

KAMU ZARARI VE KAMU ZARARINDA RÜCU

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz*

Temelde 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile başlayan süreçte Türk İdare Hukukunda “*idari denetim*” konusunda hem kavramsal hem de yapısal bir değişim yaşanmıştır. İdarenin kaynakların ekonomik, etkin ve verimli yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek, bu konuda rehberlik ve danışmanlık yapmak amacıyla 5018 sayılı Kanun ile öngörülen *iç denetim*, aynı idare tarafından, idarenin yönetim ve kontrol yapıları ile mali işlemlerinin risk yönetimi, yönetim ve kontrol süreçlerinin etkinliğini değerlendirmek ve geliştirmek yönünde sistematik, sürekli ve uluslararası denetim standartlara uygun olarak gerçekleştirilen bir idari denetimdir. Dış denetim ise genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin mali faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine raporlanması niteliğinde, Sayıştay tarafından yapılan harcama sonrası denetimdir. 5018 sayılı Kanunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte bu denetimlerde aslında eskiden beri yasal düzenlemelere konu olmuş olan bir kavram yeniden tartışılmaya başlanmış ve giderek artan bir yoğunlukla yeniden gündeme gelmiştir: Kamu zararı

Kamu zararının tespiti, kamu zararının zarara neden olan personelden tahsiline yönelik yasal süreçte zaten Danıştay, AYİM, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından farklı yorumlanan, sınırları net olarak ortaya konulamayan hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı bakımından kamu zararının tazmini konusundaki kararları ile Sayıştay’ın yaklaşımları önem kazanmıştır. Zira son dönem Sayıştay kararlarında hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı konusunda anayasal ve yasal esasların zaman zaman gözardı edildiği, her ne kadar istikrarlı olmasa da Danıştay, AYİM, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadı ile ortaya konulmaya çalışılan hizmet kusuru – kişisel kusur (hatta belli dönemlerde hizmet kusuru – görev kusuru – kişisel kusur – salt kişisel kusur) ayrımı ile ilgili yaklaşımlara itibar edilmediği görülmektedir. Bu konudaki tehlikeli yaklaşım, “*hizmet kusuru*”nın kamu zararına neden olan kusur olarak nitelendirilip, idarenin hizmet kusuru nedeniyle tazminata mahkûm olduğu olaylarda, kişisel kusur tespiti bulunmasa bile hizmet kusuru olarak nitelendirilen fiile katkıda bulunan kamu görevlilerine tazminat miktarının tamamının rücu edilmesi gerektiğinin düşünülmesidir.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I- KAMU ZARARI VE YASAL ÇERÇEVE

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'inci maddesinde "Kamu zararı", "kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması" olarak tanımlanmıştır¹. O halde bir hukuki kavram olarak kamu zararı, idari faaliyet sırasında ortaya çıkan herhangi bir zarardan farklı olarak, kamu görevlilerinin idari faaliyet çerçevesinde kusurları ile neden oldukları zararlardır.

Bilindiği gibi *Devletin mali sorumluluğu ilkesi*, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından olup 1961 Anayasası'nın m. 114/son hükmü ile bir anayasal düzenleme olarak pozitif hukukta yerini almıştır. Bu hüküm, o zamana kadar hizmet kusuru ilkesiyle, içtihatlarla gelişen devletin sorumluluğu müessesesine yeni bir ufuk kazandırmış ve sorumluluğun sadece kusura dayanmayacağı, devletin kusursuz da olsa sorumlu olabileceği kabul edilmiştir. Böylece "devletin objektif sorumluluğu" anlayışı da Türk Hukukuna yerleşmiştir. Hükme göre: "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür". Aynı hüküm, 1982 Anayasası'nda 125'inci maddesinin son paragrafında değişmeden korunmuştur.

Kamu görevliklerinin neden olduğu zararlardan devletin sorumluluğunun anayasal dayanağı ise Anayasanın -kamu hizmeti görevlileri ile ilgili- "Görev ve sorumlulukları, disiplini kovuşturmasında güvence" kenar başlıklı 129'uncu maddesinin beşinci fıkrasıdır: "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"².

Kamu hizmetinin yürütülmesindeki kusur nedeniyle zararın tazmin edilmesinden dolayı ortaya çıkan kamu zararlarının sorumlu personele rücu, Ülkemizdeki temel personel kanunu olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13'üncü maddesinde "kişiler kamu hukukunun tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" şeklinde düzenlenmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12'nci maddesi ise kamu görevlisinin doğrudan

¹ Benzer tanıma Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4/(c) hükmünde de yer verilmiştir: "Kamu zararı: Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmali sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla doğan zarar ... ifade eder". 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 2'nci maddesinde de kamu zararı 5018 sayılı Kanun'a atfen "kamu zararı: Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda belirtilen kamu zararını ... ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

² Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlığını taşıyan 40'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise "Kişinin, resmi görevleri tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır" hükmü bulunmaktadır. (Anayasa'nın 40'inci maddesine 4709 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesiyle başvuru yollarının gösterilmesi ile ilgili yeni bir ikinci fıkra eklenmiş; ancak sorumlulukla ilgili mevcut fıkra teselsül ettirilmemiştir.)

idareye verdiği zararlardan (örneğin kamu görevlisinin kendisine teslim edilen hizmet araç ve gereçlerine verdiği zarar) sorumluluğunu düzenlemektedir: “Devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl ve tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedel üzerinden ödenmesi esastır”.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71’inci maddesine dayanılarak hazırlanan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 2’nci maddesi Yönetmeliğin kapsamını “düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç olmak üzere, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde tespit edilen kamu zararlarından doğan alacak” olarak belirledikten sonra ikinci fıkrasında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 1’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında bulunan kamu idarelerinde görevli memurların, kullanımlarındaki taşınır ve taşınmazların korunması ve her an hizmete hazır halde bulundurulması için gerekli tedbirleri almamaları nedeniyle Devlete verdikleri zararlar ile kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilere verdikleri zararlar hakkında, 657 sayılı Kanunun 13’üncü maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin uygulanacağını hüküm altına almıştır.

O halde kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmâl ve tedbirsizliği sonucu kendilerine teslim edilen devlet malını koruyamayarak ve/veya hizmet dışı kalmasına neden olarak *doğrudan doğruya devlete verdikleri zararlarla*, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle *üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle devletin tazminat ödemek durumunda bırakılması sonucu dolaylı olarak neden oldukları zararları* ifade etmektedir.

