

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KİŞİSEL KUSUR

Yasin SÖYLER*

Özet

Kişisel kusur anlayışının tarihsel gelişimi, özellikleri, ölçütleri, kişisel kusur sayılan haller, hizmet kusuru ve fiili yol ile ilişkisi ve konu ile ilgili hukuksal düzenlemeler Yargıtay kararları ışığında incelenmektedir. Bu çerçevede kişisel kusur anlayışının hem Anayasal ve yasal düzeyde hem de uygulamada ortaya çıkardığı hukuksal sorunlar tespit edilmekte ve bu sorunların çözümüne yönelik öneriler geliştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kişisel kusur, hizmet kusuru, idari sorumluluk, kamu görevlisinin sorumluluğu.*

PERSONAL FAULT IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

Historical development of personal fault understanding, its features, criteria, the conditions of personal fault, its relationship with service-connected fault and voie de fait and the relevant legal regulations are reviewed in light of Supreme Court decisions. In this context, legal problems that occur both at the constitutional-legal level and in practice resulted from personal fault understanding are identified and developed recommendations for solution of such problems.

Key Words: *Personal fault (faute personnelle), service-connected fault (faute de service), administrative liability, liability of public officer.*

GİRİŞ

İdarenin kişilere vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulması hukuk devletin gereklindedir. Hazine teorisinin uygulandığı dönemlerde de idarenin sorumluluğu kabul edilmiş olmakla birlikte, idareyi idare hukuku esas ve ilkeleri çerçevesinde sorumlu kılan kurallar, esas olarak hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle yerine oturmuştur. Türk hukuk sisteminde, Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında *İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı*

* Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü

ödemekle yükümlüdür düzenlemesine yer verilmesi ile hukuk devleti olmanın bir gereği olarak idarenin mali sorumluluğu kabul edilmiştir.

İdarenin mali sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için idari faaliyetin yürütülmesinde bir aksaklık veya bozukluk nedeniyle kişilerin zarar görmüş olması şartının aranması, hizmet kusuru kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu gelişim Fransız hukukunda kendisini göstermiş ve Türk hukukuna da taşınmıştır. Hizmet kusuru kavramının gelişimi, karşısında kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen-hizmetten ayrılamayan kusurlu davranışlarının bulunabileceği ve hizmetten ayrılabilen kusurlu davranışlarının ise bizzat kamu görevlisinin kişisel kusuru kapsamında değerlendirilebileceği anlayışını doğurmuştur. Böylece, özel hukuktan idare hukukuna *hizmet kusuru* olarak taşınan kusur kavramına bir de *kişisel kusur* kavramı eklenmiştir. Fakat idare hukukuna taşınan gerek hizmet kusuru ve gerekse kişisel kusur kavramı idare hukukunun özellikleri çerçevesinde özel hukuktaki kusur kavramından farklı olarak kendine özgü nitelikler kazanmıştır.

Ülkemizde kişisel kusur kavramı esas olarak mahkeme kararları ile gelişmiştir. Kavramın gelişiminde Danıştay ve Yargıtay'ın büyük rolü olmuştur. Biz bu çalışmada kişisel kusur kavramını Yargıtay kararları ışığında inceleyeceğiz.

I. KİŞİSEL KUSUR KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Kamu görevlisinin, göreviyle ilgili olarak kişilere verdiği zararların doğrudan sadece kamu görevlisi tarafından karşılanması ile sadece idare (devlet) veya kamu görevlisi ve idarece birlikte karşılanmasına yönelik anlayışlar ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği gibi, geçmişten günümüze de oldukça farklılık göstermiştir. Bu gelişimde, Anglo Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin izlediği yol ile Kıta Avrupa'sı hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin izlediği yol birbirinden oldukça farklı olmuştur. Türkiye'nin benimsediği yol, Tanzimat'tan günümüze büyük ölçüde Kıta Avrupa'sı hukuk isteminin şekillenmesinde de önemli rolü olan Fransız hukuk sisteminin izlediği yol olmuştur.

Sorumluluk hukukundaki gelişim devletin sorumluluğunun kabul edilmesi veya edilmemesine ilişkin farklılıkları bünyesinde barındırdığı gibi kamu görevlisinin sorumluluğunun kabul edilmesi veya edilmemesine ilişkin farklılıkları da bünyesinde barındırmıştır. Bu nedenle, gerek Anglo Sakson ve gerekse Kıta Avrupa'sı ülkeleri açısından devletin sorumluluğu konusunu ele

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

alırken bir taraftan başlı başına devletin sorumluluğuna, diğer taraftan kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin gelişmelerin ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Anglo Sakson ülkelerinde uzun yıllar *Devletin Sorumsuzluğu İlkesi* (*The Sovereign Immunity Doctrine*) hakim olmuştur. Devletin sorumsuzluğu ilkesi, devletin kendi rızası olmaksızın devlete karşı dava açılabilme imkanını ortadan kaldırmıştır. Bu ilke, kişiler tarafından devlete karşı açılacak davalar sonucunda devletin mahkum olması durumunda kamu kaynaklarının gereksiz yere kullanılacağı ve kamu hizmetlerinin sunumunda etkinliği ortadan kaldıracacağı gerekçelerine dayandırılmıştır¹. Diğer taraftan common law'da yer alan *Kral Hata Yapmaz* (*The King Can Do No Wrong*) özdeyişinden doğan ilkenin, Taç'ın kutsal bir değere sahip olması ve Taç'a karşı dava açılabilme düşüncesinin bu kutsallığa ters düşmesine ilişkin bir yönü de bulunmaktadır.

Bununla birlikte, hangi gerekçeyle olursa olsun devlete karşı dava açılabilme imkanının bulunmamasının zamanla ortaya çıkardığı kişisel hak mağduriyetleri karşısında Anglo Sakson hukukunda da devletin sorumluluğu ilkesi 20. yüzyıla doğru kural olarak kabul edilmeye başlanmıştır. ABD'de 1946 yılında Federal Tort Claims Act'ın yürürlüğe konulması ile devletin sorumluluğu, *in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances* çerçevesinde kabul edilmiştir². Bununla birlikte, bu ilkenin bazı istisnaları da yürürlüğe konulmuştur. The discretionary function exemption³, haksız fiillerin kasıtlı olarak işlenmesi gibi bazı durumlarda devletin sorumluluğuna istisna getirilmiştir⁴. Devletin sorumsuzluğu ilkesinden vazgeçilmesinde mahkemelerin de büyük rolü olmuştur.

İngiltere'de kral hata yapmaz anlayışının bir sonucu olarak 1948 yılına kadar Taç'ın mali sorumluluğu yoluna gidilememiştir. Kamu görevlisine karşı dava açılabilmesinin kişisel hak mağduriyetlerini önleyeceği düşüncesi de Taç'a karşı dava açılabilmesini engelleyen bir husus olmuştur. Devletin so-

¹ George A. Bermann, "Integrating Governmental and Officer Tort Liability", *Columbia Law Review*, Vol. 77, 1977, p. 1176.

² Bermann, p. 1176.

³ "based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused."

⁴ Henry Cohen, Vanessa K. Burrows, *Federal Tort Claims Act, CRS Report for Congress*, 2007, p. 1-2.

rumusuzluğu ilkesinden kural olarak sorumluluğuna geçiş İngiltere’de 1947 tarihli Crown Proceedings Act ile gerçekleştirilmiştir. Kraliyet ajansları ve çalışanları tarafından gerçekleştirilen haksız fiillerinden dolayı Taç’ın vekaleten sorumluluğu (the doctrine of vicarious responsibility) kabul edilmiştir. Bununla birlikte bu sorumluluğun da istisnaları bulunmaktadır.

İngiliz ve Amerikan hukukunda, kamu görevlisinin görev alanına ilişkin olarak kişilere zarar verici işlem ve eylemlerinden dolayı kişisel sorumluluk esası ise evvelden beri uygulana gelmiştir. Anglo-Sakson hukukunda *kamu görevi*, *kamu hizmeti*, *kamu gücü* gibi kavramlar kamu görevlisine karşı kişisel sorumluluk açısından dava açılmasını engellemektedir. Kural, kişisel sorumluluk esası olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları da zamanla gelişmiştir. Örneğin, hakimler yargılama faaliyetine ilişkin olarak kötü niyetli davransalar dahi kişisel olarak sorumlu tutulamamaktadırlar⁵. Yine örneğin, ABD’de 1988 tarihinde yürürlüğe konulan The Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act ile federal görevlilerin görev alanlarına ilişkin olarak ortaya çıkan haksız fiillerden dolayı kural olarak sorumsuzlukları kabul edilmiştir⁶.

İngiliz ve Amerikan hukukunda devletin sorumluluğuna ilişkin gelişmeler, devletin sorumsuzluğu ilkesinden-devletin sorumluluğu ilkesine doğru bir gelişim gösterirken kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin gelişmeler ise kamu görevlisinin sorumluluğundan-sınırlı sorumluluğuna doğru bir gelişim göstermiştir. 20. yüzyılın sonlarına doğru mahkemeler, kişisel sorumluluğun kabulünün kamu görevlisinin yetkilerini gereği gibi kullanmaktan geri koyaacağı ve bu nedenle kamu görevlisinin görev alanı içerisinde yer alan takdir yetkisinin kullanılmasını gerektiren işlemlerin alınmasında makul ve iyiniyetli olarak hareket etmesi durumunda kişisel olarak sorumlu tutulamayacakları sonucuna varmışlardır⁷. (Qualified Immunity)

Devletin ve kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu İngiliz ve Amerikan hukukunda büyük ölçüde benzer etkenlerden kaynaklanmış ve benzer doğrultuda gelişme göstermiş olmasına rağmen, Kıta Avrupa’sı ülkelerindeki gelişmeler ve ulaşılan sonuçlar bundan oldukça farklılık göstermiştir⁸.

⁵ Rolf Braband, “Liability in Tort of The Government and Its Employees: A Comparative Analysis With Emphasis on German Law”, *New York University Law Review*, Vol. 33, 1958, p. 19.

⁶ Cohen/Burrows, p. 18-19.

⁷ Bermann, p. 1178.

⁸ Braband, p. 21.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak Fransa’da idare ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere ayrı bir yargı düzeni oluşturulması ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının adli hukuk kurallarından farklı içerikte gelişmesi, devletin ve kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin kuralların da Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı yönde şekillenmesinde etkili olmuştur. Fakat 1870’lere kadar Fransa’da da kral hata yapmaz anlayışı hakim olmuştur⁹. Hatta, bu döneme kadar kamu görevlisine karşı da dava açılabilmesine sınır getirilmiştir. Kamu görevlisine karşı ancak Conseil d’Etat’ın onayı üzerine dava açılabilmiştir¹⁰. Fransa’da ilk kez 1873 yılında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesince verilen *Blanco* kararı ile idari kusurun, özel hukuktaki kusur kavramından farklı olduğu ortaya konulmuş ve kamu görevlisi ile devletin sorumluluğu kabul edilmiştir¹¹. Kişisel kusur kavramı ise 1870’li yıllardan itibaren Fransız Danıştay’ı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kişisel kusuru hizmet kusurundan ayırt etmesiyle ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Kişisel kusur kavramı ilk ortaya çıkış şekliyle, kamu görevlisinin kişilere zarar verici kimi davranışlarının hizmetten ayırlamayacağı, kimilerinin ise ayrılabilceği şeklinde bir ayırım ile kendisini göstermiştir. Bu çerçevede, eğer kamu görevlisinin zarar verici davranışı hizmetten ayırlamıyor ise bu bir hizmet kusurunun bulunduğu davranıştır ve bundan dolayı sadece idare sorumludur. Sorumluluğu değerlendirecek olan da idari yargıdır. Yok eğer kamu görevlisinin zarar verici davranışı hizmetten ayrılabilir ise bu kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu bir davranıştır ve bundan dolayı sadece kamu görevlisi sorumludur. Bu sorumluluğu belirleyecek olan da adli yargı mercileridir¹².

Fransa’da ilk ortaya çıkış şekliyle kişisel kusur ile hizmet kusuru birbirinden ayrı değerlendirilmekteydi. Yani, kamu görevlisinin zarar verici bir davranışından dolayı kişisel kusur ile hizmet kusurunun bir arada bulunması ve

⁹ Bermann, p. 1204.

¹⁰ Bermann, p. 1204.

¹¹ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 517. 1873 tarihli Blanco kararı Fransa’da devletin sorumsuzluğu ilkesinden vazgeçilip, devletin sorumluluğu ilkesinin kabul edildiği dönemin başlangıcı olarak görülmektedir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, İkinci Baskı, Cilt: II, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2009, s. 1018-1021. Ender Ethem Atay, “İdarenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1062.

¹² A. L. G. Dutheillet de Lemothe, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çeviren: S. Derbil, **AÜHF Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1-4, 1960, s. 116.

aynı zarardan dolayı hem kamu görevlisinin hem de idarenin sorumlu tutulması anlayışı henüz benimsenmemiştir¹³. Zamanla, bu yönde bir gelişim kendisini göstermiştir.

Almanya'daki gelişmeler ise hem Anglo Sakson ülkelerinden hem de Fransa'dan oldukça farklı yönde seyretmiştir¹⁴. 19. yüzyıla kadar common law'da olduğu gibi kamu görevlisinin özel hukuk hükümlerine göre kişisel sorumluluğu kural olarak kabul edilmiştir¹⁵. 20. yüzyılda yürürlüğe konulan Alman Anayasaları ile ise devletin sorumluluğu kamu hukukunun temel ilkelelerinden birisi olarak düzenlenmiştir.

