

Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu

Hakemli Makale

Çağdaş ARTANTAŞ

Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

İÇİNDEKİLER

Giriş	367
Birinci Kısım: Kamu Personelinin ve Mali Sorumluluğun Tanımı ve Sorumluluğun Türleri	368
İkinci Kısım: Kamu Personelinin İdareye Karşı Sorumluluğu	371
Üçüncü Kısım: Kamu Personelinin İdare Edilenlere Karşı Sorumluluğu	377
Dördüncü Kısım: Anayasanın 40 ıncı ve 129 uncu Maddelerinin Öngördüğü Rejim ve Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Hususunu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Anayasallığı Sorunu	388
Son Tartışmalar	392

ÖZET

Kamu personelinin mali sorumluluğu, Türk doktrini ve içtihatlarında 1960'lardan beri tartışmalara konu olagelmıştır. Tartışmalar genel olarak, kamu personelinin kusurunun kişisel niteliğinin tahlili, zarar mevcut ise açılacak tazminat davasının hangi yargı kolunda ve kime karşı açılacağı, Devletin zararlardan ötürü personele rücu'u ve rücu'un zorunluluğu ile kamu personelinin mali sorumluluğunun rejimini düzenleyen bazı kanun hükümlerinin anayasallığı hususlarında yoğunlaşmıştır. Bu çalışmada da bu konular üzerinde durulmuş ve mevzuatın, doktrinin ve içtihadın geldiği son halde Türkiye'de kamu personeli bakımından nasıl bir sorumluluk rejiminin ortaya çıktığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İdarenin sorumluluğu, kamu görevlileri, kamu personeli, mali sorumluluk, teminat sistemi, kişisel kusur, hizmet kusuru, rücu hakkı.

ABSTRACT

Financial Liability of Public Personnel in Turkish Administrative Law

The pecuniary liability of public servants has been a long-lasting issue for scholarly and jurisprudential disputes in Turkey since 1960's. Disputes broadly concentrated on topics suchlike; the analysis of the personality of the fault committed by public officials, the judicial remedies to apply in case of damages related to the acts of public personnel and designation of the defendant, recourse to the public personnel by the State for pecuniary damages and obligatory character of this remedy and constitutionality of some articles of the statutes governing the legal regime of financial liability of public officials. In this work, these topics will be referred to and examined with regard to the recent status of Turkish legislation, jurisprudence and legal doctrine in order to offer an insight to the legal regime governing the pecuniary liability of public officials in Turkey.

Keywords

Administrative liability, public officials, public personnel, pecuniary liability, financial liability, assurance system, personal fault, neglect of duty, right of recourse.

GİRİŞ

İnsan medeniyetinin teknolojik düzeyi ne kadar ileri giderse gitsin, kamu menfaatinin yerine getirilebilmesi için sürdürülen kamu hizmetlerinin çarkları içerisinde gerçek kişilerin bulunması her daim gerekli olacaktır. Kamu malları ile anayasal ve kanuni yetkilerden ibaret bir İdare düşünülemezden, İdare'nin kritik unsurunun kamu ajanları olduğu da aşikârdır, denilebilir. Bu anlamda, kamu ajanlarının yetki ve sorumluluklarının doktrinin önemli incelemelerinin konusu olması da şaşırtmamalıdır. İdare'nin tüm faaliyetleri, bir şekilde kamu personeli sayesinde ve hatta onların tesis ettiği işlemlerle mümkün olabilmektedir. Kamu personeli, İdare'nin kusur işlemeye ve gerek kendilerinin gerek İdare'nin sorumluluğunu doğurmaya elverişli insani unsurudur. İdare'nin kamu mallarından sorumluluğuyla kıyaslandığında, İdare'nin sorumluluğunu doğuran unsurların başında kamu personelinin geldiği görülecektir.

İşte tam da bu sebeple, İdare'nin mutlak sorumsuzluğunun kabul edildiği dönemlerde dahi kamu personelinin kusurlarından sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi önemli bir konu olmuştur. "İdarenin mutlak sorumsuzluğu" ilkesinden "İdarenin mutlak sorumluluğu" ilkesine geçiş sürecinde kamu personelinin sorumluluğu bağlantılı fakat başkaca bir konu olarak değil, konunun özüne dâhil bir husus olarak mütalaa edilmiştir. Hâlihazırda İdarenin sorumsuzluğu ilkesi, Anglosakson hukuk sistemlerindeki varlığını İdarenin sorumluluğuna gidebilmek için tanınan istisnai yollarla sürdürmektedir. Amerikan hukukundaki "*Sovereign Immunity*", "*egemenlik bağımsızlığı*" ilkesi temelini 11. *Amendment*'tan almakta¹ ve esasında federal devlete açılacak sorumluluk davalarına (*tort* davalarına) karşı yargı bağımsızlığı sağlamaktadır. Amerikan hukukundaki asıl kural bu bağımsızlık olup, istisnai yol ise "*Federal Tort Claims Act*"² dayanarak bazı hallerde İdare'nin sorumluluğuna gidilebilmekte ve Amerikan kamu ajanlarının sorumluluğunu yargı önünde söz konusu edebilmektedir.³ Fransız ve Alman sistemlerinde ise bu ilkedeki mutlak şekilde uzaklaşılarak, hafif veya ağır, neredeyse her tür hizmet kusurunda ve İdarenin kusursuz olduğu bazı hallerde İdarenin sorumluluğuna gidebilmek imkânı yaratılmıştır.⁴ Bu duruma ters yönde bir gelişimle kamu personelinin mali sorumluluğu da daralarak ve personel lehine bir teminat olarak anlaşılabilir anayasal ve kanuni düzenlemelerin etkisiyle personelin "kişisel" denilebilecek kusurları haricinde neredeyse ortadan kalkmış ve günümüze tartışmalı bir konu olarak ulaşmıştır.

