

## İDARE AJANININ ŞAHSİ SORUMLULUĞU

Burhan KUZU\*

### I-GENEL OLARAK

İdarenin ve kamu personelinin sorumluluğu meselesi doktrinde ve mahkeme kararlarında bazı kıstaslarla belirlenmeye çalışılmıştır. Ne var ki, bu alanda net bir kriter ortaya konulmamıştır. Yapılan bir işlem ya da eylemden doğan hukuki sorumlulukta dava İdare aleyhine açılırken "Hizmet Kusuru"na dayanırken personel için de "Görev Kusuru"na dayanılmaktadır<sup>1</sup>.

"Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, personelin kişisel eylem ve kusuru, sanıldığı ve bazılarının düşündüğü, görev ve hizmetle hiç bir ilgisi veya ilintisi olmayan alelade tutum ve davranışlar değildir. Kamu görevlisinin şahsi fiilinden ve hatasından, bunların resmi faaliyet ve vazifelerin ifası için, sırasında veya dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Çünkü, uzaktan veya yakından doğrudan veya dolaylı olarak, az veya çok kamu faaliyet ve hizmetleri ile ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler, personelin ancak birey ya da vatandaş sıfatıyla hareket ve tasarruflarından ibarettir ve herkes gibi, bunların sonuçlarına kendisi katlanır. İdareye ve hizmete hiç nisbeti bulunmayan bu kabul fiil ve kusurlar, personelin şahsına raci olmakla beraber; "İdari eylem" ve "İdari kusur" karşısında yer alamayacağı için teknik ve dar anlamda "kişisel eylem" ve "kişisel kusur"

niteliğini taşımaz ve sorunumuzun dışında kalır<sup>2</sup>.

Şu halde, kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da görevle ilgili olarak ortaya çıkar ve bu nedenle bir sorun teşkil eder: Personelin hizmet içinde, görev sırasında veya görev bahanesiyle yaptığı her türlü hareket ve hatadan kendisi mi, kurumu mu ya da her ikisi birden mi sorumlu tutulacaktır?

Doktrinde bu mesele muhtelif çalışmalarda tartışma konusu olmuştur. Bu noktanın aydınlanması için memurun kusurunun mahiyetine bakmak icap eder. Subjektif kritere göre, üçüncü bir şahsı bir zarara uğratmak kasd ve niyetiyle hareket etmesidir. Bu durumda kamu personelinin kişisel sorumluluğu gündeme gelmektedir<sup>3</sup>. Bu durumda ortada bir haksız fiil var demektir. İşlenen fiil memuriyet ve vazifesiyle birleşmiş değilse, ondan sonra ayrı ve hizmetin mahiyetine yabancı bir fiil ise şahsı bir kusur sayılır. Bu şekilde İdari faaliyet dışında kalan haksız fiilinden doğacak sorumluluğun Medeni Hukukun haksız fiiller hakkındaki hükümleri, dairesinde, tevcihi gerekir<sup>4</sup>.

Ünlü Fransız İdare Hukukçusu Waline, "hizmetten ayrılmayan kusur" ve "hizmetten ayrılabilen kusur" şeklinde bir başka ayrım getirmiştir. Ona göre, ortada hem hizmet kusuru, hem de şahsi kusur varsa bu durumda sorumluluk hem idareye hem de memura tevcih edebilecektir<sup>5</sup>.

Onar'a göre, "...memurun düşmanlık, şahsi kin ve rekabet ve şahsi ihtiras, şahsi bir menfaat temini için amire hoş görünmek ve saire gibi şahsi bir hisse dayanarak kötü niyetle, ferdi ızrar kartı ile işlediği fiiller şahsi kusurdan doğan şahsi fiiller mahiyetindedir ve ajanın şahsi mes'uliyetini intaç eder. Bu gibi hallerde fiilin objektif bakımdan hizmetle alakası, hizmetin safhalarından, ameliyelerinden birini teşkil edip etmemesi nazara alınmaz, ajanın bu kötü kasıt ve niyeti kusurunun şahsi kusur ve fiilinin şahsi bir fiil sayılması için kafidir<sup>6</sup>".