Devletin sorumsuzluğu ilkesi, Anglo Sakson ülkelerinde olduğu gibi Almanya'da etkili olamamıştır. Almanya'da gelişen Hazine Teorisi de devletin sorumsuzluğunun katı bir kural olarak uygulanmasını engellemiştir. Roma hukukuna dayanan hazine teorisi devletin kamu gücüne dayanarak yaptığı işlemlere karşı dava açılmasını engellerken ayrı bir kişilik olarak ortaya çıkan hazineye karşı özel hukuk kurallarına dayanılarak dava açılabilmesine imkan tanımıştır¹⁶. Almanya'da hazine teorisinin de aşılması devletin sorumluluğunun hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmesi Weimar Anayasasının yürürlüğe konulduğu 1919 yılına kadar hep tartışıla gelmiştir.

Almanya'da kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu ile ilgili olarak ise The German Civil Code'un 1900 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte anılan kanun ile kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu, genel haksız fiil sorumluluğundan ayrı olarak düzenlenmiştir. BGB'nin 839. maddesinin birinci fıkrasına göre, kamu görevlisinin *kamu görevini* yerine getirirken kasıtlı olarak veya ihmalen üçüncü kişilere zarar vermesi durumunda bu zararı tazmin etmesi gerekir. Fıkranın devamında kamu görevlisinin üçüncü kişiye karşı ihmalen zarar verici bir eylem veya işlemde bulunması durumunda kamu görevlisinin sadece, eğer zarar gören kişi zararını başka bir yoldan karşılamamış ise sorumlu tutulabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. BGB'nin 839. maddesi, genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 823. ve 826. maddeye göre özel bir düzenlemedir¹⁷. 839. madde, kamu görevlisinin kamu görevi ile ilgili olarak or-

¹³ Lemothe, s. 116.

¹⁴ Braband, p. 22.

¹⁵ Bermann, p. 1208.

¹⁶ Braband, p. 32-33.

¹⁷ 823. madde, "Kasıtlı olarak veya ihmalen bir başka kişinin hayat, vücut, sağlık, hürriyet, mülkiyet veya başka bir hakkını ihlal eden bir kişi bu ihlalden ortaya çıkan zararı tazmin et-

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

taya çıkan sorumluluğuna ilişkindir. Kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmayan kusurlu eylem ve işlemlerinden dolayı ise BGB'nin 823. ve 826. maddelerine göre sorumluluğuna gidilebilmiştir¹⁸. Bu ayrım, Fransız ve Türk hukukundaki hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına benzetilmektedir¹⁹.

1919 tarihli Weimar Anayasasının 131. maddesi ile kamu görevlisinin eylem ve işlemlerinden dolayı devletin birincil sorumluluğu kabul edilmiştir. 131. maddeye göre bir kamu görevlisi görevi ile ilgili olarak ve kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler ile üçüncü bir kişiye zarar verirse, kural olarak sorumluluk idarenin üzerindedir. Kamu görevlisine karşı rücu hakkı saklıdır. Yeni Anayasanın 34. maddesine göre ise kamu görevinin uygulanması kendisine verilen bir kişinin kamusal yükümlülüklerini üçüncü kişiye karşı ihlal etmesi durumunda sorumluluk kural olarak devlet veya o kişiyi istihdam eden kamu kurumundadır. Kamu görevini yürüten kişinin kötü niyetli veya kasıtlı olması durumunda bu kişiye karşı rücu hakkı saklıdır. Tazminat talebi ve rücu hakkı ile ilgili olarak genel mahkemeler yargı yetkisinden muaf tutulamaz.

Almanya'da 20. yüzyılda, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesinin artmasıyla birlikte, kişisel hak ve hürriyetlere müdahalede de büyük artışlar ortaya çıkmıştır. Bu durum ise devlet ve kamu görevlileri ile üçüncü kişileri çok sık karşı karşıya getirir bir sonuç ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler beraberinde Fransa'da olduğu gibi devlet ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ayrı bir hukuksal rejime ve yargı düzenine tabi tutulmasını gerektirmiştir. Almanya'da devlet ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere ayrı bir yargı düzeni oluşturulmasına rağmen Fransa ve Türkiye'den farklı olarak devletin sorumluluğuna ilişkin davalar adli yargı düzeninin görev alanında bırakılmıştır.

Türkiye'de ise idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğunun adli yargı mercileri yerine idari yargı mercilerine bırakılması ile özel hukuktaki kusur kavramından farklı olarak idari kusur kavramı gelişmeye başlamıştır. 1876 Kanun-u Esasisinin 85. maddesinde idare ile kişiler arasında ortaya çıkan davaların genel (adli) mahkemelerde görüleceği düzenlendiği için, idari

mek zorundadır....."; 826. madde, "Örf ve adet kurallarının ihlali ile kasıtlı olarak bir diğer kişinin zarara uğramasına neden olan kimse bu ihlalden ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır" şeklindedir.

¹⁸ Bermann, p. 1202-1209.

¹⁹ Braband, p. 23-25.

kusur kavramı bu dönemde gelişmemiştir. İlk kez 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte anılan Kanunun 51. maddesinde idari dava ve uyuşmazlıkları çözüme görevi Şûray-ı Devlete verilmiştir. 30/12/1938 tarihli ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanununun 23. maddesinin (A) bendinde *rüyeti adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak davalar Devlet Şurasında rüyet ve hallolunur* hükmü yer almıştır²⁰. 1961 Anayasasının 114/son hükmünde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu ve 1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 30. maddesinde idari eylem ve işlemlerden hakları etkilenenlerin Danıştay'da dava açmaları öngörülmüştür. 1982 Anayasası da 125/son maddesinde aynı düzenlemeyi esas alarak idarenin sorumluluğu esasını benimsemiş ve 1982 yılında yürürlüğe konulan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile de *idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarının* idari yargı mercilerince çözümleneceği öngörülmüştür. Özetle, ilk kez 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun yürürlüğe girmesi ile idari dava ve uyuşmazlıkların çözümünün idari yargı mercilerine bırakılması ve idari yargı mercilerinin idarenin sorumluluğu için özel hukuktaki kusur kavramından farklı olarak idare hukukuna özgü idari bir kusurun bulunması zorunluluğunu aramaları ile idari kusur kavramı gelişmeye başlamıştır²¹. Hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımı ise 1965 yılına kadar doktrinde tartışılmış²² ve mahkeme içtihatları ile şekillenmiş, 1965 yılında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlüğe konulması ile bu ayrıma ilişkin tartışmalar hız kazanmış ve nihayet 1982 Anayasası ile öngörülen düzenlemeler ve bu çerçevedeki tartışmalar ile günümüze kadar taşınmıştır.

II. HİZMET KUSURU – KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

Türk hukukunda hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı hala varlığını sürdürmektedir. Bu ayrımın ortaya konulabilmesi için hizmet kusuru ile kişisel kusur kavramlarının açıklanması, ayrımın gerekçesinin ve sonuçlarının ayrıca ele alınması gerekir.

²⁰ Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 159, Ankara, 1961, s. 136.

²¹ Gözler, s. 1021-1022.

²² Bkz. Tandoğan, s. 139-147. Lütfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 7-9.

A. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur

Hizmet kusuru, herhangi bir kamu görevlisine²³ izafe edilsin veya edilmesin ondan bağımsız olarak nesnel, asli ve objektif bir şekilde bizzat idari bir faaliyetin yürütülmesindeki aksaklık veya bozukluğu ifade eder²⁴. Hizmet kusurunun gerçekleşmesi için, idari faaliyetin yürütülmesinde kamu görevlisinin kusurunun bulunup bulunmaması önemli değildir. Önemli olan, idari faaliyetin yürütülmesindeki bir aksaklık veya bozukluktan dolayı kişilerin zarar görmüş olmalarıdır²⁵. İdare hukukunda idarenin mali sorumluluğu, esas olarak bu anlamda *hizmet kusuru* kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir²⁶.

Hizmet kusuru, kendine has kural ve ilkeleri bulunan idare hukukuna özgü bir kusur türüdür. İdare hukukuna, özel hukukun kusur kavramından taşınmakla birlikte ondan bağımsız ve kendine özgü nitelikler kazanmıştır²⁷. Sadece bünyesinde barındırdığı kendine özgü kural ve ilkelerle değil, tespitinin idari yargı mercilerince yapılması ve hizmet kusurunun bulunması durumunda idarenin sorumluluğuna idari yargı mercilerince karar verilmesi yönüyle de özel hukuktaki kusur ve haksız fiil sorumluluğundan farklılık göstermektedir.

İdarenin bazı durumlarda herhangi bir kusuru bulunmasa dahi sorumluluğunun öngörüldüğü haller söz konusu olabilmektedir²⁸. Kusursuz sorumlu-

²³ İşçiler kamu görevlisi kapsamında yer almazlar. İşçilerin kusurlu davranışlarından dolayı idare, BK 55'e göre sorumludur.

²⁴ Gözübüyük/Tan, s. 531-532. Metin Günay, **İdare Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 321-324. Hizmet kusurunun idari bir faaliyetin yürütülmesindeki aksaklık veya bozukluk olarak tanımlanması, kusurun ancak bir insan fiilinden kaynaklanabileceği, bir tüzel kişinin veya soyut bir şekilde "hizmet" in bir kusurunun bulunamayacağı ve bu nedenle hizmet kusuru kavramından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Gözler, s. 1059-1060.

²⁵ Danıştay kararlarında ve doktrinde hizmet kusuru, herhangi bir kamu görevlisine izafe edilsin ya da izafe edilmesin ondan bağımsız olarak nesnel ve objektif bir şekilde bizzat kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar hizmet kusuru, kamu hizmetinin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi olarak ifade edilse de kötü veya geç işleyen ya da hiç işlemeyen sadece idarenin bir faaliyeti olan *kamu hizmetleri* değildir. Kolluk faaliyeti gibi idarenin diğer faaliyetlerinde de hizmet kusuru söz konusu olabilir.

²⁶ Atay, s. 1065.

²⁷ Atay, hizmet kusurunun özelliklerini 5 ana başlıkta toplamaktadır. Yazara göre bunlar: hizmet kusurunun bağımsız, anonim, genel, esnek ve asli-birinci derece oluşudur. Atay, s. 1073-1077.

²⁸ Kusurlu veya kusursuz sorumluluğun her ikisinde de idarenin sorumluluğu için kural olarak idari bir eylem veya işlem, bu eylem veya işlemten ortaya çıkan bir zarar ve idari eylem veya işlem ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması zorunluluğu aranmaktadır.

luk halleri olarak ifade edilen bu tür durumlarda idarenin herhangi bir kusuru aranmadığı için, hizmet kusurunun gerçekleşmesi de elbette beklenemez²⁹. O halde hizmet kusuru, idarenin kusurlu sorumluluk hallerine özgü bir kavram olarak değerlendirilmelidir³⁰.

İdare hukukunda idarenin sorumluluğu açısından kusurun hizmet kusuru olarak farklı bir şekilde ele alınması, beraberinde kamu görevlisinin görevi ile ilgili olarak kimi kusurlu davranışlarıyla kişilere zarar vermesi durumunda, hem söz konusu kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısıyla hem de idarenin, kamu görevlisinin davranışlarından dolayı hizmet kusuru dolayısıyla doğrudan sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu noktada hizmet kusuru ile kişisel kusur ayırımı kendisini gösterir.

Kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavramdır³¹. Kişisel kusur, mevzuatta tanımlanmış değildir. Mahkeme kararları ile ortaya çıkmış, anlam ve içeriği geliştirilmiştir. Kamu görevlilerinin, görevleri içerisinde ve faaliyet yaptıkları görevden ayrılabilen kimi kusurlu davranışları *kişisel kusur* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir³².

²⁹ Bu ayırım idare hukukuna özel hukuktan taşınmıştır. Özel hukukta sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk ve sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluk olarak 3 farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Haksız fiilden doğan sorumluluk ise kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Borçlar Kanunu kural olarak kusur sorumluluğunu esas almıştır. (BK 41) Ancak, istisnai olarak kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenmiştir. (BK 55, 56, 58)

³⁰ İdarenin mali sorumluluğu daha geniş anlamda, idarenin özel hukuk sorumluluğu ve idarenin kamu hukuku sorumluluğu olarak ele alınabilir. İdarenin özel hukuk sorumluluğu, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden, fiili yol veya usulsüz el koymadan, sinai ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülmesinden ya da kanunla özel hukuka tabi kılınmış zararlardan kaynaklanabilir. İdarenin kamu hukuku sorumluluğu ise akdi idari sorumluluk (idarenin sözleşmeden doğan sorumluluğu) ve sözleşme dışı idari sorumluluk şeklinde kendisini gösterir. Akdi idari sorumluluk, idarenin bir özel hukuk kişisiyle yapmış olduğu idari bir sözleşme hükümlerine aykırı davranarak söz konusu özel hukuk kişisine zarar vermesi durumunda söz konusu olur. Sözleşme dışı idari sorumluluk ise doğrudan idarenin bir eylem veya işlemi ile kişilere zarar vermesi durumunda söz konusu olur. Sözleşme dışı idari sorumluluk, idarenin kusurlu sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu olarak iki şekilde karşımıza çıkar. Söz konusu sınıflandırmalar için bkz. Gözler, s. 1015-1016, 1023. Anayasanın 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanunun 13. maddesini (ve çerçevede hizmet kusurunu) idarenin bir kusursuz sorumluluk hali olarak gören yazarlar olmuş ve bu görüş eleştiriye uğramıştır. Eleştiri için bkz. Cüneyt Ozansoy, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, 1-4, Mayıs 1990, Ankara, s. 77. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 26-27.