Bir devletin kamu personelinin kusurlarından dolayı idare edilenlere karşı ortaya çıkacak mali sorumluluklarının hukuki rejimi, o devletin ajanlarına tanınan yetkiler ve korumalarla yakından bağlantılıdır. Yasa koyucunun kamu personelinin koruma veya korumama

1 (Alden v. Maine, 527 U.S. 706, 762-803 (1999)), (Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44, 104 (1996)). Aktaran: CHEMERINSKY, Erwin, Against Sovereign Immunity, *Stanford Law Review*, 2001, Vol. 53, No. 5, s. 1201-1224.

2 (June 25, 1948, ch. 646, Title IV, 62 Stat. 982, 28 U.S.C. Pt.VI Ch.171 ve 28 U.S.C. § 1346(b)).

3 Congressional Research Service, CRS Report for Congress: Federal Tort Claims Act, Washington D.C., 2007, s.2 vd; SCHUCK, Peter H. "Suing Our Servants: The Court, Congress, And the Liability of Public Officials for Damages, *Supreme Court Review*, Washington D.C., 1980, s. 316 vd.

4 ATAY, Ender Ethem, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 42-53; AZRAK, Ülkü; "Alman Kamu Hukukunda Devletin Âmme Hukuku Saha-sındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti", *İÜHFD*, 1962, Cilt 28, Sayı 2, s. 2 vd.

iradesi, o devletin tarihi, ekonomik yapısı ve yönetim modeliyle yakından ilgilidir. Örneğin, Anglosakson anayasa ve idare hukuku doktrininde önemli bir yere sahip olan A. V. Dicey, *“An Introduction to the Study of the Law of the Constitution”* eserinde Fransız idari yargı sistemine yaptığı eleştiriler arasına koyduğu “kamu ajanlarına özel bir konum ve koruma sağlanması” bahsinde işte tam olarak bu siyasi tercihi eleştirmektedir.⁵ Tabiidir ki, Birleşik Krallık hukuku ile Türk hukukunun sistemi böyle bir hususta benzeşmemektedir. Her idare yapısı içerisinde kamu personelinin rolünün ve bu personele uygulanan hukuki rejimin de farklı olduğu göz önünde tutulursa, kamu personelinin mali sorumluluğunun her hukuk sisteminde farklı bir düzenlemeye tabi tutulması doğal karşılanacaktır.

Fakat, denilebilir ki, Türkiye’de kamu görevlilerinin mali sorumluluğu konusundaki içtihadî gelişim, iyi bir örnek ortaya koyamamıştır. Bu incelemede de değinileceği gibi, yargımız bu husustaki anayasal ve kanuni gelişmeleri yakalayamamış (yahut bu gelişmeleri görmezden gelmiş) ve “ittifak halinde” denilebilecek bir noktaya ulaşarak kamu personelinin mali sorumluluğu hususundaki sorunlara bir çözüm sunamamıştır. Fakat, bu durumun yarattığı tartışma zemininde Türk idare hukuku doktrini çeşitli çözümler önerebilmiştir. Bu incelemede de, ağırlıklı olarak içtihadın ve doktrinin seyri takip edilmiş ve önemli görülebilecek bazı noktalar konusunda varılmış olan son durum tartışılmıştır. İchtihadın ve doktrinin kendi içerisinde ve içtihat ve doktrin arasındaki paralel veya zıt fikirler incelemeye dâhil edilmeye çalışılmıştır. Buna ek olarak, anayasal ve kanuni düzenlemeler ile içtihadî uygulamalardan nasıl bir çıkarım yapılması ile bundan sonraki dönemde kamu personelinin mali sorumluluğunun hukuki rejimi hakkında nasıl bir noktaya gelinmesi gerektiği konusundaki kanaatim de bu incelemenin bir parçasıdır. Bu incelemede öncelikle anayasal ve kanuni hükümlerde bahis olunan “kamu personeli” veya “kamu görevlisi” kavramının anlamı üzerine bir tahkik yürütülecek, daha sonra kamu personelinin idare’ye ve idare edilenlere karşı mali sorumluluğu ve kamu personelinin mali sorumluluğunu düzenleyen anayasal hükümler ile bazı kanun maddelerinin anayasallığı ayrı ayrı incelenecektir.

BİRİNCİ KISIM: KAMU PERSONELİNİN VE MALİ SORUMLULUĞUN TANIMI VE SORUMLULUĞUN TÜRLERİ

Kamu personelinin mali sorumluluğunu düzenleyen anayasal ve kanuni düzenlemeleri gereğince tahkik edebilmek için, öncelikle belirli kavramların tanımlanmasına ihtiyaç vardır. Zira, aşağıda görüleceği üzere bu düzenlemeler “*kamu personeli*” ve “*kamu görevlisi*” gibi geniş ve sınırları belirlenmesi güç bazı kavramları içermektedir. Doktrinde de, bu gibi kavramların tanımının yapılabilmesi kamu personelinin mali sorumluluğunun kapsamı kadar derin tartışmalara sebep olabilmektedir.