Hizmet kusuru ile şahsi kusurun birlikte bulunması durumuna değinen Onar, bu konuda şu isabetli görüşü ortaya koyuyor: "Aynı zararı doğuran müteaddit fiiller vardır. Bunlardan bir kısmı hizmet kusurundan bir kısmı da şahsi kusurdan ileri gelmiştir. Bu

<sup>2</sup>DURAN, a.g.m., s.103.

<sup>3</sup>ONAR, S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.II, s.1204.

<sup>4</sup>ONAR S.S., a.g.e., C.II, s.1205.

<sup>5</sup>Naçleden ONAR S.S., a.g.e., C.III, s.1699.

<sup>6</sup>ONAR, S.S., a.g.e., C.III, s.1700.

\*

<sup>1</sup>DURAN, L., Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s.105.

takdirde mağdur hizmet kusurundan dolayı İdare Mahkemesinde İdare; ve şahsi kusurdan dolayı da Hukuk Mahkemesinde ajan aleyhine dava açabilir. Bu esas zararlar müteaddit fiiller arasında illiyet rabitası mevcut olabileceği ve böyle müteaddit rabitalar mevcut olduğu takdirde biri diğerini ortadan kaldırmayacağı ve mağdurun bunlardan herhangi birine müsteniden dava açabileceği yolundaki medeni hukukumuzun zarar ve ziyan esaslarına da uygundur<sup>7</sup>"

Şahsi kusur ile hizmet kusurunun iç içe bulunduğu, tek ve aynı fiil içinde yer aldığı duruma da değinen Onar'a göre "Bilhassa şahsi kusurlu fiilin ajanın fonksiyonlarını ifa sırasında yani hizmet esnasında işlenmiş olması, hatta hizmet dışında yani hizmet zaman ve mekanı haricinde olmakla beraber idare ve hizmet vasıtalarının şahsi maksatlarla kullanılması suretiyle işlenmiş bulunması hallerinde de hizmet kusuru ile şahsi kusurun mürtabit bir halde olacağı ve binaenaleyh iki nevi mes'uliyetin de içtima edeceği kabul edilmektedir<sup>8</sup>"

"Hizmet kusuru ile şahsi kusurun ve her iki mes'uliyetin içtima halinde İdare ile ajan arasında bir teşelsül husule gelmiş, yani bunlar munzam ve mürtabit kusurlar neticesinde doğan zarar ve ziyan borcunun müteselsil borçlusu olmuş olur. Binaenaleyh mağdur bir sıra takibine mecbur olmaksızın alacağının tamamını her birinden ayrı talep ve dava edebilir<sup>9</sup>". Bu görüşü paylaşan, Paris Hukuk Fakültesi Profesörlerinden EISEMANN'a göre de, mağdurun bu konuda tercih hakkı vardır. Ancak bu konuda Danıştay'da memur aleyhine dava açılmayacağını belirterek, memurun kusurunun ve sorumluluğunun takdirinin Adliye Mahkemelerine ait olduğunu vurgulamaktadır<sup>10</sup>. Böyle bir durumda kusurun oranı olarak takdiri meselesi gündeme gelecektir. Denilmektedir ki, hizmet kusurunun takdirine Danıştay ne kadar yetkili ise medeni hukuk hükümlerine tabi olan şahsi kusurun tesbit ve takdirine de Adliye Mahkemesi o kadar yetkilidir. Bu iki kazai mercii arasında bir anlaşmazlık ve uyuşmazlık olursa bunu da Uyuşmazlık Mahkemesi çözecektir.

Duran'ın çok isabetle işaret ettiği gibi, Anayasamızda "hak arama hürriyeti" mevcuttur. Bu temel hürriyet kişilere tek yanlı bir hak tanımakla yani sadece zarar görene dava açmak hakkı verilmekle sağlanmayıp; ancak, dava kavramının niteliği gereği karşı taraf, yani

gerçek sorumlu da davalı durumuna sokulmakla gerçekleşebilir. Ayrıca, davalının "savunma hakkı"nın esasında bir "ödev" veya "yüküm" bulunduğu ve sorumluluk müeyyidesini içerdiği gözönünde tutulmalıdır. Böyle olunca, kişiler uğradıkları zararlardan asıl sorumlu bulunan yerine sorumsuz sayılan bir başkası aleyhine dava açmaya zorlanamaz. Özellikle tazminat davalarının sonuç ve amacı, zarar görenin bir miktar para elde etmesinden ibaret olmayıp, sorumlunun medeni bir müeyyideye de çarptırılmasıdır<sup>11</sup>.