³¹ Özel hukukta kusur, “*hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin knadığı bir irade veya irade noksanı*” olarak tanımlanmaktadır. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 148.

³² Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, Ankara,

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

Kamu görevlisinin tamamen görevi dışında kalan kusurlu davranışlarından dolayı sıradan bir vatandaş gibi Borçlar Kanununun 41. vd. maddelerine göre sorumlu tutulması kişisel kusur kapsamında değerlendirilmemektedir³³. Kişisel kusurdan söz edilebilmesi için kamu görevlisinin görevi içerisinde kusurlu bir davranışının olması gerekir. Ayrıca bu kusurlu davranış, kamu görevlisinin yaptığı görevden ayrılabilen kusurlu bir davranış olmalıdır. Doktrinde ve mahkeme kararlarında genel olarak, kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamaması, görevi içerisinde kötü niyetli davranması, suç oluşturan veya ağır kusur gerektiren fiiller işlemesi durumlarında kişisel kusurlu olduğu kabul edilmektedir³⁴. Borçlar Kanunu çerçevesinde kamu görevlisinin görev içerisinde kişisel kusurunun kabul edilmesi, beraberinde kusurlu bulunan kamu görevlisinin neden olduğu zarardan dolayı doğrudan sorumlu tutulmasını, bu sorumluluktan doğan davaların da adli yargı mercilerinde görülmesini zorunlu kılmaktadır.

B. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun Birleşmesi

İdare hukukunda hizmet kusuru yanında kişisel kusurun da kabul edilmesi, hizmet kusuru ile kişisel kusurun çoğu zaman iç içe geçmesine neden olmaktadır³⁵. Şöyle ki örneğin, bir kamu görevlisi yargı kararını uygulamaması durumunda kişisel olarak kusurludur ve bu durumda aynı zamanda idare de, yargı kararının uygulanmamasındaki aksaklıktan dolayı soyut olarak kusurludur. Bu ikinci durum hizmet kusuru olarak ele alındığında, bu örnekte kişisel kusur ile hizmet kusuru iç içe geçmiştir. Bir diğer deyişle, yargı kararının uygulanmamasında hem bu kararı uygulamayan kamu görevlisinin kişisel kusuru

2009, s. 614.

³³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 150. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 49. Örneğin, kamu görevlisinin hafta sonu tamamıyla göreviyle ilgisiz olarak bir başka kişiye zarar vermesi durumu. Gözler bu durumu “saf kişisel kusur” kavramı çerçevesinde ele almakta ve aynı sonuca ulaşmaktadır. Gözler, s. 1149. Kimi yazarlar ise kişisel kusuru, kamu görevlisinin tamamen görevi dışında kalan kusurlu davranışlarına inhisar ettirmektedir. A. Şeref Gözübüyük, **İdari Yargı**, Ankara, 1970, s. 220. (Naklen: Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 37.)

³⁴ Günday, s. 326-327. Atay, s. 1082.

³⁵ Günday, s. 327-329. Hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçtiği bu tür durumlarda kamu görevlisinin kişisel kusuru *görevsel kusur* olarak da isimlendirilmektedir. Görevsel kusur, kamu görevlisinin görevi içerisinde ve görevinden ayrılamayan kusurlu eylem ve işlemleri olarak tanımlanmaktadır. Gözübüyük/Tan, s. 524-525. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 614. İdarenin sorumluluğu hususu söz konusu olduğunda oldukça karmaşık bir şekilde karşımıza çıkan kusur kavramlarından bazıları şunlardır: İdari kusur, hizmet kusuru, hizmetin kusuru, hizmetten ayrılabilen/ayrılmayan kusur, görev kusuru, görevsel kusur, kişisel kusur, salt kişisel kusur. Ozansoy, s. 74.

ru bulunmakta, hem de yargı kararının uygulanmasında gerekli özen ve dikkati göstermeyen idarenin hizmetin kötü işlemlerinden dolayı hizmet kusuru bulunmaktadır. Bu nedenle, bir kamu görevlisince yargı kararının uygulanmaması durumunda hem kişisel kusurundan dolayı kamu görevlisinin hem de hizmet kusurundan dolayı idarenin mali sorumluluğunun bulunduğu ileri sürülmüştür³⁶.

Yargıtay'ın kimi kararlarında, yargı kararının uygulanmaması gibi kamu görevlisinin kimi kusurlu davranışlarının *salt kişisel kusurdan* kaynaklandığı ve bu nedenle bu tür kusurlu davranışların hizmetle hiçbir ilgisinin bulunmadığı tespiti de yapılmıştır³⁷. Kamu görevlisinin kimi kusurlu davranışlarının salt kişisel kusurlu davranışlar olarak kabul edilmesi ve hizmetle bağının koparılması, idarenin, kamu görevlisinin söz konusu kusurlu davranışlarından dolayı sorumlu tutulmaması sonucunu doğurur. Bu durumda, hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçmesi sorunu ortadan kalkmaktadır. Çünkü kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu hallerde, idarenin hizmet kusurundan bahsedilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarında çoğu zaman kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu durumlar da idarenin hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmeye çalışılmaktadır³⁸.

Bu noktada kamu görevlisinin hangi tür eylem ve işlemlerinin kişisel kusur ya da salt kişisel kusurlu olacağı, hangilerinin ise olmayacağını belirlemek gerekir. Örneğin, yargı kararlarının uygulanmaması salt kişisel kusur oluşturuyor ise artık hizmet kusurundan ve idarenin sorumluluğundan bahsetme olanağı kalmayacaktır. Aksine, yargı kararlarının uygulanmaması kişisel kusur olmakla birlikte, salt kişisel kusur niteliğinde değilse, yargı kararının uygulanmamasından dolayı hem kişisel kusurundan dolayı kamu görevlisi hem de hizmet kusurundan dolayı idare sorumlu tutulabilecektir.

Gözler, kamu görevlisinin, görevinin tamamıyla dışında işlemiş olduğu kusuru *saf kişisel kusur* olarak adlandırmakta ve saf kişisel kusurdan dolayı

³⁶ Gözler, s. 1153. Böyle bir durumda aynı olaydan dolayı kamu görevlisine karşı kişisel kusurundan dolayı adli yargıda veya idareye karşı hizmet kusurundan dolayı idari yargıda dava açılabilirliğinin kabulüyle zarar gören kişiye adli-idari yargı arasında seçim hakkı tanınmasının görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ile çeliştiği ifade edilebilir.

³⁷ Bkz. Dipnot 68.

³⁸ Gözübüyük/Tan, s. 527. Lütfi Duran, "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 2, Haziran 1984, s. 6. Y4HD, 17.11.1986, E: 1986/4898, K: 1986/7786, YKD, C. 13, Sayı: 2, s. 200. Y4HD, 4.4.1979, E: 1979/2851, K: 1979/4299, YKD, Cilt: 5, Temmuz 1979, Sayı: 7, s. 970.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

sadece kamu görevlisinin kişisel olarak sorumlu olacağını belirtmektedir. Yazara göre örneğin, devlet hastanesinin memuru olan bir hekimin özel muayenesinde hasta tedavi ederken işlediği kusur saf kişisel kusurdur ve bu kusurdan dolayı sadece hekim sorumludur. Şu halde yazar, salt kişisel kusuru kamu görevlisinin görevinin tamamıyla dışında işlemiş olduğu kusur olarak algılayarak kamu görevlisinin tamamıyla görevi dışında olmayan her kişisel kusurlu durumunda, hizmet kusurunun da bulunduğunu kabul etmektedir³⁹. Bir diğer deyişle yazara göre, kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu her durumda idarenin de hizmet kusuru bulunur.

C. Kişisel Kusurun Ortaya Çıkardığı Sorumluluğun Sahipliğine İlişkin Tartışmalar

Kamu görevlisinin idari faaliyetlerin yürütülmesi sırasında kişisel kusurlu bir davranış içerisine girmesi ve bu davranıştan kişilerin zarar görmesi durumunda, kamu görevlisinin doğrudan bizzat kendisinin mi, yoksa idarenin mi ya da her ikisinin mi sorumlu tutulması gerektiği tartışmalarına neden olmaktadır⁴⁰. Aslında, bu üç farklı yöntemden herhangi birinin savunulmasını haklı kılacak sebepler olduğu gibi savunmasız bırakabilecek sebepler de bulunmaktadır⁴¹. Kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sadece kendisinin doğrudan sorumlu tutulması, kamu görevlisi üzerindeki tazminat tehdidi nedeniyle daha dikkatli davranılmasını gerektirirken ayrıca kişisel kusurun hizmet kusurundan ayrıştırılması nedeniyle idarenin kusurunun bulunmadığı varsayılan bir eylemden dolayı sorumlu tutulmaması gibi olumlu bir sonucu da doğurur. Bununla birlikte, sadece kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı doğrudan sorumlu tutulması, zarara uğrayan kişilerin ödeme gücü yetersiz kamu görevlileri karşısında mağdur olmalarına neden olabilir. Ayrıca, bu yaklaşım tazminat tehdidi altında kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleyebilir. İkinci yöntem olarak, ortaya çıkan zarardan sadece idarenin sorumlu tutulması, kamu görevlisinin yetkisini kullanırken tazminat tehdidi altında kalmadan gereği gibi hareket etmesini sağlar. Fakat, kamu görevlilerine sağlanan bu güvence nedeniyle kamu görevlileri her nasıl olsa doğrudan sorumlu tutulamayacakları için ve hatta rücu müessesesinin işletilemeyeceği durumlar da göz önüne alınarak, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kişileri zarara uğratmamak için gerekli özen ve dikkati göstermeyebilirler. Bu iki yöntem

³⁹ Gözler, s. 1148.

⁴⁰ Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 5.

⁴¹ Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 7-8.

göre, kişiler üzerinde ortaya çıkan zarardan kişisel kusuru nedeniyle doğrudan kamu görevlisi yanında idarenin de sorumlu tutulması yöntemi, zarar gören kişilerin zararlarını ödeme gücü yetersiz olan kamu görevlilerinden karşılayamamaları durumunda idareden karşılayabilmeleri açısından daha güvenlidir. Fakat, bu durumda da idare ile kamu görevlisi arasında sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilmektedir⁴²⁴³.

Söz konusu 3 farklı yöntemden herhangi birinin tercih edilmesinin, idare, kamu görevlisi ve zarar gören kişi açısından ortaya çıkaracağı olumlu ya da olumsuz sonuçlar yanında görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından da bir etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki kamu görevlisine karşı kişisel kusurundan dolayı doğrudan dava açılabilmesinin kabul edilmesi, kamu görevlisine karşı açılacak davaların adli yargı mercilerinde görülmesi sonucunu doğurur. Kamu görevlisine karşı dava açılmamasının kabulünde ise idareye karşı açılacak davalar idari yargı mercilerinde görülecektir. Hem kamu görevlisine hem de idareye karşı dava açılabilmesinin kabulünde ise kamu görevlisine karşı adli yargıda, idareye karşı ise idari yargıda dava açılacaktır⁴⁴.

Kusurlu faaliyetin ortaya çıkardığı zararın doğrudan kamu görevlisi veya idare ya da her ikisine karşı ödettilmesine ilişkin yaklaşımın yasa koyucunun tercihiyle ilişkin bir husus olması gerektiğini belirtmemiz gerekir⁴⁵. Yasal

⁴² Türk hukukunda kamu görevlilerin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin kamu görevlileri açısından bir tür dokunulmazlık sağlamayı amaçladığı ileri sürülmektedir. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 19.

⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında, A... İl Emniyet Müdürlüğünde görevli bazı kamu görevlilerinin İl Emniyet Müdürlüğünün 9. katında Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı ve mevzuata uygun şekilde kurulmuş dinleme odası mevcut iken, İstihbarat Daire Başkanlığının bilgi ve onayı olmamasına rağmen aynı binanın 8. katında teknik kurallara aykırı olarak ayrı bir dinleme odası kurdukları, bu odada mevzuata aykırı olarak mahkeme kararı olmaksızın telefon dinlettikleri iddiasıyla, kendilerine karşı idare tarafından açılan rücu tazminat davasına ilişkin olarak, "...İdarenin böyle bir birimin hangi gerekçe ve ihtiyaca dayalı olarak kurulduğunu ve faaliyetlerini araştırması ve denetim görevini yapması gerekecektir. Bu hususların yerine getirilmemiş olması idarenin kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Davalıların kişisel kusur ve sorumlulukları ispatlanmamıştır" sonucuna ulaşmıştır. YHGK, 18.2.2009, E: 2009/4-48, K: 2009/84, <http://www.hukuksokagi.com>, (31.5.2010). Görüldüğü üzere, kamu görevlisinin ikincil derecede sorumluluğu (rücu müessesesi) kimi zaman da bu şekilde kamu görevlisini, kişisel kusurlu bir eyleminin sorumluluğundan kurtarabilmektedir.

⁴⁴ Tandoğan, s. 142. Hem kamu görevlisine hem de idareye karşı dava açılabilmesinin kabulü halinde, kamu görevlisine karşı adli yargıda, idareye karşı ise idari yargıda dava açılması "hizmet kusuru"nun kabulünden kaynaklanmaktadır.