II- KAMU ZARARININ UNSURLARI

Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda *doğrudan* ya da *dolaylı* olarak kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olmaları sonucu ortaya çıkan kamu zararı ve kamu zararından sorumlu olmaları için şu unsurların bulunması gerekmektedir:

1- Kamu Görevlisinin Karar, İşlem veya Eylemi (Davranış)

Öncelikle ifade etmek gerekir ki kamu zararını düzenleyen mevzuata göre *kamu zararı, ancak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen, kamu görevlilerinin davranışından kaynaklanan ve onun sorumluluğuna yol açan bir zarardır*. Başka bir ifade ile kamu zararından sorumluluğun süjesi, kamuda bir teşkilata bağlı olarak görev yapan ve kamu hizmeti ifa eden *kamu görevlileridir*.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71’inci maddesine dayanılarak hazırlanan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamındaki kamu görevlileri, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlileridir. Buna göre düzenleyici ve denetleyici kuruluşlarda görevli kamu görevlileri ile 5018 sayılı Kanun kapsamında yer almayan kamu iktisadi

teşebbüslerinde görevli kamu görevlilerine Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır. Düzenleyici ve denetleyici kuruluşlarda görevli kamu görevlileri ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görevli kamu görevlilerinin neden oldukları kamu zararından dolayı sorumluluklarına –özel hükümler hariç– doğrudan neden oldukları kamu zararları bakımından 657 sayılı Kanun’un 12’nci maddesi; dolaylı olarak neden oldukları kamu zararları bakımından da Anayasa’nın 40/2 ve 129/5 ve 657 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesi çerçevesinde hükmolunacaktır³.

Anayasanın 128/1 hükmüne göre, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile görülür”⁴. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6’ncı maddesi ise kamu görevlisini, “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre bir şahsın kamu görevlisi sayılabilmesi için ifa ettiği görevin, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması yalnız başına yeterli olmamakta; devletle arasındaki ilişkinin kanunla önceden belirlenmiş statüde bir ilişki olması gerekmektedir⁵. O halde kamu görevlileri, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren, yeterince uzmanlaşmış; merkezi idarenin denetim ve gözetimi altında bulunan; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri, önceden kanunla düzenlenmiş bulunan kamu ajanlarıdır.

Kamu görevlisi kavramının kapsamı konusunda tartışmalar olmakla birlikte gözden kaçırılmaması gereken husus, sorumluluğun belirlenmesinde zararın idari faaliyetin icrası ile ilgili olarak meydana gelmiş olmasının, zararın

³ Düzenleyici ve denetleyici kurumların Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamı dışında tutulması mevzuat bakımından da çok bir anlam ifade etmemektedir. Zira örneğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 34. maddesinde “Kurum personeli ücret ve malî haklar dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir” hükmü bulunmakta; bu Kanun’un 34 ve 38’inci maddelerine dayanılarak çıkarılan Rekabet Kurumu Personel Yönetmeliği’nin 152’nci maddesinde de “bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile bu kanuna dayanılarak çıkarılmış bulunan mevzuat hükümleri uygulanır” denilerek yine personel hukuku ile genel mevzuata atıf yapılmaktadır.

⁴ Kamu hizmetlerini yerine getirenlerle ilgili olarak, *genel hüküm* niteliğinde olan 128’inci maddeden başka muhtelif maddelerde de kamu ajanları ile ilgili olarak, “kamu hizmeti görevlileri” (m. 33/VII,121), “kamu görevi hizmetinde bulunanlar” (m. 39), “resmî görevliler” (m. 40), “kamu hizmetine girenler” (m. 71), “kamu hizmetinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse”lerden (m. 137/1) bahsedilmekte; buna karşılık 68, 76 ve 129’uncu maddelerde ise “kamu görevlisi” tabiri kullanılmaktadır. Bu kavramlar, Anayasada herhangi bir şekilde tarif edilmedikleri gibi, konularına göre kapsam olarak birbirlerinden farklılıklar arz etmektedirler.

⁵ Bu yönde bkz. AnyM, 28.9.1988, E 88/2, K 88/32, RG 11.12.1988, sy. 20016, s. 23; UM, 13.10.1986, E 86/E 86/41, K 86/45, RG 21.12.1986, sy. 19318, s. 11. Ayrıca bkz. AnyM, 22.6.1988, E 87/18, K 88/23, RG 26.11.1988, sy. 20001. s. 24; AnyM, 11.12.1986, E 85/11, K 86/29, RG 18.4.1987, sy. 19435, s. 25.

belli bir sıfatı haiz kamu görevlisince gerçekleştirilmiş olmasından daha önemli olduğudur. O nedenle kamu görevlisi kavramı tanımlanırken bu kavramın kamu zararına sebep olan davranışın, yerine getirilen idari faaliyetle ilgisi oranında geniş yorumlanması gerekir. Bu çerçevede örneğin *Bakan*, Yargıtay tarafından kamu görevlisi olarak kabul edilmekte⁶; kamu zararından sorumluluk bakımından bakan dışında belediye başkanları, muhtarlar gibi seçimle işbaşına gelen görevliler de yine *kamu görevlisi* olarak nitelendirilmektedir⁷.

Kamu zararına neden olan davranış, kamu görevlileri tarafından toplumda güvenliğin sağlanması, dirlik ve düzenin gerçekleştirilmesi, genel sağlığın korunması; kamunun ihtiyaç duyduğu hizmetlerin belirlenmesi, bunların düzenli ve sürekli şekilde yerine getirilmesi; bu amaçla gerekli olan aynı ve insani kaynağın organizasyonu ve plânlanması için yapılan idari işlemler ve idari eylemleri ifade eder. Bu davranış olumlu (karar almak, işlem ya da eylem yapmak) ya da olumsuz bir davranış (yapmakla yükümlü olduğu halde karar almamak, işlem ya da eylem yapmamak) olabilir⁸.

5018 sayılı Kanununun 71'inci maddesindeki tanımda kamu zararının kamu görevlilerinin karar, işlem veya eylemleri sonucunda ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. "*Karar, işlem veya eylem*" ile kastedilen idari faaliyetin araçlarıdır. Tanımda hem *karar* hem de *işlem* kavramının kullanılmasında ilk bakışta karışıklığa neden olabilecek niteliktedir. Zira idare hukukunda "*idari işlem*" ile "*idari karar*" kimi zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ancak burada karar ve işlemin ayrı ayrı ifade edilmesinin nedeni, kamu zararının, sadece kamu görevlileri tarafından, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları olarak karşımıza çıkan ve iptal davasının konusu olabilecek işlemlerden değil; iptal davasının konusu olmasa bile iç-düzen işlemleri ve hazırlık işlemleri de dahil icrai nitelikte olmayan idari işlemlerden de kaynaklanabileceğinin kabulüdür.

Birey veya nesnelere hukuki durumlarını etkilemeyen, hukuk âleminde herhangi bir değişiklik meydana getirmeyen işlemlere icrai olmayan işlemler adı verilir⁹. Bunlar bir idari işlemin yapılmasından önce tesis edilen ve asıl işlemin hazırlayıcısı olan rapor, tutanak, teklif, gibi hazırlık işlemleri; belli bir sorunla ilgili olarak doğrudan doğruya idare tarafından veya bireylerin istemi üzerine idare tarafından tesis edilen görüş belirten işlemler; idare tarafından belli bir konuda bildirimde bulunan, hatırlatma yapan veya uyarıda bulunan bildirici işlemler; kamu görevlilerinin çalışma yer, zaman ve yöntemi gibi konularında

⁶ YHGK, 14.9.1983, E 80/4-1714, K 83/803, YKD, c. IX, sy. 9, 1983, s. 1591; Y4HD, 27.2.1986, E 86/1268, K/1841, YKD, c. 12, sy. 6, 1986, s. 796-798.