Onar, devlet teşkilatına giren özel hukuk kişilerini “yönetenler” ve “ajanlar” olarak ikiye ayırdıktan sonra mesuliyet sahibi kişilerin sadece ajanlar olduğunu belirterek bu incelemeye konu edilen kamu personelinin kapsamını tekrar daraltmıştır.⁶ Derbil ise,

5 İdare hukukuna Birleşik Krallık ve Fransa’daki bakışın ayrıntılı bir karşılaştırması için bkz. Dicey, A.V. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 8. Baskı, Macmillan, Londra, **1915**, s. 213 vd.

6 ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, **1966**, Cilt II, s. 1069-1070.

idare teşkilatındaki kişileri ilk önce “amirler” ve “memurlar” olarak ikiye ayırmış, bunlara bir de kamusal ödevlileri eklemiştir.⁷ Onar, ajanları daimi veya geçici, ücretli veya ücretsiz her ne suretle olursa olsun kamu hizmetlerinin görülmesine iştirak eden ve bu hizmetleri gören kişiler olarak tanımlamaktadır.⁸ Onar’ın eserlerini verdiği 788 sayılı Memurin Kanunu’nun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile henüz ilga edildiği dönemde, idare ajanlarından asli olarak anlaşılanın “devlet memurları” olduğu çıkarılabilmektedir. Onar’a göre “devlet memuru”, kendisine bir kamu hizmeti görme görevi yüklenen; İdare’nin daimi, sabit ve normal kamu hizmeti kadro ve hiyerarşisi ile “kaynaşmış” kimsedir.⁹ Bu tanımın, 657 sayılı Kanun’un 4 ncü maddesindeki diğer üç istihdam türünden “sözleşmeli personel”e de uygulanabileceği öngörülebilir, zira 1980 sonrası dönemde (özellikle Kamu İktisadi Teşebbüslerinde¹⁰) yasa koyucunun iradesi sözleşmeli personelin hukuki rejimini memurlarinkine yaklaştırmak ve bu istihdam modelini yaygınlaştırmak olmuştur.¹¹ Hatta bir memuriyet kadrosu karşılık gösterilmek sureti ile sözleşmeli personel istihdamı genel bir uygulama haline gelmiştir. Bu tür personelin mali sorumluluk açısından pozisyonundan aşağıda bahis olunacaktır.

Bu incelemede kullanılacak “kamu personeli” veya “kamu görevlisi” ile kimlerin kastedildiğini Anayasa, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde incelemekte yarar görüyorum. Anayasanın 40 ncı maddesinde tanım verilmeden “resmi görevliler” tabiri kullanılmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6 ncı maddesinin c bendinde ise “kamu görevlisi” deyiminden “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”nin anlaşılacağı ifade edilmektedir. TCK’daki tanımın AY. md. 40’ı da karşıladığından şüphe duymamaktayım. Bu tanımın genişliği ortadadır. Cumhurbaşkanından 657 sayılı Kanun’a göre istihdam olunan geçici personele kadar çok geniş bir kesim bu tanımın kapsamına girecektir. Hatta, Derbil’in ayrımındaki “ödevliler” de bu tanımın kapsamında olacaktır. O halde şu savı ileri sürmemde sakınca yoktur: “Resmi görevli” kavramı kamu kesiminde vazife gören üç grubu; seçimle gelenleri, kamu personelini ve ödevlileri kapsayan bir çatı kavramdır.

“Kamu görevlisi” ve “Kamu personeli” tabirleri ise, Anayasanın 128 nci maddesinde söz edilen “kamu kurum ve kuruluşlarının, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürüten kişiler”e denk

7 Derbil’e göre ödevlileri kamusal memurlardan (personelden) ayırmak oldukça kolaydır. Kamusal memurların aksine, ödevliler hizmete mecburen girmişlerdir. Bu sınıfa zorunlu askerlik ödevini gören vatandaşlar gösterilebilir. DERBİL, Süheyp, İdare Hukuku, 5. Bası, Yeni Desen Matbaası, Ankara, **1959**, s. 346-347.

8 ONAR, **1996**, s. 1072.

9 ONAR, **1966**, s. 1075.

10 Nitekim, 80 sonrasında KİT’lerin personelinin çok büyük çoğunluğu sözleşmeli olarak istihdam edilegelmiştir. Bkz. ER, Selami; “Kamu İktisadi Teşebbüsü Sözleşmeli Personelinin Hukuki Statüsü”, **Sayıştay Dergisi**, **2013**, Sayı: 89 Nisan - Haziran, s.2 vd.

11 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 4. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, **2006**, Cilt I, s. 893.

düşmektedir.¹² Maddede, sözü edilen aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu personeli eliyle görüleceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de, memuriyet dışındaki istihdam türlerinin de kamu görevlisi olarak kabulünün önünün açılmak istendiği anlaşılabilmektedir.¹³ Anayasanın 128 nci maddesinde sözü edilen aslî ve sürekli görevleri gören "kamu personeli"nden kimlerin anlaşılacağı ise maddede ve gerekçesinde açıklanmadığına göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na gitmek gerekecektir. 657 sayılı Kanun'un 4 ncü maddesinde, "*Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür*" denilerek bu tanımsal boşluk bir noktaya kadar kapatılmıştır. Özetle söylenebilir ki, kamu personeli ya 657 sayılı Kanun'a, ya da 657 sayılı Kanun'un 1 nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan istihdam gruplarının özel kanunlarına tabidir.¹⁴ 657 sayılı Kanun bu özel kanunlara genel kanun olarak uygulanacaktır: Örneğin Kanun'un 12 ve 13 üncü maddeleri özel kanunlarına tabi kamu personeline de tatbik edilecektir, zira anılan özel kanunlarda mali sorumluluğa uygulanacak böylesi hükümler yoktur.¹⁵

