGK'nın başvurduğu yol gibi bunun aksinin de bulunduğu iddia edilebilmekte ve salt kişisel kusurun varlığının sürdüğü yolunda yorumlar yapılabilmektedir. Böyle olunca da adli yargıda ajan aleyhine doğrudan dava açılabilir.

Burada görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımı ile hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının aslında pratik açıdan günümüzde Danıştay bakımından farkı yoktur. Çünkü benzer olaylarda örneğin kötü muameleye ilişkin bir olayda görev kusuruna

⁵⁹ “(...)Hizmetle ilgili olarak veya hizmetin görülmesi sırasında kamu görevlisinin kusurlu olması, genel olarak “kişisel kusur” sayılmakla birlikte; bu olgunun, kimi durumlarda, personel üzerinde gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi yönünden hizmet kusurunu ortadan kaldırmayacağı kuşkusuzdur. Bu durumda, kamu görevlilerinin hizmetin yürütülmesi sırasındaki kusurlu eylemlerinin, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan “hizmet kusuru”nu oluşturmasına ve yukarıdaki düzenlemelere göre, idarenin hizmet kusurunun, hizmetin kuruluş ve işleyişi ile personel üzerindeki gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi yönlerinden idare hukuku esasları çerçevesinde yargısal denetiminin idari yargı yerlerince yapılacağı ve olayın bu yargı kolunca değerlendirileceği sonucuna varılmıştır.” UM, E. 2010/107, K. 2011/39, T. 7.3.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

dayanırken⁶⁰ başka bir olayda görev kusurundan bahsetmeyerek kişisel kusurundan ötürü rücu edilmesi gerektiğini ifade edebilmektedir.

Doktrinsel görüşlere ve yargı kararlarına baktığımızda kanaatimizce görev kusurunun kişisel kusur boyutu daha ağır basmaktadır. Şöyle ki görev kusuru sayılan birçok hal aslında klasik hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımında kişisel kusur saflarında bulunmaktadır. Ancak bu kişisel kusur, yetkilerin kullanılması yahut görev sırasında meydana geldiği için idareyle bütünleşmekte ve dava idareye açılmaktadır. En nihayetinde ise bu kusurun kişisellik özelliği ön plana çıkmakta ve ajana rücu edilmektedir. Burada idareye başvurulmasının nedeni ise o kişisel kusurun idare vasıtasıyla işlenmesi olmaktadır. Böyle olunca da görev kusuru idare için hizmet kusuru niteliğinde, ajan için kişisel kusur niteliğinde olmaktadır. Ancak tekrar belirtelim ki görev kusuru bu niteliğiyle hizmet kusuru olmamaktadır. Buradaki işlevi ancak davanın idareye açılmasını sağlamaktır.

B. HİZMET KUSURU- KİŞİSEL KUSUR AYRIMININ UYGULAMA ALANI

1982 Anayasa'nın getirmek istediği sistem doğrultusunda kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlarıyla verdikleri zararlardan ötürü sorumlu olacaklarına dair hükmün -son zamanlarda bazı mahkemelerin fikir birliğine varmış görünmesi haricinde- mahkemelerce farklı anlaşıldığı, hükümleri kendi görev alanlarını genişletecek bir şekilde ele aldıkları ve neredeyse benzer olaylarda farklı karar verdikleri görülmektedir. İşte bu bölümde zaman zaman “*bir rücu meselesi*” olarak görülen zaman zaman ise mahkemeler tarafından sıkı bir ayrıma tabi tutulan hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının kriterleri bu konunun ele alınması bakımından çok önemlidir. Bu nedenle bu bölümde hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının geçmişten bugüne kadar uygulanagelmiş olan kriterleri doktrin görüşleri ve yargı kararlarının tahlili suretiyle ele alınmaya çalışılacaktır. Ancak şu husus tekrar belirtilmelidir ki günümüzde İdare Hukuku teorisinin sorumluluk hukuku açısından ürettiği bir sonuç olarak, bir durumun kişisel kusur kabul edilmesi, davanın ona karşı adli yargıda

⁶⁰ Dan. 10. D., 2004/9748, K. 2006/2598, T. 21.4.2006, DBB.

açılacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü daha önce de bahsettiğimiz gibi, genel olarak İdare hukukunda kişisel kusur, haksız fiil olarak kabul edilmemektedir. İşte bu nedenledir ki örneğin kamu görevlilerinin görevleri sırasında kasten dahi işlenen fiillerinin görülme yeri idari yargıdır. Yani bir eylemin kişisel kusur içermesi belli şartlar altında ona ilişkin tazminata ilişkin davanın idari yargıda görülmesine neden olabilir. Bu nedenle şimdi bu bölümde idare ajanının 3. kişiye vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumluluklarının kriterleri ve hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının uygulamada nasıl karşılandığı ifade edilmeye çalışılacaktır. Bu ayrım yapılırken de Anayasa madde 40/3 ve 129/5 ile DMK madde 13'te geçen kavramlar ve görev kusuru kavramı ele alınacaktır. Burada mahkemelerin görev kusurunu kullandığı kararlarında da, klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı yaptığı kararlarında da özellikle Anayasa'nın 129/5 maddesinin şartlarını kullanarak idarenin sorumlu olduğu halleri belirlediğini tekrar hatırlatmak gerekir. Ayrıca daha önceden de görev kusuru ile 129. madde arasındaki bağlantıyı ve birbirinin kapsamını belirlediğini ifade etmiştik. O halde günümüzde idarenin hizmet kusuru-kişisel kusur bakımından sorumluluğunun şartları belirlenirken de bu maddelerin önemi bir kez daha görülmektedir.

1. Sorumluluk Hukuku Bakımından Kamu Görevlisi Kavramı

1982 Anayasası'nın idarenin sorumluluğuna dair bahsettiğimiz maddelerinden 40. madde “*resmi görevli*”den, 129. madde ise “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*”nden bahsetmektedir. DMK madde 13'de ise “*personel*” kavramı geçmekte olup, bu kavram, kapsam olarak Kanunun ilgili maddelerine atıfla belirtilen yerlerde istihdam edilen belirli türdeki personel ile sınırlandırılmıştır.

Yine 1982 Anayasasının 128. maddesinde memur ve diğer kamu görevlilerinden bahsedilmiş olup 129. madde kapsamı bu kavram üzerinden şekillenmeye çalıştırılmaktadır⁶¹.

⁶¹ “D. Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler

1. Genel ilkeler MADDE 128. – Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu

DMK madde 13'ün “(...)görevleri yerine getiren **personel**” den bahsettiğini belirtmiştik. Doktrinde 1980 dönemi öncesi DMK 13 bakımından sorumluluk hukukunda “personel” kavramı yine DMK madde 4'te yer alan istihdam biçimi ile sınırlı anlaşılmış, bu kapsam Kanunun 5. maddesinin atfıyla 1. maddede gösterilen yerlerde çalışan memur, sözleşmeli personel, işçi ve geçici işçiyle doldurulmuştur⁶². Yani DMK madde 13'te geçen personel kavramı memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi ile sınırlıdır. Bu konuda örneğin 1970 yılında Yargıtay 4. HD vermiş olduğu bir kararda; o zamanki anayasa hükmü gereği ancak memurun asli ve sürekli bir şekilde çalışabileceğini, Başbakanın kamu görevlisi sayıldığını ancak Başbakan'a rüccunun mümkün olamayacağını, idarenin en üstünde bulunan kişinin kendisine karşı dava açılması için emretmesi gerekeceğini, DMK madde 13'ün ise bunu hedeflemediğini belirtmiş ve DMK madde 13'ün kapsamını Kanunun 1. maddesi ile sınırlamıştır. Böylece 4. Daire Başbakanın DMK madde 13'ün kapsamına dahil olmadığını ifade etmiştir⁶³. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte ise 129. madde kapsamında kamu görevlisi kavramı ele alınmış ve kimin kamu görevlisi olup olmadığı tartışılmıştır.

Konuyu incelemeden önce belirtelim ki başlığımızda görüldüğü gibi kanaatimizce *kamu görevlileri* kavramı, “*sorumluluk hukuku açısından kamu görevlileri kavramı*” olarak farklı değerlendirilmelidir. Bunun sebeplerine şimdi geçiyoruz:

1982 Anayasasında bir “memur” tanımı olmadığı⁶⁴ ancak DMK'de bununla ilgili olarak çeşitli belirlemeler ve tanımlamalar yapıldığı ifade edilmektedir. 1982 Anayasası'nda bahsi geçen diğer kamu görevlileri kavramı ise, anayasalar

görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.(Ek Cümle: 7/5/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.”

⁶² Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 10.

⁶³ Y4. HD, E. 1970/11294, K. 5738, T. 10.6.1971, **Ankara Barosu Dergisi**, sy. 5, s. 1027 (Nakleden Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 98).

⁶⁴ Aksi görüş; Sait Güran, “Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. No. 6, 1989, s.53; Aynı yönde Sait Güran, “Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, **AİD**, C. XVII, sy. 3, Eylül 1984, s.199.

bakımından ilk defa bu anayasa ile gündeme gelmiştir⁶⁵. Fakat Anayasa sadece diğer kamu görevlilerinden bahsetmemektedir. Bu hususta 1982 Anayasasında birbirine anlamca yakın görünen fakat lafız olarak farklı başka birçok kavram da kullanılmıştır⁶⁶. Ancak benzer durumun Anayasada başka kavramlar için de görüldüğü ifade edilmektedir⁶⁷.

Hemen belirtelim ki doktrinde diğer kamu görevlilerinin kim olduğu konusunda onlarca farklı fikir ve yorum vardır. Bu nedenle kısaca doktrinde ve yargı kararlarında bu kavramın nasıl ele alındığını açıklamak gerekir:

Bu hususta doktrinde öncelikle geniş anlamda ve dar anlamda kamu görevlileri ayrımı yapıldığını söyleyebiliriz⁶⁸. Fakat bu ayrım kabul edilmesine karşın bu ayrımı belirleme konusunda da farklılıklar vardır. Doktrinde bir görüş ister geniş ister dar anlamda kamu görevlisi olsun çalışanın mutlaka kamu kesimindeki bir kamu kurum ve kuruluşuna bağlı olmak gerektiğini ifade etmektedir⁶⁹. Bu görüşe göre geniş anlamda kamu görevlisi hukuki durum ve yaptıkları göreve bakılmaksızın kamu kesiminde **görev** yapan herkesi içerir ki bu halde örneğin cumhurbaşkanı, bakanlar, milletvekilleri, muhtarlar, mükellefler ve işçiler dahi buraya dahil olur⁷⁰.

⁶⁵ Tan, **İdare Hukuku**, s. 485; Günday, **İdare Hukuku**, s.579.

⁶⁶ Anayasa sistematğine bakıldığında: “*kamu görev ve hizmetinde bulunanlar*”(39. madde), “*resmi görevliler*” (40. madde), “*işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri*” (51. madde), “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” (53. madde), “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*”, “*kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri*” (68. madde), “*kamu hizmetine girenler*” (71. madde) “*kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri*” (76. madde) “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” (128./129. maddeler) “*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse*” (137. madde) gibi çeşitli maddelerde değişik ifadeler yer almaktadır . Güran 1984 yılında yaptığı tasnifte 33., 121., 137., ve 71. maddeleri birinci grupta, 128-129, 68 ve 76. maddeleri ikinci grupta saymaktadır.” Güran, “Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, s. 195. Fakat Güran’ın bahsettiği bu maddelerin bugün bir kısmı kaldırılmış yahut değiştirilmiş veya bunlara yenisi eklenmiştir.

⁶⁷ Örneğin “*kamu hizmeti*” kavramının Anayasada çeşitli konulara ilişkin olarak değişik anlamlarda kullanıldığı ifade edilmektedir. Gülan, “Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri”, s. 2.

⁶⁸ Tan, **İdare Hukuku**, s. 487; Günday, **İdare Hukuku**, s. 579; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 561.

⁶⁹ Bu nedenle kamuya yararlı faaliyet gören örneğin taksi ve dolmuş şoförü ile yaptığı hizmet kanun tarafından kamu hizmeti olarak ifade edilen örneğin serbest avukatlar kamu kesiminde bir kuruluştaki çalışmadıkça kamu görevlisi sayılmazlar. Günday, **İdare Hukuku**, s. 579; Aynı yönde, Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 561.

⁷⁰ Günday, **İdare Hukuku**, s. 580. Burada önemli olanın kamu kesiminde **görev** yapmak olduğu söylenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 561.

Buna karşın dar anlamda kamu görevlisi ise devletin siyasi yapısını oluşturan organdaki görevliler ile kamu kesiminde özel hukuk hükümlerine tabi olan görevliler dışında kalan kamu görevlilerini ifade eder⁷¹. Burada bir önceki örnekten farklı olarak cumhurbaşkanı, muhtarlar görevlerini meslek olarak yapmadıkları için, işçiler de özel hukuk rejimine tabi olduklarından bu kategoriye girmezler⁷². İdare hukukunu ilgilendirenin de dar anlamda kamu görevlisi olduğu belirtilmektedir⁷³.

Bu noktada bir başka görüşe ve ayrıma göre sözleşmeli personel ve geçici işçiler, kamu kesiminde sözleşme ile belirli bir süre görev yapacağı için diğer kamu görevlisi çerçevesinde değerlendirilemezler⁷⁴. Başka bir görüş ise sözleşmeli personel bakımından ayırım yapmaksızın tümünü, ayrıca geçici personeli, yine işçi olmaması ve idare ile bağlantısı olması nedeniyle toplu iş sözleşmesi dışında kalan “kapsam dışı personel” i de kamu görevlisi sayıp; mükellefleri, gönüllüleri ve fiili ajanları da kamu görevlilerinin bazı koruyucu veya caydırıcı hükümlerinden yararlanmak niyetindedir⁷⁵. Bunun yanında yine doktrinde bir başka görüş kamu görevlisi olmanın şartlarını *bir kamu tüzel kişisine bağlı olma, bunlar tarafından istihdam edilme ve bir kamu tüzel kişisine kamu hukuku bağı ile-* bu bağ statüter ya da akdi olabilir- *bağlı olma* olarak bu şartları birlikte arayıp⁷⁶ örneğin idare ile yaptıkları sözleşme uyarınca idareye mal ve hizmet sağlayanları, bayındırlık işi müteahhitlerini yahut bir veya daha fazla davayı takip için kamu kurumu tarafından vekalet verilen avukatları, gönüllü işbirlikçileri (ve bunun içinde fiili ajanları) ve arızı mükellefleri (daimi mükellefler hariç) istihdam edilme şartının gerçekleşmemesi nedeniyle kamu görevlisi saymamaktadır⁷⁷. Bu nedenle aynı görüş bu şartların tümünü sağladığını belirttiği örneğin vakıf üniversitesi öğretim üyelerini,

Yazarlar bu kategoriye başbakanı, milletvekillerini, valileri, belediye başkanlarını da dahil etmektedir.

⁷¹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 580; Burada esas olanın faaliyetin “meslek” olarak yapılması gösterilmektedir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 561.

⁷² Günday, **İdare Hukuku**, s. 580; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 562.

⁷³ Günday, **İdare Hukuku**, s. 580.

⁷⁴ Günday, **İdare Hukuku**, s. 583 ve 587.

⁷⁵ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 275.

⁷⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 641; Özay, **Gün Işığında Yönetim**, s. 985.

⁷⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 637 vd.

bir ayrıma tabi tutulmadan bütün sözleşmeli personeli⁷⁸ ve geçici personeli de diğer kamu görevlisi saymıştır⁷⁹.

Yargı kararlarına bakıldığında ise Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vermiş olduğu geçmişten bu yana birçok karar vardır. Bunların temeline inip tartışmak ayrı bir konu olmak üzere örneğin geçici köy korucularını; sürekli bir görev görmediği gerekçesi ile⁸⁰, il genel meclisi üyelerini; kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları nedeniyle⁸¹ yeminli teknik büro elemanlarını; kanunla düzenleme şartına aykırılık taşıdığından⁸² kamu görevlisi olarak kabul etmemiştir. Son kararlarında ise AYM, örneğin sözleşmeli öğretmenlerin yapmış olduğu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmadığından hareketle işçi de olmadıklarını ayrıca yine hizmet sözleşmesi itibariyle görev, çalışma biçim ve koşullarıyla neredeyse kadrolu öğretmenlerin bu yöndeki özellikleriyle aynı olduklarını belirterek bu sözleşmeli personeli diğer kamu görevlileri içinde kabul etmiştir⁸³. Ancak aynı tarihlerde verdiği bir başka kararda, DMK madde 4-C de geçen *geçici personeli* ise bu personelin idare ile yaptığı bir sözleşme uyarınca istihdam edildiği, yaptığı işin; geçici veya mevsimlik olup, asli ve sürekli görevlerden de sayılmadığı gerekçeleri ile kamu görevlisi saymamıştır⁸⁴. Danıştay ise belediye meclis ve encümeninin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümeninin seçilmiş üyelerini; seçimle ve

⁷⁸ Gözler KİT'lerde çalıştırılan dahil bütün sözleşmeli personelin kamu görevlisi sayılması gerektiğinden bahsetmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 653.

⁷⁹ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 647.

⁸⁰ AYMK, E. 1985/5, K. 1985/23, T. 10.12.1985, RG. Tarih-Sayı: 21.01.1986-18995, www.anayasa.gov.tr, KBB.

⁸¹ *İl genel meclisi* üyelerini, kamu görevlisi olarak kabul etmeyen Anayasa Mahkemesi kamu personelini "hükümet ve idare edenler" ile "bunların uzmanlaşmış yardımcıları" adı altında "idare ajanları" olarak ikiye ayırmış ve burada "idare ajanı" kavramını kullanmış, ayrıca her memurun idare ajanı sayılabileceğini ancak her ajanın memur sayılamayacağını, bu kimselerin hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmediklerini ve onunla kaynaşmış olmadıklarını bunun yanında da kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıklarını belirterek bu gibi nedenlerle il genel meclisi üyelerinin kamu görevlisi olduklarını kabul etmemiştir. AYMK, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22.6.1988. RG. Tarih-Sayı: 26.11.1988-20001.

www.anayasa.gov.tr, KBB.

⁸² AYMK, E.1985/20, K. 1986/30 T. 24.12.1986, RG. Tarih-Sayı: 15.03.1987-19405. www.anayasa.gov.tr , KBB.

⁸³ AYMK, E. 2008/54, K. 2011/45, T. 10.3.2011, RG. Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁴ AYMK, E. 2010/46, K.2011/60, T. 30.3.2011, RG. Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091. www.anayasa.gov.tr , KBB.

belirli bir süre için kamu hizmetine katılmaları, genelde kurul halinde çalışmaları ve kurulun dışında da resmi sıfat ve statüleri bulunmayıp kendi iş ve meslek statülerini korudukları gerekçesi ile; geçici ve gönüllü köy korucuları ile geçici işçiler ve vekil öğretmenleri ise, kamu hizmetlerine geçici ve arizi olarak katılmaları sebebiyle kamu görevlisi sayılmasına olanak tanımamıştır⁸⁵. Yine Danıştay bir kararında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun asli ve sürekli çalışanının diğer kamu görevlisi olduğunu ifade etmiştir⁸⁶. Yargıtay ise sorumluluğa ilişkin bir olayda neden de belirtmeden “*belde belediye başkanı ile encümen üyesini*” kamu görevlisi olarak tanımlamıştır⁸⁷. Buna karşın Yargıtay daha önce verdiği bir kararında hakimlerin memur yahut idare ajanı dahi olmadığını, kendine özgü bir meslek mensubu olduğunu, hakimlerin de hukuki sorumluluklarının bulunduğunu ancak Anayasa’nın 40/3 ve 129/5 hükümlerinin yargısal faaliyetlere ilişkin olmadığını belirterek bu madde hükümlerinin hakimlere uygulanamayacağını ifade etmiştir⁸⁸.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanaatimizce esas olarak Anayasanın 128 ve 129. maddeleri kapsamında kamu görevlilerinin kim olduğunu belirlemek bakımından “*genel idare esasları*” ile “*asli ve sürekli olan görevler*” kavramları kullanılarak bir sonuca varılmalıdır. Ayrıca 2. fıkra da yer alan kanunla düzenleme hükmü de göz ardı edilmemelidir. Genel olarak doktrinde “*kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*” bir **kadro tahsisi** yani bir kadroya bağlanma ile açıklanırken, genel idare esaslarından ise kamusal yönetim biçimi anlaşılmaktadır⁸⁹. Asli ve sürekli olmak ise “*çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullardır*”^{90 91}.

⁸⁵ Dan. 1. D., E. 1996/131, K. 1996/242, T. 19.12.1996, DBB.

⁸⁶ Dan. 8. D., E. 1992/1385, K. 1993/730, T. 05.02.1993, DBB.

⁸⁷ Y4. HD, E. 2011/10795, K. 2011/9621, T. 26.9.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ YHGK, E. 2010/4-553, K. 2010/537, T. 27.10.2010. Hakimin yargısal faaliyetlerinden ötürü 818 sayılı Kanunun 55. madde hükmüne yahut Anayasa’nın 129/5 hükmüne tabi olarak sorumlu tutulamayacağı hakkında bkz. YHGK, E. 1990/4, K. 1990/1, T. 20.2.1999, (Bu kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹ Tan, **İdare Hukuku**, s. 490; Aynı yönde Günday, **İdare Hukuku**, s. 582; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 562.

⁹⁰ Lütfi Duran, “Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Düzeni (II)”, **AİD**, C. XIX, sy. 2, Aralık, 1986, s. 17.

O halde bu kadar farklı görüş arasında bu madde hem de sorumluluk hukukuna ilişkin olarak nasıl yorumlanmalıdır?

Bu konuya başlarken ifade ettiğimiz gibi doktrinde **sorumluluk hukuku** bakımından bu maddeyi olabildiğince geniş yorumlama eğilimi vardır. Bunun sebebi madde kapsamına her şeyi dahil etmek ve meseleyi kolayca çözmek değildir. Örneğin Güran’a göre Anayasa’nın bu belirsiz ve farklı tanımlamalarla ortaya koyduğu kavramlar nedeniyle “*metinci yorum yerine fonksiyonel-amaçsal*” bir yorum yönteminin izlenmesi gerekmektedir. Buna göre de seçimle iş başına gelenler, işçiler ve mükellefler dahi bu kapsamda değerlendirilmelidir⁹². Ayanoğlu’na göre ise hizmet alım sözleşmelerinde müteahhidin istihdam ettiği personel de bu kapsama girmelidir⁹³. Tan ise bu konuda sorumluluk hukukunun kendine özgü yapısı olabileceğinden ve bundan ötürü farklı mahkemelerde farklı kararların çıkabileceğinden bahsetmektedir⁹⁴. Bu konuda Yargıtay örneğin köy muhtarı ve ihtiyar heyetini⁹⁵ en meşhur kararında da görevlinin kamu hizmetini yüklenmesi ve görev karşılığı Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek vs almasını gerekçe göstererek Bakan’ı 129/5 kapsamında kamu görevlisi saymıştır⁹⁶. Yine Yargıtay, işçilerin atanarak değil, sözleşme ile işe alındıklarını ve üniversite rektörü, senato üyesi, TRT Yönetim Kurulu başkanı gibi kimselerin kamu görevlisi olduğunu, burada memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında en azından maaş ve aylık

⁹¹ Anayasanın ilgili maddesinde KİT’lerin de sayılması ve genel olarak KİT’lerin yasaları gereği faaliyetlerinde özel hukuka tabi tutulduğunun kabul edilmesi, genel idare esasları ile KİT’lerin özel hukuka tabi faaliyetlerinin nasıl bağdaştırılacağı sorununun ortaya çıkarmıştır Tan, **İdare Hukuku**, s. 490; AYMK, E. 1988/5, K. 1988/55 T. 22.12.1988, R.G. Tarih-Sayı: 25.7.1989-20232. www.anayasa.gov.tr, KBB. “*Esas itibariyle özel hukuka tabi faaliyetler gerçekleştiren KİT’lerin hiçbir suretle kamusal rejime tabi tutulamayacağı söylenemez. Gerçekten de özel hukuk rejimi ve özel hukuka tabi tutulsalar da, iktisadi, ticari ve sınai kamu hizmetlerine de belli ölçülerde genel idare esasları uygulanır ki KİT’lerin hizmetlerinin planlanması, düzenlenmesi ve yürütülmesi daha çok kamusal yönetim biçimine dahildir.*” Günday, **İdare Hukuku**, s. 582. Bu nedenle bu faaliyetler arasında yapılacak ayırım neticesinde özellikle sorumluluk hukuku açısından bu kapsama girip girmediği belirlenecektir.

⁹² Güran, “Kamu Görevlileri-Bakanların Durumu”, s.199; Aynı yönde Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 323; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 114; Tan, **İdare Hukuku**, s. 489.

⁹³ Özay, **Gün Işığında Yönetim**, s. 984, dpn. 10.

⁹⁴ Tan, **İdare Hukuku**, s. 489.

⁹⁵ Y. 4. HD, 7385/8916, T. 4.11.1985, (Karar için bkz Malkoç/Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 630).

⁹⁶ YHGK, 14. 9. 1983, 4-1714/803, (Karar için bkz. Malkoç/Malkoç, **Memurlar ve Suçlar**, s. 630).

hususunda benzerlik olduğunu ifade etmiştir⁹⁷. Yakın zamanda bir davada Yargıtay, Başbakan, bakan ve belediye başkanının sorumluluğuna gitmiştir⁹⁸. Danıştay da bir kararında kamu hizmeti gören Karayolları Genel Müdürlüğü adına yapım işi yürüten inşaat firmasının vermiş olduğu zarardan, kamu hizmetinin asıl sahibi olan idarenin de sorumlu olacağını belirtmiş ve bu zararın tam yargı davası ile de giderilebileceğini ifade etmiştir⁹⁹. Görüldüğü gibi **sorumluluk hukuku** bakımından kamu görevlileri kavramının daha farklı yorumlandığı görülmektedir.

Bu konudaki kanaatimizin bu görüşlere katıldığımız yönünde olduğunu ifade edebiliriz. Bunun sebepleri ise şöyledir: Öncelikle ifade edilmelidir ki DMK madde 5 hükmü, “*dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında **personel** çalıştıramazlar.*” şeklindedir. O halde Kanunun lafzına göre bu *4 istihdam biçimi dışında da aslında personel statüsü vardır* ancak tüm istihdam biçimlerinden sadece kanunda sayılan bu dördü bu kanuna göre çalıştırılabilir. O halde DMK’ye göre “**kamu personeli**” statüsü içinde birçok istihdam edilen çalışan tipi olabilir ancak kanunda bu dördüne ilişkin personel çalıştırılması hususunda bir açıklama getirilmiştir. O halde en geniş biçimiyle çalışanların tümüne **kamu personeli** diyebiliriz. Onar bu hususta kamu hizmeti teşebbüsünün bir unsurunu oluşturanların tümüne kamu hizmeti personeli demekte bunları da hükümet edenler ve ajanlar olarak sınıflandırmakta, hükümet edenlerin direktifleri ve gözetimleri altında hareket eden daimi, geçici, ücretli, ücretsiz herkesin idarenin “ajanı” olduğundan bahsetmektedir. Buna göre memurlar, mükellefler, yardımcılar, fahri ajanlar hep bu kavrama dahildir¹⁰⁰. Bu nedenle kamu personeli kavramı burada esas öneme sahip kavramdır.

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına göre geçici işçi kamu görevlisi değildir, bazı kararlarında DMK’deki sözleşmeli personeli ilgilendiren kararlar da alabilmektedir. Bu iki örnek dahi görüşümüzdeki haklılık payını ortaya koyacaktır. Mahkeme kararına göre geçici personel kamu görevlisi değilse o halde geçici personel sorumluluk hukuku ve şartları bakımından 129. madde kapsamına giremez,

⁹⁷ YHGK, E. 1994/10-774, K.1995/45, T.08.02.1995, HBB.

⁹⁸ YHGK, E. 2009/4-453, K. 2009/553, T. 25.11.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁹ Dan. 8. D., E. 2002/3440, K. 2002/5165, T. 11.11.2002, DBB.

¹⁰⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, s. 1073.

Çünkü kamu görevlisi değildir. Bu halde geçici personel ancak DMK'nin 4. maddesinde sayıldığı için DMK madde 13'n kapsamına girmektedir. O halde sorumluluk hukuku bakımından geçici işçiye DMK 13 uygulanacaktır. Fakat bugün mahkemeler 129 karėısında DMK madde 13' sadece kararlarında belirtmekle yetinmektedirler. Ayrıca DMK madde 13'e göre rücu da zorunlu değildir. Yine DMK bakımından szleğmeli alığan personelin bir kısmı da böyledir. Böyle olunca bu sayılanlar kamu görevlisi sayılmadığı için 129/5 kapsamına dahil olmayacak, DMK madde 13'

e tabi olup, bu madde hükümlerine göre ėartları oluğmuğsa haklarında tazminata hükmedilebilecek, ayrıca bunlara rücu da zorunlu olmayacaktır. Ancak bunun yanında yukarıdaki kararlarda gösterilen ve kamu görevlisi sayılmayan kiğiler, DMK madde 13'n kapsamında da değilse ve haklarında özel düzenleme de yoksa yetkilerini kullanırken verdikleri zararlardan ötürü sadece kendileri sorumlu olacaktır.

Yani bu halde memur ve diğer kamu görevlisi sayılanlara sorumluluk hukuku bakımından 129/5 maddesi; bunların içine dahil olamayıp DMK madde 13'e dahil olabilecek olan örneğin geçici personele bu madde; memur ve diğer kamu görevlisi sayılmayıp, DMK madde 4 kapsamına da girmeyenlere ise haklarında özel hüküm yoksa kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili verdiği zararlardan ancak kendisine bağvurulabilecek bir sistem karėımıza çıkmaktadır. Bu durum ise anayasanın sorumluluk hukuku bakımından getirmek istediği sisteme uygun değildir.

Bu nedenle bize göre **kamu personeli** kavramı içine memurlar, diğer kamu görevlileri, ajanlar, mükellefler dahil olmak üzere sorumluluk hukuku bakımından memur ve diğer kamu görevlilerinden en geniğ anlamda kamu personeli kavramı anlağılmalı ve uygulanmalıdır. Ayrıca bu hususta günümüzde yağanan geliğmelere de yabancı kalınmayarak örneğin hizmet alım szleğmelerinde müteahhidin istihdam ettiği alığan da bu kapsama girmelidir¹⁰¹. Bu halde hizmet alım szleğmesinde, aslında alığan ile arasında hiçbir iliğki olmayan idare, onun verdiği zararı demiğ ve 129/5 maddesi hükmünün prosedürü iğlemiğ olacaktır. Örneğin Sağlık Hizmetlerine

¹⁰¹ zay, **Gnğında Yönetim**, s. 984, dpn. 10.

ilişkin Kanuna¹⁰² göre hizmet satın alabilme imkanına kavuşan idarenin özel kişi veya kuruluşlar ile yapacağı anlaşmalar çerçevesinde, özel kişilerden bu hizmeti satın alması halinde idarenin bu faaliyet üzerinde sadece kolluk yetkisi bulunacaktır¹⁰³. Bu halde burada hizmet sunan örneğin doktor yahut hemşirenin hizmet sırasında vereceği zararlardan dahi, idarenin **hizmetin asıl sahibi olması** nedeniyle sorumlu tutulacağı söylenmelidir¹⁰⁴. Burada bu özel kişilerin, mahkeme kararları dikkate alındığında diğer kamu görevlisi sayılamayacağı açıktır ancak görüldüğü gibi bu konuda asıl görevli ve hizmetin asıl sahibi olan idaredir ve onun yerine bu hizmeti gören örneğin doktorun tıbbi hatalarından ötürü verdiği zarardan idare sorumlu tutulmalıdır.