⁷ Y4HD, 19.12.1985, E 85/9147, K 85/10180, YHD, c. 10, sy. 3, 1987, s. 189; Y4HD, 20.11.1984, 6898/8561.

⁸ Y4HD, 11.4.1989, E 89/2654, K 89/3367, YKD, c. 15, sy. 7, 1989, s. 947; Y4HD, 13. 6. 1989, E 89/4164, K 89/5352, YKD, c. 15, sy. 11, 1989, s. 1557.

⁹ Bkz. **Kaya**, Cemil, Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, Gazi, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. IX, sy. 1-2, 2005, s. 253-284.

hiyerarşik üst tarafından yapılan iç-düzen işlemleri ya da idare tarafından yapılmış bir işlemi yürürlüğe ve uygulamaya koyan uygulama işlemleri olabilir¹⁰.

Diğer taraftan idari eylem, temelinde bir idari işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalardır. İdari işlemler hukuk âleminde değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamalarını yansıttığı halde hukuk alanında değişiklik ve yenilik yapmayan idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuçlar doğurabilir¹¹. O halde kamu zararına neden olabilecek bir kamu görevlisi eylemi, bir idari işlemin veya idari sözleşmenin uygulanması niteliğinde olmayan her türlü faaliyet veya hareketsiz kalma durumunu ifade etmektedir.

2- Kamu Kaynağında Artışa Engel veya Eksilmeye Neden Olma (Zarar)

Kamu zararı, 5018 sayılı Kanun'da *kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması* olarak tanımlanmıştır. O halde kamu zararından söz edebilmek için ortada (idare) kamu için gerçekleşmiş bir zararın söz konusu olması gerekir.

Türk sorumluluk hukukunda zarar genel olarak malvarlığındaki azalmayı ifade eder. Buna göre zarar, bir şahsın malvarlığında iradesi dışında meydana gelen bir eksilmedir. Kamu zararı bakımından zarar gören, her zaman idarenin temsil ettiği "*kamu*"dur. Bu nedenle kamu zararı, idarenin malvarlığındaki eksilmeyi ifade etmektedir. İdarenin malvarlığındaki eksilme ise idarenin mallarına zarar verilmesi, idarenin tazminat ödemek ya da harcama yapmak zorunda bırakılması gibi malvarlığındaki azalma şeklinde olabileceği gibi, kamu alacağının alınmaması, tahsilâtın yapılmaması gibi idarenin malvarlığında olması gereken artışa engel olunması şeklinde olabilir.

Zarar, *gerçekleşmiş* bir zarar olmalıdır. Başka bir ifadeyle kamu zararının varlığından söz edebilmek için ya idarenin malvarlığında eksilmenin ya da hukuka uygun olarak fiilen olması gereken artışın zamanında gerçekleşmemiş olması gerekir. Bu nedenle zarar tehlikesinin ortaya çıkması ya da zarar veremeye teşebbüs edilmiş olması, kamu zararının oluşması için yeterli değildir.

3- Uygun İliyet Bağı

Kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde gerçekleşen kamu zararı, kamu görevlilerinin karar, işlem veya eylemlerinden kaynaklanmalıdır. Başka bir ifadeyle kamu zararı, kamu görevlisinin davranışının uygun sonucu olmalı; davranış ile zarar arasında sebep – sonuç ilişkisi bulunmalıdır.

Eğer, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre kamu görevlisinin karar, işlem veya eylemi, somut olayda gerçekleşen kamu kaynağında artışa engel olunması veya eksilmeye neden olunması şeklinde tezahür

¹⁰ **Akyılmaz**, Bahtiyar-**Sezginer**, Murat-**Kaya**, Cemil, Türk İdare Hukuku, 2. Bası, Ankara 2011, s. 385 vd.

¹¹ D10D, 28.11.1996, E 1995/6770, K 1996/7965, DD, 1997, sy. 93, s. 538; D10D, 02.11.1999, E 1999/1746, K 1999/5376, DD, 2001, sy. 103, s. 860; DİBK, 14.04.1973, E 1972/2, K 1973/10, DD, 1974, sy. 12-13, s. 199.

eden kamu zararını mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye elverişli ise ya da en azından, zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunmuşsa, davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuştur. Ancak illiyet bağı kurulamıyorsa, diğer bir deyişle ortaya çıkan kamu zararı söz konusu karar, işlem veya eylemin uygun sonucu değilse, diğer şartlar gerçekleşse dahi, karar, işlem veya eylemi yapan kamu görevlisini kamu zararından sorumlu tutmaya imkân yoktur. Örneğin *Yargıtay*, idarenin, işyerinde kaybolan eşyaların kaybindan dolayı, tahkikat yapmadığından bahisle kusurlu olduğu gerekçesiyle memura açtığı davayı, eşyaların kaybolmasıyla davalının tahkikat yapmaması arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir¹².

Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 6'ncı maddesine göre "*memurların zararları tazmin mükellefiyetinin doğması için ... zararın mücbir sebepten hasıl olmaması, şarttır*". Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 21'inci maddesi ise, "*zorunlu veya mücbir sebeplerle takip ve tahsil imkanı kalmayan kamu zararından doğan alacaklardan merkezi yönetim bütçe kanununda gösterilen tutara kadar olanların kayıtlardan çıkarılmasını, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde Maliye Bakanı, diğer kamu idarelerinde özel kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla üst yöneticiler yetkilidir*" hükmünü taşımaktadır. Bu hükümlerden açıkça anlaşılacağı üzere mücbir sebep, kamu zararından sorumluluk bakımından illiyet bağını kesen bir durum olarak kabul edilmektedir.

4- Hukuka Aykırılık

Kamu görevlisinin kamu zararından sorumlu tutulabilmesi için onun tarafından alınan kararın, yapılan işlemin ya da gerçekleştirilen eylemin *hukuka aykır* olması gerekir. Nitekim 5018 sayılı Kanun'daki tanımda da açıkça "*mevzuata aykır karar, işlem veya eylemler*" den bahsedilmektedir.

İdari işlemlerin icrailiği, idari işlemin aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir. Bu bakımdan idari işlemler "*kanunilik karinesi*"nden (doğruluk karinesi) yararlanırlar¹³. Başka bir ifadeyle idari işlem, açılan bir iptal davası sonucu iptal edilinceye ya da yapılan başvuru üzerine veya idare tarafından kendiliğinden geri alınıncaya, kaldırılınca ya da "*kanuni dayanağa sahip*", "*hukuka uygun*", "*doğru*" kabul edilir. Bu durum aslında idarenin bütün faaliyetleri için geçerlidir.

Hukuka uygunluk ya da kanunilik karinesinin kabulü durumunda, kamu görevlisinin kamu zararına neden olan kararı, işlemi ya da eyleminin hukuka aykırı olduğuna kimin ve nasıl karar vereceği önem arz etmektedir. Kanunilik karinesi ile ilgili yaptığımız tanımdan da anlaşılacağı üzere kamu görevlisi tarafından yapılan işlem, alınan karar ya da gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırılığının ya yargı yeri tarafından ya da kamu zararına neden olan

¹² Y4HD, 21.12.1987, E 87/7602, K 87/9369.