## II-TÜRK MEVZUATINDA DURUM

Türk mevzuatı ve uygulamasına gelince; bilindiği gibi, bu alanda 1965'e kadar pek açık bir düzenleme yoktur. Bu tarihte çıkarılan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu "Kişilerin Uğradıkları Zararlar" kenar başlığı altında şu hükmü getirmiştir: "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" (Madde 13).

1965'e kadar uygulamadan doğan zararlardan ilgili kamu görevlisi aleyhine dava açılmıştır. Ancak bu uygulama neticesinde zarar gören davacı davayı kazanması durumunda kararın icrasında memurun mali yetersizliği yüzünden bazı güçlükler çıktığı için bu tür bir değişiklik yapılmak istenmiştir. Nitekim 13. maddenin gerekçesinde şöyle denilmektedir: "Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine 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 karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir. İkinci teminat, memur bakımındandır. Bu gibi personel görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakınca ile karşılaşmayacaklardır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamiyle sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır<sup>12</sup>.

<sup>7</sup>ONAR, S.S., a.g.e., C.III, s.1703.

<sup>8</sup>ONAR, S.S., a.g.e., C.III, s.1704.

<sup>9</sup>ONAR, S.S., a.g.e., C.III, s.1705.

<sup>10</sup>Eisemann, Juris-Classeur Périodique: La Semaine Juridique 1952, II, Jurisprudence, s.6734-6737.

<sup>11</sup>DURAN, L/ a.g.m., s.97.

<sup>12</sup>PINAR, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu ve İlgili Mevzuat (1), Ankara, 1987, s.53-54.

Görülüyor ki, 13. madde kamu hizmetlerini yürüten personelin rahat çalışmasını sağlamak yanında asıl olarak mağduru korumayı amaçlamaktadır. Bu hüküm daha sonra 1982 Anayasası'na da alınmıştır (Madde 129). Aslında özde hiç bir farklılık mevcut değildir. Nitekim 129. maddenin gerekçesinde bu duruma işaret edilerek bu ilke "esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrardır" denilmektedir.

### III-YARGI KARARLARINDA DURUM.

Danıştay ve Yargıtay'ın uygulamalarına gelince; Maalesef doktrindeki dağınıklığı burada da görmek mümkündür. Gerçekten her iki Yüksek Mahkeme bu konuda zaman zaman çok isabetli kararlar verirken bazen de hukuk mantığını zorlayan tutumlar sergilemişlerdir. Özellikle Yargıtay'ın 1980'den sonraki tavrını kabullenmek mümkün değildir.

Danıştay 12 No.lu Dairesi bir kararında "İdarenin ajanları tarafından ika olunan zararlar sebebiyle açılacak tazminat davalarında müştekinin, ya ajanın hizmet kusuru dolayısıyla idare aleyhine idari kaza mercilerine, ya da doğrudan doğruya, şahsi kusurundan bahisle ajan aleyhine Adliye Mahkemelerine müracaatı mümkün bulunmaktadır" sonucuna varmıştır<sup>13</sup>. Aynı daire bir başka kararında da "İdare ajanlarının kastına müstenid ve hizmet dışı işlem ve eylemlerinden ötürü İdarenin kusurlu addedilip tazminata mahkum edilmesi mümkün olmadığı" nı belirtmiştir<sup>14</sup>.

Danıştay II. Nolu Daire ise, davacının aynı anda idari yargıda idare aleyhine adli yargıda sorumlu memur aleyhine tazminat davası açmasını mevzuata uygun bulmuştur<sup>15</sup>.