O halde nasıl ceza hukukuna göre memur tanımı farklı ise ihtiyaçlar gereği sorumluluk hukukunda da kamu görevlisi kapsamı geniş anlaşılmalıdır. Doktrinde bu madde bakımından kamu görevlisinin kim olduğundan çok “yetkiler kullanılırken” verilen zararın ön plana çıkarıldığı ve bu nedenle “kamu görevlisi” kavramını dar yorumlamamak gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁵. Biz de belirttiğimiz kanaatimiz yanında bu görüşlerdeki haklılık payına katılıyoruz ve aslında olması gerekenin bu durum olduğunu, diğer türlü kabulde ise ortaya çeşitli problemlerin çıkabileceğini ifade ediyoruz.

Bunun yanında son olarak 40/3 te geçen resmi görevlilerin 129/5’teki kamu görevlisi kavramından daha geniş olduğu¹⁰⁶ ancak uygulama açısından 40/3 maddesi işlevsel olmadığı için aralarında pratik bakımdan bir fark olmadığı söylenmelidir.

¹⁰² 4924 Sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Madde 36.

¹⁰³ Sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin idarenin sorumluluğuna etkisi için bkz. Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu I**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, 244-255.

¹⁰⁴ Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, s. 254.

¹⁰⁵ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal” 323; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu” s. 114.

¹⁰⁶ Akyılmaz, “İdarenin Mali sorumluluğu”, s. 115.

2. Zararın “Kamu Hukukuna Tabi Görevlerle İlgili Olarak-Yetkilerini Kullanırken” Meydana Gelmesi

a. Kavramların Kamusal Yönetim- Özel Yönetim Bakımından Uygulama Alanı

657 sayılı DMK’nın 13. maddesinde “ *Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak ...*” ifadesi geçmektedir. 1982 Anayasası’nın 129-5 maddesinde ise “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri(...)*” ifadesi geçmektedir. Fakat Anayasa’nın 40-3 maddesinde ise bu tür bir ifadeden açıkça bahsedilmemekle beraber “*haksız işlemler*” sonucu meydana gelen zararlardan bahsetmektedir. Bu ifadeler aslında bu hükümlerin **uygulanma alanı** bakımından sınırlarını çizmiştir. Ancak bu bakımdan her ne kadar DMK 13 hakkında net bir tavır ortaya konulabiliyorsa da¹⁰⁷ aynı şeyi “*yetkilerini kullanırken*” ifadesi için söylemek zordur. Bu kavramın lafzındaki kapalılık karşısında bu ifadenin kapsamına atfedilen değer maddenin dar ya da geniş olarak yorumlanmasına neden olacaktır.

DMK madde 13 bakımından gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde **kamu hukukuna** tabi görevlerden bahsedilmektedir. Bu halde metinde sadece yetkilerin kullanılması ibaresi geçen Anayasanın 129/5 maddesinde DMK 13 ün aksine **özel hukuka tabi yetkilerin** kullanılmasına ilişkin durumun ne olacağı önemlidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki İdarenin kuruluşunda esas olan hukuki rejim kamu hukuku olmakla beraber uzun zamandan beri idare hukukunda yaşanan değişim ve dönüşümünde etkisi ile kamu hukuku usul ve esasları yanında az ya da çok tamamen ya da kısmen fakat hemen hemen her ögesinde o faaliyete, teşkilata ya da mallara vb. özel hukuk usul ve esasları uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁰⁸. Bu anayasal açıdan da mümkündür ki ne 1961 Anayasasının 112. maddesi, ne de 1982

¹⁰⁷ DMK madde 13’ün gerekçesinde bu husus belirtilmektedir. “*(...)hususî hukuka tabi hizmetlerde çalışan personel bakımından, tabîî, hususî hukuk esasları uygulanacaktır.*”

¹⁰⁸ Duran, **Ders Notları**, s. 42.

Anayasası'nın 123. maddesi idareyi düzenleyen kanunların mutlaka kamusal kural ve ölçütleri benimsemesi gerektiğini ifade etmemektedir¹⁰⁹.

Bu hususta “*yetkilerini kullanırken*” ifadesi bakımından, bunun Anayasa’da “özel hukuka” yahut “*kamu hukukuna*” tabi olup olmadığı yönünde herhangi bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Yani anayasa metnine bakıldığında yetkinin tabi bulunduğu hukuki rejime dair açıkça bir niteleme yapılmamaktadır. Anayasanın bu maddesine ilişkin Danışma Meclisi’nin madde gerekçesindeki görüşüne bakıldığında, maddedeki sorumluluk anlayışının tabi olacağı hukuk rejimi bakımından herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Sadece genel olarak kusurlu sorumluluk anlayışı ile alakalı getirilen düzenlemenin mevcut durumun tekrarı olduğu başka bir ifade ile önceki uygulamanın yani malumun ilan edildiği ifade edilmektedir¹¹⁰.

Bu bakımdan Anayasa maddesi herhangi bir ayırım yapmadığı için hiçbir ayırım yapılmaksızın hem kamu hukuku hem de özel hukuk esas ve usullerine tabi olarak yerine getirilen görev ve hizmetler bakımından memur ve diğer kamu görevlilerine dava açılmayacağı görüşüne karşın “*yetkilerini kullanırken*” ifadesinin DMK madde 13 de geçen “*kamu hukukuna tabi görevler*” ibaresine paralel olarak anlaşılabilir buradaki “*yetkilerini kullanırken*” ifadesinin kamu hukukuna tabi görevlerle aynı yönde anlaşılması gerektiği ve bunun “*kamusal yetki*” olduğundan bahsedilmektedir¹¹¹. Bu görüşün doktrinde ve yargı kararlarındaki baskın kanaati oluşturduğu söylenmelidir¹¹². Doktrinde Anayasa 129/5 hükmünü farklı yorumlayanlar da bu noktada ortak kanaate varmışlardır. Özel hukuka tabi

¹⁰⁹ Duran, **Ders Notları**, s. 42.

¹¹⁰ “(...)kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.”

¹¹¹ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 323; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, 301. Akyılmaz, İdarenin Mali Sorumluluğu, s. 117; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 590; Duran ise 1974 tarihli “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu” isimli eserinde kamu hukukuna tabi görevlerin mutlaka kamu gücünün kullanılması anlamına gelmeyeceğini belirtirken (s.30), 1984 tarihli “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu” isimli eserinde ise bir ayırım yapmadan kamu hukukuna tabi görevlerin kamu gücüne dayanan işlem ve eylemler olduğundan bahsetmektedir, (s.4).

¹¹² Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 302. YHGK, E. 2010/7-673, K. 2011/2, T. 2.2.2011; Y4. HD., E. 1996/12817, K. 1997/2073, T. 6.3.1997, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

faaliyetlerin kendine özgü bir takım başka sorumluluk imkanlarına da sahip olması, ayrıca anayasa maddelerinin getirdiği teminat bakımından farklı olmakla birlikte bazı noktalarda DMK madde 13'le paralel yorumlanması buradaki “yetki” nin kamusal yetki olarak anlaşılmasına sebep olmaktadır.

Yukarıdaki özelliğe bitişik bir saptama konusu da kamu hukukuna tabi göreve paralel olarak anlaşılan bu madde bakımından “kamusal yetkinin” nasıl belirleneceği hususunda doktrinde bu konuda organik açıdan değil, fonksiyonel açıdan konuya yaklaşmak gerektiği ifade edilmektedir¹¹³. Buna göre görevlinin içinde bulunduğu hukuki statüden öte, yerine getirdiği görev veya kullandığı yetkiye bakılarak icra ettiği fonksiyona göre bir belirleme yapılacaktır, özel hukuka tabi olarak yaptığı işlem ve işlemlerse bu maddeler kapsamına girmeyecektir¹¹⁴. Bu anlayış DMK madde 13 için de geçerlidir¹¹⁵.

O halde esas olarak kamu hukukuna tabi yetki ve görev kullanımı varsa bu hususta Anayasanın 129/5. maddesi hükümleri uygulanacaktır¹¹⁶. Daha öncede bahsettiğimiz birtakım hususları tekrarlamak gerekirse bazı hallerde kamusal faaliyetlerden ötürü kanunlarda bir takım özel sorumluluk halleri düzenlenmiş olabilir yahut bunların yanında idari işlev dışında kalan haller bulunabilir. Genel kanaat yasama ve yargılama işlevlerinden doğan zararlardan ötürü sorumluluk bulunmayacağı yönünde olmakla beraber son zamanlarda bununla ilgili bir takım aksine gelişmeler yaşanmaktadır¹¹⁷. Bunun dışında yasama ve yargı organlarının da

¹¹³ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 363. Yazara göre yetki kullanma gücüne sahip olanlar az sayıda olduğundan, yetki kullanım alanına göre değil, görev alanına göre belirlemek gerekmektedir. Aynı yönde, Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 303.

¹¹⁴ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 303.

¹¹⁵ Duran DMK madde 13 bakımından kamu hukukuna tabi görevler bakımından, personelin içinde bulunduğu hukuki durumu veya statüyü değil, “yerine getirdiği görevin hukuki rejiminin” önemli olduğunu ifade etmektedir. Duran, **Kamu Personelinin I**, s.12. Aynı yönde Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 94

¹¹⁶ “Yeter ki ortada, kamu hizmetine ilişkin olmakla beraber “hukuk dışı” sayılabilecek bir işlem ve eylem bulunmasın. Yahut açık bir kanun hükmü ile davaya bakma görevi adli yargı yerine verilmiş olmasın.” Yenice/ Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 323.

¹¹⁷ “(...)Devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumsuzluğu esas olmakla birlikte; bazı durumlarda devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu kabul edilmelidir.” DİDDK, E. 2009/901, K. 2010/903, T. 29.4.2010, DBB. Yargısal faaliyetlerden doğan bir takım zararlarından da kanun hükmü gereği zararların tazmin edileceği belirtilmelidir. Örneğin bkz. 5271 sayılı Ceza

idari işlevleri bulunabileceğinden bunlardan ötürü idarenin sorumluluğu kuralları bu organların idari işlevlerinden kaynaklanan zararları karşılamak bakımından da uygulanacaktır. Bunun yanı sıra bazı idari faaliyetlerde çeşitli nedenlerden ötürü adli yargının görev alanına dahil edilmiş olabilir. Bunlara örnek olarak Medeni Kanunun 1007. maddesi¹¹⁸, İcra ve İflas Kanunu'nun 5. maddesi¹¹⁹ örnek verilmektedir¹²⁰. Bu hallerde dava ilgili yargı mercilerinde görülecektir.

b. Ortaya Çıkan Zararın İdareye Atfedilebilmesi Bakımından Yetkilerin Kullanılması- Görevlerin Yerine Getirilmesi

Anayasa madde 129/5'de geçen “yetkilerini kullanırken” ifadesiyle beraber DMK madde 13'de “*kamu hukukuna tabi görevlerden*” bahsedilmektedir. Burada ele alınması gereken **ilk husus** “yetkilerini kullanırken” ifadesinin salt “*yetki*” kullanımıyla alakalı olup olmadığı daha doğrusu yetkinin kullanımının ne demek olduğuna ilişkin yaklaşımdır. Anayasanın 40/3 maddesinde sadece “haksız işlemler”den bahsedilmesi karşısında öncelikle bu kavramın da bir görev veya yetkiye dayanması gerektiği ifade edilmelidir¹²¹.

“İdarenin yetkileri” kavramı açısından, İdare hukukunda görev ve yetkinin birbirinden ayrılmaz ve tabir yerinde ise bir elmanın iki parçası olduğu ifade edilmektedir¹²². Yetki ile görev arasındaki bu bağda, İdarenin yükümlüklerini, ödevlerini ve bu nedenle görevlerini yerine getirebilmesi için kanunların idareye

Muhakemesi Kanununun “Tazminat istemi” başlıklı 141. maddesi: “Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

“a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen”... kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.” Benzer bir hüküm Anayasasının 19. maddesinde yer almaktadır.

¹¹⁸ “Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”

¹¹⁹ “İcra ve iflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır.”

¹²⁰ Tan, **İdare Hukuku**, s. 454. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1047.

¹²¹ Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 308.

¹²² “İdarenin yetkileri, görevlerinin öbür yanı ve değişik görünümüdür. Çünkü görev olan yerde mutlaka yetki de vardır; yetki ile donanmamış bir görev yerine getirilemeyeceği gibi; görevsiz salt bir yetki de bulunamaz. Duran, **Ders Notları**, s. 379.

hukuki anlamda yetkilerle donatması gerektiği zorunluluğu belirtilmektedir¹²³. Bu açıdan bu ifadeyi Anayasa maddesinin getirmek istediği güvence bakımından da bu şekilde yorumlamak gerekmektedir¹²⁴. Bu hususta geniş anlamda ve dar anlamda yetki kavramları kullanılarak mesele daha anlamlı hale gelebilir¹²⁵. Danıştay’da bazı kararlarında “yetki” ifadesini bu şekilde niteleyerek bu ayrımdan bahsetmiş ve dar anlamda yetkiyi idari işlemlerin unsurlarından biri olan “yetki” olarak ifade etmiştir¹²⁶. Sonuç olarak sayılan bu nedenlerle “yetkilerini kullanırken” ifadesi “görevlerini yerine getirirken” şeklinde anlaşılmaktadır¹²⁷. Yargı kararlarında da bu yönde ifadeler görmekteyiz¹²⁸.

Değinmek istediğimiz **ikinci husus** yetkilerin kullanılması/görevlerin yerine getirilmesinin ne demek olduğu ve bunların sınırlarının ne olduğudur. Örneğin Danıştay, kararlarında “işlemin” ve “eylemin” idariliğinden bahsedip bunların idarilik vasfını/niteliğini öne çıkarmaktadır¹²⁹. Buna karşın işlem ya da eylemin

¹²³ Duran, **Ders Notları**, s. 33.

¹²⁴ Yenice/ Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 321. Aynı yönde Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, 302; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s.118.

¹²⁵ “(...)“İdare alanı”ndaki genel anlamda yetki, işlemlerin bir ögesi sayılan “yetki”den farklı olduktan başka “yargılama işleri”ndeki yetki kavramından da ayrıdır...Gerçekten idarenin işlemleri yanında eylemleri de bulunduğundan; bu iki tür tasarrufu (hukuki ve maddi) yapma gücünü ifade etme üzere kullanılan “yetki” terimi, işlemin önemli fakat belirli bir ögesi olan “yetki” den **daha geniş ve farklıdır**. Bu anlamda “İdarenin yetkileri” yerine, belki de “İdarenin yetenekleri” demek daha doğru olurdu. “Ancak yetenek” sözcüğü “ehliyet” kavramına karşılık olarak yer ettiğinden, yerine aynı sakıncaya yol açabilir. Bu itibarla “İdarenin yetkileri” ibaresi ile, yalnızca idarenin **işlemlerin değil, aynı zamanda idare eylemlerin de anlatıldığını belirtmek gerekir.**” Duran, **Ders Notları**, s. 379-380.

¹²⁶ “Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve yasalarla belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki konusunda açık düzenleme yapılmayan hallerde, yetkinin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılacağından hareketle bu yetkiyi kullanacak makam belirlenebilecektir. Hakkında karar verilecek kişi, olay ve karara etki eden bütün unsurlar, yetkinin kullanımını da belirleyecektir. Bu şekilde belirlenen ve yetkiyi kullanımı öngörülen makamın, bu yetkiyi devri ve paylaşımının mümkün olup olmadığının ise açıkça düzenlenmesi gerekir.” D.8. D. E. 2009/7647 K. 2010/815 T. 19.02.2010 DD.123 S. 300-302.

¹²⁷ Yenice/Esın, **İdare Hukuku**, s. 323; Güran, Kamu Görevlileri-Bakanların Durumu, s.199; Yayla, **İdare Hukuku**, s.363; Akyılmaz, İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 302.

¹²⁸ YHGK, E.1998/10-457, K.1998/510, T. 17.6.1998, HBB; YHGK, E. 1994/10-774, K.1995/45, T. 08.02.1995, HBB; YHGK, E.1998-10- 457, K. 1998-510, T.17.6.1998, HBB.

¹²⁹ Örneğin Dan. 10. D., E. 2006/7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DBB; “idari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir.” Dan. 10. D., E. 2004/9784, K. 2006/2598, T. 21.4.2006, DBB; Dan. 10. D., E. 1999/1746, K. 1999/5376, T. 2.11.1999, DBB.

idariliğini kaybetmesi halinde ise artık davanın adli yargıda görülmesi gerektiğinden bahsetmektedir¹³⁰. Yargıtay ise aslında bu konuda Danıştay'dan farklı bir tavır sergilememektedir. Yukarıda bahsettiğimiz son kararları hariç genel olarak hizmet kusuru- görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımı yapan Yargıtay, bu tür kararlarında Anayasa'nın 129/5 hükmü ile DMK madde 13 hükmünün, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlı olduğunu belirtip, bunlar dışında kalan durumların ise bu maddelerin kapsamına dahil edilemeyeceğini ifade etmektedir¹³¹. Son kararlarında ise YHGK, yetkinin kullanılması ile zarar arasında görevsel bir bağ kurarak, zararın kamu görevi/kamu yetkisi yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmasını aramaktadır¹³².

Örnek verdiğimiz mahkeme kararlarında genel olarak birbirine yakın ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. O halde Anayasanın ilgili maddelerinin kapsamlarına dahil olmak bakımından önemli olan şey ortaya çıkan durumda idarilik vasfının olup olmadığıdır. Ancak asıl mesele yukarı bahsedilenlere karşın bu idarilik vasfından ne anlaşılması gerektiğindedir. Çünkü yargı kararlarında işlem yahut eylemin idariliğinden mahkemeler benzer tanımlamalar yapmalarına karşın farklı şey anlayınca benzer bir olayda Danıştay işlem ya da eylemin idariliğinden bahsedip kendisini görevli görüp olaya Anayasanın ilgili maddelerini uygulamakta, Yargıtay ise yine benzer bir olayda artık ortaya çıkan durumun idarenin işlem ve eylemi sayılamayacağından bahsedip ortada idareye atfedilemeyecek bir durum olduğundan bahisle kendisini görevli kabul etmektedir. Bu farklı değerlendirme de uygulamada hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının ve salt kişisel kusurun varlığını bazı mahkeme kararlarında devam ettirmesine neden olmaktadır. Bu nedenle bu bölümün devamında mahkemelerin mahkeme kararlarında ortaya çıkan bu görüş farklılığının

¹³⁰ “(...)Hukuksal düzenlemelerle çizilen sınırlar içerisinde ve hukuka uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur. İdarenin, hiç bir kurala dayanmayan keyfi uygulamalarının, İdare Hukukunun konusuna giren "idari eylem" veya "idari işlem" olarak kabulü olanaklı değildir. İdarenin, açık ve ağır biçimde kanunilikten ve hukukilikten yoksun olan ve bu haliyle "haksız fiil" olarak kabul edilebilecek uygulamalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü de Adli yargının görev alanı içerisinde bulunmaktadır(...)” Dan. 7. D, E. 2001/ 2357, K. 2005/402, T. 16.3.2005, DBB; Dan. 8. D., E. 1999/2404, K. 2001/4650, T. 30.10.2001, DBB.

¹³¹ Y4. HD, E. 2011/1917, K. 2011/1828, T. 23.2.2011; Y4. HD, E. 2010/1144, K. 2010/1540, T. 17.2.2010; YHGK, E. 2007/4-800, K. 2007/797, T. 31.10.2007, (Kararlar için bkz Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹³² YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25, T. 1.2.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olaylara nasıl yansıdığı ve hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının yargı kararlarında nasıl şekillendiği ele alınmaya çalışılacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki yargı kararlarında eylemin idariliğinin ceza davasının sonucunda da ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Bu durum davanın İYUK madde 13 bakımından zamanında açılıp açılmadığı hususunda önem taşımaktadır. Bu halde 13. maddedeki süreler; eylemin idariliğinin ceza davasının sonucunda belirlendiği hallerde; bazı kararlara göre bu kararın kesinleşmesinin davacı tarafından öğrenildiği tarihten¹³³, bazı kararlarda ise mahkeme kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren başlayacaktır¹³⁴.

3. Yetkilerin Kullanılması- Görevlerin Yerine Getirilmesi Bakımından Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı

Bir üst bölümde mahkemelerin anayasa ve yasada geçen yetki kullanımı/ görevin yerine getirilmesi kavramlarını ele alarak hizmet kusuru kişisel kusurun ayrımının varlığına yönelik tespitte bulunduklarını ifade etmiştir. Bu bölümde özellikle 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra yargı yerlerince verilen kararlar dikkate alınarak hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının yapılıp yapılmadığı tespit edilecek ve eğer bu ayrım yapılıyorsa ortaya konan kriterler bu kavramlar çerçevesinde ele alınacaktır. Yani bu bölümde mahkemelerin çeşitli kriterler vasıtasıyla yetki kullanımının/görevin yerine getirilmesinin kapsamına neyin dahil olup olmadığı ifade edilmeye çalışılacaktır. Böylece görülecektir ki bu kavramları geniş yorumlayanlar önüne gelen davada işlem ve eylemin idariliğinden

¹³³ “(...)Dolayısıyla, olayda eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarih olan sanık polislerin yargılandığı ceza mahkemesi kararının sonucunun, davaya müdahil olan davacıya hangi tarihte tebliğ edildiğinin veya davacı tarafından **öğrenildiğinin** tespiti gerekmekte olup; davacının 11.2.2002 tarihli başvurusunun, ceza mahkemesi kararının tebliği veya söz konusu kararı öğrenmesi tarihinden itibaren 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca 1 yıl içerisinde yapılıp yapılmadığı araştırılarak, dava süresinde ise uyumsuzluğun esasının incelenmesi gerekmektedir(...)” Dan. 10. D., E. 2004/ 9784, K. 2006/ 2598, T. 21.4.2006, DBB.

¹³⁴ Örneğin 1990 yılında yaşanan gözaltında bulunan kişinin kötü muamele sonucunda hayatını kaybetmesine ilişkin olayda, ceza davası 1993 yılında sonuçlanmış ve kesinleşmiş, Danıştay da kararın kesinleşmesinden itibaren İYUK madde 13’te bulunan 1 ve 5 yıllık sürenin başlaması gerektiğini ifade etmiştir Dan. 10. D., E. 1999/1746, K. 1999/5376, T. 2.11.1999, DBB.

bahsetmekte, dar yorumlayanlar ise işlem ve eylemin idariliğinin bazı durumlarda kabul edilemeyeceğini belirtip salt kişisel kusur anlayışını benimsemektedir.

Konuya başlamadan önce burada hatırlatılması gereken birtakım hususlar vardır: Daha önceki bölümlerde de bahsettiğimiz üzere hizmet kusur kişisel kusur ayrımının bugünkü durumu yargı yerlerince özellikle Anayasa'nın ilgili maddeleri, diğer mevzuat hükümleri ve birtakım başka kriterler kullanılarak ele alınmaktadır. Örneğin özellikle Danıştay kararlarında gördüğümüz görev kusuru kavramının içeriğinin Anayasa'nın 129. maddesi kapsamı ile uyumlu olarak genişlediği hatırlatılmalıdır. Bu nedenle yargı yerlerinin bu mevzuatı ve kavramları nasıl kullandığı önemlidir. Ancak bu ayrım yapılmakla beraber kimi yargı yerlerince bu ayrım bir rücu meselesi haline gelmiş olup, rücu müessesinin işlevselliği bakımından önemlidir ve esasa yönelik aslında bir ayrım yapılmamaktadır. Bu nedenle yukarıda bahsettiğimiz mevzuat ve kavramlar dahilinde davanın idari yargıda görülmesi gerekir. Kimi yargı yerlerince ise bu ayrım hala meselenin esasında incelenmesi gereken bir ayrımdır.

1982 Anayasası dönemi öncesi, yargı yerleri bir takım kıstaslar koyarak belli hallerin kişisel kusur kabul edilmesi gerektiğini ve bu hallerde davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmekteydiler. Örneğin Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kendilerinden bahsettiğimiz kararlarında, salt kişisel kusur hallerinden bahsederek bu hallerde davanın adli yargıda açılması gerektiğini ifade etmişti¹³⁵. Bu nedenlerle bu bölümde yargı kararlarında görülen bir takım kıstaslar bakımından hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının anayasal ve yasal mevzuat ve kullanılan bir takım kavramlar karşısında son durumu ve bu ayrımın mevcut son hali ele alınmaya çalışılacaktır.

a. Subjektif Kriter

Subjektif kriter; hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı yapılırken en eski ve en çok kullanılan kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Adından da anlaşılacağı üzere bu kriter kişisel kusurun tespiti bakımından psikolojik, sübjektif ve şahsi bir durumun

¹³⁵ YİBBGGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG. 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67. AYMK, E. 1974/42, K. 1975/64, T. 25.3.1975, RG. 3.6.1975/15254, www. anayasa.gov.tr, KBB.

değerlendirilmesi gerektiği yolunda bir anlayış ortaya koyarak ortaya çıktığı dönem bakımından en çok benimsenen kriter olma özelliğini göstermiştir¹³⁶. Bu kriterde ajanın kişisel kusuru, “*fena huylarında, kötü maksat ve niyetinde veya ihmal, teseyyüp, tedbirsizlik ve dikkatsizliğinde*” aranmaktadır¹³⁷. Bu kriteri ilk olarak Laumonnier-Carriol davasında Uyuşmazlık Mahkemesi Savcısı olarak ortaya atan Laferrière bir fiilin kişisel kusur kabul edilmesi bakımından şunları ifade etmiştir¹³⁸:

“Şayet, zarara sebep veren fiil gayri şahsi ise, zaafı (faiblesse), hırsı (passions) ve ihtiyatsızlıkları (imprudences) ile insanı değil az çok hataya maruz idare adamını ortaya koyuyorsa fiil idari mahiyetini muhafaza eder ve tetkiki adli mahkemelere ait olmaz. Bilakis ajanın şahsiyeti- adi (özel) hukuk kusurları, müessir bir fiil, ızzar kastı ile- kendini açığa vuruyorsa bu takdirde kusur fonksiyona değil, fonksiyonu icra edene kabili isnattır. Bu gibi bir halde fiil idari karakterini kaybeder ve bunun tetkiki adli mahkemelere ait olur”

Bu anlayışı genel olarak açıklamaya çalışırsak; kişisel kusurun belirlenmesi öncelikle ajanın kin, garaz, intikam, kıskançlık, zaaf, hırs, zarar verme kastı gibi bir takım hislerle hareket etmesine bağlanarak kişisel kusur ajanın niyet ve kastına atfedilmekte ve bu hallere kısaca ajanın kötü niyet ve kastı da denilmektedir. Fakat yukarıdaki tanım da belirtildiği gibi sadece kötü niyet ve kasıt bu kriterde kişisel kusuru belirleyen tek şart olmamakta; ihmal, dikkatsizlik, özensizlik, tedbirsizlik, kayıtsızlık halleri de buna dahil edilmekte ve böylece özel hukuktaki haksız fiile ilişkin kriterlere ulaşılmış olmaktadır. Ancak bu anlayışa göre ajan fonksiyonun gerçek maksadını amaçlayarak bir kusur işler ise bu ihtiyatsızlık yahut beceriksizlik gibi halleri kişisel kusur kabul edilmez.

Daha öncede belirttiğimiz 1975 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında salt kişisel kusuru belirlerken bunun kriterlerinden biri olarak “*kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yaran dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemler*” i de kabul etmiştir¹³⁹. Bunun yanında yine Yargıtay’ın 1979 tarihli İBK’sında da “*idare ajanının ızzar kasdıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve*

¹³⁶ Sarica, “Kıstaslar I”, s. 100.

¹³⁷ Sarica, “Kıstaslar I”, s. 93.

¹³⁸ Dalloz 1878.3.13, Nakleden Sarica, **İdari Kaza**, s. 392.

¹³⁹ AYMK, E. 1974/42, K.1975/62, T. 25.3.1975, RG. 3.6.1975/15254.

eylemlerde kişisel kusurun bulunduğu kuşkusuzdur” denilerek bu hallerde davanın idarenin ajanı aleyhine açılmasını istenmiştir¹⁴⁰. İşte Yargıtay günümüzde çeşitli zamanlarda verdiği kararlarda bu bahsedilen kararlara dayanarak ve kaynak göstererek kin, garez, kişisel husumet, hınc, tedbirsizlik, ihmal gibi hadiselerin varlığını kişisel kusur kabul etmekte (salt kişisel kusur olarak) ve artık fiilin hizmetten ayrıldığını belirtmektedir. Bu kararlarında mahkeme kötü niyetle üçüncü kişiye ya da kuruma zarar vermenin amaçlanmasını, kişinin kendisine ya da başkasına özel çıkar sağlanmasını kişisel kusur sayarken, bunun yanında kin, garez, düşmanlık vs. gibi duygularla hareket edilmesini ve ayrıca memur veya diğer kamu görevlisinin görevini yaparken ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, özensizlik, gözetim ve denetim görevini ihmal sonucu ortaya çıkan zararları da kişisel kusur kapsamına dahil etmekte ve bu hallerde davanın adli yargıda ilgili ajan aleyhine açılacağını belirtmektedir¹⁴¹.

Yargıtay’ın salt kişisel kusurdan bahsettiği bazı kararlarına baktığımızda, salt kişisel kusur hallerinden birini “kötü maksat ve niyetle davranmak” olarak açıkladığını ancak salt kişisel kusuru bununla sınırlandırılmayıp ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi haller kişisel kusur kavramı içinde değerlendirdiğini görüyoruz¹⁴². Örneğin Yargıtay, sicili bakımından daha üstünü hak etmesine rağmen sicilin tutulmasında kin ve garezle hareket edildiği iddiasıyla açılan davada; ilk derece

¹⁴⁰ YİBBGGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG. 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67.