¹³ D9D, 07.03.1972, E 1972/179, K 1972/494, DD, 1973, sy. 8, s. 282; D9D, 13.11.1973, E 1972/1739, K 1973/2182, DD, 1974, sy. 14-15, s. 423; D3D, 28.05.1981, E 1981/83, K 1981/100, DD, 1982, sy. 44-45, s. 75.

olayla ilgili yapılan bir inceleme, araştırma veya soruşturma sonucunda yetkili idare tarafından yazılı olarak tespit edilmiş olması gerekmektedir. Nitekim Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin *Kamu Zararının Tespiti ve Bildirilmesi* başlıklı 7'nci maddesine göre kamu zararları, kontrol, denetim veya inceleme, Sayıştay'ca kesin hükme bağlama veya adli, idari veya askerî yargılama sonucunda tespit edilecek; tespit edilen kamu zararına ilişkin yazı, tutanak, rapor, ilâm ve benzeri belgeler ilgili kamu idarelerine gönderilecektir.

5- Kamu Görevlisinin Kasıt, Kusur veya İhmali (Kişisel Kusur)

Kamu görevlisinin kamu zararından sorumlu olabilmesi için kamu zararına neden olan ve kamu görevlisi tarafından alınan karar, yapılan işlem ya da gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırı olması yeterli olmayıp, kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tezahür eden kamu zararının kamu görevlisinin kasıt, kusur veya ihmalden kaynaklanması zorunludur.

5018 sayılı Kanun'da kamu zararının tanımında kamu görevlisinin kusura bahsedilmişken, artık kasıt ve ihmalden bahsedilmesi anlamlı değildir. Zira sorumluluk hukuku açısından kusur, kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Devletin sorumlu tutulabilmesi açısından kamu görevlisinin kusurlu olması şartını arayan 129/5 hükmünde de "*kusur*" kelimesi kasıt ve ihmal kavramlarını kapsar manada kullanılmıştır.

Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 3'üncü maddesi kamu görevlilerinin kusurlu davranışlarını tarif etmiştir. Buna göre "*kasdı zarar, memurların idare veya kişilere bile bile, isteyerek zarar vermesi halidir*". İhmal sonucu zarar ise "*memurların sorumlu oldukları işlere gerekli özeni göstermemeleri veya işleri savsaklamaları sebebiyle idare veya kişilerin zarara uğraması halidir*".

Kusurun tespitinde, öncelikle zararın oluştuğu alan içinde normal olarak yapılması gereken davranış ve çalışmalarla, sorumlu olduğu iddia edilen kamu görevlisinin davranış ve tutumu arasında bir fark olup olmadığına bakılacaktır. Fark varsa kamu görevlisinin kusurundan söz edilebilecektir¹⁴. *Yargıtay'a göre; "kasıt ve ihmal haksız eylem sorumluluğunun kurucu öğelerinden biri olan kusurun iki ayrı çeşidini oluşturur. Bu nedenle ihmali bir davranışta sorumluluğu gerektiren hukuka aykırı bir eylem niteliği taşıyabilir. Zararlı sonuç istenmemekle beraber bunun gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda da ihmalin var olduğunun kabulü gerekir"*¹⁵.

Kamu zararı sorumluluğundan söz edilebilmesi için kamu görevlisinin kusurunun mutlak surette "*kişisel kusur*" olması gerekir. Başka bir ifadeyle aslında ayrıntılı biçimde irdelendiğinde kamu görevlilerinin kusurlarının sonucu olan "*hizmet kusuru*" nedeniyle kamu kaynağında artışa engel veya eksil-

¹⁴ Y4HD, 24.9.1984, E 84/6027, K 84/6856, YKD, c. 11, 1985, sy. 1, s. 28; Y4HD, 2.10.1984, E 84/5417, K 84/7216, YKD, c. 11, 1985, sy. 1, s. 31.

¹⁵ Y4HD, 11.4.1989, E 89/2654, K 89/3367, YKD, c. 15, 1989, sy. 7, s. 946; Y4HD, 13.6.1989, E 89/4164 K 89/5352, YKD, c. 15, 1989, sy. 11, s. 1556.

meye neden olunması, hukuken kamu zararı olarak nitelendirilemeyecek, – kişisel kusur açıkça tespit edilmediği müddetçe– hizmet kusurunun oluşumuna katkısı olan kamu görevlilerinin sorumluluğuna yol açmayacaktır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi, kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran davranışın, görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev sebebiyle yapılmış olmasına bağlıdır. Bunun dışında, doğrudan ya da dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar¹⁶. Bu şekilde, resmi sıfatından tamamen ayrılan, bu resmi sıfatının en ufak bir rol oynamadığı ve dolayısıyla görevinden, yetkisinden, hizmet araç ve gereçlerinden yararlanmadığı bir ortamda hukuka aykırı, kusurlu bir davranışından doğan zarardan o kamu görevlisi Borçlar Kanunu hükümlerine göre şahsen sorumludur¹⁷.

Bütün modern hukuk devletlerinde kabul edildiği üzere kamu görevlilerinin bütün hatalarından sorumlu tutulmaları, “hiçbir şey yapmayan en az hata yapma riskini taşır” düşüncesiyle onları pasifliğe iter. Ayrıca, gelirleri sınırlı olan bu görevlilerin devlet görevini ifa sırasında işledikleri bütün kusurlardan şahsen sorumlu tutulmaları ve aslında önemsiz olan bir hatanın büyük zararlara sebebiyet verebilmesi ihtimali, bu durumu adil olmaktan çıkarır¹⁸. Bu çerçevede kamu görevlisinin görevinden, kamu hizmetinin anonimliğinden ayrılması mümkün olmayan kusurları “hizmet kusuru”, görevden, kamu hizmetinin anonimliğinden ayrılabilir kusurları ise “kişisel kusur” dur. Bir başka anlamıyla, zarara sebep olan, dikkatsizlik, tedbirsizlik ya da herhangi bir kusurlu davranış, kamu görevlisinin sübjektif olarak şahsı ile ilgili olmayıp; kamu görevi ile ilgiliyse, kusur hizmet kusurudur. Aksi takdirde kişisel kusur vardır¹⁹. Aynı yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir: “Kamu görevlilerinin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf; ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır”²⁰.

Kamu görevlisinin doğrudan ya da dolaylı olarak (rucuen) sorumluluğunu gerektiren kişisel kusur, kamu hizmetindeki tamamen objektif ve anonim bir kusuru anlatan ve faaliyeti yürüten kamu görevlisinin kişiselleştirilemeyen²¹ (veya kişiselleştirilmesine gerek olmayan) kusurlarını ifade eden hizmet kusurundan farklı bir idari kusurdur. Kişisel kusurun varlığı için *belli bir kamu*

¹⁶ AnyM, 25.3.1975, E 74/42, K75/62, AnyMKD, c. 13, 1976, s. 390.

¹⁷ Y4HD, 02.04.1981, E 81/2886, K 81/4252, YKD, c. VI, sy. 9, s. 1121 vd.

¹⁸ **Chapus** René, Droit administratif général, 14. Ed., Paris 2000, s. 1358.