Dikkat edilirse Danıştay, 1965'ten önceki hukuki rejim uyarınca personelin kötü maksat ve niyetli davranışlarından ve görev veya hizmetten ayrılabilen kişisel eylemlerinden dolayı şahsen sorumlu olmakta devam ettiklerini bugün de kabul etmektedir. Şu halde, 657 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarında bu noktadan bir değişikliği gerekli kılmamış ve eski

<sup>13</sup>Bkz. E. 1968/2722, K. 1968/2272, Kt. 30 Kasım 1968, G.Dinçer-E.Çırakman ve N.Necipoğlu, Danıştay Kararları, (1967-1969), Ankara 1969, §.6-7, No: 14.

<sup>14</sup>Bkz. E.1969/2245, K.1971/2418, Kt.28 Ekim 1971, Y.Esin, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: İdarenin Hukuki Sorumluluğu; Ankara 1973, s.247-248.

<sup>15</sup>Bkz. E.1971/573, K.1971/2319, sy.11-12, s.1136-1140.

uygulamalarının sürüp gitmesini engellememiştir<sup>16</sup>.

Yargıtay'ın uygulamaları da bu doğrultuda olmuştur. Bir kararında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi şunu ortaya koymuştur: "Kişisel kusurun varlığını kabul etmek için davalının kötü amaç ve niyetle, garez ve düşmanlıkla hareket ettiğinin veyahut açık ve kesin olan kanunlar hükümlerinin bilerek ve kasden giderildiğinin ispatlanması gerekir<sup>17</sup>". Aynı daire bir başka kararında da şöyle diyor: "657 sayılı yasanın 13 üncü maddesi memurların görevlerini yerine getirmeleri sırasında üçüncü kişilere kusurlu davranışları sonucunda verdikleri zarardan onlara karşı doğrudan doğruya dava açılmayacağı esasını benimsemişse de; görevlilerin kendilerine uygulanan idari işlem ve eylemlerinden dolayı üstlerine karşı doğrudan doğruya dava açma hakkına sahip oldukları yine bu yasanın 21 inci maddesinde belirtilmiş olması karşısında, manevi zararın davalı bakandan özellikle istenemeyeceği düşünülmez ve ileri sürülmez<sup>18</sup>".

Yargıtay 3 Nolu Hukuk Dairesi de bir valinin şahsi kusuru ile bir görevliye verdiği iddia olunan zararın kendisine tazmin ettirilmesi istemini içeren davayı "İdari dava mahiyetinde" olduğu gerekçesiyle görevden reddeden mahkeme kararını bozmuştur<sup>19</sup>. Aynı daire bir başka kararı ile de, bir trafik müdürünün bir otomobil sahibine, arabasını binasındaki müsait yere park ettirmemesi yüzünden verdiği zararın ödettilmesi için açılan davayı "İhtilaf idari bir mameleden doğmuş" bulunmasına binaen görevsizlik sebebiyle reddeden mahkeme kararını bozmuştur<sup>20</sup>.

Şu halde, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin "garez ve düşmanlıktan" başka "açık ve kesin olan kanun hükümlerinin bilerek ve kasden giderildiğinin ispatlanması" gibi hallerde personelin şahsen sorumlu olduğunu kabul ettiğinde kuşku yoktur<sup>21</sup>.

Görülüyor ki, gerek Danıştay gerekse Yargıtay, Devlet Memurları Kanununun

<sup>16</sup>DURAN, L., a.g.m., s.80.

<sup>17</sup>Bkz. 6653/4922, 18 Ekim 1965, Y.Esin ve E.Dündar, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, I.Kitap, Ankara 1971, s.91.

<sup>18</sup>Bkz. E.1971/1917, K.10690, İstanbul Barosu Dergisi, C.XLVI, Eylül-Ekimi 1972, sy.9-10, s.988-1002.

<sup>19</sup>Bkz. E.4958, K.4585, Kt.7 Kasım 1969, M.R.Karahasan, Tazminat Davaları, Ankara 1973, s.952.

<sup>20</sup>Bkz. E.4846/, K.3768, Kt.6 Ekim 1970, M.R.Karahasan, a.g.e., s.949.