¹⁴¹ “Memur veya diğer kamu görevlisinin görevini yaparken ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, özensizlik, gözetim ve denetim görevini ihmal sonucu ortaya çıkan zararlar da kişisel kusur kapsamına girer. Kişisel bir kusur olarak nitelendirilebilecek bir eylem yahut işlemin varlığı halinde sorumluluktan söz edilebilecektir.” YHGK, E. 2002/4-993, K. 2002/1052, T. 11.12.2002, HBB; YHGK, E. 1998/4-27, K.1998/100, T. 11.2.1998, HBB; Y4. HD, E. 2002/1072, K. 2002/1502, T. 11.2.2002, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴² “Kişisel kusurun alanı yalnız kötü maksat ve niyetle sınırlandırılmayıp ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi haller kişisel kusur kavramı içinde değerlendirilmiştir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.10.1979 gün ve 7/2 sayılı kararı). Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlem alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ile kusur işlenmiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış olacağı sonucuna varılmıştır (Anayasa Mahkemesinin 25.03.1975 gün ve 42/62 sayılı kararı)” YHGK, E. 2005/4-650, K. 2005/711, T. 07.12.2005, HBB; Y4. HD, E. 2003/6439, K. 2003/11936, T. 20.10.2003, HBB; Y4. HD, E.1998/1850, K.1998/4581, T. 09.06.1998, HBB; YHGK, E. 2005/4-650, K. 2005/711, T. 07.12.2005, HBB; YHGK, E. 1998/4-27, K. 1998/100, T. 11.2.1998, HBB; YHGK, E. 1996/4-172, K.1996/305, T. 24.4.1996; HBB; Y4. HD, E. 2007/4735, K. 2008/3996, T. 24.03.2008, HBB.

mahkemesinin görevsizlik kararını olayda **haksız fiil** olduğunu belirterek bozmuş¹⁴³, müfettişin kaymakamı denetlerken bazı olumsuz değerlendirmelerini kin ve garezle yaptığı iddiasıyla açılan davanın adli yargı alanında görülmesi gerektiğini ifade etmiş¹⁴⁴, yine yetkisi olmamasına rağmen izleme raporu hazırlandığı iddiasıyla açılan davada¹⁴⁵ olayı madde 129/5 ve DMK 13’de kullanılan yetki/görev kapsamı içinde kabul etmediğinden davada adli yargının görevli bulunduğunu belirtmiştir. Yargıtay, kin-husumet ve garez ile askerin sicil üstünün kendisine düşük not verdiği iddiasıyla açılan davada, salt kişisel kusur hallerinin AYİM 24 kapsamına dahil olmayacağını ifade ederek adli yargının görevli olduğundan bahsetmiştir¹⁴⁶. Bir başka olayda, ortada kin ve garez varsa orada yetkilerini kullanmaktan bahsedilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir¹⁴⁷. Yine benzer bir kararda ise kötülük kastıyla hareket edilmesinin Anayasa’nın 129. maddesi ve DMK madde 13’ün getirmek istediği sistem ile birleştirilemeyeceğini ifade ederek bu hallerde ilgili teminattan yararlanmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁸. Sonuç olarak Yargıtay’ın genel kanaati bu hallerde davanın adli yargıda ilgili ajan aleyhine açılmasıdır. Ancak mahkeme bu yönde karara ulaşırken bazen yasa ve anayasa maddelerine hiç değinmeden salt kin, garez, zarar verme kastı ile hareket edilmesini kişisel kusur içine dahil ederek davanın adli yargıda açılacağını belirtmektedir¹⁴⁹.

Bir sonraki bölümde bahsedeceğimiz gibi Yargıtay kararlarında genel olarak yargı kararlarının uygulanmaması olaylarında bu durumun salt kişisel kusur kabul edilmesi için kin, garez, ihmal gibi duyguların altında gerçekleşmesinin

¹⁴³ YHGK, E. 2010/ 459, K. 2010/435, T. 29.9.2010, HBB; Y3. HD, E. 2009/906, K. 2009/3994, T. 12.3.2009, HBB; Y4. HD, E. 2007/4735, K. 2008/3996, T. 24.03.2008, HBB; Y4. HD, E. 2001/1094, K. 2002/5492, T. 8.5.2002, HBB; YHGK, E. 1993/4-856, K. 1994/135, T. 9.3.1994, (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴⁴ Y4. HD, E. 2008/575, K. 2008/11185, T. 6.10.2008, HBB.

¹⁴⁵ Y4. HD, E. 200/1094, K. 2002/5492, T. 8.05.2002, HBB.

¹⁴⁶ “Bu durumda, Asker kişilerin kişisel kusurlarından kaynaklanan davaların denetiminin bu görev alanının dışında kaldığı kuşkusuzdur.” YHGK, E. 1998/4-27, K. 1998/100, T. 11.2.1998 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁷ YHGK, E. 1994/10-774, K.1995/45, T. 8.2.1995, HBB.

¹⁴⁸ YHGK, E. 1994/10-774, K. 1995/45, T. 8.2.1995,HBB; YHGK, E.1993/4-856, K. 1994/135, T. 9.3.1994, HBB.

¹⁴⁹ YHGK, E. 1996/4-172, K.1996/305, T. 24.4.1996, HBB.

aranmamasının gerektiğini, yargı kararını yerine getirmemenin salt kişisel kusur için yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰.

Yargıtay'ın son yıllarda genel kanaati bu yönde olmakla birlikte, YHGK ve Y4. HD son kararlarında aksine yönde bir tavır sergilemektedir. Önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz gibi Yargıtay son kararlarından bazılarında Anayasa'nın ilgili maddelerini geniş yorumlayarak getirilmek istenen teminat sistemini daha da dikkate alır bir biçimde karar vermektedir. Örneğin YHGK, önüne çeşitli zamanlarda gelen, genelde kişisel kusurun varlığının araştırılmasını istediği ve adli yargıyı görevli gördüğü olaylardan biri olan bir doktorun ihmal ve dikkatsizliğine dayanarak kusurunun iddia edildiği bir tazminat davasında, Anayasa 129'un genel ve salt bir biçimde kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken 3. kişilere verdikleri zararlarla ilgili hüküm koyduğunu, 129/5'te geçen kusurun, ihmal veya kast ayrımı yapmadığını, tedbirsizlik ve dikkatsizliğin doktorun yetkisini kullanırken ve görevi sırasında meydana geldiğini belirterek idari yargının görevli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca aynı kararda Kurul, *"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"* nu oluşturduğundan bahsederek davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵¹.

Danıştay'ın ise bu konuda doğrudan kararlarını görememekle birlikte idare mahkemelerinin kin, garez, kötü niyet iddialarıyla açılan davalarda, davaları adli yargının görevli olduğu kanaatiyle reddetmeleri üzerine, önüne gelen temyiz taleplerinde; davanın reddedilmesine ilişkin bu kararları bozduğunu ve bu hallerde idari yargının görevli olduğunu ifade ettiğini görüyoruz¹⁵². Bunun yanı sıra yargı kararlarının bilinçli ve keyfi uygulanmamasına dair olaylarda ilgili kamu görevlisinin, kişisel kusuruna hükmeden Danıştay ayrıca, Anayasa'nın 129. maddesi

¹⁵⁰ YİBBGGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG. 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67.

¹⁵¹ YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25, T. 1.2.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵² Örneğin bkz. Dan. 10. D., E. 1996/2383, K. 1997/4163, T. 6.11.1997, DBB.

vasıtasıyla davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden bahsetmektedir¹⁵³. Bunun yanında Danıştay yine aynı kararlarında, yargı kararlarını uygulamamayı Anayasa hükümlerini hiçe saymak ve yargı kararlarını uygulamama kastı ile hareket etmek olarak kabul etmekte fakat bu şekilde meydana gelen bir olayı, ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmekte ve Anayasanın 129/5 hükmü gereğince kusuru bulunan ilgili görevliye rücu edilmesine dair karar vermektedir¹⁵⁴.

Görüldüğü gibi özellikle bahsettiğimiz Danıştay kararlarında görülen son durum; kin, garez yahut husumetle hareket edilmesi, kendisine verilen yetkiyi kasten kullanmaması hallerinde dahi Anayasa'nın 129. maddesi çerçevesinde idari yargının görevli olduğudur. Yargıtay kararlarında ise mevcut bir dalgalanma olmakla birlikte 129. maddenin getirmek istediği teminat ve madde metninde geçen ilgili kavramlar geniş bir biçimde ele alındığında idari yargının görevli olduğu, dar bir biçimde el alındığında ise adli yargının görevli kabul edildiği anlaşılmaktadır.

b. Suç Teşkil Eden İşlem ve Eylemler

Kamu görevlilerinin suç teşkil eden eylemlerinden ötürü sorumluluğu gerek geçmişte gerekse günümüzde çokça tartışılmış bir konudur. Şunu hemen belirtmeliyiz ki, mahkemelerin 1982 Anayasa'sının yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa'nın sorumluluk hukukuna dair maddeleri maddi hüküm olarak uygulamaları, mevzuatlarda geçen *“yetkilerini kullanırken/görevlerini yerine getirirken”* kavramlarına verdikleri değer ve görev kusuru kavramını buna uygun olarak geniş yorumlamaları bu konuya geçmişte vermiş oldukları kararlardan farklı yaklaşımlarına neden olmuş ve verilen kararların seyri oldukça değişmiştir.

Sorumluluk hukukunda hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının yapılmaya çalışıldığı devre gidersek fiilin salt suç teşkil etmesi hali klasik hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımında o fiilin kişisel kusur sayılmasına neden oluyordu. Bu kritere göre

¹⁵³ Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DBB , aynı yönde Dan. 5.D., E.2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004, DBB.

¹⁵⁴ *“(…)Anayasa hükümlerini hiçe sayarak yargı kararlarını uygulamama kastı ile hareket ettiği ve bu şekilde ağır bir hizmet kusuru işlediği açık olup, ağır hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın idarece tazmini gerekmektedir.”* Dan. 5. D., E.2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004, DBB.

ceza kanunlarına göre ajanların işlemiş oldukları bir suç varsa ortada şahsi kusur vardı çünkü *bu halde suç ve hizmet kavramlarının birleşmesi mümkün değildi*¹⁵⁵. Bu halde dava adli yargıda ilgili ajan aleyhine açılıyordu. Fransa’da uzun süre bu görüşün keskin bir biçimde savunulduğu, ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararlarıyla bu yaklaşımın değiştiği söylenmektedir. Özellikle Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararlarıyla birlikte, hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının belirlenmesi bakımından suçu oluşturan fiilin kastla mı yoksa taksirle mi işlendiği hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı bakımından önem taşımıştır¹⁵⁶. Çünkü bu ayrıma göre bazı hallerde suç mahiyetinde olan bir fiil hizmetle birleşerek hizmet kusuru mahiyeti alabilecektir. Bu durum Fransa’da Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin verdiği “Thèpaz” kararıyla ortaya çıkmıştır. Karara konu olan olayda, askeri bir kafiye dahil olan askeri kamyonun şoförü Mirabel, bu aracı kullanırken yanlış bir manevra yaparak Thèpaz isimli bir bisikletliye çarpmış ve yaralanmasına neden olmuştur. Olayın seyri içinde; ceza mahkemesi, şoförün kazaya neden olan fiilinde suç unsuru bularak mahkum etmiştir. Daha sonra zarar gören kişinin, zararının tazmini için adli yargıda açtığı davada Devlet, Fransız kanunları uyarınca görev itirazında bulunmuştur. Bunun üzerine dava Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gitmiş, mahkeme de, bu hadisenin kamu hizmetinin ifası sırasında işlendiğini, olaydaki hal ve şartlara bakarak fiilin hizmetin gerektirdiği fonksiyon içinde kaldığını ve hizmetten ayrılacak bir nitelikte olmadığını belirterek olayda **hizmet kusuru** olduğuna karar vermiştir¹⁵⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımında hizmet kusuru içine dahil edilen bu durumdan ötürü ilgili idare ajanına rücu edilemeyeceği hususudur¹⁵⁸. Buna göre bu karardan çıkan sonuç; suç mahiyetindeki fiillerden ötürü idarenin sorumluluğunun bulunması için suçun;

¹⁵⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1699; Ragıp Sarıca, “İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mes’ul Tutulabilir mi?”, **İÜHFM**, C. XI, sy. 3-4, İstanbul, 1945, s. 25; Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 138.

¹⁵⁶ Sarıca, “Suçtan Malen Mesul”, s. 4 vd; Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s.138. Fakat Uyuşmazlık Mahkemesi’nin “ile doktrinin görüş değiştirdiği belirtilmektedir. Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s.138. “Thèpaz” kararının ayrıntılı bir incelenmesi ve Fransa’ daki içtihatların seyri açısından bkz. Sarıca, “Suçtan Malen Mesul”, s. 23 vd.

¹⁵⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1699. Kararın geniş değerlendirilmesi için bir başka esere bkz. Sarıca, **İdari Kaza**, s. 440 vd.

¹⁵⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C.II, s. 1136.

ifası emredilen bir hizmet sırasında veya hizmet dolayısıyla işlenmiş olması ve yine suçun; ihmal ve tedbirsizlik gibi kasti olmayan bir şekilde işlenmiş olması gerektiğidir¹⁵⁹. Bu açıdan bakıldığında bu karar kapsamında işlenen fiilin kastla ya da taksirle işlenmesi fiilin hizmet kusuru ya da kişisel kusurun kapsamına girmesine neden olacaktır.

Türk hukukunda da ise fiilin suç niteliğinde olması daha eski dönemlerden itibaren hizmet kusur- kişisel kusur ayrımında, daha sonra -bu görüşü kabul edenler bakımından- hizmet kusuru-görev kusuru- salt kişisel kusur ayrımında rol oynamıştır. Doktrinde klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı yapıldığı dönemlerde, fiilin suç teşkil etmesinin kişisel kusurun tespiti için yeteceği görüşü¹⁶⁰ bulunmakla beraber genel olarak Fransız hukukundan da etkilenecek fiilin kasten/taksirle işlenmesi ayrımı doktrinimizde yer bulmuştur¹⁶¹. Bu görüşü desteklemekle birlikte kasti suç sayılan eylemin kamu hizmetine ilişkin bir kusurla ilişkilendirilmesi halinde hem görevlinin hem de idarenin sorumlu tutulacağı da savunulmuştur¹⁶². Günümüzde ise doktrinde fiilin suç teşkil etmesi hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı bakımından yapılan ayrımlara göre değişmektedir. Bazı yazarlar hiçbir ayrım gözetmeden fiilin suç teşkil etmesini kişisel kusur kabul etmekte, ancak bu kişisel kusurun Anayasa'nın 129. maddesi kapsamına girmesi durumunda, suç teşkil eden fiilden ötürü davanın idareye açılıp, daha sonra personele rücu edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir¹⁶³.

¹⁵⁹ TC. 14.1.1935; Thepaz. Sirey. 1935.3.17, Not. Alibert; Nakleden Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi**, s. 139; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1700.

¹⁶⁰ Bilge'ye göre "Her şeyden önce şunu söyleyebiliriz ki Bakanın fiil veya muamelesi cezaî neticeler de doğurmakta ise kusurun şahsi olduğunda tereddüt edilemez. Çünkü cezalı sorumda kusurun şahsa veya idareye ait olduğu gibi bir tefrik yapılmaz. Bu sorumda kusur tamamen şahsidir. Zira ceza hukukunda mesuliyetin şartı failde cürüm kastının bulunmasıdır, Böyle bir bir kasdi idareye atıf imkânızdır. O halde, Bakanın hukukî sorumu, cezaî bir fiile tebean bahis mevzuu olmakta ise burada kusurun idareye değil, şahsa ait olduğunu kabul etmek gerekir." Necip Bilge "Bakanların Görev ve Sorumluları", **AÜHFD**, Yıl: 1953, Cilt X, sy. 1-4, s. 162 vd., (çevrimiçi), <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Bilge.pdf>, 10.07.2011.

¹⁶¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s.1700, Sarıca, **İdari Kaza**, s. 440 vd.

¹⁶² Esin/ Dündar, **Usul**, s. 80.

¹⁶³ Günday, **İdare Hukuku**, s. 375.

Yargı kararları bakımından da 1982 Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra içtihatların seyrinin değiştiği görülmektedir. Bu hususta öncelikle Danıştay kararlarına bakıldığında, Danıştay kararlarının 1982 Anayasası ile birlikte önceki dönemden farklı yönde ilerlediği ifade edilebilir. Gerçi Danıştay'ın 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarda da bir birliktelik olmadığını da belirtilmelidir. Bunda en önemli sebebin, mahkemenin DMK madde 13'ü bazı kararlarında salt ve genel olarak uygulaması, bazı kararlarında bu maddeden hiç bahsetmemesi, ancak kriterlerini kullanması, bazı kararlarında ise DMK madde 13'ten ve kriterlerinden hiç bahsetmeyerek klasik hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı yaptığı dönemlerdeki gibi kararlar vermesi olduğu ifade edilmelidir.

Danıştay 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bazı kararlarda davanın açılacağı yer ve husumetin belirlenmesi bakımından fiilin kasten mi yoksa taksirle mi işlendiğini göz önüne almıştır. Hemen belirtelim ki bu kararlarda DMK madde 13 kullanılmamış ancak maddenin lafzının ortaya koyduğu kriterler kararlarda kullanılmıştır. Fakat en nihayetinde fiilin işlenmesinin kast ya da taksir teşkil etmesi davanın açılacağı yer ve husumetin belirlenmesi bakımından belirleyici olmuştur. Buna örnek olarak verilebilecek kararlardan birinde trafik işaretlerine uymaksızın kontrolsüz şekilde tali yoldan kavşağa giren idare şoförünün sebebiyet verdiği kazada, idareye ait araç, bir minibüse çarpmış, işine gitmek üzere minibüse binen bir kişi de hayatını kaybetmiştir. Danıştay olayda davanın idareye açılması gerektiğinden bahsetmiştir¹⁶⁴. Yine benzer bir olayda, er olarak askerlik görevini yapan askerin tüfeğini kurcalarken silahı patlamış ve silahın patlaması ile diğer bir asker arkadaşı silahtan çıkan kurşunla hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine Danıştay'ın önüne gelen olayda mahkeme yine davanın idareye karşı açılması gerektiğinden bahsetmiştir¹⁶⁵. Bu kararlarda Danıştay olayın kamu hizmetinin ifası sırasında ve hizmet personelinin kullandığı hizmet aracı ile meydana gelmesinden ötürü davanın idari yargıda görülmesi gereğinden bahsetmiştir. Ancak bu kararlarda fiilin taksirle işlenmesi olaydaki idarilik vasfının sürmesine neden olmuştur. Çünkü

¹⁶⁴ Dan. 12. D., E. 1966/577, K. 1967/1124, T. 21.6.1967, (Nakleden Esin/ Dündar, **Usul**, s. 77).

¹⁶⁵ Dan. 12. D., E. 1966/570, K. 1970/90, T. 20.10.1970, (Nakleden Esin/ Dündar, **Usul**, s. 77). Aynı yönde Dan. 12. D., E. 1969/755, K. 1971/2572, T. 11.11.1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 166).

bu kararları veren aynı daire; bir okul müdürünün, okul çevresinde bir öğretmene hakaret etmesine ilişkin olayda, öğretmenin okul çevresinde küçük düşürülmesi sebebiyle uğranılan zarara ilişkin tazminat davasının adli yargıda görüleceğini¹⁶⁶, başka bir davada ise emniyet müdürlüğünde dövülen bir kişinin açtığı tazminat davasında emniyet müdürlüğünde görevli kişilerin suç teşkil edebilecek hal ve tavırlarının hizmet ile olan bağı kestiğini ve davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁷. Yine bir başka olayda Danıştay, koyun çaldığı iddia edilen bir kişinin yakalanmasının ardından, görevlilerce eline koyun başı verilip halk arasında dolaştırılması ve halk tarafından hakarete ve hatta tecavüze uğraması iddiası ile açılan tazminat davasında olayın hizmetin ifası sırasında ve hizmetin icabı olarak meydana geldiğinin ispatlanamadığını belirtmiş, ancak buna ek olarak olayda ajanların kastına dayanan eylemlerinden ötürü davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁸. Bu son 3 olayda fiilin hizmet sırasında yahut hizmet araçları ile yapılıp yapılmamasından öte fiilin kasten işlenmesi önem kazanmış ve davalar bu nedenle Danıştayca adli yargının görev alanında görülmüştür. O halde bu kararlardan çıkaracağımız sonuç bu dönemde fiilin taksirle ya da kasten işlenmesinin fiilin hizmet kusuru kapsamına girip girmediğini belirlenmesinde rol oynadığıdır.

Bunun yanında daha önceki bölümlerde de Danıştay'ın, kararlarında DMK madde 13'ü kullanıp kullanmamakta tereddüt gösterdiğinden bahsetmiştik. Danıştay'ın DMK madde 13'ü kullandığı kararlarında ise suça neden olan fiilin kasten ya da taksirle işlenip işlenmediğinden öte, DMK madde 13'ün şartlarını taşıyıp taşımadığı fiil bakımından önem kazanmıştır. Özellikle bazı kararlarında DMK madde 13'ü genel ve salt bir biçimde anlayan ve kullanan Danıştay, olaylarda

¹⁶⁶ Dan. 12. D., E. 1966/ 1560, K. 1967/998, T. 31.5.1967, (Nakleden Esin/ Dündar, **Usul**, s. 77).

¹⁶⁷ Dan. 12. D., E. 1968/ 777, K. 1968/952, T. 24.4.1968, (Nakleden Esin/ Dündar, **Usul**, s. 77).

¹⁶⁸ “Kamu hizmetinin görülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak kişilerin uğradığı her türlü zararların tazmininin idareye raci olduğu idare hukuku ilkelerindendir. Ancak dava konusu olayda, davacının iddialarının gerçek olduğu, olayın hizmetin ifası sırasında ve hizmetin icabı olarak meydana geldiği inandırıcı belgelerle ispatlanamamıştır(...)İleri sürüldüğü gibi....davacı, çaldığı iddia edilen mallarla halk içinde dolaştırılmış ve teşhir edilmiş ise, bu olayın hizmeti aşan niteliği dolayısıyla, idare ajanlarının kötü niyetinden ileri geldiği ve bu ajanları ilzam eden suç mahiyetinde bulunduğu açıktır. İdare ajanlarının kastına müstenid ve hizmet dışı işlem ve eylemlerinden ötürü idarenin kusurlu addedilip tazminata mahkum edilmesi mümkün olmadığı cihetle, idare hukuku ilkelerine uyarlığı bulunmayan davanın bu sebeple reddine(...)” Dan. 12. D. E. 1969/2245, K. 1971/2418, T. 28.10.1971, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 248).

bu maddenin gerçekleşme şartlarını araştırmış, eğer olaydaki durum madde 13'ün aradığı şartları sağlanmışsa davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Buna ilişkin olarak yukarıda bahsettiğimiz olaya benzer örnek olarak bir olayda, asker kişinin nöbetten dönerken tüfeğinin patlaması üzerine arkadaşını vurması ve arkadaşının ölmesi olayında¹⁶⁹, idareye ait bir aracın hizmetin ifası sebebiyle trafiğe çıktığı sırada kaza yapması olayında¹⁷⁰ idarenin ajanının fiilinin taksirli suç kapsamında olduğu; teminat olarak mahkeme veznesine yatırılan paranın başkatip tarafından zimmete geçirilmesi olayında ise suçun kasten işlendiği görülmektedir¹⁷¹. Ancak bu 3 olayda da mahkeme fiilin kasten ya da taksirle işlenmesinden öte, DMK 13'ü salt ve genel bir biçimde anlayarak ve kullanarak fiilin kamu hizmetinin ifası sırasında ve ilgili görevlice işlenmesini yeterli bulmuş ve bu nedenlerle davanın idare aleyhine açılacağını belirtmiştir.

1982 Anayasası döneminde Danıştay'ın bu konudaki kararlarının –özellikle son yıllarda- istikrar kazandığını ifade edebiliriz. Danıştay -farklı daireleri tarafından verilmiş olsa da- kararlarında; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken/ görevlerini yerine getirirken meydana getirdikleri zararlar bakımından, bu görevlilerin kasti suç niteliğine ulaşan kusurlarından meydana gelse de davanın idareye karşı açılacağını belirtilmektedir. Yani Danıştay'a göre görevli mahkemenin ve husumetin yöneltileceği kişinin belirlenmesi fiilin kasten ya da taksirle işlenmesine göre değil, zararın kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken/ görevlerini yerine getirirken meydana gelmesine bağlanmıştır. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki Danıştay'ın farklı dairelerinin bu belirttiğimiz sonuca ulaşmasında kullandıkları argümanlar ve dayandıkları anayasa ve yasa maddeleri

¹⁶⁹ Dan. 12. D., E. 1967/ 274, K. 1968/1811, T. 2.10.1968, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 166).

¹⁷⁰ Dan. 12. D., E. 1970/3395, K. 1972/726, T. 8.3.1972, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 168).

¹⁷¹ “Devlet Memurları Kanunu’nun 13 üncü maddesinde de öngörüldüğü gibi, kamu hizmetini yürütmekle görevli kişilerin, bu görevin ifası sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan ötürü hizmetin sahibi olan idarenin sorumlu tutulması gerekir. Dava konusu zararın davalı Bakanlığın ajanı olan mahkeme başkatibinin suç derecesindeki kusurlu hareketinden ileri geldiği ve hizmetin ifası arasında doğmuş olması nedeniyle olayda idarenin sorumluluğu aşikar olduğundan, zimmete geçirilen 2500 liranın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, zimmete para geçirmek suretiyle zarara sebebiyet verene rücuda serbest olduğuna(…)” Dan. 12. D., E. 1970/7, K. 1972/713, T. 7.3.1972, (Nakleden Esin, **Esas**, s. 168).

birbirinden farklıdır. Fakat bu farklılık özde değil, ayrıntılardaki bir takım farklılıklardır ve sonucu değiştirmemektedir.

Bu son halde belirttiğimiz hususları Danıştay kararlarını göstererek anlatmak daha isabetli olacaktır.

Danıştay 8. Dairesinin önüne gelen bir olayda ilgili genelgeye dayanılarak bir kişinin kolunun savcı tarafından hastaneye sevk edilmek üzere mühürlendirilmesi olayında kolu mühürlenene kişinin “*kolunun mühürlenmesi suretiyle teşhir edilmesi*” iddiası ile adli yargıya gitmesi üzerine adli yargı yeri davacının kolunun mühürlenerek adli rapor için ilgili yere gönderilmesi işleminin idari nitelikte bir işlem olduğunu söyleyerek davayı reddetmiştir. Daha sonra açılan tam yargı davasında ise idare mahkemesi ise olayda kin, nefret ve kasta varan suç düzeyine ulaşan eylemden ötürü davayı reddetmiştir. Bu kararın temyizinde Danıştay daha önce de bahsettiğimiz “görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru” kavramını kullanarak kolun mühürlenmesi işlemini idari nitelikte bulmuştur¹⁷². Görüldüğü gibi bu kararda Anayasa’nın 129. maddesi ve bu madde şartları çerçevesinde temellendirilen “*görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru*” kavramı kullanılmış ve fiilin suç teşkil etmesi davanın idari yargıda bakılmasına engel görülmemiştir.

Danıştay’ın fiilin suç teşkil etmesine rağmen davanın idari yargı yerinde görüleceğine dair diğer kararlarında da Anayasa’nın bu maddesine dayanıldığını görüyoruz. Şöyle ki 10. Dairenin önüne gelen; yurtda kalan bir öğrencinin, çatıdan düşüp yaralanması olayında, mahkeme; yurtda görev yapan görevlilerin **ihmal ve kayıtsızlıklarını** Anayasa’nın 129. maddesine dayandırarak bu fiilin görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru olduğunu¹⁷³, görevli erin yürütülen hizmet sırasında emir, nizam ve talimatlara aykırı hareket ederek askeri araca ateş açması ve içindeki askerlerin yaralanması olayında yine Anayasa’nın 129/5 hükmüne dayanarak olayda

¹⁷² Dan. 10. D., E. 2006/ 7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DD, 2009, sy. 121, s. 358-362.

¹⁷³ Olayda, o saatlerde görevli olmayan ve yurdun misafirhanesinde kalan yurt yönetim memuru, nöbet odasındaki televizyonun antenini düzeltmek için çatıya çıkmış, antenin karını temizledikten sonra oradan geçmekte olan öğrenciye bekçinin su getirmesini söylemiş, ancak öğrenci suyu kendisi getirerek çatıya çıkmış, çatıdan, önce inerken şaka amacıyla ayaklarıyla kar atmış ve bu sırada çatıdan düşmüştür. Dan. 10. D., E. 2004/ 1690, K. 2006/7348, T. 22.12.2006, DD, 2007, sy. 116, s. 308-310.

görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru olduğundan bahisle davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini¹⁷⁴, cinayet soruşturması nedeniyle 3 gün süre ile gözaltında tutulan davacının bu süre içerisinde kendisine kötü muamelede bulunulduğundan ve işkence edildiğinden bahisle duyulan acı ve üzüntü nedeniyle açtığı manevi tazminat davasında Anayasanın 129/5 hükmüne dayanarak, davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin **kişisel kusuru** bulunduğunu ve hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğunu¹⁷⁵ belirtmiştir. Bunun yanında Danıştay'ın 2. Dairesi'nin önüne gelen bir davada; davacı, davalı idarenin memurunun (başka bir davada) savunma dilekçesi hazırlarken, bu dilekçede kişilik haklarına saldırıda bulunduğunu iddia ederek bundan dolayı uğradığını düşündüğü manevi zarar için idari yargı yerinde manevi tazminat davası açmıştır. İdare mahkemesi ise bu halde, ortada bir haksız fiil olduğunu ve davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini ayrıca idari bir eylem ya da işlemten doğmayan manevi zararın idarece ödenmemesinde de hukuka aykırılık bulunmadığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir. Bu kararın temyizi sonucu 2. Daire Anayasa 125 ve DMK madde 13'e dayanarak bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin **kişisel kusurun**, kasdi suç niteliği taşısa bile **hizmet kusuru** oluşturacağı ve davanın idareye karşı açılacağını ifade etmiştir¹⁷⁶. Danıştay 8. Dairesi de, doğrudan konuyla ilgisi olmasa da İdare Mahkemesince, davacı tarafından görev yaptığı bölümde, ders dağılımında akademik unvan ve teamüle itibar edilmediği, bölüm başkanının **yetkisini kötüye kullandığı**, hak ve nispet dairesinden uzak hareket edilmek suretiyle adil davranılmadığından maddi ve manevi zararına sebebiyet verildiği iddiasıyla tazminat istemine ilişkin idare mahkemesinin kararını bir başka gerekçe ile bozmuş ancak bu olayın, yukarıda

¹⁷⁴ Dan. 10. D, E. 1997/721, K. 1999/5266, T. 20.10.1999, DBB.