¹⁹ **Laubadère** Andre de/**Gaudemet** Yves, Droit Administratif, 16. Ed., Paris 2001, s. 784.

²⁰ AnyM, 25.03.1975, E 74/42, K 75/62, AnyMKD, c. 13, s. 390.

²¹ D12D, 20.01.1970, E 1968/1043, K 1970/104, AİD, c. 3, 1970, sy. 3, s. 286.

görevlisinin kusurlu fiilinin varlığı, kusurlu davranışının hukuka aykırı olması gereklidir. Kamu görevlisinin kusuru, hizmetle alakalı olmayan hizmet dışı bir davranıştan kaynaklanıyorsa, bu kusur, idare hukuku açısından idari bir kusur olan “*kişisel kusur*” olarak nitelendirilemez. Kamu görevlisinin yetkileriyle, yerine getirdiği görevle, hizmetle ilgili yükümlülükleriyle, resmi sıfatıyla, hizmet araç-gereçleriyle; kısaca hizmetle hiçbir ilgisi olmayan kusurlu davranışı ile zarara sebebiyet vermesi “*haksız fiil*”dir. Bu nedenle kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesinde yetkilerini kullanırken, görevini yerine getirirken; görevle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi; resmi sıfatını, hizmet araç-gereçlerini kullanarak, hizmet dışı bir faaliyette bulunması; kin, nefret, husumet gibi duygularla ya da siyasi saiklerle hareket ederek hizmetten yararlanlara zarar vermesi “*kişisel kusur*” dur.

III- KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12’nci maddesine göre tespit edilen kamu zararları; rızaen ve sulh yolu ile ödenmek, takas yapılmak ya da icra yoluyla tahsil edilir. Yönetmeliğin 21’inci maddesine göre ise kamu zararından doğan alacakların sorumlularca ve/veya ilgililerce rızaen veya sulhen ödenmemesi halinde alacak takip dosyası, genel hükümlere göre takibat yapılmak ve dava açılmak üzere, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerince o yerdeki muhakemat müdürlüğü veya hazine avukatlığına gönderilir. O halde kamu zararının tahsil usullerinden biri de kişisel kusuru ile üçüncü kişilere verdikleri zarar nedeniyle zararı tazmin eden idarenin, ödenen tazminat nedeniyle kamu kaynağında eksilmeye neden olan kamu görevlisine oluşan bu kamu zararını kusuru oranında genel hükümlere göre rücu etmesidir.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurlu davranışları ile sebep oldukları zararların idare tarafından tazmin edilmesinden sonra, idarenin kusurlu kamu görevlisine rücuu da esas olarak özel hukuktaki rücu hakkı ile aynı niteliktedir. Ancak burada rücunun amacı sadece idare ile kamu görevlisi arasında bozulan mali dengenin yeniden tesisi değildir. Devletin kamu görevlisine rücu etmesinin başka sonuçları da bulunmaktadır. Her şeyden önce rücu, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun devam etmesine yol açmaktadır. Her ne kadar kamu görevlisinin kusurlu davranışı aslında idareye atfedilebilen kusurlu bir eylem veya işlem niteliğinde ise de bu eylem ve işlemin doğumundaki kişisel kusuru sebebiyle kamu görevlisinin de şahsen sorumlu tutulması gerekir. Zarar görenin zararının bir an önce tazmini, kusurlu davranış kendisine atfedilen, başka bir ifadeyle aynı zamanda kusurlu davranışın sahibi olan idare tarafından yerine getirilirken; rücu müessesesi ile de zarara sebep olanın zarardan sorumlu olması ilkesi gerçekleştirilmiş olmaktadır. Böylece hem kamu görevlisine daha verimli çalışabileceği bir ortam sağlanmakta, hem de kusurlu davranışından sorumlu olacağının bilincinde, keyfi ve hukuk dışı davranışlarda bulunması önlenmiş olmaktadır²².

²² **Akyılmaz**, Bahtiyar, “*İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 1050.

1- Rücunun ve Rücu Usulünün Yasal Dayanağı

1982 Anayasası m. 40/2 de, 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde yer alan "*kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*" ifadesine benzer bir şekilde "*Devletin, sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*" hükmü benimsenmiştir. Böylece, sorumlu olan ilgiliden bahsedilerek birinci derecede devletin sorumlu olduğu zarar bakımından, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun da devam ettiği belirtilmiş; lâkin bu konuda idareye takdir yetkisi²³ tanınmıştır. Buna karşılık kamu görevlilerinin kusurları ile sebep oldukları zararlar için Anayasa ile getirilen yeni mali sorumluluk sistemi bakımından genel bir hükmü ihtiva eden m. 129/5 de rücu müessesesi, idarenin takdir yetkisinden çıkarılarak, bağlı yetki haline getirilmiştir.

Rücu mekanizması, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu ile doğrudan ilgilidir. Şayet bu mekanizma gereği gibi işletilebilirse, kanuni teminat sisteminin kamu görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarına pirim tanınması ve hazinenin kamu görevlilerince dilediğince zarara uğratılması tehlikeleri bertaraf edilmiş olacaktır. Bu sebeple mali sorumluluk hususunda genel hüküm olan ve "*zorunlu rücu*" öngören 129/5 hükmü, 657 sayılı Kanun m. 13'ten farklı olarak, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun tamamen kalkması ihtimalini bertaraf etmiş olmaktadır. Zira idare, kişisel kusuru ile üçüncü şahıslara zarar veren kamu görevlisinin sebep olduğu bu zararları tazmin etse bile, görevlinin, kişisel sorumluluğu tamamen kalkmış olmamakta, zorunlu rücu mekanizması ile zararı tazmin eden idareye karşı sorumluluğu devam etmektedir.

Merkez valiliğine atama işleminin iptali üzerine, eski görevine iade edilmeden ikinci bir kararname ile yeniden merkez valiliğine atanan kişinin açtığı davada *Danıştay* da "*İdare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve ... idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen 'yargı kararını uygulamama' eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır*" diyerek kişisel kusurun varlığını kararın gerekçesinde açıkça belirtmiş ve devamında "*davacının ... tekrar merkez valiliğine atanmasına ilişkin 29.10.1995 tarihli Bakanlar Kurulu kararında inhada bulunan İçişleri bakanının kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır. Anayasanın sözü edilen maddesindeki (kendilerine rücu edilmek kaydıyla) ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde davacıların, dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmektedir. ... Açıklanan nedenlerle davalı idarece olayda kişisel kusur bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla davacının manevi tazminat talebinin kabulüne*" diyerek kamu görevlisinin kişisel kusur nedeniyle verdiği zararlar nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalan idarenin söz konusu kamu zararını kamu görevlisine rücu etmesinin anayasal bir zorunluluk oldu-

²³ **Kaya**, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

ğunu vurgulamıştır²⁴. Hemen belirtelim ki kararda, İçişleri Bakanının kişisel kusuru bulunduğu açıkça belirtilse de Bakanın hasım mevkiine alınıp, konuyla ilgili savunması alınmadığından (ki yasal düzenlemeler ve içtihat bir kamu görevlisinin hasım mevkiinde bulunmasına cevaz vermemektedir) ve hüküm kısmında “*kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla*” denilerek somut bir kamu görevlisinden (ya da kamu görevlilerinden) bahsedilmemiş olduğundan bu yargı kararı belli bir kişi ile ilgili olarak icra edilebilecek bir ilâm niteliğinde değildir.