Doktrinde "mali sorumluluk" tabiriyle neyin kastedildiği de incelenmelidir. TDK sözlüğünde "mali" kelimesinin "*parasal*" veya "*maliyeye ilişkin, maliye ile ilgili*" olarak iki anlam taşıdığı görülmektedir. Lütfi Duran'ın 1974 tarihli "*Kamu Personelinin Mali*

12 GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2006, s. 877.

13 Maddenin gerekçesi şöyledir: "Maddede kamu görevlileri için genel bir düzenleme yoluna gidilmiş, eskiden olduğu gibi, dolaylı biçimde de olsa memur tanımı yoluna gitmekten kaçınılmıştır. Zira, böyle bir tanımın unsurlarını açık ve kesin biçimde Anayasada vermek mümkün görülmemiştir. Getirilen düzenleme ile kamu hizmeti görevlilerinin çalıştırılma biçimlerine göre kendi içinde ayrılması kanun koyucuya bırakılmıştır."

14 Fıkra hükmüne göre özel kanunları hükümlerine tabi olan personel şöyledir: "Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehteran Bölüğü Sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı mensupları..."

15 Örn. 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu md. 20: "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır." Bkz: SAYAN, İpek Özkal, "Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı", **AÜSBFD**, 2009, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 211 ve 220-221.

Fakat bu, özel kanunlarda mali sorumluluğa ilişkin hiçbir düzenleme olmadığı anlamına da gelmez. Örneğin, 926 sayılı TSK Personel Kanunu md. 18/a'da sağlıklı ilgisiz bir sebepten askeri öğrenci niteliğini kaybedenlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddeye göre bu kişilere "personel ve amortisman giderleri hariç, Devlet tarafından yapılan masraflar, sarf tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süre için kanunî faizi ile birlikte hesaplanarak ödettilir". Bu maddenin uygulama yönetmeliği ise 03.09.1985 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmış "Askeri Okullara Alınacak Öğrenciler ... için Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ... Dair Yönetmelik"tir. Pratikte askeri okullara alınan öğrencilere bir senet imzalatıldığı ve çeşitli kişisel sebepler ile bu okullardan ayrılan genç ve meslek sahibi olmayan kişilerin ağır bir tazminat yükü ile karşı karşıya bırakıldığı görülmektedir. Eğer sebepsiz yere bu okullardan ayrılarak devleti zarara uğratan kişiler varsa, anılan kanun hükmü ve yönetmelik kaldırılarak ve 657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi duruma uygulanarak pek tabii hakkaniyete (kişinin okuldan ayrılma sebebi, gelir durumu, vs.) dayalı bir sonuca ulaşılabilir. Nitekim, Devlet'in alacağını özel hukuk mukaveleleri ile korumaya almaya çalışmasının ne kadar akılcı olduğu da ayrı bir soru işaretidir.

Sorumluluğu” makalesinde¹⁶ bu konuda bir açıklama yapılmamakla beraber, “mali” kelimesiyle kast olunanın anılan sözlükteki “parasal” karşılığı olduğu anlaşılabilir. Lütfi Duran’ın da makalesinde kamu personelinin sorumluluğundan bahsederken özel hukuktaki sorumluluk ayrımlarına değinmediği, doğrudan kamu personelinin “parasal” sorumluluğunu irdediği görülebilir. Bu tercihin isabetli olduğu, kamu personelinin parasal sorumluluğunun kamusal ve İdare hukukunun genel hükümleri ile doğrudan bağlantılı mahiyeti incelendiğinde görülecektir. Binaenaleyh, kamu personelinin mali sorumluluğu, hukuki sorumluluğu da kapsayan, lakin daha geniş bir kümedir, denebilir. Fakat, mali sorumluluk, disiplin yaptırımlarıyla örneklenebilecek idari sorumluluktan da ayrı bir kavramı işaret etmektedir.

İKİNCİ KISIM: KAMU PERSONELİNİN İDAREYE KARŞI SORUMLULUĞU

Kamu personeli, devlet hazinesini iki şekilde zarara uğratabilir. İlk durum, personelin kamu mallarına doğrudan zarar vermesidir. İkinci durum ise personelin idare edilen üçüncü kişilere kamu görevlerini tatbik ederken zarar vermesi ve bunun sonucunda İdarenin Anayasanın ve kanunların ilgili hükümleri gereğince bu zararı tazmine zorunlu tutulması, buna mukabil İdarenin personele rücu etmesidir. Bu ikinci durumu aşağıdaki *“Kamu Personelinin İdare Edilenlere Karşı Sorumluluğu ve İdarenin Tazmin Mecburiyeti”* bahsi altında daha geniş bir şekilde inceleyeceğimden, bu başlık altında personelin İdare’ye karşı sadece doğrudan oluşacak sorumluluğunu tartışmayı uygun görüyorum.