¹⁷⁵ Danıştay burada, idare mahkemesinin “yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlaki ve Anayasa’da yazılı hak ve hürriyetleri korumakla görevli kılınan polisin, bu yetkiyi kullanırken kanunen tanımlanan görev alanı dışına çıkmak suretiyle davacıya hukuka aykırı eylem ve işlemi ile verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu” şeklindeki gerekçesini uygun bularak kararı onamıştır. Dan. 10. D., E. 2006/ 1212, K. 2009/652, T. 06.02.2009, DD, 2007, sy. 121, 351- 353.

¹⁷⁶ Dan. 2. D, E. 2004/619, K. 2005/751, T. 25.2.2005, DBB; Dan. 2. D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005, DBB.

belirtilen durumları taşımasına rağmen idarenin sorumluluğu kuralları çerçevesinde çözülmesi gerektiğinden bahsetmiştir¹⁷⁷.

Görüldüğü gibi Danıştay'ın fiilin suç teşkil etmesi bakımından suçun taksirle yahut kastla işlenmesinden çok, kusurun Anayasanın 129. maddesi ya da DMK madde 13 kapsamı çerçevesinde işlenmesini aradığını, işlenen fiilin bu maddelerin kapsamı dahilinde olması halinde davanın idari yargıda açılacağını ve daha sonra ilgili personele rücu edileceğini benimsediğini ifade edebiliriz. Bu kararlarda Dairelerin anayasal ve yasal olarak farklı maddelere dayandıklarını ve kararlarında farklı kavramlar kullandıkları görülmektedir. Ancak gerek 10. Dairenin verdiği kararlarda gördüğümüz “*görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru*” kavramı, gerekse diğer dairelerin bahsettiği “*kişisel kusur*” kavramı, aslında pratikte hep aynı sonucu meydana getirmektedir. 2 halde de dava idareye karşı açılmakta ve ardından personele rücu edilmektedir.

Burada son olarak Danıştay 10. Dairesinin 1996 yılında vermiş olduğu bir karardan bahsetmek istiyoruz. Olaydan anlaşıldığı üzere, Diyarbakır İli Kulp İlçesinde teröristlerle güvenlik güçleri arasında uzun süren bir çatışma meydana gelmiş, ilçedeki birçok bina, işyeri ve aracın tahrip olmuş, davacıların ikrarı ve tanık beyanlarına göre çatışmalar sırasında güvenliklerini sağlamak için otelin bodrum katına inen ve otuzbeş civarında otel müşterisi ile birlikte bulunan davacıların murisi iki uzman çavuş tarafından alınarak otelin müdüriyet odasına götürülmüş, burada ateş edilerek öldürülmüş, cesedinin üzerine benzin dökülmek suretiyle tanınmayacak biçimde yakılmış, bulunduğu odanın el bombası ile tahrip edilmiş ve otel bütünüyle ateşe verilerek yakılmıştır. İdare mahkemesi kararında:

“kamu görevlilerinin kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında hizmet esasları ve usulüne bağlanması mümkün olmayan, emredici yasa kuralları ve hukuka açıkça aykırı tutum ve davranışlarda bulunması veya suç teşkil eden bir fiil işlemeleri ya da izarar kaydıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında iş-em ve eylemler yapmasının, hizmeti aşan kişisel kusur olarak değerlendirileceği ve bu takdirde davanın kamu görevlileri aleyhine ve adli yargıda açılması gerekeceği”

¹⁷⁷ Dan. 8. D. E. 2002/1321, K. 2003/1027, T. 6.3.2003, DBB.

gerekçesi ile davanın adli yargının alanına girdiğini belirtmiş ve davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine 10. Daire, idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Ancak kararı bozarken çok farklı bir karar vererek kamu görevlilerinin suç niteliğindeki eylemlerinden ötürü hem idari yargıda hem de adli yargıda dava açılabilceğini şu gerekçelerle belirtmiştir¹⁷⁸:

*“İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği güvenlik görevlilerinin eylemleriyle, can ve mal güvenliğinin korunması hizmetinin ayrılabilmesi, görevli idare ajanlarının suç niteliğindeki eylemlerinin hizmetle irtibatının kesildiğinden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, idare ajanlarının subjektif, kasta dayalı suç niteliğindeki eylemlerinin, yürütülen hizmetle içiçe geçtiği dikkate alınarak; hizmeti yürüten idarenin, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, hukuki sorumluluğu irdelenerek davanın sonuçlandırılması zorunludur. Diğer taraftan, bu davanın idari yargı yerinde görüşü ve idarenin hukuki sorumluluğunun irdelenmesi, idare ajanlarının kişisel sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Davacılar, suç niteliğindeki eylemlerinden dolayı idare ajanları aleyhine **adli yargıda** da dava açabileceklerdir. Bu durumda, idarenin görev ve faaliyet alanında, mal ve can güvenliğinin korunmasına yönelik hizmetlerin kamu görevlileri eliyle yürütülmesi sırasında meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüş ve çözümü **idari yargının** görev alanında bulunduğundan; davayı görev yönünden reddeden mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”*

Görüldüğü gibi kararda, idarenin sorumluluğunun genel özellikleri belirtilmiş ancak kamu görevlilerinin suç niteliğindeki eylemlerinden ötürü idare aleyhine idari yargıda ve/veya ajan aleyhine adli yargıda dava açılabilceği ifade edilmiş, ancak bu anlayışın hangi mevzuata ya da hangi ilkeye dayandırıldığı açıklanmamıştır. Ayrıca kararda Anayasanın 129. maddesinden yahut DMK’nın 13. maddesinden dahi bahsedilmemiştir. Ayrıca bu karar bize şahsi kusurdan ötürü adli yargıya, hizmet kusurundan ötürü de idari yargıya gidilmesinin mümkün olduğu DMK madde 13 öncesi, 1960 senelerinde verilen kararları hatırlatmaktadır. Bu nedenle kararın bu bölümü, bugün yaklaşımlar farklı da olsa hemen hemen doktrindeki tüm görüşler ile anayasal ve yasal tüm ilkelere ve mevcut kurulmak istenen sisteme uygun değildir.

Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin kararları da büyük önem taşımaktadır. Ayım konuya ilişkin vermiş olduğu ilk kararlarında hizmetle bütünleşmeyen eylemlerin suç niteliğine dönüştüğü an, idari olma vasıflarını kaybettikleri, suçun kamu hizmeti ile hiçbir zaman bağdaşmayacağı yönünde

¹⁷⁸ Dan. 10. D., E.1996/ 2383, K. 1997/ 4163, T.6.11.197, DD, 1998, sy. 96, s. 630.

kararları bulunmadığını ve bu hallerde davaların ortada hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk halleri bulunmadığından reddedileceğini ancak işlenen suçun taksirle işlenmesi halinde bu söylenenlerin geçerli olmayacağını ifade etmiştir¹⁷⁹. Bu kararında mahkemenin işlenen fiil bakımından suçun kast veya taksirle işlenmesi ayrımını gözettiği anlıyoruz. Ancak Mahkemenin, aynı tarihlerde kasti davranışla meydana gelen zararlar bakımından fiillerin hizmetin ifası sırasında işlenmesi halinde, idarenin sorumluluğuna gidilebileceğine hükmettiği de görülmektedir. Ancak bu kararlarda mahkeme tahminin aksine kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmin kararı vermiştir. Örneğin tartışma ve kavga sırasında öfkelenen astı tarafından kasatura ile öldürülen mağdur bakımından, olayın kamu hizmeti sırasında meydana geldiğini belirtmiş¹⁸⁰, bir başka olayda kendisini depo sorumluluğuna atayan komutanının bu hareketini keyfi davranış olarak sayan ve yaşadığı infial sonucu komutanını tabanca ile öldüren astsubayın bu hareketini sadece astsubayın kişisel kusuruna değil, aynı zamanda hizmete bağlamış ve bu iki olayda meydana gelen zararı idarenin kusursuz sorumluluğu uyarınca tazmin edilmesine karar vermiştir¹⁸¹. 80’li yıllarda da benzer kararlar veren mahkeme, Danıştay’ın yukarıda andığımız kararlarına benzer bir kararında, jandarma erinin tüfeğini temizledikten sonra tedbirsizlik ve dikkatsizlik nedeniyle karşısında oturan eri öldürmesi neticesinde meydana gelen zararı zararın risk barındıran askerlik faaliyeti sırasında meydana gelmesi ve zararın tüm topluma dağıtılması amacıyla zararın kusursuz sorumluluk ilkelerine göre idareden tazmin edilmesine karar vermiştir¹⁸².

Buna karşın aynı tarihlerde mahkeme acemi er iken, yatağını ıslattığı için iki usta er tarafından birçok defa dövülen, cinsel organından yatağa bağlanarak alay edilen ve bir defasında da ayaklarının altına sopayla vurulması nedeniyle ayaklarının şişmesi ve şişmenin inmemesi sonucu, bu şişlerin indirilmesi için karda yürütülen ve bu yüzden sol ayağının bir kısmı kesilen erin açtığı tazminat davasında, idarenin

¹⁷⁹ Ayım 3. D., E. 1974/2716, K. 1976/127, T. 27.1.1976, (Nakleden, Güran, “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev”, s. 53).

¹⁸⁰ Ayım 3. D., E. 1973/1674, K. 1976/112, T. 13.1. 1976, (Nakleden, Güran, “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev”, s. 55).

¹⁸¹ Ayım 3. D., E. 1974/1423, K. 1976/411, T. 23.2.1976, (Nakleden, Güran, “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev”, s. 55).

¹⁸² Ayım 3. D., E. 1988/202, K. 1990/49, T. 14.12 1990, (Nakleden, Güran, “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev”, s. 57).

denetleme ve gözetleme görevini yerine getirmediğinden ötürü hizmetin kötü işlediğini ve olayda hizmet kusuru bulunduğuna¹⁸³, bir erin koğuştta parasının çalındığına dair şikayette bulunması üzerine soruşturma yapan onbaşının, parayı çalan kişi olduğuna kanaat getirdiği askeri ranzaya çarpması ve ardından teğmenin de tekme ve sopa ile bu askeri dövmesi, askerin koma halindeyken revirden de geri çevrilmesi olayında ise olayın kişisel husumete ve hizmet dışındaki kişisel ilişkiye dayanmaması ve idarenin gerekli tedbirleri almaması ile gözetleme/denetleme görevini yerine getiremediğini ifade ederek olayda hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiştir¹⁸⁴.

Bu kararlardan farklı olarak bir askerin diğer bir askerin konuşması ile alay etmesi, davaya konu olaydan bir gün önce iki askerin tartışması, olay günü de arkadaşıyla daha önce alay eden bu diğer askere küfür etmesi sonucunda, diğer askerin nöbet silahını ateşleyerek bu askeri öldürmesi olayında mahkeme, kusurun hizmette ayrılabilirdiğini ve hizmetle bağının kalmadığını ifade etmiştir¹⁸⁵.

Mahkemenin yakın tarihli kararlarına baktığımızda iki askerin nöbet tutmak için bekledikleri sırada bir diğer askerle tartışmaları ve askeriyeğe ait silahla o askerin öldürölmesi olayında mahkeme, ajanın kusurunun suç teşkil etmesine karşın askerin askeri hizmet sırasında hayatını kaybettiğini ve fiilin idare ajanı tarafından gerçekleştirildiğini ifade ederek Anayasa'nın 125. maddesine dayanmış ve hizmet kusuruna hükmetmiştir¹⁸⁶. Bir başka hemen hemen benzer bir kararında ise nöbet

¹⁸³ Ayim 3. D., E. 1967/5793, K. 1977/10558, T. 22.9.1977, (Nakleden, Güran, "Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev", s. 58).

¹⁸⁴ Ayim 3. D., E. 1982/329, K. 1982/470, T. 2.6.1988, (Nakleden, Güran, "Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev", s. 59).

¹⁸⁵ Ayim 3. D., E. 198/181, K. 1981/44, T. 26.2.1981, (Nakleden, Güran, "Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev", s. 59).

¹⁸⁶ "İdare Hukuku ilkelerine ve T.C. Anayasasının 125 nci maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu suretle idarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. İdarenin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceği Anayasada belirtilmemiş olup bu meselenin halli doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bu gün idarenin sorumluluğu hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmaktadır. İster hizmet kusuru ister kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılın idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için bir zararın varlığı, zararı doğuran eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, zararlı sonuçla eylem arasında doğrudan bir illiyet bağının bulunması, zarara yol açan eylemin bir hizmet kuram ve ilkelerinin uygulanmasına elveriş nitelikte olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi zorunludur. Davacıların yakınları olan Dz. Er....'ın, bir kamu hizmeti olduğunda şüphe bulunmayan askerlik hizmetini yürütürken idarenin diğer bir ajanının silahla kasten ateş

sırasında bir başka arkadaşı tarafından öldürülen asker için Mahkeme, 15 yıllık tecrübesi ile yetiştirilmiş bir askerin suç işlemeyi tasarlaması halinde idarenin bundan haberdar olamayacağı gerekçesi ile olayda hizmet kusurunun bulunmadığını ifade etmiş, kamu hizmeti sırasında ve hizmet aracıyla meydana gelen olayın hayatını kaybeden asker ile sanık arasındaki ailevi, siyasi, şahsi ve özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmadığından bahisle kusursuz sorumluluğa dayanarak idare tarafından tazminine karar vermiştir¹⁸⁷.

Bir başka olayda ise mahkeme, kararında; disiplin cezaevinden kaçan askerin yakalanması üzerine 1 gün yerine 28 gün oda hapsi verildiği, bu arada da cezaevi müdürünün bilgisi dahilinde işkence yapıldığı olayda zararın idarenin hizmette ajan olarak istihdam ettiği görevlilerin işlemiş oldukları kasti suçlardan kaynaklandığını bildirmiş ve Anayasa'nın 125. maddesine dayanarak görev kusurundan ötürü idarenin kusursuz sorumluluğuna karar vermiştir¹⁸⁸. Son bahsetmek istediğimiz bir olayda ise nöbette iken üstün astına “ne var ulan” diye seslenmesi sonrasında tüfegin kendisine doğrultulduğunu görünce “vuracaksan vur ulan” diyerek bağırması olayında, mahkeme askerliğin tehlikeli bir faaliyet olduğunu ve olayın bir kamu

etmesi sonucu, suç teşkil eden eylemi sonucu vefat ettiği, zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunduğu ve söz konusu zararın idare ajanının kusuru nedeniyle hizmet kusuru ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak davacıların yakını müteveffa Dz.Er.....'ın kendisine ateş etmesinden önce Dz.Er 'ya küfür etmiş olması da müterafik kusur olarak kabul edilmiştir.” Ayım 2. D., E.2003/344, K. 2005/613, T. 20.07.2005, (çevrimiçi), http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.07.2012.

¹⁸⁷ “Davacıların yakını Hv. P. Yzb.'nun 7.11.1994 tarihinde nöbetçi amiri olduğu sırada, nizam karakolunda K. Yrd. olarak görevli bulunan Hv. P. Astsb. Bşçvş.'ün birliğe ait MP5 makinalı tabanca ile taraması sonucu ölmesi olayında idareye atfı kabul bir hizmet kusurundan söz edilemez. Zira sanığın 15 yıllık tecrübeli idarece yetiştirilmiş bir astsubay olması ve idarenin suç işlemeyi tasarlayan bir kişiyi engelleyici herhangi bir tedbir almasının imkansızlığı aşıkardır. Ancak gerek müteveffanın gerekse sanığın her ikisinde nöbetçi olması, müteveffa bölük komutam yüzbaşının sanık hakkındaki bir şikayeti nedeni ile soruşturma başlatması ve sanığın ifadesine başvurmasından kaynaklanması ve olayda idareye ait bir silahın kullanılması nedeni ile hizmet ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Olay, müteveffa ile sanık arasındaki ailevi, siyasi, şahsi ve özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmadığından söz konusu zararın zarar görenler üzerinde bırakılmayarak kamuya pay edilerek hizmetin sahibi idarelerce karşılanması idare hukukunun genel ilkeleri, kamu yükümlülükleri yönünden eşitlik, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olduğundan davacıların zararlarının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” AYİM 2. D., E. 1995/452, K. 1996/480, T .05.06.1996, (çevrimiçi), http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.07.2012.

¹⁸⁸ Ayım 2.D., E.1995/562, K.1997/804, T. 15.10.1997, (çevrimiçi), http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.07.2012.

hizmetinin ifası sırasında ve idarenin diğer bir ajanının, yine idareye ait nöbet hizmeti için teslim edilmiş silahı kullanmak suretiyle, suç teşkil eden fiili sonucunda meydana geldiğini belirterek idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiş, ancak hayatını kaybeden kişinin “vuracaksan vur ulan” diyerek tim komutanı sorumluluğunu gerektiği gibi yerine getirmeyecek tarzdaki bu davranışıyla müterafik kusurunun bulunduğunu kararında belirtmiştir¹⁸⁹.

Bu kararlarda gördüğümüz gibi AYİM, fiilin kast ya da taksirle işlenmesinden çok, hizmet sırasında ve hizmet araçlarıyla işlenmesine önem vermektedir. Ancak kimi zaman benzer olaylarda denetim ve gözetim eksikliğine dayanarak hizmet kusuruna dayanarak karar veren AYİM, kimi zaman ise bunu belirtmeden bazen de denetim ve gözetim eksikliği olmadığını da belirterek, kusursuz sorumluluğa dayanan kararlar vermektedir. Bunun yanında yukarıda gördüğümüz birçok olayda olayların hizmet sırasında değil de, askeriye sınırları içerisinde üste verilen hiyerarşik gücün kullanılması ile gerçekleştiğini, bu olaylarda da zararın kimi zaman kusursuz sorumluluk, kimi zaman ise denetleme ve gözetleme eksikliğine dayanarak hizmet kusuru nedeniyle idare tarafından karşılandığı görmekteyiz. Ancak kararlardaki birçok olayda denetim eksikliğinin bariz biçimde ortaya çıktığının görüldüğünü buna karşın yine de kusursuz sorumluluğa hükmedildiğini ifade etmeliyiz.

O halde AYİM’in kararlarında fiilin suç niteliğinde olması halinde suçun kast/taksirle işlenmesini değil hizmet sırasında ve hizmet araçları ile işlenmesini göz önüne aldığını, bu halde davanın idareye karşı açıldığını belirtmek gerekir. Hizmet kusuru ve bu suretle de idareye atfedilecek kusur bulunmadığı fiilin suç niteliğinde olduğu olaylarda ise AYİM aslında, hem zarar göreni, hem aileyi, hem de askeriye

¹⁸⁹ “Davacıların yakını müteveffa P.Çvş.....’ın ölüm olayını doğuran maddi olayın, askerlik gibi tehlikeli ve özellikli bir kamu hizmetinin ifası sırasında (nöbet hizmetinin ifası sırasında) idarenin diğer bir ajanının, yine idareye ait nöbet hizmeti için teslim edilmiş silahı kullanmak suretiyle, suç teşkil eden fiili sonucunda meydana geldiği ve ayrıca müteveffanın da sanık P.Er’in üstü olup, aynı zamanda nöbet hizmetinin ifası sırasında tim komutanı olmasına rağmen P.Er’in tüfeğine dolu şarjör takmasına ve kendisine doğrultulması üzerine onu disiplinli olmaya yönlendirmesi gerekirken “vuracaksan vur ulan” şeklinde sarfettiği sözleriyle tim komutanı sorumluluğunu gerektiği gibi yerine getirmeyecek tarzdaki bu davranışıyla müterafik kusurunun bulunduğu anlaşıldığından, davacıların zararlarının müteveffanın müterafik kusuru da dikkate alınarak kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idare tarafından karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır”. Ayim 2. D., E. 2005/471, K. 2008/1066, T. 22.10.2008.

korumak adına kusursuz sorumluluğa hükmetmektedir. Bu halde kusursuz sorumluluğa hükmetmesinin sebebi olayın askeriye sınırları içerisinde gerçekleşmesidir¹⁹⁰. Bu nedenle aslında verilen kararlarda AYİM’in sorumluluk hukukunun temel ilkeleri yanında birtakım başka özel durumları da kararlarında gözettiğini ifade etmeliyiz. Neticede askerliğin vatani bir hizmet sayılması, zararın kişinin en nihayetinde askerde iken yaşanması, halkın askere ve askerliğe atfettiği önem, zararı zarar görenin ve ailesinin üzerine bırakmama anlayışı kararların bu yönde olmasına ve özellikle kusursuz sorumluluğa dair kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ancak önemle tekrar belirtilmelidir ki AYİM’in kararlarında Anayasa’nın 125. maddesine dayanması ve böylece kusursuz sorumluluğa dair kararlar vermesi karşısında ilgili ajana rücu müessesinin işletilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Mahkeme kusursuz sorumluluğa hükmetmek için Anayasa’nın ilgili diğer maddelerini ya da AYİM madde 24’ü kullanmayınca kusursuz sorumluluğa dayanarak karar vermesi karşısında kusuru açık olan ajana rücu edilemeyeceği görülmektedir. Bu yaklaşım ise kanaatimizce sorumluluk hukuku bakımından yerinde değildir.

Burada Yargıtay’ın kararları da bizim için önem taşımaktadır. Yargıtay’ın yargı kararlarının yerine getirilmemesine dair verdiği kararlarda, “suç” kavramına değindiğini belirtmekle beraber bu konuyu ileriki başlıkta ayrıca ele alacağımızdan mahkemenin konuyla ilgili diğer kararlarına bakmakta fayda vardır. Yargıtay bazı kararlarında, 1979 tarihli İBK’ye dayanarak bu konuyla ilgili karar vermektedir. Fiilin suç teşkil etmesini Anayasa’nın 129. maddesi kapsamında değerlendiren mahkeme, bazı kararlarında taksir ya da kast ayrımı yapmadan, suç oluşturan fiillerin idari işlem ve eylem niteliğini kaybedeceğini ve davanın adli yargıda ajan aleyhine açılacağını belirtmektedir¹⁹¹. Bir Hukuk Genel Kurulu kararında Kurul, gerekli tedavi ve tıbbi uygulamada geç ve yetersiz kalan doktorun, ceza mahkemesi kararıyla cezalandırılmasını, fiilin idarilik vasfını kaldırdığından bahisle salt kişisel kusur

¹⁹⁰ Güran, “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında Yöntem ve Görev”, s. 63.

¹⁹¹ Y4. HD, E. 2003/6439, K.2003/11936 T. 20.10.2003, HBB; Y4. HD, E. 1998/1850, K. 1998/4581, T. 9.6.1998, HBB.

olarak kabul etmiş ve davada adli yargının görevli olduğunu belirtmiştir¹⁹². Yargıtay, işkence olaylarını madde 129/5 kapsamında değerlendirirken, İdarenin veya onun adına hareket eden kamu görevlisinin, "işkence yapma" hak ve yetkisi söz konusu olamayacağından ve bunun suç teşkil etmesinden ötürü, ortada bir haksız eylem (fiili yol)'in bulunduğunu ve davanın adli yargıda ajan aleyhine açılması gerektiğini belirtmiştir¹⁹³.

Fakat Yargıtay'ın önceki bölümlerde belirttiğimiz son kararları dikkate alındığında ajanın yetkilerini kullanırken/ görevlerinin yerine getirirken suç niteliği taşıyan eylemlerinde dahi kast ve taksir ayrımı yapmadan davanın idari yargıda görülmesine yönelik karar verdiğini görmekteyiz¹⁹⁴. Zaten daha önce de buna benzeyen birtakım kararları olmuştu. Şöyle ki Yargıtay'ın daha eski kararlarından birinde, 129. maddede geçen "kusur" kelimesini yorumlayarak taksirin de bunun içine dahil olacağını ve taksirle işlenen suçlar bakımından davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade ettiğini belirtmeliyiz¹⁹⁵. Ancak son kararlarında artık hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını bir rücu meselesi olarak gören, hizmet

¹⁹² "davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkumiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusura ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır" YHGK, E. 2001/4-595, K. 2001/643, 26.09.2001, HBB.

¹⁹³ "Uygulamada idari eylem ve işlem niteliğini kaybeden haksız fiiller (fiili yol) bireyin mülkiyet hakkına, kamu hürriyetlerine ve kişilik hakkına saldırılar şeklinde görülmektedir. İdarenin veya onun adına hareket eden kamu görevlisinin, "işkence yapma" hak ve yetkisi söz konusu olamayacağına ve bunun suç teşkil etmesine göre; bu değerlendirilmeyle de, ortada bir haksız eylem (fiili yol)'in varlığı kabul edilmelidir. b - Anayasamızın 129/5. maddesinde, "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğma tazminat davalılarının" idare aleyhine açılacağı kabul edilmiştir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanma alanı ile, başka bir deyişle idari işlem ve eylem niteliğini kaybetmemiş davranışlarla sınırlıdır. Özellikle haksız eylemlerde (fiili yol); kamu görevlisinin, Anayasa'nın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması bu yoldadır (Hukuk Genel Kurulu, 30.4.1986 gün ve 1985/4-309 E., 1986/466 K., Dördüncü Hukuk Dairesi, 27.2.1986 gün ve 1268/1841 K.). Davalı kamu görevlileri hakkında ileri sürülen ve zararın nedeni olan olayın (ceza sorgulaması sırasında işkence) idari eylem ve işlemle ilgisi bulunmamasına göre husumetin idare ile birlikte diğer davalılara da yöneltilmiş bulunması ve mahkemenin de işin esasını incelemiş olması doğrudur." Y4. HD, E. 1986/ 4898, K. 1996/ 7786, T. 17.11.1986, HBB.

¹⁹⁴ "(...)yasanın "kusur" ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmelen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı(...)" YHGK, E. 2011/4-592, K. 2012/25, T. 1.2.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹⁵ Y4. HD, E. 1998/10-457, K. 1998/510, T. 17.06.1998, HBB.

kusurunun alanını genişleten YHGK ve 4. HD kararlarının kast ve taksir ayrımı yapmadan meseleleri ele aldığını düşündüğümüzde suç teşkil eden işlem ya da eylemlerin koşulları sağlaması halinde idari yargıda tazminat davasına konu olacağına dair karar vereceklerini söylemek bu tutumlarının sürmesi halinde doğru bir yaklaşım olacaktır.

c. Yargı Kararlarının Uygulanmaması

1982 Anayasası'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir "Hukuk Devleti" olduğundan bahsetmektedir. 138. maddesinin son fıkrası şu şekildedir:

"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde ve 1602 sayılı AYİM Kanununda da yargı kararlarının uygulanması esası ve buna ilişkin sonuçlar esas itibarıyla şu şekilde açıklanmaktadır:

"Kararların sonuçları:

Madde 28 – 1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare,gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.Ancak,haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında,bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir(...)

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi,kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir(...)

"ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNİN KARARLARININ SONUÇLARI:

Madde 63 - (Değişik madde: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Daireler ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hasıl eder. Bu kararlar aleyhine, ancak bu kanunda yazılı kanun yollarına başvurulabilir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, altmış gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.

Mahkeme ilamlarının icaplarına göre eylem ve işlem tesis etmeyen idare aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde tam yargı davası açılabilir.

*Tam yargı davaları hakkındaki kararlar, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.*¹⁹⁶

1961 Anayasası döneminde de Anayasa'nın 132. maddesi aynı hükmü taşımaktaydı¹⁹⁷. Yine 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 95. maddesinde de yargı kararlarının uygulanmaması hali ile ilgili hüküm bulunmaktaydı¹⁹⁸.

Yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi ve bundan doğan hukuki sonuçları incelemek, esas konumuz olmakla beraber kısaca yargı kararlarına uyulması ve gereği gibi uygulanması hususu kısaca açıklanmalıdır.

Bugün olduğu gibi geçmişte de yargı kararlarının uygulanmaması uygulamada görülmüş ve çok tartışılmış bir olaydır. Hatta 1982 Anayasası dönemi öncesi dönemde bir Başbakanın “(...)Ben Danıştay kararını yerine getiremem, getirirsem Anayasa'yı ihlal etmiş olurum” ve yine aynı Başbakanın “tehir edilecek icra yoktur orta yerde; çünkü icra yapılmış bitmiştir, bunun tehiri mümkün değildir” şeklindeki açıklamalarının o dönemde yargı kararlarının uygulanması hususunda hukuk çevrelerinde büyük tartışmaya neden olduğu belirtilmektedir¹⁹⁹. Yine bu

¹⁹⁶ AYİM Kanununda yargı kararını yerine getirmeyen ilgili ajan aleyhine bir hükmün olmadığına dikkat çekilmelidir.

¹⁹⁷ “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

¹⁹⁸ “Danıştay kararlarının sonuçları

MADDE 95. — Dâva daireleri ile Dâva Daireleri Kurulu kararları kesin olup muhkem kaziyenin bütün hukukî sonuçlarını hâsıl eder. Bu kararlar aleyhine, ancak bu kanunda yazılı kanun yollarına başvurulabilir.

İdare, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 132nci maddesi gereğince, Danıştay ilâmlarının icaplarına göre işlem veya eylem tesis etmeye mecburdur.

Tam yargı dâvaları hakkında Danıştaydan çıkan ilâmlar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

Danıştay ilâmlarım icaplarına göre, eylem veya işlem tesis etmiyen idare aleyhine, Danıştayda maddi ve mânevi tazminat dâvası açılabilir”

¹⁹⁹ Nakleden, Yenice, “Karara Saygı” **Danıştay Dergisi**, Güneş Matbaacılık, Ankara, Y. 5, sy. 16-17, 1975, s. 4.

dönemde yukarıda bahsettiğimiz 95. maddenin son fıkrası idarenin, yargı kararlarını yerine getirmek zorunda olmadığı, idarenin kararı yerine getirmemesi durumunda ilgilinin zaten tazminat davası açabileceği şeklinde dahi anlaşılmak istenmişti²⁰⁰. Bu durumun Devlet otoritesini zaafa uğrattığı da zaman zaman belirtilmiştir²⁰¹. Bu nedenle bir hukuk devletinde yargı kararlarının yerine getirilmemesi diye bir problemin olmaması gerektiği ifade edilmiştir²⁰².

Yine bu dönemde 521 sayılı Kanun bakımından idare ajanlarının kişisel sorumluluğuna dair bir hüküm bulunmaması, Danıştay kararlarının uygulanmaması açısından ajanların sorumlu tutulup tutulmaması hususunda tereddüde yol açmıştır²⁰³. Bu dönemde Y4. HD'nin yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması nedeniyle idare ajanı aleyhine açılan davada Danıştay'daki davanın sonucunun beklenmesine yönelik kararı büyük tartışmalara neden olmuştur²⁰⁴.

İşte bu sırada Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararı ortaya çıkmıştır²⁰⁵. Bu karar Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile Dördüncü Hukuk Dairesi kararları arasında çıkan içtihat uyuşmazlığını gidermek için verilmiştir. Bu karardan çıkan iki önemli sonuca göre Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yalnızca uygulanmaması hali kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli görülmüş ve sorumlu tutulmaları için ayrıca kin, garz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmeleri aranmamış, bunun yanında yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğuna gidilebilmek için de iptal davasının sonucunun beklenmesine gerek olmadığı belirtilmiştir.