<sup>21</sup>DURAN, L. a.g.m., s.86.

yürürlüğe girmesinden bu yana geçen zaman içerisinde, 13. madde hükmü, her iki Yüksek Mahkeme'nin kamu görevleriyle ilgili olarak personelin şahsi eylem ve kusurlarıyla kişilere verdikleri zararlardan ötürü açılan davalar hakkındaki içtihatlarını pek etkilememiş ve 1965'ten önce olduğu gibi sürdürülmesini önlemiştir<sup>22</sup>.

Ne var ki, bu isabetli gidiş 1980'den sonra biraz müphemiyet kazanmıştır. 1982 Anayasası'nın 129. maddesine Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin ilgili bölümünün aktarılmış olması maalesef Yargıtay'ımızı fazlaca etkilemiştir. Oysa, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi esasta hiç bir değişiklik söz konusu değildir. Nitekim bu durum 129. maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Bilinmelidir ki, bir kanun hükmünün Anayasaya konulması o düzenlemeye anayasal bir dayanak verirse de hüküm uygulama gücünü hiç bir şekilde etkilemez. Zira Anayasa hükümleri doğrudan doğruya uygulanabilirlik niteliğine sahip değildir.

Durum böyle olmakla beraber Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14.9.1983 tarihli kararında şu görüşe yer vermiştir: "...T.C. Anayasası'nın 129/5. maddesinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde tazminat davalarının, ileride asıl sorumlularına rücu edilmek kaydı ile ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır. Genel ilke olarak ajanlarının sorumluluklarından yalnızca idarenin muhatap sayılması kaçınılmaz bulunmaktadır... T.C. Anayasası zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla buna bağlı hukuki sorumluluğu hiç bir zaman ortadan kaldırmamış, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Açılan davalar zarar görenlere hiç bir ciddi külfet yüklenmeden ve sadece hasım değiştirmek suretiyle merciinde idareye karşı devam ettirilecek ve sonuçlandırılacaktır<sup>23</sup>". Benzer bir karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesince de verilmiştir<sup>24</sup>.

Yargıtay'ımızın bu yeni tutumunu anlamak mümkün değildir. Hele Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinden ziyade kararda Anayasa hükmü üzerinde çok fazla durulmuş olmasını izah etmek gerçekten zordur. Kaldı ki, Anayasa hükmü eski mevcut duruma hiç bir yeni unsur eklememiştir. Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gitmesini gerektirecek hiç

bir durum yoktur. Yargıtay yeni uygulamasında "Devlet kanalize edilmiş sorumluluk" deyimini pek benimsemişe benziyor. Halbuki, Yargıtay 1982 Anayasası öncesinde, DMK. 13. madde hükmünün kamu görevlilerinin kişisel kusurlarına dayanarak onlar aleyhine kişiler tarafından tazminat davası açılmasına engel bir biçimde yorumlanamayacağını özenle vurgulamıştır. Uygulama bir kaç istisna dışında hep bu yönde olmuştur. Özellikle İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.10.1979 tarihli kararı sözkonusu şahsi sorumluluğu en açık bir şekilde vurgulamıştır<sup>25</sup>.

Tümüyle farklı şekilde sonuçlara ulaşan bu iki içtihat biçimine, aynı hüküm (md.19) pek kolay gerekçe yapılabilmektedir<sup>26</sup>. Oyle zannediyoruz ki, bu içtihat sapması 1980 döneminde ülkede hakim olan umumi hava ile ilgilidir. Nitekim aynı yıllarda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da muhtelif konularda önceki kararından sapmalar kaydetmişlerdir. Oysa bir çok meselede kesinlikle içtihat değişikliğini gerektirecek hukuki bir yenilik mevcut değildir.