Anayasanın, kamu görevlilerinin sebep oldukları zararlardan doğan mali sorumluluğu düzenleyen 40/2 ve 129/5 hükümleri, rücu usulü ile ilgili herhangi bir esas getirmemiştir. Bu konu ile ilgili yeni bir kanuni düzenleme de yapılmamıştır. 657 sayılı Kanun m. 13 ile ilgili Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik ve Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik de söz konusu maddelerde zikredilen kanuni düzenlemeyi karşılar yeterlikte bulunmamaktadır.

Yargıtay'a göre; “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun (olay tarihinde yürürlükte bulunan) 12. ve 13. maddeleri; memurun Devlet'e karşı sorumluluğunu düzenlerken 12. maddede; (Görevleri ile ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tâbidirler). 13. maddede ise: (Kurumun, genel hükümlere göre rücu hakkı saklıdır) hükümleri getirilmiştir. Maddenin sırf düzenleniş şekli ele alındığında; Borçlar Kanununa yapılan yollamanın yalnız doğrudan doğruya zarar için söz konusu olduğu, keza umumi hükümlerden amacın özel hukuk olmadığı söylenebilir. Ne var ki, maddelerle ilgili gerekçeler gözden geçirildiğinde, bu yargının güçlü olamadığı anlaşılır. Bu yasal kuralların gerekçesinde: Borçlar Kanununa yapılan yollamanın yalnız doğrudan doğruya zararı içine almadığı; umumi hükümlerden amacın da, özel hukuk kuralları olduğu açıkça vurgulanmıştır”²⁵ Danıştay da benzer görüşleri ifade etmektedir²⁶: “Memurun idareye vermiş olduğu zararlarda ise, zarara uğrayanla arasında doğmuş bir borç ilişkisi söz konusu olur. Burada zarar veren ferdin (memurun) kusurunun saptanması gerekir. Kişinin kusuru sonucundaki sorumluluğu ise, Borçlar Kanununun haksız fiil hükümleri ile düzenlenmiştir. Memurun idareye karşı sorumluluğu da Borçlar Kanununun ilgili hükümleri gereğince nazara alınacaktır”.

Kararlardan da anlaşılacağı üzere yargı kararları ile şekillenen uygulamada rücu hakkının kullanımında adli yargının görevli olduğu kabul edilmekte ve rücu ile ilgili olarak 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde yer alan “*genel hükümler*” ifadesinden Borçlar Kanununun haksız fiillere müteallik hükümleri anlaşılmalıdır.

²⁴ D5D, 10.11.1997, E 95/3611, K 97/2485, DD, sy. 96, s. 219-220.

²⁵ Y4HD, 14.11.1985, E 85/7369, K 85/9399, YKD, c. 12, 1986, sy. 4, s. 510-511.

²⁶ D5D, 08.05.1979, E 75/9257, K 79/1132, AİD, c. 12, 1979, sy. 4, s. 90.

2- Rücu Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurunun Tespiti Halinde Mümkündür

Rücunun dayanağı olan Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi uyarınca rücu ancak kişisel kusurun varlığı halinde mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi, kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran davranışın, görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev sebebiyle yapılmış olmasına bağlıdır. Bunun dışında, doğrudan ya da dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar²⁷.

Yargıtay kişisel kusuru, idare ajanının, kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atıf ve isnat olunamayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnat olunan ve şahsi sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışı olarak tanımlanmıştır²⁸. Bu şekilde, resmi sıfatından tamamen ayrılarak, bu resmi sıfatının en ufak bir rol oynamadığı ve dolayısıyla görevinden, yetkisinden, hizmet araç ve gereçlerinden yararlanmadığı bir ortamda hukuka aykırı, kusurlu bir davranışta bulunan kamu görevlisi, bundan doğan zarardan BK hükümlerine göre şahsen sorumludur²⁹.

Hemen belirtmek gerekir ki görevle hiçbir bağlantısı olmayan kusurlar kişisel kusur kapsamında değildir. Görev sebebiyle ortaya çıkan kişisel kusur, kusurlu davranışın yapıldığı andaki şartlara göre kendi özelliği nedeniyle "*kişisel*" olan kusurdur. Kusurlu hareketin görevin ifası sırasında yapılması halinde ise hizmet kusuru söz konusu olur³⁰.

Kişisel kusur, kamu görevlisinin görevli olduğu zaman dilimi içinde, görev sebebiyle ancak görev dışı bir hareketiyle ortaya çıkabileceği gibi; görev haricinde, ancak kendisine görevle ilgili tahsis edilen bilgi, belge, araç ve gereçleri kullanmasıyla da çikabilir.

O halde kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavramdır. Hizmetin işleyişinde belli bir kamu görevlisinin kusuru olarak karşımıza çıkan "*idari bir kusur*"dur. Kişisel kusurun varlığı için "*belli*" bir kamu görevlisinin hukuka aykırı, kusurlu bir fiilinin varlığı gereklidir. Kişisel kusur, kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesinde yetkilerini kullanırken, görevini yerine getirirken; görevle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi; resmi sıfatını, hizmet araç-gereçlerini kullanarak, hizmet dışı bir faaliyette bulunması; kin, nefret, husumet gibi duygularla ya da siyasi saiklerle hareket ederek hizmetten yararlananlara zarar vermesi durumunda ortaya çıkar. Yani kamu hizmeti olmasa, kişisel kusur da olmayacaktır.

Kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla verdikleri zararlardan, kamu görevlisinin de idarenin de sorumluluğu, kusur sorumluluğudur.

²⁷ 25.3.1975, E 74/42, K75/62, AMKD, c. 13, 1976, s. 390.

²⁸ YİBGK, 22.10.1979, E 78/7, K 79/2, YKD, c. VI, sy. 4, s. 468.

²⁹ Y4HD, 02.04.1981, E 81/2886, K 81/4252, YKD, c. VI, sy. 9, s. 1121 vd.

³⁰ **Chapus**, s. 1363.

İdare, kamu görevlisinin kişisel kusuru ile verdiği zararlardan “aslen” sorumludur. Bu sorumluluk, “üstlenilen” bir sorumluluk olmadığı gibi, “dolaylı” bir sorumluluk da değildir. Zira devletin, sorumlu tutulduğu, kamu görevlisinin kusurlu eylem veya işlemleri, gerçekte kendi kusurlu eylem veya işlemleri niteliğindedir. Başka bir ifadeyle kamu görevlisinin kişisel kusuru ile verdiği zararlardan sorumlu olan idare, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu üstlenmemekte; kamu görevlisinin kusurlu davranışı dolayısıyla sorumlu olmamaktadır. Kamu görevlisinin kişisel kusuru doğrudan idarenin kusurudur. Yani idare kendi kusuru nedeniyle aslen sorumludur³¹. Bu sebeple son dönemde kamu görevlilerinin kişisel kusurları, idari yargı yerlerince, idare açısından “hizmet kusuru” olarak nitelendirilmektedir³².