Karar metnini kısaca özetlersek, kararda yukarıda bahsettiğimiz şekilde 521 sayılı Kanunu'nun 95. maddesinin, yargı kararlarını uygulamamak ancak karşılığında

²⁰⁰ Kazım Yenice, Karara Saygı, s. 5; Yılmaz Aliefendioğlu, "Danıştay Kararlarına Uyulması" **Danıştay Dergisi**, Y.5, sy. 16-17, 1975, s. 20; Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 9 dnp. 12.

²⁰¹ Kazım Yenice, "Karara Saygı", . s.3.

²⁰² Esin/ Dündar, **Usul**, s. 81.

²⁰³ Esin/ Yenice, **İdari Yargılama Usulü**, s. 332.

²⁰⁴ Kararın geniş bir biçimde tartışılmasına ilişkin bkz. "Tartışmalar Bölümü", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, s. 177 vd.

²⁰⁵ YİBBGGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 29.10.1979, RG. 29.11.1979, sy. 16824, s. 56-67.

tazminat ödemek şeklinde anlaşılamayacağı, bu maddenin tüm çabalara rağmen yargı kararını uygulayamamak, ya da olanaksızlık nedeniyle uygulayamamak ya da eksik uygulamak durumlarına hasredildiği açıklanmıştır. Bunun yanı sıra 1961 Anayasası'nın 132. maddesinde ilamdan değil, mahkemenin bütün kararlarından bahsedildiği vurgulanarak yalnız esasa ilişkin değil, mahkeme tarafından verilen tüm kararların bu kapsamda düşünülmesi gerektiği, aksi halde ilam dışında kalan kararların uygulanması bakımından sanki idarenin bir takdiri varmış sonucunun çıkabileceği, bunun ise kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle de yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmamasının da sorumluluğu gerektireceği belirtilmiştir. Kararda daha önce açıkladığımız gibi, kişisel kusurun tanımı ve unsurları verilmiş ve yargı kararlarının uygulanmamasının suç oluşturduğu, bu halde görevli personele dava açılabilceği ve yargı kararlarının uygulanmamasında kişisel kusurun tespiti için ayrıca kin, garaz husumet ve benzeri duyguların aranmayacağını belirtmiştir²⁰⁶. Mahkeme yürütmeyi durdurma kararlarının uygulanmamasının da suç teşkil ettiğini aynı kararında belirtmiştir.

²⁰⁶ İçtihadı Birleştirme kararının ilgili bölümü şu şekildedir: “İdare ajanının ısrar kasdıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurun bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak kişisel kusurlar sayılan bu davranışlar ve benzerlerinden ibaret değildir. İdare adına işlem yapan kamu görevlisinin bunlar dışında emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları, suç teşkil eden davranışları olabilir. Bu gibi hallerde de kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu için husumet, kin, garaz ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmesi aranacaktır mıdır?...İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, açıklanan Anayasa ve yasa kurallarına rağmen bir mahkeme kararının yerine getirilmemesi düşünülemez. Aksi halde bu yasa kuralları kağıt üzerinde kalmaya zorunlu, değersiz sözcükler olmaktan öteye gidemez. Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, bir hukuk devletinde o kadar önemlidir ki mahkeme kararının yerine getirilmemesi kanuna aykırı davranıştan daha ağır bir kusur kabul edilmektedir. Bir Bakan yada Danıştay kararlarını uygulama durumunda bulunan diğer kamu görevlilerinin yukarıda açıklanan yasal kuralları bilemedikleri ileri sürülemez. Öyle ise: açık, kesin ve emredici yasa kurallarına bilerek aykırı davranış da kişisel kusur kabul edilmek gerekir. Doktrinde de kişisel kusurun alanı yalnız kötü maksat ve niyetle sınırlandırılmayıp ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi haller kişisel kusuru kavramı içinde düşünülmekte ve özellikle idare adına işlem yapan kişinin sorumluluğu konusunda çoğunluk görüşü yarı kararlarının sadece uygulanmasını idare ajanının kişisel kusuru saymaktadır. Danıştay’ca verilen yürütmenin durdurulması kararlarının yerin getirilmesinde ihmal gösterilmesi veya ısrarla yerine getirilmesinden kaçınılması derece derece görevi savsamak veya görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu Yargıtay Ceza Genel Kurulunun İçtihadı birleştirmeye konu olan 25/9/1978 gün ve 230/303 sayılı kararında benimsenmiştir. Danıştay kararlarını yerine getirmeyen idare ajanlarının bu eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu Danıştay İkinci Dairesinin 10/5/1966 gün ve E 1965/2884, K. 1966/1203 sayılı kararı ile de kabul edilmiştir. Görülüyor ki Yargıtay ve Danıştay kararlarında, suçun oluşması için Danıştay kararını yerin getirmeyen kamu görevlisinin ayrıca garaz, kin, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmesi aranmamaktadır.

Yargı kararlarının uygulanmamasından doğacak sorumluluğa ilişkin Danıştay kararlarında geçen bir takım ilkeleri burada açıklamak gerekir. Öncelikle yargı kararlarının uygulanmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu belirtilmektedir²⁰⁷. Buna göre kararlar aynen ve gecikmesizin yerine getirilmelidir²⁰⁸. Çünkü yargı kararlarının uygulanması bakımından idarenin takdir yetkisi yoktur²⁰⁹. İdarenin bu hususta bağlı yetkisi bulunmaktadır. Olumsuz işlemlerin iptali halinde işlem²¹⁰, olumlu işlemlerin iptali halinde ise, kararın yerine getirilmesini kolaylaştıracak bir davranış ve tutum takınılmak suretiyle “eylem” de bulunulmalıdır²¹¹. İYUK’un 28. maddesinde kararların 30 gün içinde yerine getirilmesinden bahsederken, bazı hallerde bir kararın yerine getirilmesi, o durumun şartlarına göre 30 günü geçebilir. Bu halde bu durum yargı kararının uygulanmaması anlamına gelmez. Ancak makul

Sadece kararın uygulanmaması suç teşkil ettiğine göre bu suçtan bir zarar meydana gelmişse, zararın ödetilmesi de doğaldır. Öte yandan, kişisel kusurun saptanması için sayılan duyguların etkisi altında davranıldığının belirlenip ortaya çıkarılmasında ispat yönünden büyük güçlükler vardır. Böyle bir görüşün kabulü hainde karar gereğini yerine getirmeyen görevlinin hukuki sorumluluğu ancak pek sınırlı durumlarda mümkün olabilecek ve böylece Danıştay kararlarının uygulanması olanağı hemen hemen ortadan kalkacaktır.

Bu nedenlerle Danıştay’ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir.”

²⁰⁷ “İdarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması, aynı zamanda Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.” DİDDK, E. 2006/1258, K. 2006/804, T. 28.9.2006, DBB; aynı yönde DİDDK, E. 1998/283, K. 1999/1218, T. 10.12.1999, DBB; Dan. 5. D., E. 2007/81, K. 2009/1103, T. 09.03.2009, DBB; Dan. 11. D., E. 2006/6610, K. 2007/1246, T. 16.02.2007, DBB; Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007, DBB; Dan. 1. D., E. 2003/14, K. 2003/25, T. 27.02.2003, DBB; Dan. 5. D., E. 1999/2053, K. 2002/3798, T. 11.10.2002, DBB.

²⁰⁸ “söz konusu ilke karşısında, yönetimin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını “aynen” ve “gecikmeksizin” uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır” Dan. 5. D., E. 2007/81, K. 2009/1103, T. 09.03.2009, DBB; Yargı kararlarının icaplarına uygun şekilde yerine getirilmesinden amaç, yargı kararının gerekçesi ve hüküm fıkrasıyla bir bütün olarak değerlendirilerek gereğinin yerine getirilmesidir ” Dan 12. D., E. 2008/4348, K. 2008/5707, T. 28.10.2008; DİDDK, E. 1998/283, K. 1999/1218, T. 10.12.1999, DBB; aynı yönde Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007, DBB; Dan. 10. E. 2002/4061, K. 2004/5219, T. 28.05.2004, DBB; Dan. 5. D., E. 1999/2053, K. 2002/3798, T. 11.10.2002, DBB.

²⁰⁹ Dan. 5. D., E. 2007/81, K. 2009/1103, T. 09.03.2009, DBB; Dan. 5. D., E. 2006/1462, K. 2006/2095, T. 17.04.2006, DBB; Dan. 1. D., E. 2007/317, K. 2007/441, T. 05.04.2007, DBB.

²¹⁰ “iptal kararları, ortadan kalkmış olan idari tasarrufun yerini almaz. Bu sebeple idare iptal edilen kararın yerine bir karar almak zorunluluğundadır. Tabii ki idarenin yeniden alacağı karar mahkemenin iptal hükmüne uygun olmalıdır.” Dan. 10. E. 2002/4061, K.2004/5219, T. 28.05.2004, DBB. Aynı yönde Dan. 1. D., E. 2006/765, K. 2007/79, T. 05.07.2007, DBB.

²¹¹ Aliefendioğlu, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, s. 18.

süre içerisinde kararın yerine getirilmesi aranır. Kuşkusuz bu durumu mahkeme olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirecektir²¹². Ayrıca bu maddede geçen 30 gün içinde uygulamak ifadesi, kararın uygulanması için derhal tedbir almak anlamına da gelir. Buna göre idare; kararı, kendi isteğine bağlı olarak örneğin 29. günde uygulayamaz. Önemli olan derhal uygulamaktır²¹³. Fakat belirttiğimiz gibi bazı hal ve şartlar kararın 30 gün içinde uygulanmasına engel olabilir. Her ne kadar yukarıda bu halde idarenin sorumlu olmayacağını belirtmiş olsak da bu noktayı da idarenin derhal, elinde gelen tüm çabayla kararı uygulama isteğine karşın 30 gün içinde uygulayamaması şeklinde anlamak gerekir. Bununla beraber kişi, yargı kararının uygulanması için ayrıca idareye başvurabilir²¹⁴. Burada başvuru süresi yargı içtihatlarında tartışmalıdır²¹⁵. Ayrıca başvuru bakımından idareden ön karar alınması da gerekmemektedir²¹⁶. Yargı kararlarının uygulanmamasının, geriye yürür

²¹² “Dolayısıyla ilgililerin eski görevlerine dönmek için yaptığı başvuruyu takiben idarece kadronun dolu ya da boş olması, ilgilinin atama şekli gibi hususlar gözönüne alınarak bir atama kararname taslağı hazırlanması ve onaya sunulması, müşterek kararname ile atanacak bir görev ise kararname taslağının ilgili Bakanlıkça Başbakanlık ve Cumhurbaşkanlığına sunulması gibi idari prosedürün tamamlanması, bir başka anlatımla atama işleminin tekemmül ettirilmesi gerekliliği karşısında, idare ya da idarelere atama konusunda makul bir sürenin tanınması gerektiği açıktır.” DİDDK, E. 1997/414, K. 1999/538, T. 07.05.1999, DBB.

Buna karşın Daireler son kararlarında bu ayrımı göz önüne almadan maddeyi salt her durumda kararın 30 gün içinde yerine getirilmesi şeklinde de anlamaktadırlar: “Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti” ilkesinin doğal sonucu olarak idarenin mahkeme kararlarını “aynen” ve “geciksiz” uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Bu kural, idareye kararın tebliğ tarihinden başlayıp otuz günün dolmasına kadar geçen sürede yargı kararını uygulamama yetkisi tanıyan bir hüküm değildir. Aksine maddede, kararların derhal uygulanması ilkesi benimsenmiş olup, **her durumda bu sürenin otuz günü aşamayacağı**, kararların uygulanması için idarelerin gereksinim duydukları sürenin nihayet otuz günle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.” Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007, DBB. Aynı yönde, Dan. 1. D. E. 2005/1377, K. 2006/83, T. 24.1.2006, DBB.

²¹³ Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007, DBB; Dan. 1. D., E. 1987/367, K. 1987/352, T. 8.10.1987, DD, 1988, sy. 70-71, s.71-73.

²¹⁴ DİDDK, E. 1996/623, K. 1998/276, T. 12.6.1998, DBB; Dan. 10. D., E. 1995/216, K. 1997/1560, T. 5.5.1997, DBB.

²¹⁵ Örneğin 10. Daireye göre bu süre 10 yıldır. “Hukuka bağlı bir idarenin, ilgililerin başvurusuna gerek kalmadan karar gereğini yerine getirmesi bir görev ve zorunluluktur. 2577 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde öngörülen 30 günlük sürenin sona ermesinden sonra da, ilgililerin karar gereğinin yerine getirilmesi için idareye yaptığı başvuru üzerine, kanunda öngörülen uygulama süresinin geçtiğinden bahisle kararın infaz zorunluluğunun ortadan kalkacağını söylemek olanağı bulunmamaktadır. Ancak kararın yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak davalarda idari yargılama usulü kanununda özel bir süre hükmü bulunmamakla beraber; 10 yıllık zamanaşımı süresinin, burada da uygulanması gerekmektedir.” Dan. 10. D. E. 2002/7659, K. 2003/5195, T. 16.12.2003, DBB. Ayrıca konuyla ilgili bir de Danıştay İBK’si bulunmaktadır. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 1996/2, K. 1997/2, T. 25.12.1997, DBB.

²¹⁶ Dan. 5. D., E. 2004/5977, K. 2005/3465, T. 08.07.2005, DBB.

uygulamama, hiç uygulamama, geç uygulama, değiştirerek uygulama/ aynen uygulamama, şeklen (biçimsel) uygulama, eksik uygulama ve yanlış uygulama biçiminde olabileceği belirtilmektedir²¹⁷. Bununla beraber fiili ve maddi imkansızlıkların bulunması²¹⁸ ya da davacının feragat etmesi hallerinde yargı kararlarının uygulanmaması halinin mazur görülebileceği ancak kanun yollarına başvurunun²¹⁹, tazminat ödemenin, kamu görevlisinin mahkum olmasının ve otuz günlük sürenin dolmasının yargı kararlarını uygulamamak açısından mazur görülemeyeceği belirtilmektedir²²⁰.

Yargı kararlarının uygulanmaması bakımından Danıştay kararlarına dönecek olursak Danıştay'ın yargı kararlarını uygulanmamasını hizmet kusuru çerçevesinde kabul ettiğini, bazı kararlarında ise ağır hizmet kusuru olarak ifade ettiğini belirtmeliyiz²²¹. Ancak buradaki ağır kusur kavramının kullanılması uygun değildir. Çünkü yargı kararlarının uygulanmaması bakımından ağır kusur/ hafif kusur ayrımı yapılamaz. Kararlarda ağır kusurdan bahsetmekle beraber kimi kararlarında ise İYUK madde 28 gereği kararın idare ajanı tarafından kasten yerine getirilmemesi durumunda da davanın idareye açılacağı belirtilmektedir²²². Bunun yanı sıra daha önce de bahsettiğimiz gibi yargı kararlarının uygulanmamasını idare için ağır hizmet kusuru kabul eden Danıştay, bunun ajan için kişisel kusur oluşturduğunu ancak yargı

²¹⁷ Cemil Kaya, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 59; “İdarenin yargı kararlarını maksadına uygun biçimde uygulaması zorunluluğu, toplumda korunması gereken hukuk düzenince kişilere sağlanan hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrarın sonucudur(...) Hal böyle iken, Bakanlar Kurulunun iptali istenilen, 27.4.1992 tarihli kararı ile bu kararda sözü edilen, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı alınması açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır.” Dan. 10. E. 2002/4061, K.2004/5219, T. 28.05.2004, DBB.

²¹⁸ DİDDK, E. 2006/339, K. 2007/384, T. 29.11.2005, DBB. Ancak, kanaatimizce her imkansızlık durumu idareyi sorumluluktan kurtarmamalıdır. İdarenin tutum ve davranışının imkansızlığa neden olabileceği hallerde, olayda idarenin tutum ve davranışının işlemin unsurları bakımından incelenmesi gerekir.

²¹⁹ Dan. 11. D., E. 2006/171, K. 2006/4684, T. 10.10.2006, DBB.

²²⁰ Kaya, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı**, s. 63-73.

²²¹ Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DBB; Dan. 10. D., E. 1993/5339., K. 1994/5161, T. 25.10.1994, DBB; Dan. 10. D., E. 1986/2368, K. 1988/2241, T. 19.12.1988; Dan. 5. D., E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004, DBB; Dan. 5. D., E. 1999/2053, K. 2002/3798, T. 11.10.2002, DBB.

²²² Dan. 5. D., E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.9.2004, DBB.

kararlarının yerine getirilmemesi hususunda davanın idare aleyhine açılması gerektiğini ve daha sonra ilgili ajana rücu edilmesi gerektiğini ifade etmiştir²²³.

Genel olarak Yargıtay kararlarında, Yargıtay'ın yukarıda bahsettiğimiz içtihadı birleştirme kararının günümüzdeki kararları çok büyük ölçüde etkilediği söylenebilir. Yargıtay kararlarında 1979 tarihli içtihadı birleştirme kararına atıf yapılarak tazminat davasının idari yargı yerince verilen kararları yerine getirmeyen idare ajanı aleyhine açılacağı belirtilmektedir. Yine Yargıtay kararlarında mahkeme kararlarının gereği gibi uygulanması gerektiği belirtilmiş²²⁴ bunun yanında kararın 30 gün içinde yerine getirilemeyeceği iddiaları Yargıtay kararlarında da yer bulmuş, mahkeme bu hususta yargı kararlarının 30 gün içinde uygulanmaması halinde zararın gözetilmesi gerektiğini, ancak 30 gün içinde uygulanamama ihtimalinin de sorumluluk ölçüsü bakımından değerlendirilmesinin zorunluluğunu kararlarında bildirmiştir²²⁵. Halbuki gerçekten de bazı kararlar bu sürede yerine getirilemeyebilir. Bu nedenle burada idarenin kararı uygulamaya derhal başlayıp başlamadığına ve bu çerçevede takındığı tutuma bakılarak gerekirse sorumsuz olduğuna dahi karar verilebilmelidir.

Yargı kararlarının uygulanmaması bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında istikrarlı bir şekilde benzer açıklamalar görmekteyiz. YHGK'nin yargı kararlarının uygulanmamasını kişisel kusur sayıp idarenin ajanı lehine dava açılmasını kabul etmesinin altında 4 farklı neden vardır. Bunlardan birincisi İYUK 28/4'tür. Ancak HGK'nin bu maddenin sadece lafzından bahsettiğini görüyoruz. İkinci neden ise 1979 tarihli Yargıtay İBK'sidir. YHGK, istikrarlı bir

²²³ Dan. 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.2.2007, DD, 2007, sy. 116, s. 302- 306; Dan. 5. D., E. 2000/3316, K. 2004/ 3372, T. 29.9.2204, DBB.

²²⁴ “Kararın 30 gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeter sayılmaktadır” YHGK, E. 2009/4-453, K. 2009/553, T. 25.11.2009. Aynı yönde Y4. HD, E. 2006/9336, K. 2006/10206, T. 3.10.2006; Y4. HD, E. 2000/6948, K. 2000/7454, T. 14.9.2000, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y4.CD, E. 2003/6104, K. 2004/6053, T. 11.5.2004, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁵ YHGK, E. 2008/4-464, K. 2008/465, T. 2.7.2008, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Yasanın bu düzenleniş biçiminden, otuz günlük sürenin, ilgilinin eylemli olarak göreve başlatılması için öngörülen en fazla süre olduğu anlaşılmaktadır. Bu süre içerisinde ilgilinin göreve başlatılmasına yönelik işlemlerinin başlatılmış olması yargı kararı gereğinin yerine getirildiği biçiminde yorumlanamaz.” Y4. HD, E. 2002/13052, K. 2003/3688, T. 27.3.2003, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

biçimde kararlarında bu İBK'ye atıfla idarenin, idari yargı kararlarını gereği gibi uygulaması gerektiğini, aksi halde sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılmasına gerek olmadığını ve kararın uygulanmamasının başlı başına suç olduğunu belirtmektedir. Yine 3. neden olarak bununla bağlantılı bir biçimde yargı kararlarını uygulamamanın suç olduğunu belirterek bu hususta YCGK'ye atıf yapmaktadır. 4. neden de Danıştay'ın yargı kararlarına uyulmamasına ilişkin –bizim de yukarıda bahsettiğimiz- kararlarında geçen yargı kararlarının kişisel kusur sayıldığına dair ifadeleridir²²⁶. Örneğin YHGK, Başbakan ve Bakanların kişisel sorumluluklarına gidilmesi gerektiğini belirttiği bir kararında belirttiğimiz hususlarla ilgili şunları ifade etmiştir:

“2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 28. maddesinde; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarını icaplarına göre idarenin, kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak zorunda bulunduğu, aynı maddenin 4. fıkrasında, mahkeme kararlarını 30 gün içinde yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında tazminat davası açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır.

*Ayrıca, ceza hukuku yönünden, yargı kararlarının gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlilerinin eylemleri, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 228. ve 5237 sayılı **Yeni Türk Ceza Yasası'nın 257. maddesi kapsamında suç sayılmaktadır.** Uygulamada, yargı kararlarını yerine getirmeyenlerin tazminatla da sorumlu tutulacakları kabul edilmekte, kararın 30 gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeter sayılmaktadır.*

22.10.1979 gün ve 1978/7-1979/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da; kişisel kusur, "İdare ajanının kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atıf ve isnat olunamayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranış" olarak tanımlanmış; açık, kesin ve emredici yasa kurallarına bilerek aykırı davranış kişisel kusur olarak kabul edilmiş, yürütmenin durdurulması kararının yalnızca uygulanmaması bu kararı uygulamayan kamu görevlisinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılmasına gerek olmadığına ve yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu yönüne gidilebilmesi için ilgilinin açmış olduğu iptal davası sonucunun beklenmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.

²²⁶ YHGK, E. 2009/4-453, K. 2009/553, T. 25.11.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay'ın bu görüşü daha önce örneğin “Yusuf Bozkurt Özal'ın Süleymaniye Camii Haziresine gömülmesine ilişkin 09.01.2001 gün ve 1888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptaline ilişkin Danıştay 10. Dairesinin kesinleşmiş kararının uygulanması için Başbakanlığa başvurduğu halde yargı kararının uygulanmadığını” iddiası ile açılan davada da kullandığı görülmektedir. YHGK, E. 2008/4-464, K. 2008/465, T. 2.7.2008, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Danıştay 10. Dairesi'nin 27.02.2007 gün ve 2004/13990 Esas-2007/739 Karar sayılı ilamında ise "...yargı kararını uygulamama eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu..." vurgulanmıştır.

Yargı kararını uygulamak durumunda bulunanların kararın eksikliğini veya yanlışlığını tartışma yetkileri bulunmadığı gibi, bu kararları eksik uygulamaları, uygulamış gibi davranarak işleme yapay bir görüntü vermeleri de kararın uygulandığı sonucunu doğurmaz. Kararın 30 gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeter sayılmaktadır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.07.2008 gün ve 2008/4-464 E, 2008/465 K. sayılı ilamında da aynı hususlar benimsenmiştir."

Bu karar incelendiğinde vurgulanması gereken husus HGK kararlarında İYUK 28/4'ten sadece bahsedildiği, ayrıca bu maddede aranan "kast" şartının olup olmadığını araştırılmadan, yargı kararlarının 30 gün içinde yerine getirilmemesinin salt bir biçimde kişisel kusur kabul edilerek davanın adli yargıda kişi aleyhine açılmasının kabul edildiğidir. Ancak yargı kararı kasten değil de ihmal ile uygulanmamış ise bu hal suç oluştursa bile 28/4 kapsamına girmeyecektir. Bu halde YHGK'nin vereceği karar merak uyandırmaktadır. Ancak böyle bir halde dahi kanaatimizce yargı kararının uygulanmamasını kişisel kusur gören HGK, kast boyutuna ulaşmasa da bu görüşünü devam ettirecektir. Çünkü bu kararlarında kastın varlığını aradığına dair bir tartışma görmemekteyiz. Bunun yanında Yargıtay'ın bu kararlarında, Danıştay'ın yukarıda bahsettiğimiz kararlarına atıf yapılarak kendisine dayanak argüman aradığı da görülmektedir. Yargıtay Danıştay'ın yukarıda bildirdiğimiz 2 kararı gibi kararlara atıf yaparak "*Danıştay'ın da yargı kararlarının uygulanmamasını kişisel kusur gördüğünü*" belirtmekte ve bunu kamu görevlisine adli yargıda dava açılabilceği görüşüne dayanak yapmaktadır. Halbuki Danıştay, bu kararlarında her ne kadar yargı kararlarının uygulanmamasını kişisel kusur kabul etse de Anayasanın 129. maddesini esas alarak davanın idareye açılması gerektiğini ifade etmektedir. Yani Danıştay'ın bu kişisel kusur anlayışında davanın açılacağı yer sadece ve mutlaka İdari Yargıdır. Halbuki istisnalar hariç Yargıtay'ın Hukuk Genel Kurulu kararlarında yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin kararlarında -ve aslında genelde- 129. madde bu şekilde yorumlanmamaktadır. Bu nedenle Danıştay'ın kararına atıfla davanın ajan aleyhine açılması gerektiğinin belirtilmesi uygun değildir. Bunun yanında doktrinde Anayasa'nın 11/2 ve 117/e maddeleri

karşısında İYUK 28/4'ün uygulanamayacağı ifade edilmektedir²²⁷. Yine doktrinde İYUK'un 28. maddesinin 4. fıkrası ile 1979 tarihli İBK'nin geçerliliğini yitirdiği de belirtilmektedir²²⁸. Ancak YHGK, genel olarak 129. maddeyi salt ve genel manada yorumlamadığı ve bu maddeyi ilgili ajana adli yargıda dava açılmasının önünde engel görmediği için bu görüş onu bağlamayacaktır. Görüldüğü gibi sonuç olarak YHGK, salt bir biçimde yargı kararının uygulanmaması halini kişisel kusur olarak görmekte ve davanın ajan aleyhine adli yargıda açılması gerektiğinden bahsetmektedir.

Y4. HD'nin de genel olarak kararlarında YHGK'yi takip ettiğini ve yargı kararlarının uygulanmaması halini salt kişisel kusur kabul ettiğini ifade edebiliriz²²⁹. Ancak sorumluluk hukukunun genelinde olduğu gibi bu meselede de Y4. HD'nin birbirinden farklı, birbiriyle çelişen, aynı yönde olsa dahi birbirinden farklı gerekçelere dayanan kararları olduğu söylenmelidir.

Y4. HD'sinin kararlarına baktığımızda daha eski kararlarında bazen madde İYUK madde 28/4'ten bahsettiğini görülmektedir. Örneğin bir kararında Y4. HD, **kastın** ancak kararın uygulama isteğinin kendilerine ulaştırılması ile belirginliğe kavuşacağından ve ilgili ajanın kastının araştırılması gerektiğinden bahsetmektedir²³⁰. Yine bir başka kararında da istifa ettikten sonra yenisi kuruluncaya kadar göreve devam eden hükümetin veya bakanın yargı kararlarını uygulamayacağına ilişkin bir düzenleme olmadığını, İYUK madde 28/4'te; mahkeme kararlarını 30 gün içinde yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında; tazminat davası açılabilirliğini belirttiği görülmektedir²³¹. Ancak bu kararlarında Y4. HD'nin Anayasa'nın 129. maddesinden bahsetmediği ifade edilmelidir. Bazen de eski

²²⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 593. Gözler ise bu kanun hükmü iptal edilmedikçe yahut değiştirilmedikçe doğrudan Anayasa maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 1142.

²²⁸ Bahtiyar Akyılmaz, "Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", **GÜHFD**, C. XI, sy. 1-2, 2007, s. 460; (çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/bahtiyar_19.pdf, 12.07.2011.

²²⁹ Y4. HD, E. 2009/ 8473, K. 2010/4285, T. 12.4.2010. Aynı yönde Y4. HD, E. 2003/3902, K. 2003/5458, T. 28.4.2003; Y4. HD, E. 2006/9336, K. 2006/10206, T. 3.10.2006, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁰ Y4. HD, E. 1995/1600, K. 1995/2397, T. 21.3.1995, HBB.

²³¹ Y4. HD, E. 2000/6948, K. 2000/7454, T. 14.9.2000, HBB.

kararlarında ama yukarıdaki kararlarla aynı tarihlerde bu sefer doğrudan 1979 tarihli İBK'ya atıfla karar verdiği söylenebilir²³². Hatta 4. Daire bazı kararlarında doğrudan 1979 tarihli İBK'ya dayanarak ve **İYUK 28/4' ü dikkate almadan**, İYUK 28/4 maddesinin açık hükmüne rağmen; davacının, davalının kastını ispat etmek zorunda olmadığını, davalının da kasten yerine getirmediğini ispatlamasının sorumluluktan kurtulmasına yetmeyeceğini dahi söylemiştir²³³. Özellikle 4. HD'nin son kararlarında da açıkça Yargıtay'ın 1979 tarihli İBK'ye atıf yaptığını ve Anayasa'nın 129. maddesinden ise hiç bahsetmediğini görüyoruz. Fakat 4. HD'nin bazı eski kararlarında madde 129/5'e değinildiği ve yukarıdaki gerekçelerden farklı olarak yargı kararlarının uygulanmamasını bir idari işlem ve eylem niteliğinde görmemesini gerekçe göstererek Anayasa'nın 129/5 maddesi kapsamına dahil etmediği de kararlardan görülmektedir²³⁴.

Tüm bu söylenenler bir yana daha önce de bahsettiğimiz gibi son kararlarında Y4. HD'nin sorumluluk hukukuna olan bakış açısı değişikliğinin bu meseleye de yansıtacağı kanaatindeyiz. Daha önce de belirttiğimiz gibi Yargıtay 4. HD'nin son tarihli kararlarında kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusur ya da kastla hareket etmesi halinde idari yargının görevli olacağına dair kararlarının bu konuya bakış açısını da etkileyebileceğini ifade etmeliyiz. Bu kararlarda kast ve kusurla hareket edilmesi halinde dahi Anayasanın 129. maddesini ve DMK madde 13'ü esas aldığını, “*yetkilerini kullanma*” çerçevesinde idari yargıyı işaret ettiğini daha önceki bölümlerde ifade etmiştik. Bunun yanında ileriki paragraflarda belirteceğimiz bir husus olarak İYUK 28/4 maddesinin Anayasaya aykırılığı problemi bakımından Yargıtay 4. HD'nin bu maddenin Anayasaya aykırılığını Anayasa Mahkemesi'ne taşıdığını ve önüne gelen davaları bekletici mesele yaptığını görüyoruz. Yani Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasının kaldırılması ile beraber İYUK

²³² Y4. HD., E. 1998/ 8921, K. 1999/1594, T. 25.2.1999, HBB.