⁴⁵ Bununla birlikte bazı Anayasal sınırlar bulunmaktadır. Anayasanın 125/son hükmünde yer alan "İdare *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü idare

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

bir düzenleme bulunmaksızın, böyle bir durumda doğrudan kamu görevlisini veya idareyi ya da her ikisini birden sorumlu tutmanın pozitif hiçbir dayanağı bulunmayacaktır. Bu durumda, ileri sürülen görüşler ancak temenni niteliğinde kalacaktır. Hukuk politikasının bir sonucu olarak yasa koyucu tarafından, idari faaliyetin yürütülmesinde kusuru bulunan kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğu öngörülebileceği gibi sadece idarenin sorumluluğu veya hem idarenin hem kusurlu kamu görevlisinin sorumluluğu da öngörülebilir. Hatta, idari faaliyetin yürütülmesinde kamu görevlisinin kimi kusurlu eylem ve işlemleri sadece ona atfedilen salt kişisel kusurlu eylem ve işlemler olarak değerlendirilip sadece onun mali sorumluluğu da öngörülebilir.

III. TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, *Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır* hükmü ve 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, *Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir* hükmü ile Türk hukukunda yasa koyucu, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı doğrudan sorumlu tutulamayacakları tercihinde bulunmuştur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de buna benzer bir düzenleme yer almıştır. Anılan Kanun maddesine göre, *Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevlerini yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*

renin, kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sorumlu tutulmamasını gerektirebileceği gibi Anayasanın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti de gerçek sorumlunun davalı konumuna konulmasını gerektirir. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 13-15. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 43. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Devletin sorumluluğuna ilişkin tavsiye kararında (Recommendation No (84) 15), devletin sorumluluğu ile ilgili olarak getirilen ilkelerden birisi de “Tazminat davası açılması için öngörülen yollar ve süreler dava hakkının gerçekleştirilmesini engeller nitelikte olmamalıdır” ilkesidir. Bu ilke gereği, devletin sorumluluğunda öngörülen yolların dava hakkının gerçekleştirilmesini engelleyici bir nitelikte olmaması da gerekir. [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Recommendation\(84\)15.asp](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/Conv_Rec_Res/Recommendation(84)15.asp), (27.03.2010)

657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu, kamu görevlilerinin sorumluluğu açısından *yasal güvence sistemini* esas almıştır⁴⁶. Buradaki güvence iki yönden ele alınmalıdır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanması açısından ödeme gücü her zaman var olan idareyi sorumlu tutulabilmeleri, zarar gören kişilere bir güvence sağladığı gibi ortaya çıkan zarardan doğrudan kamu görevlisinin sorumlu tutulmaması, kamu görevlisi açısından da bir güvence sağlamaktadır.

Söz konusu düzenlemeler, Türk idare hukukunda idari faaliyetlerin yürütülmesinden dolayı kişiler üzerinde ortaya çıkan zararların karşılanmasına ilişkin temel Anayasal ve yasal düzenlemeler olmakla birlikte anlam ve kapsamı açısından doktrinde ve mahkeme kararlarında oldukça tartışmalıdır. Tartışmanın temelinde ise idari faaliyetlerin yürütülmesinden dolayı kişiler üzerinde ortaya çıkan zarardan dolayı kimin, nasıl, hangi ölçüde ve hangi gerekçeyle sorumlu tutulacağına ilişkin sorunlar yatmaktadır.

Duran, Anayasanın 40/3 ve 129/5 hükmünü, kanunsuz emre ilişkin 137 ve idarenin sorumluluğuna ilişkin 125/son maddesiyle birlikte ele almakta ve bu hükümlerin birbiri ile bağdaştırılamaz hükümler olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, bu hükümlerin birbiri ile bağdaştırılabilmesi için ise Anayasanın 40/3 ve 129/5 hükümlerinin, kamu görevlisinin görevi içerisinde ve görevinden ayrılamayan eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları kapsadığı, görevinden ayrılabilen işlem ve eylemlerinden doğan zararları ise kapsamadığı şeklinde yorumlanması gerekir. Aksi takdirde, Anayasanın 137. maddesi gereği *kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimselerin* (bu derece geniş bir kapsamda) üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı kendilerine karşı değil, ancak ve sadece ilgili kurum aleyhine dava açılabilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durum ise idareye gereğinden fazla bir mali yük yüklemek sonucunu doğurur. Diğer taraftan yazara göre bu durum, Anayasanın 125/son maddesinde yer alan idarenin *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükmü ile de çelişir⁴⁷. Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir. Yargıtay, kamu görevlisinin kişisel kusur

⁴⁶ Yasal güvence sisteminin karşısında *birlikte sorumluluk sistemi* bulunmaktadır. Birlikte sorumluluk sisteminde, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kişilere verilen zararlardan dolayı idare yanında kusurlu davranışı ile zarara neden olan kamu görevlisi de doğrudan ve şahsen sorumlu tutulmaktadır. Bahtiyar Akyılmaz, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 456.

⁴⁷ Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 13-15.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

teşkil eden eylemini Anayasanın 129/5 maddesi kapsamında değerlendirmemektedir⁴⁸. Bu çerçevede Yargıtay kimi kararlarında Anayasanın 125/son ve 137. maddesini, kamu görevlisinin kanuna aykırı eylem ve işlemlerinden şahsen sorumlu tutulacağına Anayasal dayanağı olarak görmektedir⁴⁹.

Gözler, Anayasanın gerek 129/5 hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken* ibaresini ve gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevler* ibaresini esas almakta ve kamu görevlisinin yetki kullanımı dışında veya kamu hukukuna tabi görevlerle ilgisiz eylem ve işlemleri olabileceğini kabul etmektedir. Yazar, bu tür eylem ve işlemleri de kişisel kusurlu eylem ve işlemler olarak değerlendirmektedir⁵⁰.

Akıllmaz ise farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Akıllmaz'a göre, gerek Anayasa hükümleri ve gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, açık bir şekilde, kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken işlediği kusurdan dolayı ancak idareye karşı dava açılacağı düzenlenmiştir. Bunun dışında anılan düzenlemeler çerçevesinde, doğrudan kamu görevlisine karşı dava açılmaması gerekir⁵¹.

Aslında, söz konusu düzenlemeler esas alındığında Türk hukuk sisteminde kişisel kusur kavramının anlamını yitirdiğini söyleyebiliriz. Çünkü, her ne kadar kamu görevlisinin yetkisini kullanırken kişisel kusuru söz konusu olabilsede nihayetinde ancak idare aleyhine dava açılacaktır. Bu nedenle kamu görevlisinin kişisel kusurundan bahsedilmesi bizce anlamsızdır⁵².

⁴⁸ Y4HD, 28.3.2006, E: 2005/1946, K: 2006/3385. Y4HD, 1.3.2007, E: 2007/1483, K: 2007/2354. Kararlar için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (21.7.2010).

⁴⁹ YHGK, 26.9.2001, E: 2001/4-595, K: 2001/643, <http://www.turkhukuksitesi.com>, (31.5.2010).

⁵⁰ Gözler, s. 1139-1141. Aynı görüşte, S. S. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, İstanbul, Cilt II, 1966, s. 1208 vd. Recep Başpınar, **Tam Yargı Davaları**, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 489. Y. Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973, s. 164. Bu görüşler için (ve aynı görüşte) bkz. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 34-41. Burada yer alan görüşlerin, Gözler dışında, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce ileri sürüldüğü gözden kaçırılmamalıdır. Böyle olmakla birlikte, 1982 Anayasasını yürürlüğe girmesinden sonra da doktrindeki baskın görüş bu yönde olmuştur.

⁵¹ Akıllmaz, Yargı, s. 468.

⁵² Bununla birlikte, rücu müessesesinin uygulanması açısından kişisel kusur önemini korumaktadır. Çünkü, kamu görevlisinin ikinci derecede de olsa, üçüncü şahsa verdiği zarar sebebiyle zararı tazmin eden idareye karşı sorumluluğu kişisel kusuru oranında söz konusu olabilecektir. Akıllmaz/Sezginer/Kaya, s. 613-618.

Anayasanın 129/5 hükmünü kamu görevlisinin yetki kullanımı dışındaki eylem ve işlemlerini kapsamayacak şekilde yorumlamak veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesini kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgisiz eylem ve işlemlerini kapsamayacak şekilde yorumlamak yasa koyucunun amacına aykırı düştüğü gibi aynı zamanda oldukça zorlama bir yorum olacaktır. Çünkü, Anayasanın 129/5 hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken* ibaresi memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini hukuka uygun olarak kullanmalarını kapsadığı gibi hukuka aykırı olarak kullanmaları durumunu da kapsar⁵³. Aynı durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu açısından da geçerlidir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğranılan zararlar* ibaresi kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi görevleri hukuka uygun olarak yerine getirmesi halini kapsayacağı gibi hukuka aykırı olarak yerine getirmesi halini de kapsar.

Burada ölçüt bizce şu şekilde olmalıdır: Kamu görevlisine yürüttüğü görev verilme idi yine de kişilere zarar verici kusurlu bir davranış içerisine girebilecek miydi? Eğer giremeyecek idiyse artık bunun hizmetten ayrılır bir yönü bulunmamaktadır ve bu durumda kişisel kusurdan dolayı kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğundan da söz edilemez⁵⁴. Eğer girebilecek idiyse bu durum kamu görevlisinin sıradan bir kişi gibi sorumluluğunu gerektirir. Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları kanununun 13. maddesini de bu çerçevede değerlendirmek gerekir⁵⁵. Bu çerçevede örneğin, polisin

⁵³ Ozansoy da bir örnekle aynı görüşü bizimle paylaşmaktadır. Yazar, Yargıtay'ın "kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetkisi yoktur" ve "kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmemesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gereken bir Anayasa emridir" şeklindeki kararlarını eleştirmekte ve Yargıtay'ın, söz konusu kararları ile idarenin "bağlı yetkiye" aykırı bir davranışını bir yetki ve görev kullanımı olarak görmemiş olmasını hiçbir açıdan savunulamayacak bir yaklaşım olarak değerlendirmektedir. Ozansoy, s. 86.

⁵⁴ Fransız hukukunda görev dışındaki bazı kusurlu eylemler, görevin dışında ama görev dolayısıyla işlenen kusurlu eylemler olarak kabul edilmekte ve bu tür eylemler kişisel kusur kapsamında değerlendirilmektedir. Görev dışında ama görev dolayısıyla işlenen kusurlu eylemler hizmetin ifası veya idarenin kamu görevlisine verdiği araçlar vesilesiyle ortaya çıkabilmektedir. Bu tür kusurlu eylemler kişisel kusur kapsamında ele alınmakla birlikte bu eylemlerden doğan zararlardan, kamu görevlisinin ödeme gücünün yetersizliği ve bu eylemlerin hizmetten tamamıyla kopuk olmaması nedeniyle idare de sorumlu tutulabilmektedir. Gözler, s. 1117-1119.

⁵⁵ Bu değerlendirmeyi Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi çerçevesinde yaptığımızı özellikle vurgulamak isteriz. Yoksa, olması gereken hukuk açısından bir değerlendirme yapmamaktayız.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

gözüne alınan kişiye işkence etmesi Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi kapsamında kamu görevlisi olan polisin kişisel kusurundan dolayı doğrudan sorumluluğunu gerektirmez⁵⁶. Çünkü, polis olan A şahsına kolluk görevi verilmesi idi A'nın işkence yapabilecek bir pozisyonu olamayacaktı. İşkence yaptıysa, bunu A şahsı, polis olmanın verdiği hukuka aykırı bir yetkinin kullanımı ile yapmıştır.

Diğer taraftan, kişisel kusurun kamu görevlisinin yürüttüğü hizmetten ayrılabilir bir kusur olarak tanımlanması, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilirliği kabul edilen bir fiiliyle kişilere zarar vermesi durumunda sadece kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı sorumlu tutulmasını gerektirir. Bu durumda idareyi sorumlu tutmaya imkan yoktur. Çünkü, madem kamu görevlisinin kişisel kusurlu eylemi, yürütülen kamu hizmetinden ayrılabilir kusurlu bir eylemdir, bu durumda yürütülen kamu hizmeti ile ilgili olmayan kusurlu bir davranıştan dolayı idareyi sorumlu tutmak nasıl haklı gösterilebilir? Anayasanın 125/son hükmünde idarenin *kendi* eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kusurundan dolayı idareyi sorumlu tutmak Anayasanın 125/son hükmüne aykırı olarak idarenin mesul olmadığı bir eylem veya işlemde dolayı sorumlu tutulması anlamına gelir. Bu çerçevede, kamu görevlisinin kişisel kusurlu kabul edildiği hallerde, hizmet kusurundan dolayı ayrıca idarenin de sorumlu tutulduğu mahkeme kararları kendi içerisinde bir çelişkiyi de bünyesinde barındırmaktadır.