Kamu personelinin istihdam eden İdareyi zarara uğrattığı durumlara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Borçlar Kanunu’nda özel hukuk alanına ait paralel hükümler bulunabilecek bu sorumluluk türü, istihdam olunan-istihdam eden arasındaki ilişkide istihdam olunanın görevin her noktasında istihdam edenin mali varlığına kusuru ile zarar verebilecek olmasından ötürü iki hukuk rejiminde de kanunen hükme bağlanmıştır.¹⁷ İstihdam eden-istihdam olunan ilişkisi gibi yakın bir ilişkide kamu personelinin devlet hazinesini zarara uğratabilecek olması oldukça doğaldır. Personel, kendisine tahsis edilen kamu mallarını zarara uğratabileceği gibi kamu kaynaklarında da kendi kusuruyla azalmalara yol açabilir. 657 sayılı Kanun’un 12 nci maddesinde “zarar” kavramı tanımlanmamaktadır. Fakat, 5018 sayılı Kanun bu hususta aydınlatıcı olabilir. Devlet hazinesinin uğradığı zarar Kanun’da “kamu zararı” olarak anılmaktadır. Kamu zararı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 71 nci maddesinde *“Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmali sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”* denilerek tanımlanmaktadır.¹⁸ Kamu personelinin mali sorumluluğunun rejimine her durumda 5018 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri uygulanmayacak olsa bile, ki bu Kanun’un hükümleri ile 657 sayılı Kanun’un hükümleri arasındaki

16 DURAN, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir BALTA’ya Armağan, Ankara, 1974.

17 657 md. 12’nin Borçlar Kanunu’ndaki karşılığı olarak görülebilecek maddeler şunlardır: Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49 ncu madde, adam çalıştırmanın sorumluluğunu (ve çalışana rücu’u) düzenleyen 66 nci madde ve personele teslim edilen araçların iade edilmemesi durumlarında (sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen) 77 nci madde.

18 AKYILMAZ, Bahtiyar; “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, Cilt: 69, Sayı: 1-2, s. 62.

ilişkiye aşağıda değinilecektir, bu tanım kamu personelinin İdare'ye doğrudan vereceği zararların tanımlanmasında kullanılabilir.

Kamu personelinin İdare'ye karşı oluşacak doğrudan mali sorumluluğu 657 sayılı Kanun'dan önceki dönemde dahi tartışma götürmeyen ve üzerindeki fikirlerin ittifak içinde olduğu bir konudur. Anayasa'da hüküm altına alınmamış bu durum, kanun ve yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi memurlar açısından İdare'ye karşı doğacak sorumluluğu düzenlemektedir. 657 md. 12 hakkında doktrinde yapılan yorum, bu maddenin içtihadta hâlihazırda uygulanmakta olan çözüm yolunun kanunlaştırılmasından ibaret olduğudur. Madde, devlet memurlarının durumuna ilişkin olarak özel bir çözüm yolu getirmemekte, gerek ilk iki fıkrası gerek üçüncü fıkrası Duran'ın tabiriyle "malumun ilamı" olmaktadır.¹⁹ Maddenin birinci fıkrasında "*Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen devlet malını korumak ve her an hizmete hazır bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadır*" denilmektedir. Bu fıkra, devlet memurları açısından İdare'ye karşı oluşacak mali sorumluluklarının temelini oluşturmakta, memura görevleri ve kamu mallarıyla ilgili bir özen yükümü getirmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında "*Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.*" denilmekte ve zararın ödettirilmesinde bu konudaki "*genel hükümlerin*" uygulanacağı ifade edilmektedir. Öncelikle, burada dikkat edilmesi gereken husus, bu maddenin yalnızca devlet memurlarına uygulanabilecek olması; diğer bir tabirle devlet memuru olmayan diğer kamu personeline uygulanamayacak olmasıdır. Yukarıda tanımsal tartışmasını yaptığım "kamu personeli" statüsüne giren ve memur olmayan sözleşmeli ve geçici personel idareye bir zarar verdiği takdirde hangi hükümlere gidilecektir? Bu soruları cevaplamaya işçiler nazarından başlayabilirim. İşçiler ile idare arasında akdi bir ilişki bulunduğundan, işçilerin idareye verdikleri zararların tazmini de bu akdi ilişki gereğince çözümlenir ve Borçlar Kanunu hükümleri tatbik edilir.²⁰ Sözleşmeli personelin idareye karşı doğrudan verdikleri zararları düzenleyen 657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi gibi bir genel hüküm olmadığına göre, sözleşmeli personelin İdare'yi doğrudan zarara uğratması halinde hangi hükümlerin uygulanacağından da bahsedilmelidir. Aşağıda bahsedileceği üzere, 5018 sayılı Kanun'un 71 nci maddesinin uygulanması söz konusu olduğunda ise, doğacak uyuşmazlıklar idari yargı kolunda görülecektir. Fakat, bu hükmün uygulanması söz konusu değilse bile, bir tarafı İdare olan, bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olan ve İdare'ye sözleşme üzerinde kamu gücüne dayalı yetkiler veren sözleşmenin, şüphesiz bir idari sözleşme olduğunu söylemek lazımdır.²¹ Bir idari sözleşmeye, kural olarak idare hukukunun hükümleri ve ilkeleri uygulanacak ve bunlardan doğacak uyuşmazlıklarda idari yargı görevli olacaktır. Buna rağmen, sözleşmeli personelin İdare'ye doğrudan vereceği

19 DURAN, 1974, s. 62.

20 Zira, 657 md. 4'ün 1 nci fıkrasının D bendinin son cümlesinde kamu hizmeti gören işçiler kastedilerek açıkça "Bunlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz." denilmektedir.