²³³ “*Bir kararın uygulanmaması durumunda, uygulamayan kamu görevlisinin ki gazez, kasıt gibi kusurlarının varlığının aranması gerekmez. Diğer bir anlatımla zarar gören, davalının kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi davalıda kastının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamaz.*” Y4. HD, E. 1999/ 3555, K. 1999/5498, T. 9.6.1999, HBB.

²³⁴ “*Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminat "idari işlem ve eylem" olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusudur. Memurların ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri Anayasa 129/5. fıkrası kapsamına dahil değildir.*” Y4. HD, E. 1998/1580, K. 1998/4581, T. 9.6.1998, HBB.

maddeleri hakkında da anayasaya aykırılık iddiasında bulunmak mümkün olduğundan, 4. HD'nin bu iddiayı ciddi gördüğünü ve Anayasa'ya aykırılık başvurusunda bulunduğunu görüyoruz²³⁵. Bu halde mahkemenin her ne kadar önüne gelen meseleleri bekletici mesele yaptığı söylene de, karar verme durumu halinde Y4. HD'nin fiil kasten de işlene yargı kararlarını uygulamamayı bu son kararları karşısında “yetkilerini kullanma çerçevesinde” ele alacağı kanaatindeyiz.

1924 Anayasası döneminde hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı anlatılırken Danıştay'ın yargı kararlarının uygulanmamasını kişisel kusur olarak kabul ettiğini ifade etmiştik. Ancak Danıştay, uzun zamandan beri yargı kararlarının uygulanmamasını hizmet kusuru olarak kabul etmektedir. Yargıtay'ın ise kararlarında gördüğümüz gibi dalgalanmalar yaşandığı, esasen salt kişisel kusuru kabul eden Yargıtay'ın aynı tutumunu burada da sürdürdüğünü, hatta 28/4 maddesine çok değinmeden 1979 tarihli İBK'ye dayanarak karar verdiğini, ancak son kararlarında sorumluluk hukukuna bakışında olan tutum değişikliğinin bu konuya da yansıdığını kısaca belirtebiliriz. Son olarak AYİM'in de yargı kararlarının uygulanmaması bakımından bu durumu hizmet kusuru saydığı²³⁶, ancak AYİM'in kendi kanununda yargı kararlarının uygulanmaması durumunda ajana başvurmak gibi bir yolun öngörülmediği ifade edilmelidir.

Yargı yerlerinin vermiş olduğu kararlarda durum bu şekilde iken değinmek istediğimiz bir başka husus yargı kararlarının uygulanmaması bakımından İYUK'un 28/4 maddesinin Anayasa'nın 129. maddesine aykırılığı meselesidir. Öncelikle belirtilmelidir ki 28. maddenin 4. fıkrası yargı kararlarının “*kasten yerine getirilmemesi*” şartını aramaktadır. Burada kararı yerine getirmeme sadece yapmama biçiminde olmayabilir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi idari yargı kararları aynen ve gecikmeksizin gereği gibi yerine getirilmelidir. Bu halde bir karar uygulanmış olabilir ancak kasten gereği gibi uygulanmamış da olabilir. Bu halde madde 28/4

²³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/36, K. 2012/57, T. 18.4.2012 ve E. 2012/38, K. 2012/58, T. 18.4.2012 kararlarında Y4. HD'nin 28/4 madde için Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz ettiği, Anayasa Mahkemesi'nin ise bu itirazı görüşüğünü bildirdiğini görmekteyiz.

²³⁶ Örneğin bkz. Ayim 1. D., E. 2010/308, K. 2010/838, T. 6.7.2010, (çevrimiçi), http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 10.07.2012.

kapmasına dahil olmalıdır²³⁷. Bunun yanı sıra yargı kararlarının kasten yerine getirilmediği iddiası ile adli yargıda kamu görevlisine dava açılması hükmünün esasa mı usule mi ilişkin olduğu da doktrinde tartışılmıştır. Bu maddeye göre kastı sabit olan görevlinin ortada zarar bulunması halinde tazminat ödeyeceği görülmektedir. Yani davanın açılması için gereken şart aynı zamanda tazminata mahkum edilmesi için de aranmaktadır. İşte maddenin bu yönü esasa ilişkin olduğu izlenimini vermekte ise de bu maddenin usule ilişkin olduğu, amacın yargı kararlarının kasten uygulanmaması halinin kişisel kusur olduğunu göstermek olduğu ve bu nedenden maddenin usule ilişkin olduğu da belirtilmektedir²³⁸.

Doktrinde bazı yazarlar, yargı kararlarının uygulanmamasını kişisel kusur olarak görmektedirler²³⁹. Ancak hemen belirtelim ki, yargı kararlarının uygulanmasını kişisel kusur olarak görülmesi davanın adli yargıda açılması anlamına gelmemektedir. Kimi yazarların Anayasanın 129. maddesi ile artık kişisel kusurdan dolayı dahi yani idare hukukuna ait bu kusurdan ötürü önce davanın idareye açılacağını sonra ilgili ajana rücu edileceğini benimsediğini ifade etmiştik²⁴⁰. Böyle olunca da bazı yazarlar yargı kararlarının uygulanmaması halinin “idarilik” vasfından bahsederek davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁴¹.

Doktrinde günümüzde genel görüş, İYUK madde 28/4’ün Anayasanın 129. maddesine ve DMK madde 13’e istisna getirdiği ve fakat bu durumun Anayasa’nın

²³⁷ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 357.

²³⁸ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü** s. 609 vd; aynı yönde Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 130.

²³⁹ Duran, “Kamu Personelinin II”, s. 9; Yenice/Esin, , **İdari Yargılama Usulü** s. 331 vd ve s. 608 vd.; Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 129 vd.; Günday, **İdare Hukuku** s. 375; Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1136 ve 1141 vd.; Yayla, **İdare Hukuku** s. 357; Bahtiyar Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, s. 450; Cemil Kaya, “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar Paneli**, Konya Barosu Yayınları, Konya, 2011, s. 97.

²⁴⁰ Örneğin bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s. 376; Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1141 vd. Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, s. 467 vd., Kaya, “Mahkeme Kararlarının Uygulanması”, s. 108.

²⁴¹ Yıldırım Uler, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 130; aynı yönde Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 336; Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, s. 458 vd., Kaya, “Mahkeme Kararlarının Uygulanması”, s. 108.

129. maddesine aykırı olduğudur²⁴². Çünkü bu görüşe göre yargı kararını uygulamama hali de “yetkilerini kullanırken” kavramının içine dahil olmaktadır ve Anayasa madde 129-5 gereği dava idari yargıda görülmelidir. Ancak İYUK madde 28/4 yürürlükten kaldırılmadıkça, doğrudan Anayasa maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı da belirtilmektedir²⁴³. Fakat yine Anayasa’nın geçici 15. maddesinin 3. fıkrasının²⁴⁴ kaldırılması²⁴⁵ ile bu maddenin anayasaya aykırılığı iddia edilebilecektir. Nitekim daha öncede bahsettiğimiz gibi bu hususta bir davanın Anayasa Mahkemesinde görüldüğünü belirtmeliyiz²⁴⁶. Buna karşın karşıt görüş olarak asıl istisnanın idareye dava açılacağına dair hüküm olduğu, yargı kararının yerine getirilmemesinin yetki- görev dışı bir eylem olduğu da belirtilmektedir²⁴⁷. Ayrıca yine ilgili görevlinin yasal kuralları bilmediğinin iddia edilemeyeceği ve ilgili görevlinin yargı kararını yerine getirmemek gibi bir yetkisinin de olmayacağı, anayasal ve yasal düzenlemelerin idare ajanına karşı sadece bu nedenlerle dava açılmasına engel olmayacağı da ifade edilmektedir²⁴⁸. Yine bu son görüşte, İYUK’un 28. maddesi ile Anayasa’nın uyumlu olduğu da belirtilmektedir²⁴⁹.

Bu konudaki kanaatimiz 28/4 hükmünün Anayasa’nın ve yargı yerlerinin sorumluluk hukukuna bugünkü bakış açısıyla aykırı olduğudur. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, anayasayı yapan iradenin amacı, yetkilerini kullanırken işlenen

²⁴² Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 334 vd.; Ozansoy, “Sempozyum”, s. 104. Günday, **İdare Hukuku**, s. 377, Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1144, Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, s. 468; Kaya, “Mahkeme Kararlarının Uygulanması”, s. 103.

²⁴³ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1142. İYUK 28/4’ün ihmal edilip, doğrudan 129/5 hükmünün uygulamayacağını, bunun Anayasa sistemine uygun olmadığını ifade eden Gözler DMK madde 13’te ve Anayasa madde 40/3’te rücuun takdire bırakılması karşısında ise rücu meselesinde Anayasa 129/5 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1158.

²⁴⁴ “Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.”

²⁴⁵ 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun **Madde 34.** –“Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 15 inci maddesinin son fıkrası madde metninden çıkarılmıştır.”

²⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin E. 2012/36, K. 2012/57, T. 18.4.2012 ve E. 2012/38, K. 2012/58, T. 18.4.2012 kararlarında Y4. HD’nin 28/4 madde için Anayasa’ya aykırılık iddiası ile itiraz ettiği, Anayasa Mahkemesi’nin ise bu itirazı görüşüğünü bildirdiğini görmekteyiz.

²⁴⁷ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 357.

²⁴⁸ Zehreddin Aslan, **İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması**, 2. bs., İstanbul, Alfa, 2001, s. 106-107.

²⁴⁹ Aslan, **İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması**, s. 107.

kusurlardan ötürü davanın mutlaka ve salt bir biçimde ilgili idareye açılmasıdır. Yargıtay'ın genel olarak kararlarında aksi görüş olsa da Danıştay'ın ve Yargıtay'ın son kararlarındaki görüşü de budur. Zaten hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının ülkemizde yaşadığı süreci hatırladığımızda anayasayı hazırlayan iradenin amacının bu yönde olduğu açıkça görülmektedir. Gerçekten de yargı kararlarının uygulanmaması hizmetle tamamen ilgisiz, hizmetten tamamen bağıni koparmış bir şekilde anlaşılamaz, ayrıca bu kusurun oluşumunda görevlinin yetkileri, görevi, hizmet araç – gereçleri ve resmi sıfatı rol de oynamaktadır²⁵⁰. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanmaması açısından idarilik vasfının ortadan kalktığı şeklinde yer alan kararlar aksine, Anayasa'nın getirmek istediğı bu sistem bakımından idarilik vasfının devam ettiğı ve yargı kararlarının uygulanmaması halinin yetkilerini kullanırken gerçekleşmesi halinde davanın idareye karşı açılması gerektiğı söylenecektir. Çünkü bu halde dahi yargı kararının uygulanmaması olumsuz nitelikte bir işlem ve eylem kabul edilmelidir²⁵¹. Bunun yanında yargı kararlarının uygulanmaması halinin görev-yetki dışı olduğu ve davanın idareye açılmasının istisna kabul edilmesi idarenin sorumluluğunun asliliğı prensibine de aykırıdır²⁵². Çünkü bu halde idare, Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olarak kendi işlem ve eyleminden doğmayan bir zararı üstlenmiş olacak ve sorumluluk idareye kanalize edilmiş olacaktır. Bu görüş ise kanaatimizce gerek Anayasa madde 125, gerekse madde 129 karşısında isabetli değildir. O halde İYUK 28/4 maddesinin asıl amacının yargı kararlarının uygulanmaması halinde davanın idareye açılması olduğunu görmekteyiz. İYUK madde 28/4'ün amacının uygulamadaki problemleri gidermek olduğu, daha çok cezalandırma amacı güttüğü ve istisnai bir hüküm olduğu söylenebilir. Ancak Anayasa maddeleri karşısında bu hükmün iptal edilmesi gerektiğı açıktır.

Anayasa Mahkemesinin **bu hususta nasıl karar verebileceğı** ise kanaatimizce tartışma götürür bir meseledir. 1975 tarihli Anayasa Mahkemesi kararını göz önüne aldığımızda mahkemenin, ajanın “*salt kişisel kusur*” halleriyle

²⁵⁰ Uler, **İptal Kararları**, s. 130, Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, 458.

²⁵¹ Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, s. 463.

²⁵² Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi”, s. 460.

hareket etmesi halinde doğrudan kendisinin sorumlu olabileceğini kabul ettiğini ifade etmiştik. Mahkemenin 6100 sayılı HMK'nın 3. maddesini iptal ederken vermiş olduğu karara baktığımızda mahkeme üyesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı Dr. Serdar Özgüldür başta olmak üzere diğer birkaç üyenin de 129/5 fıkra hükmünün salt kişisel kusuru kaldırmadığı yönünde görüşleri bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin Özgüldür, doktora çalışmasında yargı kararlarının kamu personeli tarafından kasten yerine getirilmemesi halini salt kişisel kusur kabul etmektedir²⁵³. Ayrıca genel olarak da 129/5 hükmünün salt kişisel kusuru kaldırmadığını ifade etmektedir²⁵⁴. Bu nedenle mahkemenin ne yönde karar verebileceğini kestirmek zordur. Ancak 1982 Anayasası sisteminin getirmek istediği sistem ve lafzı tarihsel açıdan da incelendiğinde 28/4 maddesinin iptal edilmesi gereği açıktır.

Son olarak belirtmek istediğimiz husus, Bakanlar Kurulu'nun "prensip kararı" çıkarma yoluyla yargı kararlarının uygulanmamasının, mahkemeler tarafından kabul edilmediğidir. Örneğin Danıştay'ın bir kararına göre:

"Bakanlar Kurulu Kararı ile, ? ait 5 çimento şirketindeki kamu hisselerinin ?. Firmasına satışına dair Yüksek Planlama Kurulunun 6.9.1998 tarihli ve 89/74 sayılı, ... kamu hisselerinin ? Firmasına satışına dair 9.2.1989 tarihli ve 89/3, 10.9.1989 tarihli ve 89/21 sayılı kararlarının idari yargı kararlarıyla iptal edilmesine karşın, konunun iç hukuku olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaşması ve anılan yargı kararının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle ve özelleştirme yöntemlerini yeniden belirleyen 7.3.1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde işlem tesisine hukuken imkan bulunmadığı yolunda prensip kararı"

alındığı anlaşılmaktadır. Fakat Danıştay 10. Dairesi bu kararı kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir karar olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir²⁵⁵. Yine Yargıtay kararına konu olan bir olayda aksine yargı kararları olmasına rağmen Bakanlar Kurulu prensip kararı ile fabrikanın işletilmesine karar vermiştir. Kararı uygulamakla yükümlü yerel yöneticiler iptal kararları ve Bakanlar Kurulunun prensip kararı karşısında uygulamanın ne şekilde yapılması gerektiği

²⁵³ Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 130.

²⁵⁴ Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 118 vd.

²⁵⁵ Dan. 10. E. 2002/4061, K. 2004/5219, T. 28.05.2004, DBB.

konusunda tereddüde düşmüşler, bunun üzerine Başbakan söz konusu Bakanlar Kurulu prensip kararının yürürlükte olduğunu belirterek, uygulamanın prensip kararına göre yapılmasını istemiştir. Olayın devamında Başbakanının bu ve buna ek diğer tutumları yargı kararını uygulamamak biçiminde anlaşılmış ve İYUK 28/4 uyarınca haklarında tazminat davası açılabilceği belirtilmiştir²⁵⁶.

d. İdarenin Usul Dışı Fiilleri/Haksız Fiil Teşkil Eden Eylemleri

Yargı kararlarında sıkça karşılaşılan ve hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı bakımından önem taşıyan bir diğer başlık da idarenin haksız fiilleridir. Haksız fiil, usul dışı fiil²⁵⁷ gibi farklı kavramlarla tanımlanan bu durum, genel olarak fiili yol ve el atma olarak ikiye ayrılmaktadır²⁵⁸. Fiili yol, idarenin kanun ve diğer düzenlemelere ağır bir surette aykırı olan fiil ve hareketi olarak tanımlanmış ve bu faaliyetlerdeki bu usule aykırılığın açık ve ağır olmasından ötürü idarilik vasfının ortadan kalktığı ifade edilmiştir²⁵⁹. Böylece İdarenin özel kişiler gibi haksız fiil işleyebileceği söylenmekle beraber²⁶⁰, İdarenin idari faaliyetler sırasında ancak idari olmayan fiilleri için “*haksız fiil*” kavramının kullanıldığı ve bu haksız fiile “*fiili yol*” da denildiği ifade edilmektedir²⁶¹.

Burada idarenin ağır ve belirgin bir biçimde hukuka aykırı maddi tasarrufları bulunduğu, fakat bunun **sadece** hiçbir hukuki temele dayanmayan veya dayandığı temel hükümsüz olan değil, aynı zamanda hukuki temele dayanmakla birlikte uygulanması ağır hukuk dışı kurallar içerisinde geçmiş bulunan maddi tasarrufların da bu kategori içinde yer aldığı ifade edilmektedir²⁶². Bu durumlara örnek olarak birinci halde, idareye o eylemi yapmasına izin veren bir kamu hukuku kuralı ya da yargı yeri kararı olmamasına rağmen, idarenin hodbahot davranışta bulunması – kamulaştırmasız el atma gibi-, ikinci halde idarenin eyleminin görünüşte idari işleme

²⁵⁶ YHGK, E. 2009/4-453, K. 2009/553, T. 25.11.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1667.

²⁵⁸ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1667 vd.

²⁵⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1668.

²⁶⁰ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 398.

²⁶¹ Taner Ayanoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal, 2004, s. 52.

²⁶² Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 371.

dayalı olması ancak idari işlemin unsurları açısından o derece aykırılığın bu eylemi idare tüzel kişiliğine mâl etmeye ya da idari işlem saymaya yetmemesi -yetki gaspı/ fonksiyon gaspı gibi- üçüncü halde ise idarenin dayandığı işlem hukuka uygun olmakla birlikte, işlemin uygulanmasının hukuki usuller içerisinde gerçekleşmediği durumlar verilmektedir²⁶³. Bunun sonucunda yani İdarenin bu tür haksız fiillerinin sonucu, dava adli yargıda görülecek ve özel hukuka dair kurallar uygulanacaktır. Ancak bir idari eylemin hukuka aykırı olması ile bunun haksız eyleme dönüşmesinin aynı şey olmadığı da ifade edilmelidir²⁶⁴.

El koyma ise hukuki bir dayanağı olsun ya da olmasın, bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin geçici ya da daimi olarak idare tarafından kaldırılmasıdır²⁶⁵. Bu halde de davalar adli yargının görev alanı içerisine yer alır.

İdarenin haksız fiilleri mahiyeti itibariyle çok geniş bir yer almasına karşın, bunun içerisindeki en önemli yeri, “*kamulaştırmasız el atma*” davaları teşkil etmektedir. Doktrinde hukuka uygun ve hukuka aykırı kamulaştırmasız el atma olarak ayırım yapılan bu halde²⁶⁶ idarenin yasal bir dayanak olmaksızın, usulüne uygun olarak kamulaştırma kararı almadan özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın bir kısmına ya da tamamına el atması “*fiili yol*” olarak anılmaktadır²⁶⁷. Ancak yine kamulaştırmasız el atmanın ortaya çıkabilmesi için idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması gerektiği yahut belli süre, sahibinin tasarrufundan alıkoyulması gerektiği belirtilmektedir²⁶⁸.

Esasen bu konudaki yargı kararlarına baktığımızda Yargıtay’ın bu konuyla ilgili vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararları olduğunu görüyoruz. Bu eski kararına konu olan kamu tüzel kişiliğinin kamulaştırma yapmaksızın taşınmaz malı yola çevirmesi olayında, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, taşınmaz malın sahibinin bu tür olaylarda isterse, men-i müdahale davası açabileceğini, isterse fiili duruma razı

²⁶³ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 372- 373.

²⁶⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1669.

²⁶⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1675.

²⁶⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 276 vd.

²⁶⁷ Günday, **İdare Hukuku**, s. 277.

²⁶⁸ Günday, **İdare Hukuku**, s. 277.

olarak mülkiyet hakkının devri karşılığında tazminat istemeye yönelik dava açabileceğini belirtmiştir²⁶⁹. Bu karardan malikin mülkiyet hakkının sona ermediği, bu nedenle de bir istihkak davası açamayacağı ve mülkiyet hakkı da devam ettiği için dava açma hakkının zamanaşımına uğramayacağı sonuçları çıkartılmaktadır²⁷⁰. Yine başka bir içtihadı birleştirme kararında ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, kamu kuruluşlarının verdikleri kararlar sonunda plan ve projelere uygun olarak tesisler yaptırmış olmaları ya da bu tesisleri kullanmaları yahut tesislere bakmaları nedeniyle kişilerin uğramış oldukları zararların ödetilmesine ilişkin davaların idari nitelikte olduğunu belirtmiştir²⁷¹. Bu kararda ayrıca kamulaştırmasız el atmalara ilişkin davalarda ortaya çıkan durumun kanuna uygun olmayan bir surette kişinin malının elinden alınması olduğu ifade edilmektedir. Yargıtay'ın bu yolda içtihatlarını sürdürdüğünü de görmekteyiz. Bu kararlarında Yargıtay, kamulaştırmasız el atmanın bir haksız fiil olduğunu, davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁷². Ancak kamulaştırmasız el atma olaylarına ilişkin olarak Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesine 2010 yılında bir hüküm eklenmiştir. Buna göre kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden **tazminat talebinde** bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi gerektiği, eğer bu yolda anlaşılabilir ise dava açma yoluna başvurulması gerektiği maddede belirtilmiştir²⁷³. Ancak bu hüküm yargı kararlarında **“dava açma koşulu”** olarak görülmemektedir. Yargıtay'a göre bu

²⁶⁹ YİBGK, E. E. 1956/1, K. 1956/6, T. 16.5.1956, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷⁰ Günday, **İdare Hukuku**, s. 278.

²⁷¹ YİBGK, E. 1958/17, K. 1959/15, T. 11.2.1959, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷² YHGK, E. 2005/12-463, K. 2005/455, T. 13.7.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷³ 6111 sayılı Kanunun Geçici Madde 2- *“(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerine de uygulanır. Ancak, bu tarihten sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemleri sebebiyle açılan tazminat davalarında verilen ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden 2942 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden ayrıca yüzde beş pay ayrılır.”*

imkan idareye başvurulması halinde uzlaşmanın zorunlu tutulduğu bir durum olarak anlaşılmalıdır. Yargıtay bu kararlarında; 1959 tarihli İBK'ye dayanarak doğrudan dava açılabilirliğini ve zaten ilgili kişinin idareye başvurmayarak uzlaşmama iradesini ortaya koyduğunu ifade etmiştir²⁷⁴.

Yargıtay'ın “kamulaştırmasız el atma” ya ilişkin verdiği kararlarda önem arz eden bir husus kamulaştırmasız el atmanın varlığı için örneğin, imar planında yol, yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılan imar parseline dahi, idarece **fiilen** el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun **fiilen** engellenmesi koşulunu aradığı kararlarda ortaya çıkan son durumdur. Yargıtay daha önceden verdiği kararlarında yukarıda bahsettiğimiz gerekçeleri öne sürerek taşınmazın salt imar durumunun kamulaştırmasız el atmanın şartlarını oluşturmayacağını ifade etmekteydi²⁷⁵. Yine Yargıtay bu kararlarında; idarenin, mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olmasını ve taşınmaz mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymasını arayarak, taşınmazın halen mal sahibinin tapulu mülkü olması ve fiilen kullanma hakkına sahip bulunması halinde kamulaştırmasız el atmanın koşullarının oluşmayacağını ifade etmekteydi. Böylece bu kararlarında ister uygulama görmüş imar parseli, isterse olduğu gibi bırakılan kadastro parseli olsun, idarece fiilen el atılmadan bir taşınmazın imar planında yeşil saha, oyun alanı, park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından bir yol geçirilmiş bulunmasının mal sahibine dava hakkı vermeyeceğini belirtmekteydi. Ancak 2010 yılında verdiği kararla YHGK, bu görüşünü değiştirmişti. Şöyle ki 1978 yılından beri nazım imar planında okul alanı olarak görülen bir taşınmazda 2010 lu yıllara kadar tahsis amacına uygun bir tesis kurulmadığı, bu alanın ayrıca kamulaştırılmadığı ve inşaat yapma imkanının da bulunmadığı iddiasıyla açılan davada YHGK; ilgili İdarelerin pasif ve suskun kalarak, amacına uygun işlem tesis etmemek suretiyle, davacı taşınmaz mal sahibinin mülkiyet hakkını, süresi belli olmayan bir sınırlamaya tabi tuttuklarının belirgin olması, bir takım mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar ve ilgili idarenin aslında kanuna göre de belli sürede

²⁷⁴ Y5. HD, E. 2011/14430, K. 2011/21163, T. 14.12.2011; Y5. HD, E. 2011/17580, K. 2011/20948, T. 13.12.2011, Y5. HD, E. 2008/2903, K. 2008/5721, T. 29.4.2008, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷⁵ YHGK, E. 2007/5-805, K. 2007/826, T. 7.11.2007; YHGK, E. 2007/5-933, K. 2007/951, T. 5.12.2007, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kamulaştırma yapması gerektiği gibi nedeniyle ortaya çıkan durumun “kamulaştırmaz el atma” içinde değerlendirilmesi gerektiğini ve **tazminat** talep edilebileceğini ifade etmiştir²⁷⁶. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi’nin vermiş olduğu son tarihli bir kararda Mahkeme, 1987’den bu yana imar planında park alanı olarak gösterilen ama kamulaştırılmayan ve taşınmazda yapı yapma imkanı da bulamayan kişinin bu iddia ile açtığı davayı:

“davalı idarece 3194 sayılı Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yeşil alan olarak yer alan davacılara ait taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-b maddesinde yer alan “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.”

diyerek davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁷⁷.

Danıştay’ın da haksız fiilden ötürü davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade ettiği kararları mevcuttur. Örneğin, Milli Savunma Bakanlığına eğitim ve tatbikat alanı olarak tahsis edilen bir alanda idarenin orada bulunan binaları boşaltma yönünde karar vermesi ile bunu ilgili kişilere tebliğ etmesi ve binaları daha sonra yıkması olayında, ortada herhangi bir yargı kararı veya yetkili makamca verilmiş bir tahliye kararı olmadığı halde yıkım işleminin gerçekleştiğini ifade ederek haksız fiil gerekçesiyle adli yargıyı görevli kabul etmiştir²⁷⁸. Yine başka bir kararında haciz varakası düzenlenmeden yapılan haciz işleminin “haksız fiil” arz ettiğini belirtmektedir²⁷⁹. Bir başka olayda ise Danıştay, bir kişinin taşınmazına çöp dökme olayını haksız fiil olarak görmemiş, kanunla kendisine çöp toplama görevi verilmiş olan idarenin çöpleri bir yerde biriktirmekle sergilediği tutum ve davranışın idari işlemin göstergesi olduğunu vurgulamış ve bu nedenle buralara çöp dökülmesi olayını haksız fiil içinde kabul etmemiştir²⁸⁰. Bunun yanında kamulaştırma yapılmaksızın taşınmazın yola katılması ve enerji nakil hattı geçirilmesi gibi

²⁷⁶ YHGK, E. 2010/5-662, K. 2010/651, T. 15.12.2010, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷⁷ UM, E. 2011/238, K. 2012/63, T. 9.4.2012.

²⁷⁸ Dan. 10. D., E. 1992/6386, K. 1993/4601, T. 23.11.1993, DBB.

²⁷⁹ Dan. 7. D., E. 2001/2357, K. 2005/402, T. 16.3.2005, DBB.

²⁸⁰ Dan. 8. D., E. 1999/2404, K. 2004/4650, T. 30.10.2001, DBB.

olaylardan doğan tazminat davasının da idarenin müdahalesinin idari karara dayanmaması nedeniyle idarenin haksız fiilinden kaynaklandığını ve adli yargının görev alanına dahil olduğunu ifade etmiştir²⁸¹.

Bu konuda birçok UM kararı olmakla beraber genel olarak mahkeme kamulaştırmaz el atma davalarına ilişkin örneğin hiçbir karar almadan ve tebligat yapmadan belediyenin ev yıkma olayında olduğu gibi 1959 İBK'yi takip ederek bu davaların adli yargıda açılması gerektiğini belirtmektedir²⁸². Ancak son kararlarında kamulaştırmaz el atma iddiasıyla açılan davalarda 3194/18. maddeye dayanılarak yapılan bir imar planı ve buna dair uygulama sonucu ortaya çıktığını kabul ettiği olaylarda- örneğin imar uygulaması sonucu oluşturulan imar yolunda kalan davacıya ait izinsiz ve kaçak yapının yıkılması nedeniyle açılan davada – imar uygulaması sonucu oluşan zarar olduğu gerekçesiyle ve bunların idari işlem ve eylem niteliğinde olduğunu ifade ederek davanın idari yargıda açılması gerektiğinden bahsetmektedir²⁸³. Yine yukarıda bahsettiğimiz son bir kararında ise imar planının uygulaması sonucu dava konusu parsellerin imar planında park alanında kaldığı, uzun süredir park alanı olarak düzenleme yapılmadığı ve kamulaştırılmadığı iddiasıyla açılan bu klasik davaları da “imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zarar” lar kapsamına dahil ederek idari işlem ve eylem niteliğinde olduğundan bahisle idari yargının kapsamında görmüştür. Yine UM, daha eski bir kararlarında bir idarenin sahip olduğu taşınmaza başka bir idarenin hukuka aykırı bir biçimde el atması sonucunda açılan müdahalenin men-i davasının görünüm yerinin adli yargı olduğunu belirten bir ilke kararı almış²⁸⁴, tahsisli bir suya, diğer köy tarafından yapılan müdahalenin önlenmesi olayında adli yargının görevli olduğunu belirtmiş²⁸⁵, bir başka kararında ise TRT'nin Futbol Federasyonundan yayın yetki belgesi almadan maç yayınlaması nedeniyle meydana gelen zararın

²⁸¹ Dan. 6. D., E. 1990/344, K. 1990/295, T. 8.9.1990; Dan. 10. D., E. 1982/205, K. 1982/126, T. 24.2.1982, DBB.

²⁸² UM, E. 2009/244, K. 2010/108, T. 3.5.2010; UM, E. 2009/62, K. 2010/37, T. 1.3.2010, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸³ UM, E. 2010/226, K. 2011/25, T. 7.2.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸⁴ UM, E. 1991/2, K. 1991/2, T. 29.4.1991, RG. 8.6.1991, sy. 20895, s. 11 vd.

²⁸⁵ UM, E. 2001/59, K. 2001/66, T. 9.7.2001, RG. 14.10.2001, sy. 24553, (çevrimiçi) www.resmigazete.gov.tr, 10.7.2012.

tazminine ilişkin davanın; futbol müsabakalarının TRT’de yayınlanması yönünde kanunda bir görev ya da yetkinin yahut ayrıcalığın bulunmaması karşısında, adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir²⁸⁶. Bu tür kararlarında UM, genel olarak mülkiyet hakkına müdahale, özel mülkiyete kamulaştırmasız el atma gibi olaylarda adli yargının görevli olduğunu ifade etmektedir.