Nihayet, Anayasanın 129/5 hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar* ibaresi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevler* ibaresi bizce amacına uygun olarak geniş yorumlanmalıdır. Örneğin, bir polis memuru hafta sonu bile olsa göreviyle tamamen ilgisiz olarak resmi elbisesiyle bir kişiye müdahalede bulursa ve bu müdahaleden bir zarar doğsa bu durum dahi Anayasanın 129/5 maddesi kapsamında yetki kullanırken işlenen bir kusur olarak değerlendirilmelidir. Bu örneği, polis memurunun bir hafta sonu görevi dışında resmi elbisesiyle bir kişiye zarar vermesi eyleminin kişilerin nazarında ortaya çıkardığı etkiye bakarak değerlendirmek gerekir. Bir vatandaş, hafta sonu resmi kıyafetiyle bir kişiye veya olaya müdahalede bulunan bir polisin yetkisiz olarak müdahalede bulunduğunu bilemez. Tam

⁵⁶ Aksi görüş için bkz. Gözler, s. 1140.

aksine, vatandaş nezdinde bir polis memuru hafta sonu bile olsa bir kişiye veya olaya müdahalede bulunuyorsa bu, polis memurunun yetkisi çerçevesinde gerçekleşen bir olay olarak değerlendirilir. Benzer şekilde örneğin, kamu görevlisi olan bir hemşire hafta sonu tamamen görevinin dışında bir kişiye iğne yapmış olsa, kişiler nazarında kamu görevlisi olan hemşirenin iğne yapmasına olan güven, hemşirenin kamu görevlisi olması ve bu nedenle bu işin ehli olduğunun, eğitimini aldığı bilmesinin verdiği rahatlıktan kaynaklanır⁵⁷. Bu nedenle bu tür eylemlerin de Anayasanın 129/5 hükmü çerçevesinde yetki kullanırken işlenen kusurlu eylemler olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁸.

IV. KİŞİSEL KUSUR – HİZMET KUSURU AYRIMININ ÖLÇÜTÜ VE KİŞİSEL KUSUR SAYILAN HALLER

Doktrinde ve yargı kararlarında hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımının açıklanmasına ilişkin bazı ölçütler ileri sürülmüştür. Kamu görevlisinin görevini yerine getirirken zarar verme kastıyla hareket etmesi, fiilin suç teşkil etmesi, kamu görevlisinin ağır kusuru ve hizmetten ayılabılır kişisel kusur kriterleri hizmet kusuru ile kişisel kusurun açıklanmasında esas alınan başlıca ölçütlerdir⁵⁹.

Yargıtay, kişisel kusurun ölçütü olarak sadece kin, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, *görevin gerekli kaldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmamasını* da ele almaktadır⁶⁰. Yargıtay bazı kararlarında kişisel kusuru, *görev ve yetki ile bağdaşmayan durumlar, idari işleme yabancı olan eylem ve işlemler, suç oluşturan fiiller, idari yetkilerin kullanım alanı dışına taşan eylem ve işlemler* ibareleri ile ifade etmektedir⁶¹.

⁵⁷ Kamu görevlisi olmayan, serbest çalışan bir hemşire veya hekimin tazminat sorumluluğu idari sorumluluk kapsamı dışındadır. Bu durumda hekimin sorumluluğu, sözleşme öncesi görüşme, vekaletsiz iş görme, haksız fiil veya hekimlik sözleşmesinden kaynaklanabilir. Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHF Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 228.

⁵⁸ Aksi görüş için bkz. Demir, s. 230. Yazar, nöbetçi doktorun serviste yatan hastasına tecavüz etmesini veya bir psikiyatrin, psikolojik olarak rahatsız olan bayan bir hastasının zafiyetinden yararlanarak duygusal sömürü yapmasını hekimin kişisel kusuru olarak değerlendirmektedir. Aynı doğrultuda, M. Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 580.

⁵⁹ Yunus Aykın, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara, 2009, s.529-536. Tandoğan, s. 141-142.

⁶⁰ Y4HD, 30.11.1998, E: 1998/6342, K: 1998/9531, <http://www.hukuki.net>, (31.5.2010)

⁶¹ Y4HD, 17.11.1986, E: 1986/4898, K: 1986/7786, YKD, Cilt 13, Sayı 2, s. 200.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

Yargıtay'ın, kişisel kusur oluşturmadığı kabul edilen bazı kararlarını ele alarak kişisel kusur ölçütünü aksi yönde bir bakış açısıyla ele alabiliriz. Yargıtay'a göre,

Somut olayda, davacı davalının sorumluluğundaki çöplüğün gerekli bakım ve güvenliğini sağlamadığını, çöplükte çıkan yangının bu sebeple kendi mahsulüne zarar verdiğini iddia ederek tazminat istemektedir. Davacının bu isteği idari karar ve eylemlerden doğan zarar niteliğinde bulunduğundan, ödetilmesi istekleri 11.02.1959 gün ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın II. bendi hükmünce tam yargı davasının konusunu oluşturur. İdarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince İdare'ye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. Mahkemece, yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasının çözülmesi usul ve yasaya aykırılık oluşturur.⁶²

Benzer bir karar:

Bir kamu kurumunun yasalar uyarınca yapılmış olan tesislere bakım ve o tesisleri kullanım yükümlülüğü yasalardan doğan kamusal bir görevdir. O halde anılan nitelikteki bir kamu tesisinin gerek yapılmasındaki, gerekse kullanılması veya muhafazasındaki kusurdan doğan zararlar, idari karar ve eylemlerden doğan zararlar niteliğinde bulunduğundan onların ödetilmesi istekleri 11.2.1959 günlü ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının II. bendi hükmünce tam yargı davasının konusunu oluştururlar. Bu davaların ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi hükmünce idari yargı yerinde görülmesi gerekir.⁶³

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında kişisel kusurun net bir ölçütünü bulmak mümkün değildir. Bununla birlikte, doktrinde aşağıdaki 4 hususta kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu kabul edilmektedir.

A. Yargı Kararlarının Uygulanmaması

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında, *Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez* düzenlemesine yer verilerek, mahkeme kararlarının idare

⁶² Y4HD, 30.11.2006, E: 2005/12996, K: 2006/13238, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

⁶³ Y4HD, 23.10.2008, E: 2008/1968 K: 2008/12484, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

tarafından uygulanması zorunluluğu Anayasal düzeyde garanti altına alınmıştır. Bu zorunluluğa uyulmamasının ortaya çıkaracağı mali sorumluluk ise yukarıda ifade ettiğimiz gibi yine Anayasanın 40/3 ve 129/5 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde yer alan hüküm, mahkeme kararlarının kamu görevlisince uygulanmaması durumunda kararı uygulamayan kamu görevlisine karşı doğrudan dava açılabilmesi hususunda Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasından farklı bir düzenleme içermektedir. Şöyle ki, 28. maddenin 1. fıkrasında, *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* hükmü yer almış ve dördüncü fıkrasında ise *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* düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile mahkeme kararlarını 30 gün içerisinde kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu ve bu kişisel kusurundan dolayı doğrudan sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir. İYUK’ da yer alan bu düzenleme, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir⁶⁴. İYUK’ un 12 Eylül 1980 döneminde hazırlanmış olması ve 2001 yılına kadar⁶⁵ Anayasanın geçici 15. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bulunması, Anayasaya aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesine taşınmasını engellemiştir. Bugün artık böyle bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olan söz konusu İYUK hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi mümkündür.

İYUK’un 28. maddesinin 5. fıkrasının Anayasanın 129. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmesine rağmen bugüne kadar bu hüküm itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmamıştır. Bunun tam aksine, Yargıtay kararlarında, mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlisi İYUK’un 28. maddesine göre kişisel olarak kusurlu bulunmakta ve doğrudan kamu görevlisinin so-

⁶⁴ Aynı görüşte bkz. Akyılmaz, Yargı, s. 468. Gözler, s. 1143-1144. Günday, s. 329.

⁶⁵ Anayasanın geçici 15. maddesinin 3. fıkrası, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

rumluluğuna gidilmektedir⁶⁶. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1979 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile Danıştay tarafından verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu kararlaştırılmıştır⁶⁷. Hatta Yargıtay'ın, kamu görevlisinin mahkeme kararını uygulamaması durumunda salt kişisel kusurunun bulunacağı ve bu nedenle mahkeme kararının uygulanmamasından dolayı adli yargı mercilerinde sadece kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilebileceği yönünde kararlarına da rastlanmaktadır⁶⁸.

Yargıtay'ın bu tutumu, mahkeme kararlarının uygulanmasında gerekli özen ve dikkati göstermeyen ve hatta kişisel ya da siyasi saiklerle mahkeme kararlarının uygulanmasını engelleyen ya da geciktiren kamu görevlilerini bu tür davranışlardan caydırmak amacını taşımaktadır. Kamu görevlisinin mahkeme kararlarının uygulanmamasından kişisel olarak sorumlu tutulması,

⁶⁶ Y4HD, 12.3.1979, E: 78/6787, K: 79/3249, YKD, c. 5, sy. 8, 1979, s. 1136-1139. (Naklen: Akyılmaz, Yargı, s. 454)

⁶⁷ YİBBGK, 22.10.1979, E: 1978/7, K: 1979/2, RG: 29.11.1979-16824. Aynı yönde, YHGK, 2.7.2008, E: 2008/4-464, K: 2008/465, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (21.7.2010). Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay ayrıca, mahkeme kararının uygulanmamasında kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğu için kin, garaz, husumet ve benzeri duygular altında hareket edilmiş olmasını gerekli görmemektedir. Kamu görevlisinin doğrudan sorumlu tutulabilmesi için mahkeme kararının uygulanmamış olması yeterlidir. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Mahkeme kararlarının uygulanmamasından bir kamu görevlisini sorumlu tutabilmek için kusurunun bulunup bulunmadığı mutlaka araştırılmalıdır. Bu yönde, Y4HD, 21.3.1995, E: 1995/1600, K: 1995/2397, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (21.7.2010). Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte kamu görevlilerinin mahkeme kararlarının uygulanmamasından dolayı sorumlu tutulabilmeleri için kasıtlı davranmaları koşulu getirilmiştir. 1979 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından sonra 1982 Anayasasının yürürlüğe konulmasının hemen ertesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu mahkeme kararlarının uygulanmamasından doğan zararların tazmini için kamu görevlisine karşı değil, doğrudan idareye karşı dava açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. YHGK, 14.9.1983, E: 1980/4-1714, K: 1983/803, YKD, Cilt: 9, Sayı: 11, 1983, s. 1587. (Naklen: Gözler, s. 1142. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, s. 16. Akyılmaz, Yargı, s. 462, Ozansoy, s. 75.) Yargıtay yakın tarihli kararlarında ise eski içtihadına dönüş yapmıştır. YHGK, 7.6.2006, E: 2006/309, K: 2006/359, <http://www.haberturk.com> (Naklen: Akyılmaz, Yargı, s. 466). Y4HD, 3.10.2006, E: 2006/9336, K: 2006/10206, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

⁶⁸ Y4HD, 27.2.1986, E: 86/1268, K: 86/1841, YKD, c. 12, sy. 6, 1986, s. 797. (Naklen: Akyılmaz, Yargı, s.461.) Akyılmaz, bu durumu şu şekilde değerlendirmektedir: "... kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını uygulamamaları sebebiyle, İYUK 28/4 ve Anayasanın söz konusu hükümleri karşısında yargı kararını sadece uygulamamanın, salt kişisel kusur telakki edilerek kamu görevlisinin doğrudan kişisel sorumluluğu cihetine gidilebileceği idarenin sorumluluğunun ise söz konusu olmayacağı iddiası, hukuk kurallarının yanlış yorumlanmasından ötesinde, yok sayılması demektir." Akyılmaz, Yargı, s. 464.

kamu görevlisinin mahkeme kararlarını uygulamak hususunda daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlamaktadır. Bunun aksine, mahkeme kararlarının uygulanmaması durumunda doğrudan idarenin sorumlu tutulması ve idareye kusuru bulunan kamu görevlisine rücu etme imkanının tanınması, mahkeme kararlarının uygulanabilmesinde yeterli güvenceyi sağlayamamaktadır⁶⁹. Çünkü, özellikle buldukları kamu kurumunun hiyerarşik olarak en üstünde yer almaları nedeniyle bazı kamu görevlileri açısından rücu müessesesinin işletilmesi imkanı bulunmamaktadır⁷⁰. Böyle olmasa bile, mahkeme kararını uyulamayan kamu görevlisinin bundan dolayı kişisel olarak sorumlu tutulması, rücu yöntemiyle dolaylı olarak sorumlu tutulmasından her zaman daha etkili bir yöntemdir. Yargıtay bu nedenden dolayı, mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlisini kişisel olarak kusurlu bulmakta ve kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğuna gidilebileceğini öngörmektedir.

Yargıtay'ın bu yaklaşımı, mahkeme kararlarının uygulanmasında daha etkili bir yöntem olmakla birlikte, Anayasanın 129. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin *yok* sayılması anlamına da gelmektedir⁷¹.

B. Kamu Görevlisinin Suç Oluşturan Davranışları

Doktrinde ve mahkeme kararlarında kamu görevlisinin, görevi ile ilgili olarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerin suç niteliğinde olması durumunda kişisel kusurlu kabul edilmesi ve kişilere verilen zarardan doğrudan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kabulün gerekçesi olarak, kamu görevlisinin suç niteliğindeki davranışlarının yürütülen idari faaliyet ile herhangi bir ilgisinin olmadığı veya olsa bile idari faaliyet ile ilişkiyi kestiği ileri sürülmektedir⁷².

Yargıtay da kararlarında kamu görevlisinin suç oluşturan eylem ve işlemlerini kişisel kusur kapsamında değerlendirmekte ve bu eylem ve işlemlerden dolayı doğrudan kamu görevlisine karşı dava açılabileceği sonucuna varmaktadır. Yargıtay'a göre, ...*memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkararak ve bunlara aykırı*

⁶⁹ Turan Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", **International Journal of Human Sciences ISSN: 1303-5134**, Vol. 1, No. 1, 2004, www.insanbilimleri.com, (28.5.2010), s. 4.