21 SERİM, Bülent; "Sözleşmeli Personelin Hukuki Niteliği", **Amme İdaresi Dergisi**, 1988, Cilt: 21, Sayı: 1, s. 152.

zararların tazminine ilişkin 657 md. 12 gibi bir hüküm bulunmadığından ve 657 md. 12 de memurlar açısından bile bu hususta "genel hükümler" in uygulanacağını öngördüğünden, sözleşmeli personele rücu bakımından idari yargının görevli olduğunu söylemek de mümkün değildir. "Genel hükümler" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine aşağıda değinilecektir; fakat bu noktada söylenebilir ki, sözleşmeli personelin İdare'yi doğrudan zarara uğrattığı, 5018 sayılı Kanun hükümlerinin dışında kalan durumlarda Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Fakat, idari mekanizma içerisinde oldukça yaygınlaşmış olan (ve bu sebepten dolayı artık istisnai denilemeyecek) bir sözleşmeli istihdam modelini tipik sözleşmeli kamu personeli istihdam modelinden ayırmak gereklidir. "*Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel*" olarak anılan ve bir memur kadrosu karşılık gösterilerek istihdam edilen sözleşmeli personele uygulanacak hukuki rejim, 2333 sayılı Kanun'un 01/01/1987 tarihinde ilga edilmesinden sonra neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarına KHK'ler ile eklenmiştir. Bu çeşit personelin hukuki rejimi, bu personele yapılacak ödemelerde ve çalışma şartlarında İdare'ye tanıdığı esneklik dışında memuriyetle tamamen benzeşmektedir. Denilebilir ki, kadro karşılığı sözleşmeli çalışan personel de bir kadro ile bütünleşmekte ve bu personele uygulanacak hukuki rejim de statüer hale gelmektedir. Bir memuriyet kadrosu karşılık gösterildiği için, bu personele de memurlara uygulanan hukuki rejim uygulanmalıdır.²² Bu sebeple, 657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesinin kadro karşılığı sözleşmeli personele de uygulanması lazım gelir.

657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesindeki "genel hükümler" tabirinden Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin anlaşılması gerektiğine ve bu hükümden dolayı açılacak rücu davasının adli yargıda görülmesi gerektiğine dair doktrinde ve içtihadta genel fikir birliği bulunmaktadır.²³ Bu fikir birliğinin oluştuğu dönemde, yani 1982 yılı öncesinde, 657 sayılı Kanun'un 12. maddesinde 2670 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değişiklik yapılmamıştı ve maddede "*(Memurlar) Görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tabidirler*" ifadesi kullanılmaktaydı. Aşağıda konu edeceğim 657 md. 13 hükmündeki "genel hükümler" ibaresi doktrinde tartışma yaratmışken, anılan kanun değişikliğinden sonra 13 üncü madde ile aynı rücu yolunu, genel hükümlere göre rücu'ü öngören 12 nci madde konusunda bu kadar geniş bir ittifak olması dikkat çekicidir. Sanıyorum ki bu durum, Lütfi Duran'ın da eleştirdiği²⁴, doktrindeki "genel hükümler" ifadesini Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun hükümleri olarak anlama eğiliminden ileri gelmektedir. Fakat, Duran da bu tartışmayı 657 md. 13 için yapmıştır ve 1984 yılında yayımlanan "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu" makalesinde, bu konudaki ilk makalesinden sonra yapılmış olan değişikliğe rağmen 12.

22 ALBAYRAK, Oğuz Süha / SAYAN, İpek Özkal, "Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel", *Mülkiye Dergisi*, 2011, Cilt: 35, Sayı: 272, s. 195-216.

23 ONAR, 1966, s. 1210. "12. maddenin açıklığı karşısında memurun idareye vereceği zararlardan doğacak alacağın bir vergi alacağı gibi kamu alacağı sayılmasına ve Kamu Alacaklarının Tahsil hakkındaki Kanunun kapsamına gireceğini kabule hukuken imkân yoktur"; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, c. II, s. 808.

24 DURAN, a.g.m., s. 102.

madde hakkında bu yorumunu tekrarlamamıştır.

Kamu personeline rücu'un şartlarını da açıklamak lazım gelir. Bu şartların tespiti için devlet memurları bakımından 657 md. 12'den, diğer türlerdeki personel için Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesinden faydalanılabilir. 657 sayılı Kanun devlet memuruna rücu için memurun "kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği ile" İdare'yi zarara uğratmış olmasını aramaktadır. Borçlar Kanunu'nun 49 nu maddesinde ise zararın "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille" oluşmuş olması aranmaktadır. İki ifade birbirini karşılıyor gibi görünse de Borçlar Kanunu'nun ifadesi daha doğrudur. Nitekim "kusur" kavramı kasıt, ihmal ve tedbirsizliği de kapsamaktadır.²⁵

Kamu personelinin kamu zararı oluşturup oluşturmadığının takdiri ise rücu şartlarından farklı bir husustur. Bunun takdirinde 5018 sayılı Kanun'un 71 inci maddesine bakmak gerekecektir. Öncelikle, kamu zararının Kamu görevlisinin bir karar, işlem veya eylemi söz konusu olmalıdır. İkincisi, bu karar, işlem veya eylem kamu kaynağında bir eksilmeye, bunların artışında engele veya kamu malında bir zarara sebep olmalıdır. Bu ilk iki unsur arasında uygun bir illiyet bağının bulunması da gerekmektedir. Üçüncüsü, kamu personelinin sorumlu tutulabilmesi için karar, işlem veya eyleminin hukuka aykırı olması gerekmektedir.²⁶ Hukuka uygun bir karar, işlem veya şahsen görevli olmadığı bir konuda ihmal kamu personelinin sorumlu kılmaz. Eğer amirin mevzuata aykırı bir emri varsa, bu noktada Anayasa ve 657 sayılı kanundaki "kanunsuz emir" hükümlerinin uygulanması ve suç olan haller dışında yazılı doğrulama alan personelin emri yerine getirmesinden üçüncü kişinin veya kamu personelinin kusuru sonucu oluşmaz; bazı hallerde hizmetin teşkilatlanmasındaki aksaklıklar dolayısıyla da İdare nezdinde zarar oluşabilir. Kamu personelinin kişisel kastının, kusurunun veya ihmalinin tespit edilemediği, hizmet kusuru teşkil eden hallerde personele zarardan ötürü rücu edilemez. Hizmet kusuru ile kişisel kusurun sıkça müteradif halde bulunmasından ötürü, aşağıda da daha geniş bir şekilde tartışacağım şekilde, ayrılmaları ve yekpare bir kişisel kusura ulaşılması her zaman mümkün olmamaktadır. Kişisel kusurun hizmetin teşkilatlanmasındaki kusurdan ayrılmadığı hallerde de personele rücu edilmemesi gerekir.²⁷