Görüldüğü gibi yargı yerleri idarenin de idari fonksiyonu dışına çıktığını kabul ettiği hallerde davanın adli yargıda görülmesi gerektiğini kararlarında ifade etmektedir. Bu kararlardan anlaşılan husus özellikle mülkiyet özelinde meydana gelen ağır hukuka aykırılıklarda artık olayın idari yargının alanından çıktığını kabul etmeleri olmuştur. Gerçi son dönemlerde de doktrinde, Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarda özel hukuk ilkelerinden esinlendiği, UM’nin de kararlarında bu anlayışı benimsediği, halbuki kamulaştırma usulüne uyulmaksızın ve bedel ödenmeksizin bir yerin kamu hizmetine tahsis edilmesi ve üzerinde birtakım bayındırlık eserleri yapılması halinin, haksız eylem olarak başlayan sürecin kamu yararının konusu ve gerçekleşme hali olmasından ötürü idari yargının kapsamında olması gerektiği iddia edilmişse de²⁸⁷ çoğunlukla mahkemelerin tavrı aksi yönde olmuştur.

II. İDARE AJANINA RÜCU SORUNU

Yukarıda bahsettiğimiz sistemlerden hangisi kabul edilirse edilsin, -gerek görev kusuru hali, gerekse idari bir kusur olan kişisel kusur hali-, idare kendi kusuru da sayılan bu haller nedeniyle ödediği tazminatı personelinin kusuru oranında rücu edecektir. Burada hemen belirtelim ki idare, personele tartışmalar bir yana her nasıl ve ne şekilde rücu ederse etsin, ödediği tüm tazminatı rücu etmemelidir. Çünkü bu halde ortada idareye atfedilmiş bir kusur kalmamış sayılır. Şöyle ki idare aynı zamanda kendi kusuru olduğu için dava idareye karşı açılmakta ve idare bu kusur kendi kusuru sayıldığı için tazminat ödemektedir. Fakat aksi halde; idare, personelin kusurunu üstlenmiş olur ki bu halde idarenin sorumluluğu üstlenilmiş-kanalize edilmiş- sorumluluk haline dönüşür. Halbuki personelin kusuru kişisel özellik

²⁸⁶ UM, E. 1996/65, K. 1996/110, T. 23.12.1996, RG. 21.1.1997, sy. 22884, s. 15-18.

²⁸⁷ İftar Tarhanlı, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma”, **İHİD**, C.XI, sy. 13, 1990, s. 45-46.

göstermesine karşın, bu kusur aynı zamanda idarenin de kusurudur ve idare bu kusurdan aslen ve doğrudan sorumludur.

A.DMK MADDE 13 VE AY MADDE 40/3-129/5 HÜKÜMLERİNE GÖRE RÜCU MESELESİ

1. Rücu ile İlgili Yasal ve Anayasal Hükümlere Genel Bakış

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi “*Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca 2. fıkrasında da paranın zimmete geçirilmesi halinde bu miktarın cezai takibat bitmeden hazine tarafından ödeneceği belirtilmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi Millet Meclisi'nin kabul ettiği tasarıda “*Kurum, genel hükümlere göre sorumlu personele **rücu eder.***” şeklinde ve rücu müessesesi zorunlu bir biçimde kabul edilmiş ise de, Cumhuriyet Senatosundaki görüşmelerde bu bölüm “*Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele **rücu hakkı saklıdır.***” şeklinde düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki her ne kadar DMK madde 13 usuli bir hüküm olsa da rücuya ilişkin kısım maddi hüküm teşkil etmektedir²⁸⁸. Daha önce ele aldığımız DMK madde 13'ün gerekçesine bakıldığında rücu müessesinin hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının asıl yapılacağı yer olarak amaçlandığını, ancak doktrin görüşleri ve yargı uygulamaları nedeniyle bunda başarılı olunamadığını hatırlatmalıyız.

Bu maddenin tartışmaya sebep olmasının nedeni Fransa'da ortaya çıkan Deville²⁸⁹ ve Laruelle kararlarıydı²⁹⁰. 1951 tarihli Laruelle kararından önce Fransa'da hizmet kusuruyla kişisel kusurun birleşmesi halinde, İdarenin sorumluluğuna hükmedildiği durumlarda, İdare tazminatı ödedikten sonra, davacının “halefi” sıfatıyla ayrı bir rücu davası açıyor yahut alacaklının halefi olarak onun sahip olduğu

²⁸⁸ Duran, **Kamu Personelinin**, s. 9.

²⁸⁹ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, s.432.

²⁹⁰ Duran bu eserinde Deville kararından bahsederken İdarenin, ödediği tazmin bakımından, zarar görenin “halefi” olduğunu belirtmiştir. Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, s. 432. Özyay, **Günüşğinde Yönetim- (Sorumluluk Öyküleri)**, s. 801-807.

diğer hakları ajana karşı kullanıyordu²⁹¹. Bu kararlar birlikte ise hizmet kusuru ile kişisel kusurun birleşmesi halinde idare ajanlarının faaliyetleri sırasında idareye karşı verdikleri zararlar bakımından re'sen ve doğrudan doğruya sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Böylece bu alacak amme alacağı sayılmıştır. İdare, tahsil etmek amacıyla mahkemeye gitmek yerine ödediği tazminat için, -mahkeme kararından da destek alarak- icrai bir karar almakta, personel ise kişisel kusurunun olmadığı kanaatinde ise bu halde bu karara karşı **idari yargı yerinde**, iptal davası açabilme imkanına sahip olmaktadır²⁹². İşte bu anlayış Türk Hukukunda ve özellikle doktrin tarafından da desteklenmiş ve uygulanması teşvik edilmiştir²⁹³.

İdare Hukuku literatürüne Konuralp davası diye geçen dava buna ilişkindir²⁹⁴. Kararda İdare Hukuku profesörü Rektör Sıddık Sami Onar, Prof. Dr. Halit Ziya Konuralp'in açtığı işten el çektirme kararının iptal edilmesi ve bu kararın iptali neticesinde açılan tam yargı davası sonucunda idare yargıda %40 oranında kusurlu bulunmuş, sonradan **idari yargıda** yaptığı temyiz ve karar düzeltme başvuruları da reddedilmiştir. Ayrıca Danıştay sadece bu kararla kalmamış buna benzer bir çok kararda, ajanın kişisel kusur oranını da belirleyerek idareye adli yargıya gitmeden rücu etme imkanı tanımıştır.

İşte 1965'te yürürlüğe giren 657 sayılı DMK madde 13 hükmü, kamu hukukuna tabi görevler açısından uğranılan zarar bakımından davanın idareye açılması anlayışını getirdikten sonra, maddi²⁹⁵ bir hüküm getirerek genel hükümlere göre rücu imkanını idareye tanımıştır. Ancak rücunun takdiri olması, çoğu zaman bu yetkinin kullanılmamasına/kullanılamamasına neden olmuş, ayrıca kanunun gerekçesindeki **ağır kusura dair** temenni de, çoğu kez kanun koyucunun "dileği" olmasından öteye gidememiştir. Bunun yanında genel hükümlerden ne anlaşılabileceği tartışılmış ve bununla ilgili çeşitli öneriler getirilmiştir. Bu nedenle 1982 Anayasasının 40/3 ve 129/5 maddeleri ile rücu bir kez daha düzenlenmiş ancak 40/3

²⁹¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1706.

²⁹² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1706.

²⁹³ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, s. 625.

²⁹⁴ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, s. 11-192, (Karar düzeltme talepleriyle beraber).

²⁹⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 9.

maddesi rücu hakkını yine saklı tutarken 129/5 maddesi rücuyu zorunlu kılmıştır. Bununla beraber DMK madde 13'e bir fıkra eklenmiş ve bu yönetmelik rücuya dair esas ve şekilleri gösterme hedefiyle yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında bugün 5018 sayılı Kanun kapsamında çok sıkı denetimler yapıldığı ifade edilmektedir. Ancak ileride bahsedeceğimiz gibi bu konuyla ilgili bir Danıştay kararına göre kanundaki kamu zararı ile ajanların 3.kişilere verdikleri zarar aynı şey değildir.

Bugün için Anayasa'nın 40/3 maddesi yine uygulamada görülmemekte ve hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için 129/5'in, 40/3 karşısında özel hüküm sayıldığı ve onun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁶. Ancak anayasa maddeleri arasında özel- genel hüküm ayrımının olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber 40. maddenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin başlıkta yer alması, Danıştay uygulamasında neredeyse hiç yer edinememesi, ve kendisinden beklenen ve maddede bahsedilen kanunun ne olduğu tartışması yine 129/5 hükmünün değerini göstermektedir. Ayrıca rücunun zorunluluğu bakımından 129/5 maddesi önemli bir yer tutmaktadır. O halde rücu müessesinin anayasa gereği "bağlı yetki" olduğunu ifade edebiliriz.

İşte burada rücu ile ilgili temelde **üç** mesele ortaya çıkmaktadır. Bunlar rücuya ilişkin hangi ilkelerin uygulanacağı, hangi yargı merciinin görevli olduğu ve rücuya ilişkin herhangi bir kusur derecelendirmesi olup olmadığıdır.

a. Rücu Davalarında Görevli Yargı Yeri ve Uygulanacak İlkeler

Yukarıdaki tarihi serüven içerisinde gördüğümüz Danıştay'ın, Fransız Hukukundan esinlenerek vermiş olduğu kararlar neticesinde özellikle idari yargıda sorumlu ajanın kusurunun belirlenmesi doktrinde büyük eleştiri konusu olmuştur. O halde öncelikle DMK madde 13'deki rücu mekanizmasının Laruelle kararının Türkiye'de uygulamasını kaldırmak için getirildiğini açık bir şekilde söyleyebiliriz²⁹⁷.

²⁹⁶ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1158.

²⁹⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1709; Duran, **Kamu Personelinin**, s. 36.

Yukarıda gördüğümüz bu sistemin uygulanması ve buna karşı eleştiriler ve DMK madde 13’ün rücuya ilişkin hükümleri bu madde kapsamında rücu davalarında görevli yargı yerinin neresi olması gerektiği hususunda tartışmalara neden olmuş ve bu nedenle DMK madde 13’de “**genel hükümlerden**” kastın ne olduğu tartışılmıştır. Burada 2 temel görüş vardır. Hemen belirtelim ki bu dönemde hakim olan görüş, rücu hakkının kullanılmasında adli yargının görevli olduğudur²⁹⁸. Diğer ve fakat azınlıkta olduğu belirtilirken gün geçtikçe güçlenen görüş ise görevli yargı yerinin idari yargı olması gerektiğini savunmaktadır²⁹⁹. Burada davanın görüleceği yer ve uygulanacak esas birbiriyle bağlantılı olduğundan konuları ayırmadan aynı başlık altında incelemeye çalışacağız.

Rücu hakkının kullanılmasında adli yargının görevli olduğunu savunanların en başında gelen ve ajanın kusurunun idari yargıda saptanmasına yönelik kararda hakkında hüküm verilen Onar’dır. Burada Onar’ın temel alınan görüşlerini şöyle sınıflandırarak anlatabiliriz: **Uygulanacak usule yönelik ilk temel eleştiri** örneğin Konuralp davasında uygulanan usulün hukuka uygun olmayacağıdır. Çünkü idari yargıda açılacak böyle bir davada; tazminat davasının idareye karşı açılması sebebiyle ajanın zaten davanın tarafı olmadığını/olamayacağını, hatta ajanın bu davadan haberi dahi olamayabileceğini, bu suretle de anayasal bir hak olan savunma hakkını kullanılamayabileceğini, belirtilmektedir³⁰⁰. **İkinci temel eleştiri** bu sistem kabul edilirse Danıştay’ın ajanın kişisel kusuruna hükmetmesi halinde; idarenin, tahsil amacıyla icrai karar alacağı, ajanın bu karara karşı Danıştay’da iptal davası açabileceği ancak ajanın kişisel kusurunun bulunduğu dair kararı verenin Danıştay olması karşısında, mahkemenin zaten bu konudaki görüşünü ilk davada ortaya

²⁹⁸ Örneğin bkz. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, s. 1209 vd.; Esin, **Esas**, s. 165; Düren, **İdare Hukuku**, s. 305; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 107 vd. Bugün de uygulanacak hukukun özel hukuk ve görevli yargı yerinin adli yargı olması gerektiği doktrinde benimsenmektedir. Örneğin Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 594; Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 1162.

²⁹⁹ Uler, **İptal Kararları**, s. 131 vd.; Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 45 vd.; Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 191 vd.; Ozansoy, “Tarihsel ve Kuramsal”, s. 341 vd.; Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 131 vd.; Akyılmaz, “İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 124 vd.; Tan, **İdare Hukuku**, s. 447 vd.

³⁰⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1708.

koymuş olduğu bu nedenle de bu usulün tamamen ajan aleyhine olduğudur³⁰¹. Üçüncü **temel eleştiri** ise bu alacağın bir amme alacağı sayılamayacağı ve zaten idarenin re'sen hareket yolunun kapanmasından ötürü de amme alacağının tahsili yoluna gidilemeyeceğidir³⁰². Bu hususta davanın **görüleceği yere ilişkin** ise burada memurun şahsi kusurunun borçlar hukukuna göre **haksız fiil** olması nedeniyle bu davalara adli yargının bakması gerektiği, DMK madde 13'ün gerekçesinin DMK madde 12'ye atıf yaptığı ve DMK madde 12'de **-o zaman için yer alan-** yer alan Borçlar Kanununa yapılan atıf nedeniyle bu davaya adli yargının bakmasının gerektiği söylenmiştir³⁰³. Bu görüşe göre burada memur statüsünden kaynaklanan bir borç yoktur, dolayısıyla kamu hukukuna tabi bir statüden bahsedilemez ve bu nedenle kanunda aksine bir hüküm olmadıkça medeni hukuk hükümleri uygulanmalıdır³⁰⁴.

Burada cevaplar da 3 pencereden sunulmaktadır. Buna karşı çıkan görüş³⁰⁵ burada tespit edilen kişisel kusurun, haksız fiil niteliğinde olmadığı ve idarenin almış olduğu tek taraflı kararın idari yargı kararı üzerine alındığını³⁰⁶, tam yargı davalarının idari yargıya bırakılması amacı ile ne hedeflenmiş ise rücu davalarının da aslında aynı amaca hizmet edeceğini, böylece tam yargı davalarının adli yargıya bırakılması halinde doğacak sorunların, rücu davalarının adli yargıya bırakılması halinde aynen doğacağını, burada adli yargı mercilerinin kusur oranını belirlerken idari faaliyetleri inceleyip araştıracağını ve bu durumun; idari rejimi kabul eden, anayasasında **-1961 Anayasası bakımından-** 114 ve 140. maddeleri olan bir sistemde kabul edilemeyeceğini ifade etmişlerdir³⁰⁷. Ayrıca genel hükümlerden mutlaka özel hukuk hükümlerinin anlaşılmaması gerektiği, kamu görevlilerinin asıl ve genel hukuk rejimi olan kamu hukuku ilke ve kurallarını bıraktığını açık ve seçik

³⁰¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1708.

³⁰² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, s. 1210.

³⁰³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, s. 1209.

³⁰⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1709.

³⁰⁵ Uler, **İptal Davaları**, s. 130 vd.; Duran, **Kamu Personelinin**, s. 48 vd.; Güran, "Sorumluluğun Belirlenmesi", s. 191 vd. Bugün de bu görüş savunulmaktadır. Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, s. 133; Akyılmaz, "İdarenin Mali Sorumluluğu", s.134.

³⁰⁶ Uler, **İptal Davaları**, s. 129.

³⁰⁷ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 44.

bir hükümle ifade etmedikçe atıfta bulunulan genel hükümlerden idare hukuku esaslarının anlaşılması gerektiği, Danıştay'ın zaten idari kusur iddiası ile önüne gelen davada hizmet kusurunu ya da personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurunun tespitini yapabildiğine göre rücu davasında da önüne gelen meseleyi çözebileceği, idarenin; davacının halefi değil, kendi adına ve hesabına muamelede bulunan bir kişi olduğu belirtilmektedir³⁰⁸. İdari yargıda davaların bir kısmının genele etkili olduğu, davada taraf olmayanları da etkilediği ve kesin hükmün her zaman taraflar arasında etkili olmadığı da ayrıca belirtilmektedir³⁰⁹.

Görüldüğü gibi burada DMK madde 12 ve 13 hükümleri ile gerekçenin yaptığı atıf ve madde metinleri dikkat çekmektedir. Ancak 1982 Anayasası'nın 40/3 ve 129/5 maddelerinde ise genel hükümlere yapılan atıf yoktur. Ayrıca DMK madde 12'de borçlar hukukuna yapılan atıf da kaldırılmıştır. Ancak bugün de benzer nedenlerle dava adli yargıda görülmeye devam etmektedir³¹⁰.

Kanaatimiz bu davaya idari yargının bakması gerektiği ama bunun mevcut koşullarda çok mümkün olmadığıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bir olayda hizmet kusuru varsa ortada idareye atıf ve izafe edilen anonim bir kusur vardır. Fakat ortada görev kusuru varsa bu halde kusur, hizmetten ayrılamayan kişisel bir kusurdur ve kusur hizmetten ayrılamadığı için idarilik vasfı devam etmektedir. O halde bu kusurun oranının idari yargı tarafından belirlenmesi kadar normal bir durum yoktur. Ayrıca bugün Danıştay, olayda görev kusuru olduğunu çoğu zaman belirlemekte ve rücu edilmesi gerektiğine de karar vermektedir. Böylece kararlarında görev kusurunu belirlemiş olmakta ancak oranına hükmedememiş olmaktadır. Bu nedenle bu kusur idare hukukuna ait bir kusurdur ve haksız fiil değildir³¹¹. Yine bu nedenle bu davaya bakmada aslında uzman olan idari yargı yeridir. Bu davanın niteliği de idari yargıya ilişkin olunca bunun adli yargıda görülmesinde Anayasa Mahkemesi'nin koyduğu bir

³⁰⁸ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 57 vd.

³⁰⁹ Uler, **İptal Davaları**, s. 136.

³¹⁰ YHGK, E. 2002/4-993, K. 2002/1052, T. 11.12.2002, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y4. HD, E. 2004/16928, K. 2005/13598, T. 15.12.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UM, E. 2004/68, K.2004/84, T.6.12.2004, DBB.

³¹¹ Günümüzde karşıt bir görüş olarak Gözler, rücu konusunda kişisel kusurun özel hukuka ait olduğundan bahsetmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, C. II., s. 1162.

takım kriterlerin var olup olmadığı tartışılacaktır ki günümüzde problem bu noktaya dahi gelmemiştir. Bu halde gerçekten de davanın adli yargıya gitmesi, bu yargı merciinin hizmet kusuru ve kişisel kusur değerlendirmelerine neden olacaktır ki ilk bölümde de bahsettiğimiz gibi adli yargı yerinin idare hukuku meselelerine bakış açısı Danıştay’ın bakış açısı ile aynı yönde değildir.

Vatandaş/birey sıfatıyla işlenen herkesin işleyebileceği türden kusurlar-haksız fiil- haricinde işlenen kusurda kişi, “*personel*” sıfatıyla hareket etmektedir. Çeşitli görüşlere göre bunlar hizmetten ayrılrsa da ayrılmasa da herkesin işleyebileceği türden bir kusurdan yapıca farkı vardır ve bu fark bu kusurun idare hukukuna ait olmasına neden olur. Bu nedenlerle aslında bu kusurun tespiti idari yargıda yapılmalıdır.

Bu noktada davanın idari yargı da nasıl görüleceği sorusu sorulacaktır. Burada Konuralp davasında olduğu gibi ajanın hizmetten ayrılamayan kişisel kusurunun tespiti halinde bu sefer ajanın kurumuyla birlikte İdare mahkemeleri önünde yargılanması teklif edilmiştir³¹². Bu halde hizmetten ayrılamayan bir kişisel kusurun tespiti halinde idare ile birlikte ajanın da idari yargının önüne gelmesi sağlanacaktır. Buna göre hizmet kusuru nedeniyle sadece idareye dava açılrsa da, daha sonra ilgili ajanın da görev kusurunun bulunduğu ve dava ile yargılamanın kapsamına girmesi gerektiği düşüncesi oluşursa bu halde bir ara kararla davaya katılması düşüncesi ileri sürülmektedir³¹³. Bundan başka bir çözüm yolu ise idare hakkında tazminata hükmedilince idare, Laruelle kararında olduğu gibi hizmetten ayrılamayan kişisel kusuru nedeniyle idareyi tazminat ödemek zorunda bırakan ajan hakkında icrai bir karar alacak, ajan ise bu karar aleyhine idari yargı da dava açabilecektir³¹⁴.

Kanaatimizce de olması gereken idare ile ajanın burada hasım olarak birlikte davalı konumunda bulunmasıdır. Böylece tazminatı ödeyecek kişi davanın bir tarafı olacak ve kendini savunacaktır. Fakat mevcut uygulama ve İYUK sistemi

³¹² Uler, **İptal Kararları**, s. 133; Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 191.

³¹³ Güran, “Sorumluluğun Belirlenmesi”, s. 197.

³¹⁴ Duran, **Türkiye İdaresinin**, s. 58 vd.

bakımından bu mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar bazı hallerde gerçek kişi idari yargıda “davalı” konumda olabilse de -örneğin idari sözleşmelerde idarenin diğer âkide açtığı davalar³¹⁵- tam yargı davalarında Türk Hukukunda davalı ilgili kamu tüzel kişiliği olmaktadır. Ayrıca 6100 sayılı Kanunda geçen hükümler de kanaatimizce gerçek kişinin idari yargıda hasım konumuna oturtulmasına neden olmayacaktır.

Yargı kararlarına bakıldığında rücu ile çok farklı meselelerle karşılaşıldığı görülmektedir. Bu son söylediğimiz hususla ilgili olarak örneğin Danıştay kararlarına göre, dava ajan aleyhine idari yargıda açılmışsa, mahkeme davayı reddetmeyerek, davalı olarak gösterilen kişinin yanına idareyi hasım konumuna almalıdır ve daha sonra davalı özel kişinin bu tam yargı davasındaki ehliyetini tartışmalıdır³¹⁶.

Ayrıca yine Danıştay kararlarında rücunun adli yargıda yapılmasının gerektiğine dair açık kararlar görülmektedir³¹⁷. Bir başka kararda ise AİHM’e giden dava neticesinde devlet, kamu görevlilerinin kusurundan ötürü tazminat ödemiş ancak idarenin rücu etmemesi üzerine meseleyi AİHM’e götüren kişiler devletin ilgili personele rücu etmesi için başvurmuştur. Mahkeme de rücu neticesinde ödenen paranın toplumun ortak ve genel kasasından karşılandığını belirterek her vatandaşın , idareden ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi hususunda idareye başvurma ve bunun üzerine dava açma hakkının olduğundan bahsetmektedir³¹⁸. Yine bir başka kararda ise Danıştay, Anayasa madde 129/5’te rücunun zorunlu olması karşısında³¹⁹ rücunun anayasal bir hükümden kaynaklandığı ve bu nedenle dava dilekçesinde belirtilmesinin zorunlu olmadığını açıklamıştır³²⁰.

³¹⁵ Yenice/Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s. 378.

³¹⁶ Dan. 10. D., E. 2006/7165, K. 2008/8312, T. 26.11.2008, DBB.

³¹⁷ Dan. 10. D., E. 2009/144, K. 2009/3283, T. 27.04.2009, DBB; Dan. 5. D., E. 1997/1268, K. 2000/434, T. 09.02.2000, DBB.

³¹⁸ Dan. 5. D., E. 2007/7369, K. 2008/3234, T. 11.6.2008, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³¹⁹ Dan. 5. D., E. 1998/1970, K. 2001/5153, T. 25.12.2001, DBB.

³²⁰ Dan. 10. D., E. 2009/144, K. 2009/3283, T. 27.04.2009, DBB; Dan. 5. D., E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997, DBB.

Rücu müessesesi ile ilgili olarak ifade edilmesi gereken özel bir konu, halefiyete ilişkin rücu davalarıdır³²¹. Halefiyete ilişkin rücu davalarında açılan bu davanın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararların tazmini istemiyle açılması nedeniyle bu davalarda; tam yargı davalarının görünüm ve çözüm yeri olan idari yargı yerlerinin görevli olduğu ve aslında bu davanın yukarıda bahsettiğimiz anlamda –idarenin ajana rücu ettiği anlamda- bir rücu davası olmadığı da ifade edilmelidir³²². Çünkü burada sigorta şirketi halef olduğu kişinin yerine idareden -idarenin kusuru oranında- tazminat talep etmektedir. Özellikle Ticaret Kanunu hükümlerine³²³ ilişkin kararlarını gördüğümüz halefiyete ilişkin rücu davalarında Danıştay, davanın zarar gören ile zarar veren arasındaki hükümlere göre görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Böylece bu halefiyet *yasal, sınırlı ve cüzi* bir halefiyet olmaktadır³²⁴. Buna göre sigorta şirketi tazmin ettiği sigorta bedeli için sigorta ettirenin yerine ve tazmin ettiği bedel kadarıyla- *idarenin sorumluluğu bakımından idarenin kusuru oranında*- 3. kişilere karşı varsa dava haklarını kullanabilir. Bu nedenle örneğin bir kararda Danıştay, idari eylemden dolayı zarar gören bir kişinin zararını karşılayan sigorta şirketinin İYUK madde 13. uyarınca idareye süresinde başvuru yapmadan halef sıfatıyla dava açmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve idare mahkemesi kararını bozmuştur³²⁵. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre de sigorta şirketinin halefiyete ilişkin bu davasının görülme yerinin idari yargı olarak kabul edildiği ifade edilmektedir³²⁶.

İdarenin kusurlu/kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak ise İdarenin hizmet kusurunun bulunduğu bir olayda sigortacının zararın bir kısmını karşılaması halinde,

³²¹ Bu bölümde halefiyete ilişkin rücu davalarında verilecek bilgilerde Doç. Dr. Melikşah Yasin’e ait görüşlerden de faydalanılmıştır. Ancak Doç. Dr. Melikşah Yasin’e yapılacak atıflar, çalışmanın sunulması sırasında henüz yayımlanmamış olan bir makalesine ait olduğundan, Doç. Dr. Melikşah Yasin’e ait olan görüşler ilgili dipnotta“*” şeklinde gösterilecektir.

³²² Dan. 10. D., E. 2002/7475, K. 2003/5193, T. 16.12.2003, DBB.

³²³ *6201 Sayılı Kanunun, sigortaları “zarar sigortaları” ve “can sigortaları” olmak üzere iki ayrı bölümde düzenlendiği, zarar sigortalarında “halefiyeti” kabul ettiği, can sigortalarında ise halefiyete yer vermediği belirtilmektedir.

³²⁴ Dan. 10. D., E. 2006/5024, K. 2008/2685, T. 21.4.2008, DBB.

³²⁵ Dan. 8. D., E. 2002/4909, K. 2003/1162, T. 18.3.2003, DBB.

³²⁶ Geniş bilgi için bkz. Cemil Kaya, “Rücu Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması”, *İÜHF*, C. LXX, sy. 1, 2012, s. 116.

hizmet kusuru olan idarenin; kusuru oranında, sigortacının ödediği bedeli geri ödemesine ilişkin kararlar bulunmaktadır³²⁷. Kusursuz sorumluluğa ilişkin davalarda ise Danıştay, örneğin sigortacının sosyal risk ilkesi ile karşıladığı zararlardan ötürü rücu talebiyle açtığı ve önüne gelen bir davada, davada sosyal risk ilkesi uygulandığından ve sosyal risk ilkesinin esas gereği idareyle zarar arasında bir nedensellik bağı kurulamadığından, halefiyette dava hakkının zarar verene karşı kullanılabilecek bir hak olması nedeniyle sigorta şirketinin rücu talebini uygun bulmamıştır³²⁸. Bu kararın aksinden nedensellik bağı kurulan kusursuz sorumluluk hallerinde halefiyete ilişkin rücu davasının açılabilceği gibi bir anlam çıkabilir. Ancak bu kararın sadece sosyal risk ilkesi bakımından değil, yapısı itibariyle idarenin tüm kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanması gerektiği doktrinde belirtilmektedir³²⁹. Bunun sebebi ise kusursuz sorumluluğun sosyal düşüncelerle kabul edilen bir sorumluluk türü olması ve sigortacıya; ödediği her zararı rücu etmesi imkanının tanınması halinde sigorta kavramının özünde bulunan riski üstlenme fonksiyonunun ortadan kaybolacağı yönündeki düşüncelerdir³³⁰.

b. Rücu Davalarında Kusurun Ağırlığı Meselesi

DMK'nın 13. maddesi rücu hakkını saklı tutmuş, gerekçesinde ise rücu konusunda ağır kusurun varlığı halinde görevli personele rücu edilmesini temenni etmiştir³³¹. Ancak kanun koyucunun gerekçesindeki bu temenninin ne kadar gerçekleştiği bir yana, DMK madde 12'ye atıf yapan gerekçe nedeniyle DMK madde 13 hükmünün, BK. madde 41 uyarınca personelin, hafif ihmalden dahi sorumlu olacağı şeklinde anlaşılabileceği ifade edilmiştir³³². Bununla beraber 1982 Anayasasının ne 40.maddesi ne de 129. maddesi rücu müessesine başvuru konusunda kusuru

³²⁷ Dan. 10. D., E. 1982/5131, K. 1985/911, T. 01.05.1985, DBB. *Kusur sorumluluğuna yol açan zararlara yönelik sigortaların, tipik "zarar sigortası" olduğu ifade edilmektedir.

³²⁸ Dan. 10. D., E. 2006/5024, K. 2008/2685, T. 21.4.2008, DBB.

³²⁹ *

³³⁰ *

³³¹ "Ancak, Fransız idare hukukundaki «Şahsi kusur» kıstasının sadece «Ağır kusur» dan ötürü sorumluluğu kapsadığını, şimdiki Alman Devlet Memurları Kanunun da «Ağır kusur» esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye sayandır."