⁷⁰ Akyılmaz, Yargı, s. 458.

⁷¹ Akyılmaz, Yargı, s. 453.

⁷² Günday, s. 326. Y4HD, 14.11.1985, E: 1985/7369, K: 1985/9399, YKD, C. 12, Sayı:4, s. 509. (Naklen: Ozansoy, s. 76.)

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

*rı 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.*⁷³

Kamu görevlisinin suç oluşturan her bir eylem ya da işleminde mutlaka kişisel bir kusurunun bulunduğu ileri sürmek bizce isabetli değildir. Suç ile kişisel kusur arasında zorunlu bir bağ yoktur⁷⁴. Bazı durumlarda kamu görevlisinin eylem veya işlemi suç niteliği taşısa da söz konusu eylem veya işlemi yürütülen idari faaliyetten ayırmak ve ondan soyut olarak düşünmek mümkün olamamaktadır.

C. Ağır Kusur

Kamu görevlisinin ağır kusuru da kişisel kusur kabul edilmektedir. Kamu görevlisinin yetkisini kullanırken yaptığı bir hatanın kabulünün mümkün olmadığı durumlarda kamu görevlisinin ağır kusurundan bahsedilmektedir.

Ç. Kamu görevlisinin Kötü Niyetli Davranması

Kişisel kusurun kabul edildiği bir diğer hal, kamu görevlisinin yetkisini kullanırken, kişilere karşı siyasal, kişisel veya başka nedenlerle kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında zarar verici bir şekilde davranmasıdır. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında,

Davacının sicil amirleri olan davalıların, nedensiz biçimde ve kişisel duygularla davacı hakkında olumsuz sicil raporu düzenledikleri iddia edilmektedir. Olumsuz sicil raporları açılan davalar sonucu "objektif olarak hazırlamadıkları" gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dava dosyalarında da davacının sicilinin olumsuz olmasını gerektiren herhangi bir soruşturma veya rapor bulunmamaktadır. Bu duruma göre, davalıların sicil konusunda subjektif davrandıkları, diğer bir anlatımla yansız olarak sicil düzenlemedikleri ve böylece kişisel kusurları bulunduğu anlaşıldığından bu somut olgu gözetilerek manevi tazminat takdiri gerekir.
sonucuna ulaşmıştır⁷⁵.

⁷³ YHGK, 26.9.2001, E: 2001/4-595, K: 2001/643. YHGK, 15.11.2000, E: 2000/4-1650, K: 2000/1690. YHGK, 29.3.2006, E: 2006/4-86, K: 2006/111. YHGK, 20.9.2006, E: 2006/4-526, K: 2006/562. YHGK, 17.10.2007, E: 2007/4-640, K: 2007/725. Kararlar için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com>, (31.5.2010).

⁷⁴ Gözler, s. 1135.

⁷⁵ Y4HD, 30.9.2003, E: 2003/1367, K: 2003/10869, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

V. FİİLİ YOL - KİŞİSEL KUSUR AÇMAZI

Fransız idare hukukundan Türk idare hukukuna taşınan müesseselerden birisi de *fiili yol* dur. Fiili yol ile kişisel kusur açmazını incelerken öncelikle fiili yol kavramına doktrinde verilen anlamı ele alacağız. Daha sonra ise fiili yol ile kişisel kusur anlayışının ortaya çıkardığı çelişkileri bazı sorular sorarak ortaya koymaya çalışacağız. Böylece, idare hukukunun iki farklı, fakat birbirine benzer müessesesini bütüncül bir yaklaşımla ele alıp, bu iki müessesenin doktrinde birbirinden farklı olarak ele alınmasının ortaya çıkardığı çelişkileri tespit etmeye çalışarak, ilkesel ve içerisinde bir bütünlük ve tutarlılık barındıran bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

Doktrinde fiili yol genel olarak, idarenin hukuka açıkça aykırı olarak icrai bir eylemi ile mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Bu tanımlamaya etkin özelliğini veren hususlardan birisi, idarenin icrai bir eyleminin bulunmasıdır⁷⁷. İdarenin bir eylemi olmadan idari işlemin tek başına fiil yol oluşturması kabul edilmemektedir. İdari eylem, bir idari işleme dayanmadan doğrudan ortaya çıkabileceği gibi bir idari işlemin uygulanmasının sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Diğer bir husus, idarenin icrai eyleminin açıkça hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık esasa ilişkin olabileceği gibi usule ilişkin de olabilir. Önemli olan hukuka aykırılığın açık, hemen anlaşılır ve ağır bir hukuka aykırılık olmasıdır⁷⁸. Nihayet, idarenin açıkça hukuka aykırı olan icrai eylemi, mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak veya özgürlüğe ilişkin olmalıdır⁷⁹. Şu halde, idarenin açıkça hukuka aykırı olan her türlü icrai eylemi değil, mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin olan icrai eylemi fiili yol oluşturabilir⁸⁰.

Kişisel kusur ise yukarıda ifade ettiğimiz gibi gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında genel olarak; kamu görevlilerinin, görevleri içerisinde ve fakat yaptıkları görevden ayrılabilen kimi kusurlu davranışları olarak tanımlanmaktadır.

⁷⁶ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2002, s. 93. Gürsel Kaplan, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 892. Yücel Oğurlu, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/idari_hukukunda.htm, (31.5.2010), s. 1-2. İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Alfa, İstanbul, 1996, s. 498.

⁷⁷ Kaplan, s. 893 ve 898. Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, s. 93-94.

⁷⁸ Oğurlu, s. 3.

⁷⁹ Kaplan, s. 894-897.

⁸⁰ Oğurlu, s. 2-5.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

Fiili yolu, kişisel kusurdan ayıran temel unsurun *icrai eylem* olduğu söylenebilir⁸¹. Aslında bu unsur dışında gerek fiili yol ve gerekse kişisel kusur tanımında yer alan diğer unsurlar fiili yol ile kişisel kusuru birbirinden ayırt edici unsurlar değildir⁸². Bir kere, doktrinde ve Yargıtay kararlarında kişisel kusurlu eylemler olarak kabul edilen kamu görevlisinin kötü niyetli, ağır kusurlu, suç oluşturan davranışı ve yargı kararlarının uygulanmaması eylemleri aslında belli bir oranda *icrai eylem* kıstası dışında⁸³ fiili yol tanımında yer alan *hukuka açıkça aykırılık ve mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğü ihlal* unsurlarını bünyesinde taşımaktadır. Yani, kişisel kusurlu kabul edilen eylemler de hukuka açıkça aykırıdır ve mülkiyet hakkına veya diğer bir temel hak ve özgürlüğe tecavüz niteliğindedir. Bu durumda, büyük oranda keşişen fiili yol veya kişisel kusur oluşturan eylemlerin sonuçlarının da aynı olması gerekmez mi?

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında fiili yol ile kişisel kusur oluşturduğu kabul edilen eylemler arasında farklı sonuçlar ortaya konulmaktadır. Şöyle ki, idarenin icrai bir eyleminin fiili yol oluşturması durumunda, idarenin icrai eyleminin idarilik niteliğini yitirdiği ve eylemin *haksız bir fiile* dönüştüğü kabul edilmektedir⁸⁴. Bu durumda idarenin ve eylemin sahibi kamu görevlisinin haksız fiil sorumluluğu Borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilmektedir⁸⁵. Bir diğer deyişle idarenin hizmet kusuru, fiili yol hallerinde kabul edilmemektedir⁸⁶. Kamu görevlisinin kişisel kusurlu kabul edildiği durumlarda ise kişisel kusur ile hizmet kusurunun iç içe geçmesinden bahisle ayrıca idarenin hizmet kusurundan da söz edilmesi, fiili yol hallerinde idarenin hizmet kusurun-

⁸¹ Fiili yol belki bir de mülkiyet hakkının korunmasına özel bir vurgu yapması yönüyle kişisel kusurdan ayrılabilir.

⁸² Oğurlu'ya göre, kişisel kusur durumunda kişisel kusurlu eylemin kamu hizmeti ile olan ilişkisi tamamen ortadan kalkmazken, fiili yol durumunda fiili yol oluşturan eylemin idarilik özelliği tamamen ortadan kalkmaktadır. Fiili yol, sadece mülkiyet hakkı ve diğer temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlarken, kişisel kusur daha genel ve geniş bir içeriğe sahiptir. Ayrıca, fiili yolda hukuka aykırılık daha baskındır. Oğurlu, s. 9.

⁸³ Kişisel kusurlu eylemler icrai eylem niteliğinde de olabilir. Fakat olmadığı durumlar da söz konusu olabilir.

⁸⁴ Kaplan, s. 908-909. Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 94-96.

⁸⁵ Bu değerlendirmenin aksine görüş ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Duran, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi karşısında, fiili yol veya taşınmaz el atma niteliğindeki davranışlar söz konusu olsa bile yalnızca idareye karşı idari yargıda dava açılacağı tespitinde bulunmaktadır. Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 14.

⁸⁶ Oğurlu, s. 9. YHGK, 9.4.2003, E: 2003/5-252, K: 2003/288, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

dan söz edilemeyeceği düşüncesiyle çelişmektedir. Madem hem fiili yol hem de kişisel kusur durumlarında, kişi hak ve özgürlüklerine zarar veren eylemlerin idarilik özelliği ortadan kalkmakta ve yukarıda yaptığımız değerlendirme çerçevesinde fiili yol ile kişisel kusur hallerinin çoğu zaman birbiri ile kesiştiği gerçeği bulunmakta; o halde neden fiili yol durumlarında hizmet kusurundan bahsedilmezken, kişisel kusur durumlarında hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçmesinden bahisle hizmet kusurunun da bulunabileceği ve idareye karşı da ayrıca hizmet kusurundan dolayı idari yargıda dava açılacağından söz edilmektedir?

Örneğin, mahkeme kararlarının uygulanmaması eylemi kişisel kusurlu bir eylem kabul edilmektedir. Diğer taraftan bu eylem aynı zamanda hizmet kusuru kapsamında da ele alınmaktadır⁸⁷. Aslında, mahkeme kararlarının uygulanmaması eylemi, fiili yol tanımına da girmektedir⁸⁸. Fiili yol durumunda ise hizmet kusurundan söz edilmemektedir. Bu durumda aynı eylem, kişisel kusur kabul edildiğinde idarenin hizmet kusuru da söz konusu olabilirken, fiili yol kabul edildiğinde idarenin hizmet kusurundan bahsedilemeyecektir.

Yine, kişisel kusur hallerinde idarenin de hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilmesi, idareye karşı ancak idari yargıda hizmet kusurundan dolayı dava açılacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Fiili yol hallerinde ise idarenin hizmet kusuru kabul edilmediği için, idarenin kamu görevlisi yanında sorumluluğu ancak adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre gerçekleştirilebilecektir. Bir diğer deyişle, fiili yol halinde Devletin (idarenin) sorumluluğuna adli yargıda Borçlar Kanununun 55. maddesi çerçevesinde gidilecekken, kişisel kusur hallerinde devletin (idarenin) sorumluluğuna adli yargıda Borçlar Kanununun 55. maddesi çerçevesinde gidilemeyecektir⁸⁹. Tam aksine idarenin sorumluluğu hizmet kusuru gerekçe gösterilerek idari yargıda idare hukuku kurallarına göre gerçekleştirilecektir. Böyle bir farkın ortaya çıkmasının bizce herhangi bir mantığı bulunmamaktadır⁹⁰.

⁸⁷ Akyılmaz, Yargı, s. 456. Gözler, s. 1143.

⁸⁸ Mahkeme kararlarının uygulanmaması eyleminin fiili yol oluşturmadığı düşüncesi için bkz. Akyılmaz, Yargı, s. 456.

⁸⁹ Tandoğan, s. 144-145.

⁹⁰ Bu tür farklılıklar bizzat yasa koyucu tarafından da yaratılabilmektedir. Örneğin, Medeni Kanun ve İcra İflas Kanunu gibi kimi kanunlarda kamu görevlisinin kusurundan doğan zararlardan idare ile birlikte (rücuen) kamu görevlisi de sorumlu tutulmakta ve bu tür davaların adli yargı mercilerinde görüleceği düzenlenmektedir. (MK md. 1007, İİK md. 5.) Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s. 7.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

Bir diğer husus, fiili yol kabul edilen eylemlerinin yokluk yaptırımına tabi olduğu kabul edilmesine rağmen, kişisel kusur hallerinde böyle bir husus söz konusu olmamaktadır. Yokluk yaptırımının fiili yolda kabul edilmesi, kişisel kusur halinde ise kabul edilmemesi fiili yol ile kişisel kusurlu kabul edilen eylemler arasında farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, fiili yol halinde yokluk yaptırımı söz konusu olacağı için dava açma süresi herhangi bir süreye tabi değilken, kişisel kusur hallerinde yokluk yaptırımı her zaman söz konusu olmayacağı için özel hukuktaki zamanaşımı süreleri işleyecektir. Böyle farklı bir sonucun ortaya çıkmasını haklı gösterebilecek bir sebep de bulunmamaktadır.