İdari yargı merciiince kişisel kusurun tespiti, zarar gören açısından değil, idare ile kamu görevlisi arasındaki rücu ilişkisi bakımından önemlidir. Zira kişisel kusur sebebiyle zarara uğrayan, kamu hizmeti sebebiyle zarara uğramıştır. İdare ise yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti sebebiyle tazminat ödemeye mahkûm olduğu olayda, idare adına kamu hizmetini yürüten kamu görevlisinin (ya da kamu görevlilerinin) kusuru nedeniyle zarara uğramıştır.

3- Zarar Sadece Hizmet Kusurundan Kaynaklanmışsa (Kişisel Kusur Tespit Edilmemişse) Rücu Söz Konusu Olmaz

5018 sayılı Kanun’da açıkça belirtildiği üzere kamu zararı, kamu görevlilerinin kasit, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucu ortaya çıkan zararlardır. Bu nedenle sadece idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan zararların kamu zararına neden olması düşünülemez. Başka bir ifadeyle, idarenin hizmet kusuru nedeniyle üçüncü kişilerin zararını tazmin ettiği durumlarda yargı yerince ya da idarece kişisel kusur tespiti yapılmamışsa (hizmet kusuru ile kişisel kusur bir arada ya da iç içe bulunmuyorsa) kamu zararına, yani kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olduğundan bahsedilemez.

Özel hukuktaki kusur kavramı, şahsa bağlı subjektif bir durumu ifade ederken; hizmet kusuru şahsa bağlı olmayan, hizmeti yerine getiren kamu görevlisine atıf ve izafe edilemeyen ya da edilmesi gerekmeyen, tamamen kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, işleyişinde ve teşkilatlanmasında karşımıza çıkan somut, anonim ve objektif bir kusurdur. Yani hem yerine getirilen kamu hizmeti sebebiyle hem de hizmeti yerine getirilen teşkilat ve personel sebebiyle ortaya çıkan kısacası doğrudan idareye ait bir kusurdur. İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumlu olduğuna hükmeden

³¹ D10D, 26.10.1995, E 95/3321, K 95/4995, DD, sy. 91, s. 1102–1106; D10D, 18.2.1998, E 96/4835, K 98/703, DD, sy. 97, s. 670–672; DİDDGK, 17.4.1998, E 96/468, K 98/196, DD, sy. 98, s. 59–61; D10D, 25.6.1998, E 96/8578, K 98/1734, DD, sy. 98, s. 556–559.

³² D10D, 11.06.1996, E 96/4313, K 96/3477, DD, sy. 92, s. 761. Kaldı ki *Danıştay*, kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda dahi personelin seçimi ve eğitilmesindeki kusuru sebebiyle idareyi tazminata mahkûm etmiştir. D10D, 01.06.1983, E 1982/2539, K 1983/1357; D10D, 22.06.1983, E 1982/775, K 1983/1596, DD, 1984, sy. 52-53, s. 493; D10D, 28.01.1985, E 1982/4550, K 1985/106, DD, 1986, sy. 60-61, s. 455.

Anayasanın 125'nci maddesi uyarınca hizmet kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğu, *doğrudan doğruya* ve *asli* bir sorumluluk olup, hizmet kusuru sebebiyle zarar gören fertler idare aleyhine dava açarlar.

İdarenin hizmet kusuru bulunan eylem ve işlemleri, muhakkak ki, kamu görevlilerince yerine getirilmiştir. Bu çerçevede hizmet kusurundan doğan sorumluluk da aslında kamu görevlilerinin davranışlarından doğan bir sorumluluktur. Ancak *hizmet kusuru, kişisel olarak kamu görevlilerine bağlanamaz*. Zira müşterek ve anonim bir kusur olarak karşımıza çıkan hizmet kusurunda, kusurlu kamu görevlisini belirlemek çok zor olduğu gibi, yıllardır yargı kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere böyle bir belirlemeyi yapmaya gerek de yoktur.

"Nesne" nitelikli olan hizmet kusuru, haksız fiilde bireyler için söz konusu olan; kin, garez, husumet gibi insani dürtülerle işlenen ya da ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi beşeri zaafarla ortaya çıkan sübjektif mahiyette bir kusur değildir. Hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde, yürütülmesinde, teşkilatlanmasında, personeline veya denetiminde ortaya çıkan düzensizlik, bozukluk, aksaklık, eksiklik veya hizmete tahsis olunan teçhizatın yetersiz, elverişsiz, kötü olması gibi kamu hizmetinin yapısından, işleyişinden ya da vasıtalarından kaynaklanan "*objektif*" nitelikte bir kusurdur. Bu nedenle, hizmeti gören ya da görmekle yükümlü olan "*idarenin kusurudur*". İdarenin kusuru olduğu için kişiselleştirilemeyen ya da kişiselleştirilmesi gerekmeyen "*kişilik dışı*"; kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanmasına rağmen, belli bir kamu görevlisine atıf ve izafe olunamayan ya da atıf ve izafe olunması gerekmeyen bir kusurdur. Yargı yerleri bu nedenle hizmet kusurunun bulunduğu olaylarda sorumluluğun ortaya çıkması için zararın doğmasına sebep olan hizmetin kusurlu olduğunu tespit eder, ayrıca kusurlu davranışa hangi kamu görevlisinin sebep olduğunu belirlemezler.

Anayasa'nın 129'uncu maddesinde zikredilen "*kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar*" idarenin hizmet kusuru ile iç içe giren ya da bir arada bulunan kusurlardır. Yani idarenin yine aslen sorumluluğunun olduğu bu zararlar da zarara neden olan kamu görevlileri de açıkça belirlenebilir niteliktedir. İşte kamu hizmetinin yürütülmesinde kusurlu kamu görevlileri açıkça belirlenebiliyorsa o zaman kişisel kusur var demektir ve bu durum o kamu görevlilerinin de sorumluluğunu gerektirir.

4- Rücu Sorumluluğu Kamu Görevlilerinin Kasten ya da Ağır İhmali İle Gerçekleştirdikleri Zararlarda Söz Konusu Olmalıdır

Görüldüğü üzere rucu sorumluluğunun yasal dayanakları Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükümleri ve 657 sayılı Kanunun 13'üncü maddesidir. Bu maddelerde rucu, kamu hizmetinin yürütülmesinde kamu görevlilerinin kusuru ile neden olduğu ve idare adına hareket eden kamu görevlileri tarafından gerçekleştirildiği için idarenin "*birincil*", "*asli*" "*dolaysız*", "*doğrudan doğruya*" sorumlu olduğu zararlar nedeniyle tazminat ödeyen idarenin, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerinin sorumluluklarının devamı için başvurması gereken bir yol olarak düzenlenmiştir.