³³² Düren, **İdare Hukuku**, s. 305.

derecelendirmiştir. Bu nedenle kanaatimizce rücuunun ağır kusur halinde mümkün olması gerektiği iddiası yasal ve anayasal mevzuat gereği mümkün değildir. Nasıl anayasanın idarenin sorumlu tutulması için ağır kusur şartını aramadığını belirtiyorsak rücu için de ağır kusur şartı aramadığını söyleyebiliriz. Ancak kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmeleri bakımından her halde ve durumda sorumlu tutulması da, DMK madde 13 ve Anayasa madde 129/5 ile getirilen koruyucu sisteme uygun düşmemektedir. Ancak bu hususta açık bir hükme gerek vardır. Ayrıca yine Anayasanın 125. maddesi de idarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olacağını belirtmiştir. Ancak ajanın hizmetten ayrılamayan kişisel kusuru idarenin de kusuru sayıldığından ve idare kendi kusurundan ötürü tazminatı karşıladığından, kusurun belli bir derecede iken ajana rücu edilmesi hususu açıkça belirtilmedikçe ağırlığı ne olursa olsun, işlenilen kusur bakımından idare tarafından ödenen tazminat, kusuru oranında ilgili ajana rücu edilecektir.

c. Personelin İdareye Karşı Doğrudan Sorumluluğu

Bir üstteki bölümde idare ajanının 3. kişiye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı sorumluluğu anlatılmaya çalışılmıştı. Bu başlık altında kısaca DMK madde 12'ye göre idare ajanının idareye doğrudan doğruya verdiği zararların tazmini prosedürüve ilgili yönetmelik ve diğer mevzuat anlatılmaya çalışılacaktır.

Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesi kişisel sorumluluk ve zarar başlıklı olup şu şekildedir:

“Madde 12 - (Değişik madde: 12/05/1982 - 2670/5 md.)

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

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

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

Bu maddenin ve 13. maddenin genel itibariyle uygulanması ile ilgili olarak ise Dmk madde 13'te Başbakanlıkça çıkarılacak olan bir yönetmelikten bahsedilmektedir. Bu yönetmelik ise "Devlete Ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler" hakkında yönetmeliktir³³³.

Öncelikle belirtilmelidir ki DMK madde 12 hükmü maddi bir hüküm olup, Devlet memurlarının genel olarak İdareye karşı sorumluluğunu düzenlemektedir³³⁴. Bunun yanında madde metninde ve yönetmelikte de görüldüğü gibi madde sadece devlet memurları ile sınırlanmış olmakla beraber, DMK madde 13'ten farklı olarak memurların sadece kamu hukukuna değil, özel hukuka tabi faaliyetlerinden ötürü sorumluluğunu da benimsemiştir³³⁵.

Yine madde metninde geçen genel hükümlerden Borçlar Kanunu hükümleri ve görevli yargı yeri olarak da adli yargı anlaşılmaktadır³³⁶. O halde yargı yoluyla giderilmesi gereken bu uyuşmazlık memurun aylığından re'sen kesinti yapılarak da ortadan kaldırılamaz³³⁷.

Bu madde kapsamında memurun sorumluluğuna gidebilmek için memurun işlem ve eylemlerinden ötürü kamunun zarar görmüş olması gerekir³³⁸. Ayrıca bir olayın bu madde metninin kapsamına girmesi için zararın memurun kusurlu davranışlarından doğmuş olması, zararlı sonuç ile memurun eylemi arasında

³³³ RG. T. 13.8.1983, No: 18134.

³³⁴ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 9.

³³⁵ Duran, **Kamu Personelinin I**, s. 10.

³³⁶ Y4. HD, E. 2004/16928, K. 2005/13598, T. 15.12.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); UM, E. 2004/68, K.2004/84, T. 6.12.2004, DBB; UM, E. 2004/68, K. 2004/84, T. 6.12.2004, RG. 28.2.2005, sy. 25741.

³³⁷ Dan, 5. D., E. 1991/ 3198, K.1995/695, T. 14.2.1995, DBB.

³³⁸ YHGK, E. 2009/4-471, K. 2009/578, T. 23.12.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

nedensellik bağının bulunması ve memurun eyleminin hukuka aykırı olması gerektiği yargı kararlarında belirtilmektedir³³⁹.

Bunun yanında ilgili yönetmelik hükümlerine bakıldığında ise ilgili yönetmeliğin memurların kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizlik sonucu idareye verdikleri zararlar ile kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilerin uğradıkları zararların nevi ve miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları, yapılacak işlemlerle ilgili usul ve esasları belirlemek amacıyla hazırlandığı ifade edilerek gerek **DMK madde 12** ve gerekse **DMK madde 13** bakımından bir belirleme yapmaktadır (madde 1). Yönetmeliğin kapsamına ise 657 sayılı Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında sayılan kurumlarda ve bu Kanunun tanımladığı memur statüsünde çalışanların tabi olduğu ifade edilmektedir. Buna göre sözleşmeli personel, geçici personel veya işçilerce verilecek zararlarda ise bu yönetmelik hükmü uygulanmayacaktır. Yönetmeliğin 5. maddesi, yönetmelik hükümlerinin kapsamına giren zararlardan bahsederken, 6. maddesi ise yukarıdaki kararda saydığımız bir biçime benzer şekilde zararların tazmininin şartlarını ifade etmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesi İdarenin rücu hakkını yine genel hükümlere atıfla çözmeyi seçmiş, 12. maddesi ise rücuda zamanaşımını yine genel hükümlere atıfla çözmeyi yeğlemiştir. Genel hükümlerin ise Borçlar Kanunu ve haksız fiil hükümleri olarak anlaşıldığı daha önce de ifade edilmişti.

Son olarak bahsetmek istediğimiz husus ise 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde ve bu kanuna dayanarak çıkarılan "*Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" in 4. maddesinde geçen kamu zararı kavramıdır. Kanunun 71. maddesine göre "*Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır*". Aynı maddenin 2. fıkrasında hangi hallerin kamu zararının belirlenmesinde esas alınacağı ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 2.

³³⁹ YHGK, E. 2002/4-993, K. 2002/1052, T. 11.12.2002, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

maddesinde ise yönetmeliğin kapsamının düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç olmak üzere, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde tespit edilen kamu zararlarından doğan alacaklar olduğu belirtilmekte buna karşın “14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında bulunan kamu idarelerinde görevli memurların, kullanımlarındaki taşınır ve taşınmazların korunması ve her an hizmete hazır halde bulundurulması için gerekli tedbirleri almamaları nedeniyle Devlete verdikleri zararlar ile kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilere verdikleri zararlar” hakkında yukarıda bahsettiğimiz 1983 tarihli yönetmeliğin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bir Danıştay kararında ise Kanunun kapsamı hakkında³⁴⁰:

“(...)Nitekim ikinci fıkra da yer alan bentler birlikte değerlendirildiğinde, 5018 sayılı Kanunun kamu zararı kapsamının; kamu kaynakları kullanılarak piyasadan mal ve hizmet satın alınması sırasında fazla ödeme yapılması, idarenin gelirlerinin tahsili sırasında mevzuata aykırı davranılması ve mevzuatta öngörülmeyen bir ödeme yapılması suretiyle yol açılan zararlar sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ikinci fıkra ile belirlenen kapsam içinde, kamu malına zarar verilmesi, kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle kişilere verdikleri zararın kamu tarafından ödenmek zorunda kalınması ya da mevzuatta ödenmesi öngörülmekle birlikte mevzuatın yorumunda hataya düşülmek veya ihmal ve kasıt yoluyla fazla ödeme yapılması halleri sayılmamıştır. Bu durumda; 71. maddenin birinci fıkrasındaki, "... mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal..." ibaresini ikinci fıkra ile belirlenen kapsam dahilinde gerçekleştirilen karar, işlem, eylem veya ihmal olarak anlamak gerekmektedir.”

denilerek, kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle kişilere verdikleri zararların kamu tarafından ödenmek zorunda kalınması, Kanun kapsamında kamu zararı olarak görülmemiştir.

³⁴⁰ Dan. 2. D., E. 2010/1471, K. 2010/2465, T. 31.5.2010, DBB.

SONUÇ

Türk Hukukunda hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımı, idarenin sorumluluğu konusunun en hararetli tartışma duraklarından biri olmuştur. Ayrımın özel hukuka bakan yüzünün bulunması, ayırimda kullanılan onlarca farklı kavram ve birbirinden farklı kriterler, doktrinde ve yargı kararlarında yaşanan görüş ayrılıkları, zaman zaman ayrımı ve kriterlerini saptama bakımından; işin içinden çıkılmaz bir hal oluşturmuş, bu durum bazen içtihadı birleştirme kararlarıyla, bazen de yasa hükümleri ile ve en sonda da anayasaya hüküm konulmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır.

Hizmet kusuru –kişisel kusur ayrımına ilişkin tarihsel süreç ve günümüzdeki durum hep bir önceki dönemle bağlantılı olarak süregelmiştir. Bu nedenle günümüzdeki anlayışı ve geline noktaı anlayabilmek adına meselenin ilk ortaya çıktığı zamandan günümüze bakan yüzüne, bu devam eden süreci ele almak ayrımın geleceğine ve yaşanabilecek diğer durumlara karşı yorum yapabilme olanaklarını arttıracaktır.

Hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına ilişkin söylenmesi gereken en önemli husus, son yargı kararlarıyla birlikte ayrımın artık bir rücu meselesi haline geldiğidir. Özellikle Anayasa'nın 129. maddesi vasıtasıyla “*yetkilerini kullanırken*” kavramı, anayasayı hazırlayan kurulun, hükmü koyma amacına uygun olarak en geniş biçimde anlaşılmalı ve neredeyse mülkiyet hakkına ağır bir saldırı veya ağır bir hukuka aykırılık olarak kabul edilen durumlar haricinde ajanların görevleriyle ilgili verdikleri zararlardan ötürü davalar idari yargıda açılmaktadır. Burada rücu müessesinin zorunlu tutulması daha sonra kusuru bulunan ilgili ajana rücu edilmesini kolaylaştırmaktadır. Fakat yargı kararlarındaki son durum böyle olmakla birlikte 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği ilk süreçte de buna benzer kararlar verildiği düşünüldüğünde özellikle bazı yargı organları açısından bu içtihatların bundan sonra da böyle devam edip etmeyeceği hususu kanaatimizce yine de net değildir.

Hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını geçmişle ve günümüzdeki haliyle değerlendirdiğimizde aslında bugünkü duruma ulaşmanın nedeni her durumda ilgili

mevzuattır. Şöyle ki geçmişte yani 1924 Anayasası döneminde Fransız Hukukunun da etkisiyle klasik hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı yapılırken 1950 lerin ortalarına doğru artık kişisel kusurdan ötürü doğrudan doğruya ajana başvurulabilme anlayışı gerilemiş, hizmet kusuru alanı ise genişlemişti. Ve DMK madde 13 hükmü yine de var olan bu ayrımı tamamen bir rücu meselesi haline getirmek amacıyla bir hüküm koymuştu. Ancak 1982 dönemi öncesinde salt kişisel kusurun varlığına özellikle anayasal hükümlere dayanılarak ulaşılmışken, 1982 Anayasası döneminde de salt kişisel kusurun varlığı yine yasal ve özellikle anayasal hükümlere dayandırılmışken, günümüzde hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının artık bir rücu meselesi haline gelmesi de yine yasal ve anayasal hükümlerle olmuştur. Ancak ilk durumda bahsettiğimiz salt kişisel kusurun varlığı 1961 Anayasasının 125 ve 137. maddelerine, bugünkü durum ise 40/3 ve 129/5 maddelerine dayandırılmıştır. Buradan yargı yerlerinin kendilerini görevli kılmak adına çeşitli mevzuat hükümlerini hangi şekilde ele aldığını ve ayrımı devam ettirdiğini ifade etmiştik.

Açıkçası kanaatimizce bu durumun sebebi sadece Anayasa'nın 125 ve 137 maddelerini kullanarak salt kişisel kusurdan kararlarında bahseden mahkemeler değildir. Gerçi örneğin bu yolda Yargıtay'ın, 1980 öncesi verdiği kararlara hala dayanması, onları örnek göstermesi, çoğunlukla kararlarında Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 maddelerinden bahsetmemesi, hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımında anayasa ve yasa koyucunun iradesini adeta görmezden gelmesi yerinde bir tutum değildir. Ancak burada asıl problem, 1982 Anayasası dönemi öncesinde 1961 Anayasası'nın 114 ve 125. maddeleri neredeyse tüm yargı yerlerince salt kişisel kusur kavramını kullanmak için doğrudan dayanak olarak kullanılırken, 1982 Anayasası'na bu maddeleri koruyarak bunların yanına bir de 40/3 ve 129/5 hükümlerini ekleyen ve bu son durumuyla hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımını rücu meselesi haline getirmek isteyen anayasayı hazırlayan kurulun tutumudur.

Kanaatimizce Anayasanın 125 ve 137. maddeleri, idare ajanlarının görevleri sırasında kusurlarıyla verdikleri bazı zararlardan ötürü doğrudan sorumlu tutulmaları gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsait maddelerdir. Geçmişte yani 1982 Anayasa döneminden önce Anayasa Mahkemesi'nin de, Danıştay'ın da, Yargıtay'ın da bu

yönde karar verdiğini ilgili bölümlerde açıklamıştık. Kanaatimizce de tüm bu mevzuat hükümlerinden ari bir şekilde düşünüldüğünde, idare ajanının birtakım kusurlarını sırf görevi sırasında yapıyor diye her durumda idareye atfetmek makul değildir. Çünkü bu halde idare ajanı, görevini bir araç olarak kullanıp çeşitli kusurlar işleyerek amaçlarına ulaşmak adına 3. kişilere zarar verebilir. Bu hallerde sırf gözetim ve denetim eksikliği iddiasına dayanılarak İdareyi sorumlu tutmak hakkaniyete de sığmaz. Çünkü bu durumda ajanın işlediği her kusur gözetim denetim eksikliğine dahil edilebilir. Böyle olunca da kusuru idareye atfedebilmek adına denetim ve gözetim eksikliği “*torba bir kavram*” olarak kullanılıp, her türlü kusur idareye atfedilebilir hale gelebilir. Bu nedenle kanaatimiz yargı kararlarınca belirlenecek bir takım hususlarda ajanın görevleri sırasında verdiği zararlardan doğrudan doğruya sorumlu tutulabilmesi gerektiğidir. Ancak kanaatimiz bu yönde olmakla birlikte günümüzdeki durumda ise anayasal ve yasal mevzuat karşısında bu durumu mümkün görmemekteyiz. Çünkü gerek Anayasa’nın ilgili maddeleri, gerekse hizmet kusuru- kişisel kusur ayrımının tarihi süreci buna karşı çıkmaktadır. O halde olanla-olması gerekeni ayırmak gerekir. Günümüzde eğilim zarar görenin zararını en kolay biçimde karşılamak ve ajanı davalarla uğraşmaktan koruyarak kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak olduğundan, bu nedenle Danıştay’ın ve son kararlarında da YHGK ve Y4. HD’nin uyguladığı sistemin mevcut yasal ve anayasal sisteme uygun olduğunu ifade ediyoruz.

Buna göre de bu mevcut sistem ve yargı kararları devam edecekse, amaç daha çok zarar göreni korumak olduğundan yetkilerini kullanırken kavramı geniş bir şekilde ele alınmalı, zarar veren idare ajanının statüsünden çok idareyle uzak ya da yakın, doğrudan ya da dolaylı ilişkisi yeterli görülmelidir. Bu halde zarar gören davayı idareye açabilmeli ve zararını idareden karşılamalıdır. Bu durum, mevcut sistem ve tarihi süreçte gelinmek istenen noktaya uygun bir davranış olur. Buna karşın mevcut sistemde rücu meselesinden önce ajanın idare ile birlikte davalı konumunda bulunması mümkün değilken, ilgili mevzuat değişiklikleri yapılarak tam yargı davasında mutlaka ajan ile idarenin birlikte davalı olması ve ajanın da kendisini etkin bir biçimde savunması gerektiğini, bu durumun meselenin aslında idari yargı içinde yer alması sebebiyle uzman yargı yeri olan idari yargının bu konuyu daha kolay

özmesine neden olacağını düşünüyöruz. Bunun yanında günümüzde ajana rüçunun zorunlu tutulmasının ise en isabetli değışikliklerden biri olduğu açıktır. İlgili bölümde de bahsettiğimiz gibi yargı yerleri açık bir anayasal hüküm olan rücu şartının dava dilekçesinde açıkça belirtilmesi şart olarak dahi aramamaktadır. Rücu zorunluluğunun anayasal bir hüküm olması yanında aslına bakılırsa rücu etmeme davranışı, yargı kararlarında rücuyla ilişkin bir hüküm bulunduğu takdirde yargı kararını uygulamamak anlamına dahi gelebilir. Bu noktada rücu prosedürünü işletmeyen kişiler hakkında cezai ve mali sorumluluğu işletebilme imkanı mevcuttur.

Kanaatimizce çerçeve niteliğinde hükümler barındırması, temel ilke ve kuralları içermesi gereken anayasalara böyle ayrıntılı bir şekilde idarenin sorumluluğuna dair hüküm konulması da doğru değildir. Şöyle ki anayasaya idarenin sorumluluğuna dair hüküm konulması ancak idarenin sorumlu olmayacağına dair bir takım düzenlemeleri engellemek amacıyla konulursa kanaatimizce kabul edilebilir. Çünkü idarenin sorumlu olup olmayacağına dair temel bir ilke olmadığı takdirde bunun kötüye kullanılıp, aksine düzenlemeler yapılması mümkün olabilir. Bu nedenle anayasaya idarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu olabileceğine dair temel bir hüküm konulması sorumluluk hukuku açısından yeterli ve gereklidir. Burada ayrıntılı hüküm konulmadığı takdirde mahkemelerin aynı yönde karar vermediği, bunu engellemek amacıyla bu tür hükümlerin konulması gerektiği düşüncesi savunulabilir. Ancak içtihatlarla yönlendirilen ve şekil verilen sorumluluk hukukunda yasal mevzuata bu tür hükümler koyarak içtihatla hareket edilmesinin kısıtlanması doğru olmaz. Ayrıca 1982 Anayasası'ndan bu yana yaklaşık 30 yıllık süreç anayasada hüküm varken dahi mahkemelerin farklı karar verebilmesinin de mümkün olduğunu göstermiştir. Çünkü örneğin Yargıtay'ın daha az başvursa da Anayasanın 129. maddesini dar yorumlayarak kendi görev alanını genişlettiğini çok yerde ifade etmiştik. Bu noktada sorumluluk hukukunu, mevzuata hüküm koyarak şekillendirmek yerine; mahkemelerin; farklı bakış açılarına ve hukuk düzenlerine sahip olmalarına, olayları kendi kavram ve hukuk düzenlerine uygun olarak yorumlamalarına karşın ortak bir noktada buluşabilmelerinin yolları aranmalıdır.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Danıştay Kararlarına Uyulması”, **Danıştay Dergisi**, Y.5, sy. 16-17, 1975, s. 16-21.
- ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin: **Son Değişiklikleri İçeren Gerekçeli Açıklamalı İctihatlı: Devlet Memurları Kanunu**, Ankara, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1979 (*Devlet Memurları Kanunu*).
- AKGÜNER, Tayfun: **Kamu Personel Yönetimi**, 3. bs., İstanbul, Der, 1998.
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa 114 Yorumu”, **Seha Meray’a Armağan**, C. I, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 465, 1981, s. 3-26 (*114 Yorumu*).
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı, **GÜHFD**, C. IX, sy. 1-2, Haziran-Aralık 2005, (çevrimiçi)
http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/IX_178-204.pdf, 10.07.2011.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: **İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 537-549. (çevrimiçi)
<http://www.hukuk.gazi.edu.tr/index.php?yazi=50>, 6 Temmuz 2012.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Türkiye’de İdarenin Mali Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi, Konya, 2004 (*İdarenin Mali Sorumluluğu*).
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk” **GÜHFD**, C. XI, sy. 1-2, 2007, s. 449-469. (*Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi*).

AKYILMAZ, Bahtiyar:

“İdari Yargıda Tam Yargı Davalarının Görüş Usulündeki Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar**, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2012, s. 71-83 ve Tartışmalar Bölümü, s. 110-128.

AKYILMAZ, Bahtiyar

/SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil:

Türk İdare Hukuku, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2011.

ASLAN, Zehreddin:

İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması, 2. bs., İstanbul, Alfa, 2001.

ATAY, Ender Ethem/ ODABAŞI, Hasan :

Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2010.

AYANOĞLU, Taner:

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul, Legal, 2004.

AZRAK, Ali Ülkü :

“Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti”, İÜHFM, C. XXVIII, sy. 2, 1962, s. 367-381 (*Alman İdare Hukuku*).

AZRAK, Ali Ülkü :

“İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı”na göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (Ankara 12-13/Mayıs/1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.135-147.

BALTA, Tahsin Bekir:

İdare Hukuku I: Genel Konular, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 326, 1970-1972.

BAŞGİL, Ali Fuad:

“Devletin ve Diğer Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi (1)”, **Adliye Ceridesi**,

Yıl. 31, sy. 6, No: 32, 1940, s. 582-613.

BAŞPINAR, Recep:

“Tam Yargı Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 481-511.

BAŞPINAR, Recep:

“Tartışmalar Bölümü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.177-271.

BİLGE, Necip:

“Bakanların Görev ve Sorumluları”, **AÜHFD**, C. X, sy 1-4, 1953, s.123-168 (Çevrimiçi)

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Bilge.pdf>, 10.7.2012.

BİLGİN, Pertev:

“Kamu Görevlilerinin Sorumluluğunun Yargılanmasında Yöntem ve Görev Konuları-Tartışmalar Bölümü”, **Askeri Adalet Dergisi**, Yıl. 22, sy. 91. Eylül 1994, s. 67-89.

CANDAN, Turgut:

Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2009.

ÇAĞLAYAN, Ramazan:

“Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 28-29 Mayıs 2009, s. 451-495 (Çevrimiçi)
<http://www.hukuk.gazi.edu.tr/index.php?yazi=50>, 6 Temmuz 2012.

DELCROSS,Xavier/DELCROSS/
Bertrand:

Fransa’da ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çev. Turgut Candan, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1984.

- DURAN, Lûtfi: **İdare Hukuku Meseleleri**, Gözden Geçirilmiş İlaveli Yeni Yayın, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.
- DURAN, Lûtfi: “İdari İşlemden Sorumluluk: İptal Davası-Tam Yargı Davası”, **İÜHFİM**, C. XXXIII, sy. 34, 1967, s. 3-26 (*İdari İşlemden Sorumluluk*).
- DURAN, Lûtfi: **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta Armağanından Ayrı Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974 (*Kamu Personelinin I*).
- DURAN, Lûtfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu; Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, 1974 (*Türkiye İdaresinin*).
- DURAN, Lûtfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- DURAN, Lûtfi: “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, **AİD**, C. XVII, sy. 2, Haziran 1984, s. 3-20 (*Kamu Personelinin II*).
- DURAN, Lûtfi: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar I”, **AİD**, C. XVIII, sy. 2, Haziran 1985, s.27-44.
- DURAN, Lûtfi: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar II” **AİD** C. XVIII, sy. 3, Eylül 1985, s. 43-58.
- DURAN, Lûtfi: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar III” **AİD** C. XVIII, sy. 4, Aralık 1985, s. 63-82.

- DURAN, Lûtfi: “Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Düzeni (II)”, **AİD**, C. XIX, sy. 2, Aralık 1986. s. 3-28 (Çevrimiçi) <http://yayin.todaie.gov.tr/yazar.php?Yazar=10>, 11.07.2012.
- DÜREN, Akın: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- DÜREN, Akın: “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1980, s. 177-271.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., İstanbul, Beta, 2009.
- ESİN, Yüksel: **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları-İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. bs. Ankara, Güven Matbaası, 1976 (*Esas*).
- ESİN, Yüksel: “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 177-271.
- ESİN, Yüksel/ DÜNDAR, Erol: **İdari işlemler, İdari Eylemler, İdari Sözleşmeler ve Danıştay Kararlarına Uyulmaması Dolayısıyla, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları: Birinci Kitap: Usul**, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1971 (*Usul*).
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. I, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. II, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Görevleri”, **AİD**, C. V, sy. 3, Eylül 1972, s. 3-13 (Çevrimiçi) <http://yayin.todaie.gov.tr>, 08.07.2012.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Yönetmelik Yargı**, 4.bs, Ankara 1981 s. 277.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:

“Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, C. 50, sy. 3, 1995, s. 193-199 (Çevrimiçi), http://www.politics.ankara.edu.tr/?bil=bil_sbfdergisi&cilt=50, 10.07. 2011.

GÜL, Hulusi:

“Türk Hukukunda İdare Ajanının Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.

GÜLAN, Aydın:

“Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.

GÜNDAY, Metin:

İdare Hukuku, 10. bs. Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

GÜRAN, Sait:

“İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara 15-16 Aralık 1978)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 187-198 (*Sorumluluğun Belirlenmesi*).

GÜRAN, Sait:

“Anayasa’nın 114 ve 140 ncı maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik”, **İÜHFM (Ord. Prof. Halil Arslanlı’ya Armağan)**, C. XXX, sy. 1-2, 1964, s. 71-98.

GÜRAN, Sait:

Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, **AİD**, C. XVII, sy. 3, Eylül 1984, s.193-200 (çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg6/saitguran.pdf 11.07.2012 (*Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu*).

GÜRAN, Sait:

“Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. No. 6, 1989,

s.39-66, (Çevrimiçi)
www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/
anyarg6/saitguran.pdf 11.07.2012 (*Personel
Hukukuna Bakış*).

GÜRAN, Sait:

“Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında
Yöntem ve Görev Konuları”, **Askeri Adalet
Dergisi**, Yıl 22, sy. 91, Eylül 1994, s. 50-66
(*Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında
Yöntem ve Görev*)

GÜRSOY, Kemal Tahir:

İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerden Son
Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin
Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları,
**Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler
III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs
1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980,
s.71-133 (*Sempozyum*).

GÜRSOY, Kemal Tahir:

“Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni
Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13
Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası,
1980, s. 177-271.

HATEMİ, Hüseyin:

Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin
Sorumluluğu” **Sorumluluk Hukukunda Yeni
Gelişmeler, I. Sempozyumu (Ankara 21-
22/Ekim/1977)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası,
1980, s. 129-140.

HOCAOĞLU, A. Şeref:

**Devlet Şûrası ve Uyuşmazlık Mahkemesi
Karar Hûlasaları**, Ankara, Yeni Desen
Matbaası, 1955.

KALABALIK, Halil:

Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin
Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğunda
Sistemler ve Türk Sorumluluk Sistemi,
Belediye Dergisi, C. III, sy. 11, Mayıs 1997, s.
31-37 (*Sistemler*).

KANETİ, Selim:

“Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar
Temeline Dayanan Sorumluluk”, **Sorumluluk**

Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara-12-13 Mayıs 1979), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 147-150.

KANETİ, Selim:

“Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu** (Ankara 21-22/Ekim/1977), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 29-66.

KAYA, Cemil:

“İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, **İdari Yargı Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar Paneli**, Konya Barosu Yayınları, Konya, 2011, s. 97-109 (Mahkeme Kararlarının Uygulanması).

KAYA, Cemil:

“Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun”, **UHP**, C. 3, sy: 10, 2007, s. 25-42 (Çevrimiçi)
<http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/Xk7tT2E9hODsSLSJevty8ZQvm81fCf.pdf>, 5 Temmuz 2012.

KAYA, Cemil:

İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK 28. Madde Üzerine Bir İnceleme), Legal, İstanbul, 2011.

KAYA, Cemil:

“Rücu Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulanması”, **İÜHF**, C. XX, sy. 1, 2012, s. 115-122.

KARAYALÇIN, Yaşar:

“Tartışmalar Bölümü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979),** İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 177-

KÖKSAL, Mustafa:

“Yasal Düzenlemeler Ve İçtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılanması Sorunu”, **TAAD**, C.1, sy. 3, Ekim 2010. 363 408, (Çevrimiçi)
<http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad3/209.pdf>, 10.7.2011.

KURŞAT, Zekeriya:

“Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, **İÜHFM**, C. LXVIII, sy.1, 2008, s. 293-322.

MALKOÇ, İsmail / MALKOÇ, Aytaç:

Memurlar ve Suçlar: Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1988 (*Memurlar ve Suçlar*).

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

ONAR, Sıddık Sami:

İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ONAR, Sıddık Sami:

İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ONAR, Sıddık Sami:

İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

OZANSOY, Cüneyt:

“Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”
Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989 (*Tarihsel ve Kuramsal*).

OZANSOY, Cüneyt:

“Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: Birinci Kitap İdari Yargı (1-4**

Mayıs 1990), Ankara, 1991 s. 72-87 ve Tartışmalar Bölümü (*Kamu Hukuku Erozyonu-Sempozyum*).

ÖZAY, İl Han:

Günlükte Yönetim, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

ÖZDEMİR, Necdet:

Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963 (*Hizmet Kusuru Teorisi*).

ÖZGÜLDÜR, Serdar:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996 (*Tam Yargı Davaları*).

SARICA, Ragıp:

“Teşri Organının Faaliyetinden Dolayı Devletin Mali Mes’uliyeti Meselesi”, **İÜHF**, C. X, sy. 1-2, 1944, s. 95-162.

SARICA, Ragıp:

“İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mes’ul Tutulabilir mi?”, **İÜHF**, C. XI, sy. 3-4, İstanbul, 1945, s. 1-35 (*Malen Mes’ul*).

SARICA, Ragıp:

“İdare Ajan Ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, **İÜHF**, C. XV, sy1, 1949, 34-54 (*Şahsan Mesuliyet*).

SARICA, Ragıp:

“Şahsi Kusur ve Kıstaslar”, **İBD**, Yıl. XX, Y. 3, Mart 1946, s. 87-101 (*Kıstaslar I*)

SARICA, Ragıp:

“Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İÜHF** C. XV, Yıl. 15, sy. 4, 1949, s. 858- 895.

SARICA, Ragıp:

“Fransa’da Ajan ve Memurların Şahsi Kusurlarından Devletin, İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi”, **İÜHF**, C. XV,

Yıl. 15, 1949, sy. 2-3, s. 546-568.

ŞENER, Esat:

“Tartışmalar Bölümü”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12-13 Mayıs 1979)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 177-271.

TAN, Turgut:

İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

TANDOĞAN, Haluk:

Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981 (*Kusura Dayanmayan*).

TARHANLI, İftar:

“Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma”, **İHİD**, C. XI, sy. 13, 1990, s. 41-47.

TEKİNAY, S.Sulhi/ AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla:

Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs, İstanbul Filiz Kitabevi, 1993.

TUTUM, Cahit:

Türkiye’de Memur Güvenliği, Ankara, TODAİE Yayınları, Sevinç Matbaası, 1972.

YASİN, Melikşah:

“Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu I**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, 244-255.

YAYLA, Yıldızhan:

İdare Hukuku, İstanbul, Beta, 2009.

YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel:

Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983 (*İdari Yargılama Usulü*).

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

www.anayasa.gov.tr

<http://auhf.ankara.edu.tr>

www.danistay.gov.tr

<http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

www.hukukturk.com

www.iudergi.com

www.kazanci.com

<http://www.politics.ankara.edu.tr/>

www.tbmm.gov.tr

<http://yayin.todaie.gov.tr/sureli.php>