Kamu personeline kamu kaynağı ve malları nezdinde oluşan zararın ne kadarı için rücu edileceği de tartışılması lüzumlu bir konudur. Kamu personeli, görevlerini yaparken ortaya çıkarken zararın her zaman tamamından sorumlu tutulacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilmeli ve personelin şahsi kusuru sorumluluk için bir şart olarak aranmakta ise, sorumluluk da işte bu kusur nispetinde olmalıdır, denilmelidir.²⁸ Kamu kaynağında veya mallarında ortaya çıkan zarara, yukarıda da değindiğim üzere, personel ve İdarenin kusurları beraber sebep olabilir ve hatta bu kusurlar iç içe geçmiş bulunabilir. Bu hallerde, adli yargıda personelin oluşan zararın ne kadarından sorumlu olduğunun tespiti yapılmalı,

25 KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 302-303.

26 AKYILMAZ, a.g.m., s. 67.

27 AKYILMAZ, a.g.m., s. 74.

28 ONAR, a.g.e., s. 1209. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 66 ncı maddesi şöyledir: "Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir."

hükmedilecek tazminat miktarı da buna istinaden tespit edilmelidir. Burada, aşağıda 657 md. 13 hükmü ile alakalı yapacağım eleştiriye benzer bir eleştiri yapmak durumundayım. Ortaya çıkan paradoks şudur ki, adli yargı hâkiminden, karşısına getirilen uyuşmazlıktaki kamu zararındaki hizmet kusurunun ağırlığını tespit ederek bunu toplamdan çıkartması ve geriye kalan kişisel kusur için rücu'a hükmetmesi beklenmektedir. Hizmetin teşkilatlanmasındaki kusur gibi saf bir idari sorumluluk hususunun idari yargı mekanizmasında görülmesi daha uygun bir çözüm olarak görülebilir, fakat 657 sayılı kanunun 12 nci maddesindeki değişiklik ve "Borçlar Hukuku" ifadesinin kaldırılıp yerine "genel hükümler" ifadesi getirilmesine rağmen içtihat ve doktrinde bu yönde bir fikir oluşmamıştır.

Tam bu noktada, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71 inci maddesindeki re'sen tahsil imkanından bahsetmek gerekir. Maddenin ilk fıkrasında, yukarıda da bahsettiğim üzere, kamu zararı kavramı tanımlanmaktadır. İkinci fıkrada ise bu kanun çerçevesinde re'sen tahsile konu edilebilecek altı tip zarar tanımlanmıştır. Bu haller şunlardır: İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması; mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması; transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması; iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması; İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması ve mevzuatta öngörülmediği halde ödeme yapılması. Sayılan durumların varlığı halinde, kamu personeli bakımından 657 md. 12 yerine 5018 md. 71'in uygulanacağı söylenebilir. 657 md. 12'deki "genel hükümlere göre" tahsil yerine, 5018 md. 71'in 3 üncü fıkrasındaki re'sen tahsil yolu uygulanabilecektir.²⁹ Böylece, sadece bu maddede sayılan haller bakımından kamu personelinin doğrudan yarattığı kamu zararının re'sen tahsil yoluyla giderilmesi gibi ayrıksı bir yol öngörülmüştür.

657 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinin son fıkrasında 13 ve 12 nci maddelerde "belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar"ın Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir. Bahsi geçen, 13.08.1983 tarihli "Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik"tir. Yönetmeliğin 2 nci maddesinde açıkça bu yönetmeliğin sadece devlet memurlarına uygulanacağı belirtilmektedir. Bu yönetmelikte dikkat çeken ilk nokta 8 inci maddesidir. Maddede en alt derecenin 1. kademedede bulunan memurun brüt aylığının yarısını aşan zararlar için "işin icabına ve genel hükümlere göre sorumlularından sulh yolu ile veya hükmen tahsil edilir." denilmektedir. Genel hükümlere göre hükmen tahsil, 657 md. 12'nin öngördüğü yoldur. Fakat, bu maddedeki "işin icabına" göre tahsilden ne anlaşılması gerektiği hususu belirsizdir. Bu yönetmelik hükmüyle "işin icabına" göre İdare'ye zararını tahsil etme veya etmeme hususunda takdir yetkisinin bırakıldığını iddia edecek olursak, bunun zararın ödenmesini esas sayan 657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesine aykırılık taşıyacağı kesin olacaktır. Maddedeki "sulh yolu" ise ayrıca 657 sayılı Kanun'a

29 5018 sayılı kanunun 71 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında, kamu zararının faiziyle beraber "ilgili" tahsil edileceği düzenlenmektedir. "İlgili", elbette ki maddenin 2 nci fıkrasında sayılan eylemleri gerçekleştiren kamu personeli ile sınırlı olmayan, geniş bir grubu kapsayan bir kavramdır. Fakat, bu eylemleri gerçekleştiren kamu personelinin "ilgili" olduğuna ve re'sen tahsilin muhatabı olduğuna şüphe olmaması gerekir.