DMK., 13. madde ve 1982 Anayasasına bu hükmün nakledilmesi (md.129/5) görevlinin kişisel sorumluluğunu alt-üst eden bir düzenleme içerdiğinden hareket eden Duran, bu düzenlemenin "kamu personeline koruyucu bir zırh" kazandırdığını ileri sürerek genel Anayasa ilke ve kuralları ile bağdaşmasının imkansızlığına dikkat çekmektedir<sup>27</sup>. Bu hüküm ve Yargıtay'ımızın içtihat değişikliği neticesi şu olacaktır ki "bundan böyle memurlar çok cür'etli olacaklar, hep kötü karar vermekten çekinmeyeceklerdir; çünkü kendileri mesul değildir, idaresinde onu takip edeceği çok şüpheli<sup>28</sup>" görüşü bir gerçeğe parmak basmakta, hele bu gerçek Türkiye uygulamasında ürkütücü bir boyut kazanmaktadır<sup>29</sup>. Nitekim uygulamada kamu personelinin keyifliliği had safhayı bulmuştur. Ayrıca İdare "rücu" yoluna da hemen hemen hiç gitmemektedir. Zarara uğrayan bireyin korunması gereğiyle ödeme gücü yüksek bir davalı bulma gayreti, çoğu kez hukuka aykırı davranın memuru bir anlamda ödüllendiren

<sup>25</sup>Bkz. E.1979/7, K.1979/2, R.G., 29 Kasım 1979, s.62-63.

<sup>26</sup>OZANSOY C., Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1990, C.I, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s.77.

<sup>27</sup>DURAN, L., Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, s.3.

<sup>28</sup>DURAN, L., Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s.11.

<sup>29</sup>OZANSOY, C., a.g.m., s.84.

<sup>22</sup>DURAN, L. a.g.m., s.87-88.

<sup>23</sup>Bkz. E.1980/4-1714, K.1983/803, Yargıtay Kararlar Dergisi, C.IX, sy.11, Kasım 1983.

<sup>24</sup>Bkz. E.1985/7369, K.1985/9399, Kt.14.11.1985, Yargıtay Kararlar Dergisi, C.12, sy.4, Nisan 1986, s.509-513.

sisteme dönüşmekte, bu tehlike önlenilmek istendiğinde de; kamu hukukunun kolayca benimseyemeyeceği bir hukuki sorumluluk felsefesi sayılan cezai sorumluluk çözümlerinden medet umulmaktadır<sup>30</sup>. Böylelikle Devlet hazinesi adeta "şamar-oğlanı" olarak görülmektedir<sup>31</sup>. Gerçekten, DMK. 13. maddenin geniş yorumlanmasından doğacak sakınca ve tehlike "...görevlinin kişisel kusurundan nasıl olsa bana karşı tazminat davası açılmaz düşüncesinin etkisi altında bile bile, üstelik kötü niyetle haksız davranıp yurttaşlara zarar vermektan kaçınmaması gibi tehlikelinin gözönünde tutulmasındaki zorunluk açıktır. O kadar ki, yurt gerçekleri böyle bir tehlike ile bireyleri karşı karşıya bırakmaya elverişlidir<sup>32</sup>".

Yeni içtihat sapmasında kişisel sorumluluk olarak sadece adam dövme, yargı kararlarını yerine getirmeme durumları düşünülmektedir. Yargıtaya göre "görevlinin, yargı kararını yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetkisi yoktur<sup>33</sup>". Bir başka kararında da "Kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gerekli bir Anayasa emridir" diyor<sup>34</sup>. Esasen yargı kararlarının yerine getirilmemesini bir idari işlem saymayan Yargıtay kararları bile tenkit edilmiştir<sup>35</sup>.

Belirtelim ki, Yargıtay'ın 1980'den sonra geliştirmeye çalıştığı şahsi sorumluluğun Devlete aktarılması ya da Yargıtay'ın deyimini ile "Devlete Kanalize edilmiş sorumluluk" ifadesi kesinlikle kamu personelinin sorumluluk meselesini çözmez. Bilinmelidir ki, "zarar gören kişilerin, ilgili kurum aleyhine açmak zorunda oldukları davaların yani tam yargı ya da idare tazminat davalarının, görevi yerine getiren personel aleyhine açabilecekleri veya açmaları gereken adli tazminat davaları yerine geçtiğini söylemek ve kabul etmek mümkün değildir. Çünkü, Türk Hukukunda İdari ve adli tazminat davaları, gerek esas, gerek merci ve usul bakımından birbirinin yerine kaim olmak şöyle dursun, yekdiğerine yaklaştırılmaz. Gerçekten bu iki tür dava arasındaki fark, sadece sorumlu veya davalı durumunda bulunan kişilerin

ayrılığında ibaret olmayıp, tümü ile hukuki rejimlerinin değişik nitelik taşımasındandır<sup>36</sup>".