Gerek fiili yol ve gerekse kişisel kusurun, aslında mevcut düzenlemelerin kişi hak ve özgürlüklerini tam olarak güvence altına alamamış olmasının verdiği pratik gereksinimlerden kaynakladığı söylenebilir. Şöyle ki idare hukukunda fiili yolun kabulü ile mülkiyet hakkı ve diğer temek hak ve özgürlüklerin, idari yargılama usul kurallarının yetersizliğinin bir sonucu olarak adli yargı mahkemelerince daha iyi korunabileceğine⁹¹; kişisel kusurun kabulü ile ise yine aynı gerekçeler yanında, idare hukukunun kamu görevlilerinin kusurlu eylemlerinden dolayı doğrudan idareyi sorumlu tutması ve kamu görevlilerinin sorumluluğunu ikinci dereceye indirgemesinin kişi hak ve özgürlükleri açısından ortaya çıkarmış olduğu sakınca ve yetersizliklerin ortadan kaldırılabilmesine inanılmaktadır⁹². Dikkat edilirse her iki müessese de içtihat kaynaklıdır. Halbuki, kişi hak ve özgürlükleri açısından söz konusu sakınca ve yetersizliklerinin hukuksal düzenleme ile ortadan kaldırılması, içtihat hukuku ile zorlama çözümlere gidilmesini ortadan kaldırabilir.

Özetle, fiili yol kabul edilen eylemler ile kişisel kusurlu kabul edilen eylemlerin esasında birbiri ile örtüşmesi, fiili yol ya da kişisel kusur üzerine yapılacak değerlendirmelerde bu iki müessesenin aynı hukuksal yaklaşım çerçevesinde ele alınması ve bütüncül hukuksal sonuçlara ulaşılmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, benzer hukuksal sorunlarda ilkesel bütünlükten uzak, birbiri ile çelişen ve bu nedenle kişi hak ve özgürlüklerini zedeleyen bir sonuç ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle biz bu çalışmada kişisel kusura ilişkin yaptığımız değerlendirmelerin fiili yolu da kapsayacağı kanaatindeyiz.

⁹¹ Kaplan, s. 909-910. Oğurlu, s. 11. Örneğin, idari yargılama usul hukukunda fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak tam yargı davasının açılması kabul edilmemiştir. Bu durum tam yargı davalarında, idari işlem veya eylemlerden dolayı zarar gören kişilerin zararlarını tam olarak karşılamalarını engelleyebilmektedir.

⁹² Yıldırım, s. 8.

Bunun tam tersi de geçerli olacaktır. Fiili yola ilişkin değerlendirmeler, kişisel kusur açısından da geçerli olacaktır.

Bu noktada Kaplan'ın fiili yol ile ilgili bir değerlendirmesine katılmamak mümkün değildir. Kaplan'a göre,

... Dava açma süresi yönünden ilgililer lehine doğurduğu olumlu sonuç bir yana bırakılırsa, başka açılardan sağladığı bir fayda ve katkı yoktur. Fayda ve katkı şöyle dursun, görev (yargı yolu) uyumsuzluğunun yol açabileceği sorunlar nedeniyle, dava açabilme hakkının kaybı da dahil olmak üzere, çeşitli olumsuz sonuçları beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, kamımızca yapılması gereken, İdare Hukukunun yapısı ve prensipleriyle bağdaşmayan bu arkaik ve anakronik kurumun varlığını benimseyip koruyarak idareyi kendisine yabancı bir yargıç ve hukukla baş başa bırakmak değil, idari yargıcın yargılama sürecinde başvurabileceği hukuksal olanaklar ile hükmedebileceği yaptırımları artırmak ve çeşitlendirmektir. Bunlar gerçekleşebildiği ölçüde, İdareyi adli yargı hakimi ve özel hukuk kuralları marifetiyle yargılama tehdidiyle 'hizaya getirme' yahut 'terbiye' etme veya fiili yol gibi yapay hukuksal kurumlara başvurma ihtiyacının hukuksal altyapısı da kendiliğinden ortadan kalkacaktır.⁹³

ÖNERİLERİMİZ

İdari işlem veya eylemlerden zarar gören kişilerin, idareye karşı idari yargı mercilerinde açtıkları tam yargı davalarında idare yanında ayrıca zarar doğurucu işlem veya eylemin sahibi olan kamu görevlisine karşı da dava açabilmeleri; idari yargı mercilerinin de açılan davada idarenin ve kamu görevlisinin kusurunu ayrı ayrı tespit etmesi ve kusurları oranında doğrudan idareyi ve kusurlu kamu görevlisini tazminata mahkum etmesi imkanının tanınması kanaatimizce kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu bahsinde ortaya çıkan birçok sorunu ortadan kaldıracaktır.⁹⁴

⁹³ Kaplan, s. 914-915.

⁹⁴ Doktrinde bu yaklaşıma benzer bir öneri, mevcut düzenlemeler esas alınarak kimi yazarlarca ileri sürülmüştür. Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükümleri çerçevesinde, idareye karşı açılan tam yargı davasında, idari yargı mercilerinin idarenin kusurunu ve sorumluluğunu belirlerken kişisel kusuru bulunan kamu görevlisinin kusur oranını ve idarenin kamu görevlisine rücu miktarını da belirleyebileceği ve bu çerçevede idarenin bu hükme dayanarak alacağı icrai bir kararla bu hükmü yerine getirmek zorunda bırakılabileceği ifade edilmiştir. Bahtiyar Akyılmaz, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1057-1060. Fakat haklı olarak bu görüş, mevcut düzenlemeler çerçevesinde böyle bir sonuca ulaşılmasının, idari yargıda kamu görevlisini "davalı" konumuna koyması ve kamu görevlisine savunma hakkı tanımaması nedeniyle hukuken kabul edilemez bir görüş olarak değerlendirilmiştir. Onar, III, s. 1706 vd. (Naklen: Akyılmaz, İdare Hukukunda, s. 1045.)

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

Kamu görevlisinin bir işlem veya eyleminden dolayı devletin sorumluluğu ile kamu görevlisinin kişisel olarak sorumluluğunun ayrı zeminlerde devam etmesinin ortaya çıkardığı bazı sorunlar bulunmaktadır. Bir taraftan, kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir işlem veya eyleminden dolayı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti ve sorumluluğu, diğer taraftan kamu görevlisinin kusurunun ve sorumluluğunun tespiti gerekmektedir. Ayrıca, kamu görevlisinin kusuru tespit edilse de bu kusurun hizmet kusuru içerisinde değerlendirilmesi ve bundan dolayı kamu görevlisinin sorumsuzluğu ya da kişisel kusurunun ve bundan dolayı da idarenin sorumsuzluğunun tespiti gerekmektedir. Bu tartışmalı konulara, zarar verici bir idari eylem veya işlemden dolayı idarenin ve kamu görevlisinin kusur oranlarının tespiti de eklenebilir.

Bu noktada, bu sorunların tespitini ortaya koyacak yargı mercilerine baktığımız zaman Yargıtay'ın da Danıştay'ın da hem kişisel kusur hem de hizmet kusurunun tespitine ilişkin kararlar verdiği görülmektedir⁹⁵. Bu durumun iki farklı yargı kolu arasında içtihat farklılıklarının ortaya çıkması ve yargılama sürecinin uzamasına⁹⁶ sebep olması bir tarafa, bu sistemde kamu görevlisi ile idarenin sorumluluğunu bir elden ve bütünsel olarak çözümlenecek bir yargılama usulü söz konusu olamamaktadır. Halbuki, üçüncü kişiler açısından zarar doğurucu bir idari eylem veya işlemden dolayı kamu görevlisinin veya idarenin ya da her ikisinin sorumluluğunu gerektirebilecek olan sadece bir olay söz konusudur. Bu olayın farklı davalıları söz konusu olsa da olay tektir. Bu nedenle zarar verici bir idari eylem veya işlemden dolayı sorumluluğun tespiti davalıların durumuna göre farklı yargı mercilerinde görülmemelidir. İdarenin sorumluluğu ile kamu görevlisinin kişisel olarak sorumluluğunun birlikte ve bir sistem içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir değerlendirmeyi gerektirecek bir sistem oluşturulmalıdır.

Tabii böyle bir sistemin oluşturulması, idare ve kamu görevlisinin idari yargı mercilerince sorumluluğunun saptanması ve tazminata mahkum edile-

⁹⁵ Bkz. Y4HD, 16.9.1993, E: 1992/8696, K: 1993/10619. Y4HD, 17.6.2003, E: 2002/14294, K: 2003/7867. Y4HD, 18.9.2003, E: 2003/9116, K: 2003/10289. Y4HD, 4.11.2003, E: 2003/10925, K: 2003/12735. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010). Yargıtay çoğu zaman, davacının adli yargıda açtığı davada iddiasını hizmet kusuruna dayandırmış olmasını, söz konusu davanın idari yargının görev alanına girdiğinin kabulü için yeterli görmektedir. Y4HD, 25.5.2006, E: 2005/7696, K: 2006/6107, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010). Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bkz. Y4HD, 26.10.2007, E: 2007/8458, K: 2007/13024, <http://emsal.yargitay.gov.tr>, (20.7.2010).

⁹⁶ Sorumluluk hukukunda gereksiz yere adli-idari yargı arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlıkları yargılama sürecinin uzamasına neden olmaktadır.

bilmeleri açısından ayrı bir hukuksal rejimin düzenlenmesini gerektirecektir. Örneğin, artık böyle bir durumda idari yargı mercilerinde kamu görevlisine karşı da yürütmüş olduğu hizmetle ilgili olarak dava açılabilme imkanının tanınması zorunlu olacaktır⁹⁷. Yine böyle bir durumda, sunulan kamu hizmetiyle en ufak bir şekilde ilişkilendirilebilen her türlü kamu görevlisine ait işlem veya eylemden ortaya çıkan zarara ilişkin sorumluluğun idari yargının görev alanında bulunduğu görüşü kabul edilmiş olacaktır⁹⁸. Yine, böyle bir yaklaşımın benimsenmesi durumunda hizmet kusurunun kapsamının da oldukça geniş bir şekilde ele alınması gerekecektir.

Kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin birçok faydası bulunmaktadır. İlk olarak, kamu görevlisinin yürütmüş olduğu kamu hizmetiyle ilişkilendirilebilen her türlü eylem ve işlemde ortaya çıkan zararların tazmininin hem idare hem de kamu görevlisi açısından tek bir yargı merciine (idari yargı) bırakılması, bu konuya ilişkin adli yargı ve idari yargı arasından ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarını ortadan kaldıracaktır. Bu çerçevede, Anayasanın 129/5 ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi çerçevesinde yapılan görevden ayrılabilen kusur-görevden ayrılamayan kusur tartışmaları ve bu konudaki belirsizlik son bulacaktır.

Diğer taraftan, hem idare hem de kamu görevlisinin mali sorumluluğunun eş zamanlı olarak ve aynı dava çerçevesinde idari yargı mercilerince tespit edilmesi, idari yargının, idari işlem ve eylemlerin hukuksal denetiminde uzmanlaşmış ve idare-kamu görevlisi-üçüncü kişiler arasındaki kamu hukukuna özgü hukuksal ilişkiyi daha yakinen tanımış olmasının verdiği kolaylıkla, daha hızlı, adil, ekonomik, istikrarlı, kamu yararı ve hizmet gereklerini gözetten bir şekilde karar verilmesini sağlayabilecektir.

Bu yaklaşım, kamu görevlisinin görevini yerine getirirken daha dikkatli davranmasını da sağlayacaktır. Bu yaklaşımın benimsenmesinin kamu görevlisini, görevini yerine getirirken daha çekingen yapabileceği ve bunun da kamu hizmetlerinin sunumunu engelleyebileceği ya da yavaşlatabileceği haklı bir endişe olarak ileri sürülebilir. Hatta, kusurlu kamu görevlisinin çoğu zaman ödeme gücünün yetersizliğinin, zarar gören kişiler açısından sakıncalı bir durum ortaya çıkaracağı da düşünülebilir. Fakat, diğer halde, kamu görevlisi-

⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargı mercilerinde kamu görevlilerinin de davalı olarak gösterildiği davalarda kimi zaman davanın reddine kimi zaman ise görevsizlik kararı verilmesine hükmetmiştir. Bayındır, s. 575-576.

⁹⁸ Kamu görevlisinin yürüttüğü görevle hiçbir şekilde ilişkilendirilemeyen eylem ve işlemlerinden (haksız fiiller) doğan zararların tazmini bu çerçevede doğal olarak adli yargı mercilerinin görev alanında kalacaktır.

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

nin ikincil derecede sorumluluğu ve rücuen sorumluluğunun da çoğu zaman mümkün olmamasının ortaya çıkardığı düzensizlik ve dokunulmazlığın hukuken kamu görevlisinin idare ile birlikte doğrudan ve kişisel olarak kusuru oranında sorumluluğuna göre daha az korunur olması gerekmez mi? Diğer taraftan, kusurlu kamu görevlisinin ödeme gücünün yetersizliği ihtimalinin ortaya çıkarabileceği sakınca, idarenin sırf kamu görevlisini o işle görevlendirmiş olmasının vermiş olduğu kusurluluk nedeniyle, müteselsil sorumluluk benzeri çözümler ile giderilebilir. Ayrıca, mevcut halde kamu görevlisi zarar verici davranışından dolayı doğrudan değil de ikinci derecede ve kusuru oranında zaten rücuen sorumlu tutulabilmektedir. Rücuen sorumluluğun adli yargı mercilerince karara bağlandığını düşündüğümüzde, rücuen tazminat davasının ortaya çıkardığı sorunlar, idare ve kamu görevlisine karşı idari yargıda doğrudan dava açılması durumunda ortaya çıkmayacaktır. Yani, söz konusu düzenlemelerin yapılması durumunda rücu meselesi söz konusu olmayacağı için, adli yargı mercilerinin rücu tazminat davalarına bakmasının ortaya çıkardığı sorunlar da ortadan kalkmış olacaktır. Adli yargı mercilerinde idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu meselesi ortadan kalkacağı gibi, kamu görevlisinin idareye rücu meselesi de ortadan kalkacaktır.