Yargıtay'a göre "*idare kendi icraatı sonucu ortaya çıkacak hukuki sorumluluğu tamamen yüklenecek, ajanları ile olan iç ilişkide rucu konusunu organla-*

rının temel ilkelere uygun davranma ölçüsünde çözümlenmeye çalışacaktır. İşte Anayasa'nın 129/5. maddesinde düzenlenen ve getirilen temel felsefe böyle bir amaca yöneliktir"³³. O halde rücunun da dayanağı Anayasa ve Kanun hükmü ile getirilen "kanuni teminat" (yasal güvence – idari güvence) temel felsefesi içinde değerlendirilmesi gerekir.

Kanuni teminat sisteminde, kamu görevlilerinin kusurlu eylem ve işlemleriyle zarara uğrayan üçüncü şahısların açacakları tazminat davalarının ancak idareye yöneltilebileceği bir yasal düzenleme ile hüküm altına alınır. Böylece hem zarar görenin karşısına aslında onun nam ve hesabına hareket eden kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanan zarar nedeniyle aslen sorumlu olan ve ödeme gücü bulunan idare konulmuş olur; hem de aslında statüer bir ilişki içinde faaliyette bulunan kamu görevlisi de sürekli dava tehdidi altında bulunmadan daha rahat bir çalışma ortamına kavuşur.

Kanuni teminat sisteminin uygulandığı ve bu sistem bakımından kanun koyucunun model olarak aldığı Almanya'da Anayasası'nın 34'üncü maddesi rücu için kamu görevlisinin kastını veya ağır ihmali aramış; hafif ihmal halinde rücu imkânı tanımamıştır³⁴. Anayasa madde 40/2 ve 129/5'te ise böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak idarenin kamu görevlisine rücununun görevlinin ağır kusuru (kast ve ağır ihmal) ile sınırlandırılması gerektiği DMK m. 13'ün gerekçesinde ifade edilmektedir:

"Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler kamu hukukuna tâbi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlardan, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılığında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

İkinci teminat, memur, daha doğrusu "kamu hukukuna tâbi hizmetlerle görevli personel" bakımındandır. Bu gibi personel görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmıyacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşmayacaktır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu madde ile, memur, mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş oldukları zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir. Zira 12. maddedeki "zarar" memurun gerek doğrudan doğruya idareye vereceği zararları, gerekse başkalarına zarar ıka etmek ve idareyi bu zararı tazmin mecburiyetinde bırakmak suretiyle sebep olacağı zararları kapsamaktadır. Bu son durumda, 12. maddenin son fıkrası hükmüne göre, idarenin haksız fiil sonucundaki genel hükümler çerçeve-

³³ Y4HD, 30. 1. 1984, E 84/372, K 84/724, YHD, c. 7, 1984, sy. 9, s. 1309.

³⁴ Devlet aleyhine açılacak tazminat davasında olduğu gibi rücu bakımından da adli yargı yolu açık tutulmuştur. Genel olarak kabul edildiği üzere ise rücu, idari bir kararla değil, adli yargıda açılacak bir eda davası ile gerçekleşir. **Ossenbühl** Fritz, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., München 1991, s. 98-99; **Müller** Klaus, Grundgesetz, 10. Aufl., München 1987, Art 34, rdn. 30.

sinde sorumlu personele rücu hakkı saklı kalmaktadır. Burada kişisel sorumluluğun hangi hallerde mümkün olabileceği, daha doğrusu kusurun derecesi meselesi ele alınmıştır. Ancak Fransız idare hukukundaki 'şahsi kusur' kıstasının sadece 'ağır kusur'dan ötürü sorumluluğu kapsadığını, şimdiki Alman Devlet Memurları Kanununun da "ağır kusur" esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatlarında bu yolda gelişmesi temenniye şayandır"³⁵.

O halde kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken sebep olduğu zararlardan, zararlı sonucu doğuran kusurlu davranışın sahibi sıfatıyla, idarenin aslen sorumlu olduğu dikkate alındığında kamu görevlisinin hafif ihmali ile sebep olduğu zararlardan sadece devletin sorumlu olması gerekir. Zira günümüz devletinde sayıları çoğalmış, teknik ve mali kapasite bakımından oldukça gelişmiş ve risk faktörü artmış kamu hizmetlerini dikkate alacak olursak, buna bağlı olarak altından kalkamayacağı büyük meblağlarda zarara sebep olma riski çoğalmış kamu görevlisinin en hafif ihmalden bile sorumlu tutulması ciddi bir haksızlık olur.

IV- SONUÇ

Kamu görevlilerinin kamu hizmetinin ifası sırasında ve kamu hizmeti nedeniyle kusurlu davranışları dolayısıyla hizmetten yararlananlara verdikleri zararlar için açılacak tazminat davalarının "ancak" idare aleyhine yöneltebileceğini düzenleyen Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi hükmü çerçevesinde gerek Danıştay gerekse Yargıtay, kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğan sorumluluğu devlet için asli, doğrudan, birincil bir sorumluluk olarak görmektedir. Hizmet kusuru ise yukarıda da belirtildiği üzere hiç tereddütsüz idarenin kusur sorumluluğunun tek dayanağıdır. Başka bir ifadeyle idarenin hizmet kusuru ya da kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla verdikleri zararlar nedeniyle idare (devlet) her halde aslen, doğrudan sorumludur.

Diğer taraftan mevzuatta kamu zararı, kamu görevlisinin kusuru ile kendine teslim edilen devlet malını koruyamayarak, hizmet dışı kalmasına neden olarak doğrudan doğruya devlete verdikleri zararlarla, Anayasa'nın 129/5 hükmü ile de uyumlu olarak yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle devletin tazminat ödemek durumunda bırakılması sonucu dolaylı olarak neden oldukları zararları ifade etmektedir.

Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinde kamu görevlisinin rücu sorumluluğunu gerektiren kusurun kişisel kusur olduğu düşünüldüğünde, kamu görevlisinin kişisel kusurunun olmadığı (bu tespitin yapılmadığı) idarenin salt hizmet kusuru nedeniyle ödediği bir tazminatın kamu gideri ile ilgisi bulunmayan bir ödeme olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla kamu görevlilerine rücu edilmesi gereken bir kamu zararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Yine yukarıda belirtildiği üzere kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken sebep olduğu zararlardan, zararlı sonucu doğuran kusurlu davranışın sahibi sıfatıyla, idarenin aslen sorumlu olduğu dikkate alındığında, kamu görevlisinin

³⁵ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 1, Toplantı 4, c. 42, sy. 977, s. 10-11.

her kusurundan, özellikle de hafif ihmali ile sebep olduğu zararlardan sorumlu olmaması gerekir³⁶.

Bu konuda Anayasa'nın 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında yapılması öngörülen yasal düzenleme ile uygulamadaki karışıklığın giderilebileceği açık olmakla birlikte, içtihadi bir hukuk dalı olan ve özellikle hizmet kusuru da dahil sorumluluk hukukuna ilişkin bütün esasların yargı kararları ile belirlendiği Türk İdare Hukukunda Sayıştay'ın da daha duyarlı olması gerekmektedir.

³⁶ *Gökcan*'a göre Anayasa 40/2 ve 129/5 de ise böyle bir sınırlama getirilmediği için rücu bakımından kusurlu personel, sadece kasıt ve ağır ihmalden değil; hafif ihmalden de sorumlu olacaktır. **Gökcan** Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2002, s. 106.