#### IV-DEĞERLENDİRME

Doktrinde hakim olan bu düşüncelerden, mevzuattaki düzenlemelerden ve Yargıtay ve Danıştay'ın yukarıda izah ettiğimiz kararlarından kamu personelinin ve idrenin sorumluluk sınırlarının belirlenmesine ilişkin olarak şu esaslar çıkarılabilir:

1- Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi memurun keyfi hareket etmesi için değil, zarar görenin davayı kazanması durumunda, karşısında "Devlet" gibi mali yönü kuvvetli bir muhatap bulunmasını sağlamak için konulmuştur. Bu hüküm aynı amaçla 1982 Anayasasına da sokulmuştur.

2- Anayasanın garanti altına aldığı hak arama hürriyeti kişilere tek yanlı bir hak tanımakla yani sadece dava açmak hakkı verilmekle sağlanmayıp; ancak dava kavramının niteliği gereği karşı taraf yani gerçek sorumlu da davah duruma sokulmakla gerçekleşebilir. Böyle olunca, kişiler uğradıkları zararlardan asıl sorumlu bulunan yerine sorumsuz sayılan başkası aleyhine dava açmaya zorlanamaz. Özellikle tazminat davalarının sonuç ve amacı, zarar görenin bir miktar para elde etmesinden ibaret olmayıp, sorumlunun medeni bir müeyyideye de çarptırılmış olmasıdır<sup>37</sup>.

3- Şu halde, davacının tercihini esas almak ve araştırmak gerekmektedir. Doktrinde yazarlar bu hususu vurgulamışlar ve bu konuda şu kıstasları koymuşlardır: "Üçüncü bir şahsı bir zarara uğratmak kasd ve niyetiyle hareket etmek", "hizmetten ayrılabilen davranışlar", "şahsi kin şahsi ihtiras", "şahsi bir his" vs. gibi hallerde fiilin hizmetle alakası, hizmetin safhalarından, ameliyelerinden birini teşkil edip etmemesi nazara alınmaz; ajanın bu kötü kasıt ve niyeti kusurunun şahsi kusur ve fiilinin şahsi bir fiil sayılması için yetirlidir<sup>38</sup>. Nitekim Danıştay'ın uygulamaları keza Yargıtay'ın içtihatları 1980'e kadar hep bu yönde olmuştur. Yargıtay bu meseleyi yani kişisel sorumluluğu ortaya çıkarmak için şöyle diyor: "Kişisel kusurun varlığını kabul etmek için davalının kötü amaç ve niyetiyle, gazez ve düşmanlıkla hareket ettiğinin veyahut açık ve kesin olan kanun hükümlerinin bilerek ve kasten

<sup>30</sup>OZANSOY, C., a.g.m., s.85.

<sup>31</sup>OZANSOY, C., a.g.m., s.86.

<sup>32</sup>KARAHASAN, M.R., a.g.e., s.875.

<sup>33</sup>Bkz. 4.HD., E.1986/1268, K.1986/1841, Kt. 27.2.1986, Yargıtay Kararlar Dergisi, C., 12, Haziran 1986, s.797.

<sup>34</sup>Bkz. 4.HD. E.1986/1995, K.1986/4064, Kt.

13.5.1986, Yargıtay Kararlar Dergisi, C.12, Eylül 1986, s.1288.

<sup>35</sup>Yayla Y., "Karar İncelemesi", Hukuk Araştırmaları, C.I, sy.3, Eylül 1986, s.53.

<sup>36</sup>DURAN, L., a.g.m., s.73.

<sup>37</sup>DURAN, L., a.g.m., s.97.