Nihayet, böyle bir yaklaşımın benimsenmesinde her ne kadar kamu görevlisinin kusuru oranında doğrudan sorumluluğu söz konusu olacaksa da, zarar verici eylem ve işlemten dolayı kamu görevlisi ile idarenin kusurunu tespit edecek yargı mercii idari yargı mercii olacağından, idari yargı mercileri kamu görevlisinin kusurunu tespit ederken, hizmet kusurunu ve hizmet gereklilerini de göz önüne almak zorunda kalacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, kamu görevlisinin kusuru idari bir kusur olarak ele alınacak ve özel hukuktaki kusur anlayışından farklılık gösterebilecektir. Çünkü, özel hukuk kişilerinden farklı olarak kamu görevlilerinin yürütmekle zorunlu oldukları kamu hizmetlerinin çoğunluğu doğal olarak bünyesinde bir risk barındırır. Örneğin, itfaiye, kolluk gibi kimi idari faaliyetlerin özel hukukta bir karşılığı bulunmamaktadır⁹⁹. Ayrıca, kişiler hayatın her anında ve yerinde idari faaliyetler ile karşılaşmakta ve her an bu karşılaşma kişiler zararına sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle idari faaliyetlerin yürütülmesinde kamu görevlileri, her an zarar doğurucu bir işlem veya eylem içerisinde bulunabilmektedirler. Nihayet, kamu görevlileri yine özel hukuk kişilerinden farklı olarak, idari faaliyetin yürütülmesine kendi nam ve hesaplarına değil, idare adına faaliyette bulunmaktadırlar. Bu nedenlerden dolayı, kamu görevlilerini, görevlerini yerine getirirken kişilere ver-

⁹⁹ Bermann, p. 1179.

dikleri zarardan dolayı, aynen bir özel hukuk kişisi gibi özel hukuk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu nedenle örneğin, kamu görevlisi sadece ağır kusuru halinde sorumlu tutulabilecektir. Bu anlayış, içtihat yoluyla gelişebileceği gibi, yukarıda ifade ettiğimiz gibi idare ile kamu görevlisinin idari yargı mercilerince sorumluluğunun hukuksal rejimi çerçevesinde de düzenlenebilir. Nitekim, bu husus Alman Anayasasında açıkça düzenlenmiştir. Yine benzer şekilde, hizmet kusurunun kapsamı oldukça geniş bir şekilde ele alınıp hizmet kusurundan doğan zararlardan kamu görevlilerinin herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı; bu sorumluluğun tamamen idarenin üzerinde kalacağına dair düzenlemeler öngörülebilir. Kamu görevlisine, idare ile birlikte gereksiz yere her durumda dava açılabilmesinin önlenmesine yönelik tedbirlerin geliştirilmesi de mümkündür.

SONUÇ

Yargıtay kararları ile şekillenen *kişisel kusur kavramı* bazı çelişkileri bünyesinde barındırmaktadır.

Bir kere, hizmet kusurunun hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi veya hiç işlememesi; kişisel kusurun ise görev içerisinde ve fakat görevden ayrılabilen, yürütülen hizmet ile ilgili olmayan kusurlu davranışlar olarak ifade edilmesi durumunda kişisel kusur ile hizmet kusurunun iç içe geçmesinden bahsedilmesi anlamsız kalmaktadır. Çünkü, hizmet kusuru ile kişisel kusurun bu şekilde açıklanması birbirinden tamamen bağımsız iki farklı ve birbiriyle çakışmayan alan ortaya çıkarmaktadır.

Diğer taraftan, kamu görevlisinin salt kişisel kusurlu eylem ve işlemlerinin olabileceğinin kabul edilmesi, salt kişisel kusurdan kaynaklanan idari eylem ve işlemlerin idari bir özellik göstermesinde yetersiz kalmaktadır. Örneğin, mahkeme kararlarına uyulmaması yönündeki kamu görevlisinin eylem ve işlemi, idari eylem ve işlemdir. Mahkeme kararının uygulanmamasının kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olarak kabul edilmesi, mahkeme kararını uygulamama yönündeki eylem ve işlemlerin idari eylem ve işlem olduğunu açıklayamamaktadır.

Bunun da ötesinde, kişisel kusur kavramı yanlış bir temel üzerine oturmaktadır. Kişisel kusur tanımlanırken, kamu görevlisinin görevi içerisinde ve fakat yapılan görevden ayrılabilen eylem ve işlemleri esas alınmaktadır. Bu çerçevede örneğin, polis olan bir kamu görevlisi, görevini yürütürken bir kişiye hakaret etmiş olsa veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılrsa polis olan kamu görevlisinin bu eylemlerini yürütülen görevden nasıl ayıracağız veya görev ile nasıl ilgisiz kılabileceğiz? Aslında bu örneklerde kişilere zarar verici eylem-

Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur

ler yürütülen görevler ile ilgilidir. Kamu görevlilerinin eylemleri de birer idari eylemdir. Bu nedenle, bugün ortaya konulduğu şekliyle kişisel kusurun tutarlı bir hukuksal ve mantıksal dayanağı bulunmamaktadır.

Bunun yerine kişisel kusur açıklanırken, kamu görevlisinin görevi içerisindeki kusurunun görevden ayrılabilen bir kusur olması ya da olmamasını esas almaksızın görevi ile ilgili kusurlu davranışlarının tamamı kendi kusuru kapsamında değerlendirilebilir. Yani, kamu görevlisinin görevi içerisinde görevden ayrılabilen ya da ayrılamayan kişilere zarar verici her türlü kusurlu davranışında hizmet kusurundan bağımsız olarak bir kusuru vardır. Kişisel kusurun – bu noktada kişisel kusur kavramı anlamını yitirmekte, kusur kavramını anlam kazanmaktadır - bu çerçevede tasvir edilmesi, kişisel kusur ile hizmet kusuru ayırımını tutarlı bir çizgiye çekebilir. Kişisel kusur ile hizmet kusurunun iç içe geçmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Tabi böyle bir değerlendirmeye Anayasanın imkan tanınması gerekir. 1982 Anayasası kamu görevlisine doğrudan dava açılabilmesi açısından böyle bir imkan tanımamıştır. Tam aksine, 1982 Anayasasında kamu görevlisine karşı doğrudan dava açılmayacağı düzenlenerek bu aşamada kişisel kusur – hizmet kusuru ayırımı ortadan kaldırılmıştır. Fakat, idarenin kamu görevlisine rücu aşamasında kamu görevlisinin kusurunun bulunması durumunda sorumluluğu da saklı tutularak kamu görevlisinin ağır ya da hafif olması fark etmeksizin kusurlu eylem ya da işleme bir tazminat karşılığı öngörülmüştür.

Nihayet, bu nedenlerden dolayı *kişisel kusur*, *salt kişisel kusur*, *görevsel kusur* ve *hizmet kusuru* kavramlarının anlam ve kapsamı çoğu zaman birbiriyle karışmakta ve Yargıtay kararlarında da bu karışıklık görülmektedir. Bu belirsizlik ve karışıklığın kaldırılması üçüncü kişiler açısından olduğu kadar kamu görevlilerinin hak ve özgürlükleri açısından da gereklidir.

Yargıtay kararlarında yer alan kişisel kusur kavramının bünyesinde barındırdığı çelişkileri bu şekilde belirttikten sonra kişisel kusuru esas alan Yargıtay kararlarını değerlendirebiliriz.

Yargıtay, bizce Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesini yok saymaktadır. Yargıtay'ın bu yaklaşımı açıkça kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanımı niteliğindedir. Anayasanın 129/5 hükmünde kamu görevlisine doğrudan dava açılabilmesi açısından *hizmet kusuru – kişisel kusur* ayırımı öngörülmediği gibi 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde de böyle bir ayırım öngörülmemiştir. Anayasanın söz konusu hükmünde yer alan *memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar* ibaresi ile Devlet Memur-

ları Kanununun 13. maddesinde yer alan *kamu hukukuna tabi görevler* ibaresinin anlamı oldukça açıktır. Bu düzenlemelerden hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı ortaya çıkarılarak, kamu görevlisinin yetkisinin kullanırken kişisel kusurunun var olduğu ve bu kusurlu davranışından dolayı doğrudan sorumluluğunun adli yargı mercilerinin görev alanında bulunduğu ileri sürülemez.

Kamu görevlisinin kişisel kusuru ile gerçekleştirilen eylem ve işlemler de aslında birer idari işlem ve eylemdir. Kişisel kusur oluşturan eylem ve işlemlerin idari eylem veya işlem niteliğinde olması, söz konusu eylem ve işlemlere karşı ancak idari yargı yerlerinde dava açılabileceğini düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 125. ve 155. maddesini esas alarak, idari eylem ve işlemlere karşı ancak idari yargı mercilerinde dava açılabileceği yönünde birçok kararı bulunmaktadır. Kamu görevlilerine karşı kişisel kusurlarından dolayı doğrudan adli yargı mercilerinde dava açılabilmesi yönündeki Yargıtay kararları Anayasa Mahkemesi kararları ile de çelişmektedir. Bu çerçevede, Anayasal bir dayanağı bulunmaksızın kişisel kusurun kabulü, aynı zamanda kişisel kusurundan dolayı kamu görevlisinin tazminat sorumluluğunu değerlendirecek olan yargı yolunun adli yargı yolu olması nedeniyle, idari yargının görev alanını belirleyen Anayasa hükümleriyle de çelişmektedir.

Şu halde, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kişisel kusurlu davranışları nedeniyle kişilere zarar vermeleri durumunda bu zarardan dolayı doğrudan ancak idarenin sorumlu tutulabileceği hem Anayasa’da hem de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Buna rağmen kamu görevlilerinin doğrudan sorumlu tutulması Anayasa’ya aykırı olduğu gibi Devlet Memurları Kanununa da aykırıdır.

Kişisel kusurlu davranışlarından dolayı kamu görevlisinin doğrudan sorumlu tutulması veya sadece kamu görevlisinin sorumlu tutulması isteniyorsa, o halde Anayasa’nın 40/3 ve 129/5. maddesinin değiştirilmesi ve kamu görevlisinin hangi tür eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel olarak kusurlu olacağı ve doğrudan sorumlu tutulacağı yasal bir düzenlemeyle ortaya konulması gerekir. Bu aynı zamanda, kamu görevlisinin hangi tür davranışlarından dolayı tazminat sorumluluğu açısından idari yargı mercilerinde, hangilerinden dolayı ise adli yargı mercilerinde yargılanacağı önceden bilinmesi açısından da önemlidir. Ayrıca, böyle bir düzenleme Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi arasında ortaya çıkan içtihat farklılıklarının ortadan kaldırılmasına da hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil;** Türk İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009.
- Akyılmaz, Bahtiyar;** “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 449-469.
- Akyılmaz, Bahtiyar;** “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1043-1060.
- Atay, Ender Ethem;** “İdarenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Aykın, Yunus;** “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru – Kişisel Kusur Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara, 2009, s.529-536.
- Başpınar, Recep;** Tam Yargı Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968.
- Bayındır, M. Savaş;** “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 551-589.
- Bermann, George A.** “Integrating Governmental and Officier Tort Liability”, Columbia Law Review, Vol. 77, 1977, p. 1175-1214.
- Braband, Rolf;** “Liability in Tort of The Government and Its Employees: A Comparative Analysis With Emphasis on German Law”, New York University Law Review, Vol. 33, 1958, p. 18-49.
- Cohen, Henry/Burrows, Vanessa K.** Federal Tort Claims Act, CRS Report for Congress, 2007.
- Demir, Mehmet;** “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHF Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 225-252.
- Duran, Lütfi;** Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Duran, Lütfi;** “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Haziran 1984, s. 3-20.
- Esin, Y.** Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973.
- Gözler, Kemal;** İdare Hukuku, İkinci Baskı, Cilt: II, Ekin Basım Yayın

- Dağıtım, Bursa, Ekim 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut;** İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- Gözübüyük, Şeref;** Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2002.
- Gözübüyük, A. Şeref;** İdari Yargı, Ankara, 1970.
- Günday, Metin;** İdare Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Kaplan, Gürsel;** “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 887-918.
- Lemothe, A. L. G. Dutheillet de;** “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çeviren: S. Derbil, AÜHF Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1-4, 1960, s. 113-120.
- Oğurlu, Yücel;** “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/idari_hukukunda.htm, (31.5.2010).
- Onar, S. S.** İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul, Cilt II, 1966.
- Ozansoy, Cüneyt;** “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4, Mayıs 1990, Ankara, s. 73-87.
- Özay, İl Han;** Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996.
- Reisoğlu, Safa;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ondokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, 2006.
- Tandoğan, Haluk;** Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 159, Ankara, 1961.
- Yıldırım, Turan;** “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, International Journal of Human Sciences ISSN: 1303-5134”, Vol. 1, No. 1, 2004, www.insanbilimleri.com, (28.5.2010).