<sup>38</sup>ONAR S.S., a.g.e., C.III, s.1700.

giderildiğinin ispatlanması gerekir<sup>39</sup>". Demek ki, memurun yapmış olduğu işlemde kin, garez, düşmanlık hissi, kanun hükümlerini bilerek ve kasten farklı şekilde uygulanması vs. gibi durumlarda kişisel sorumluluğu gündeme gelecektir. Yargıtay'a göre bu durumların mutlaka araştırılması gerekir. Bunlar araştırılmadan sadece "İdari dava mahiyetinde" diyerek karar verilmesini bozma sebebi olarak görmüştür.

4- Yargıtay'ın bu köklü ve oldukça isabetli içtihadından sapmayı gerektirecek hiçbir hukuki değişiklik mevcut olmadığı halde sadece 1980'li yılların umumi havasından etkilenerek yeni icat ettiği "Devlet Kanalize edilmiş" sorumluluk kıstası doktrinde kesinlikle kabul görmemiş ve vicdanları tatmin etmemiştir. Bu yeni uygulama keyfi hareketleri körüklemiş ve Türkiye uygulamasında ürkütücü bir boyut da kazanmıştır<sup>40</sup>.

## SONUÇ

Şu halde, mahkemelerimiz önlerine gelen hadisede, olayın hal ve vaziyetlerine göre durumu ayrı ayrı tetkik etmesi gerekir. Uygulamada hemen hemen idarenin sonradan memura "Rücu" edeceği varsayımına güvenerek gerçek sorumlular gizlenmeli ve onlara keyfi hareket etmek cür'et ve hevesi verilmemelidir. Tekrar hatırlatalım ki, DMK'nun 13. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, davanın personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine, açılması mağdura paralı bir muhatap bulmak suretiyle onu korumaya yöneliktir.

İdare ajanı bazen, kendi kin ve garezini göstermelik bir idari işlemle perdelemektedir. Bazı göstermelik işlemler buna alet edilmektedir. Yapılan eylem ve işlemlerin hüküm olarak hiç bir hukuki dayanağı mevcut değildir. Farklı işlemlere duruma göre yeni kılıflar bulma arayışı sergilenmektedir. Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, "bir umum müdür tarafından bakan aleyhine açılan tazminat davasında bakanın birbirine zıt ve mütenakız üç karar vermiş olmasını şahsi bir kusur saymıştır<sup>41</sup>".

"Bu gibi hallerde... Adliye Mahkemeleri, bütün kaza mercileri gibi vakıaların ve hukuki hadiselerin mevcudiyetini aramakla ve tesbitle mükelleftir... Binaenaleyh adliye mahkemesinin isnat edilmek istenen

kararın varlık şartlarını araması ve bunlar mevcut olmadığı takdirde kararı yok farzederek fiili hareketleri, haksız bir fiil şeklinde tetkik ve muhakeme etmesi mümkündür<sup>42</sup>".

1980 öncesi uygulamada olduğu gibi, "Danıştay ve Yargıtay içtihat ve tatbikatında artık yerleşmiş ve kesinleşmiş görülen kötü niyet ve meksetle ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için kasden yapılan işlem ve eylemler ile bağdaşmayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden bariz şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerde olduğu kabul edilebilir. Buna göre, kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkiyi kötüye kullanır ve mevzuatta da açık ve kesin olarak belirtilen görev ve yetki konusunu ve sınırlarını aşar ya da idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, şahsi fiil ve kusur işlemiş ve kişisel mesuliyetine yol açmış olur<sup>43</sup>".

Kısacası, her somut olayda "Hizmet Kusuru" ve "Görev Kusuru" ayrımı mutlaka yapılarak personele, ferdi olarak atıf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimdeki aykırı davranışların ortaya konulması gerekmektedir<sup>44</sup>.

<sup>39</sup>Bkz. 4.HD. 6653/4922, 18 Ekim 1965, Y.Esin ve E.Dündar, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, I.Kitap, Ankara 1971, s.91.

<sup>40</sup>OZANSOY, C., a.g.m., s.84.

<sup>41</sup>ONAR, S.S., a.g.e., C.III, S.1701.

<sup>42</sup>ONAR, S.S., a.g.e., C.III, s.1880.

<sup>43</sup>DURAN, L., a.g.m., s.106.

<sup>44</sup>GÜRAN, Sait, "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, II. Sempozyum, Ankara, 15-16 Aralık 1978, s.190.