aykırılık içermektedir. Sulh yolu, ancak kanun metninin İdare'ye bu konuda yetki verdiği hallerde uygulanabilir. Zira, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ikinci fıkrası hükmüyle, sulh yoluna ancak tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri uyumsuzlukları konu alan davalarda başvurulabilir. Fakat, 657 md. 12 hükmü, zararın memurdan tahsilini zorunlu tutmaktadır. Binaenaleyh, İdare'yi zarara uğratan memurla sulh yoluna gidilmesi Kanun'a aykırı olacaktır, zira İdare'nin zarardan ötürü memura rücu'u uyumsuzluğu İdare'nin tasarrufunda değildir. Aksine, rücu bir bağlı yetkidir. Burada "sulh" memuru ödemeye çağırarak olarak da anlaşılabilir, çünkü aşağıda bahsedileceği üzere 657 md. 12'nin son fıkrasında memurun zararın bir dava söz konusu olmadan tazmininin mümkün olduğu tek hal belirlenmiştir. Fakat, anılan Kanun maddesinin sadece memurlara uygulanacağını unutmamak gerekir. Memurlar ve bir kadro karşılığı istihdam edilen sözleşmeli personel haricindeki kamu personeli ile adli yargıda sulh yoluna gidilebilecek, fakat memurlarla karşılıklı olarak böyle bir yola başvurulamayacaktır. Anılan yönetmelikte dikkat çekici olan ikinci nokta ise 7 nci maddesinin (c) fıkrasındaki "*memurların... hizmet kusurlarından doğan zararların miktarı*"nın üst yöneticilerin belirleyeceği iki kişi ile ilk amirinin belirleyeceğini ifade eden hükümdür. Tespit edilen bu zarar, aynı yönetmeliğin 5 inci maddesine göre "*memurlarca tazmin edilecek zarar*"dır. Memurlar, İdare'nin hizmet kusurlarından dolayı oluşan zararları ödemeye mahkûm edilemezler. Maddenin bu halini yönetmelik yazımındaki bir hata olarak kabul edip, yönetmeliğin anılan maddesindeki "*hizmet kusuru*" ifadesini bu sebeple "*kişisel kusur*" olarak algılamak gerekmektedir.³⁰

657 sayılı Kanun'un 12 nci maddesinin son fıkrası ile yukarıda anılan yönetmeliğin 8 inci maddesinin ilk fıkrasında memurların İdare'ye karşı olan mali sorumluluklarını giderebilmeleri için rücu'dan başka bir yol öngörülmektedir. Hükümlere göre, en alt derecenin 1. kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararları memur kabul etmesi durumunda disiplin amiri veya disiplin kurulu kararıyla ödeyebilir. Duran, bu yolu yine "*malumun ilamı*" olarak görmüş ve öteden beri anılan limitten yüksek zararlar için bile mümkün olduğunu savunmuştur.³¹ Fakat bu görüşe katılmamaktayım. Nasıl ki sulh yolu memurlar açısından kanunda cevaz verilmediği için mümkün değilse; Kanun'da küçük zararlar için böyle bir imkân verilmeydi memur böyle bir ödeme yoluna başvuramaz ve her halükarda rücu davasına katılmak durumunda olurdu. Anılan limitten büyük zararlar için böyle bir imkân ise söz konusu olamayacağından Kanun ve Yönetmelik'te böyle bir yola yer verilmesi isabetlidir ve "*genel hükümler*"e ayırksı bir yol teşkil etmektedir.

Bu hususta son olarak 832 sayılı Sayıştay Kanunu ile 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu hükümlerine değinmek lazım gelir. Kamu personeli eğer ayniyat saymanı olarak görevlendirilmiş ise, bu kanunlara göre Sayıştay'a karşı da sorumlu olacaktır. Ayniyat saymanlığından sorumluluk özel bir sorumluluk hali olacağından bu hususa özel kanunlar olan 5018 sayılı Kanun uygulanacak, 657 sayılı Kanun ise ancak genel kanun olarak uygulama bulacaktır.³²

30 SAYIN, İsmail Hakkı; Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, <http://goo.gl/VEHMOV> (Erişim tarihi: 07.10.2013), 2 nci Bölüm, Kısım: 3.

31 DURAN, Lütfi; "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, **1984**, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 10.

32 SAYIN, İsmail Hakkı; a.g.e., 2 nci Bölüm, Kısım: 1.1.

ÜÇÜNCÜ KISIM: KAMU PERSONELİNİN İDARE EDİLENLERE KARŞI SORUMLULUĞU

Yukarıda da bahsedildiği gibi, kamu personelinin devlet hazinesini zarara uğratmasının yollarından birisi de idare edilenlere kusuruyla zarar vererek İdare'yi bu zararı ödemeye mahkûm ettirmesidir. İdare edilenler ile personel arasındaki ilişki incelendiğinde, kamu personelinin bir de idare edilenlere karşı doğrudan mali sorumluluğunun Kanun veya içtihat gereğince doğabileceği görülür. İdare edilenlerin varlığında meydana gelen zararların tazmini için İdare'nin mi, yoksa kusuruyla zarara sebep olan kamu personelinin kendisinin mi sorumlu tutulacağı pozitif hukukun ötesinde siyasi tercihler ile pratik ve ekonomik sonuçlar çerçevesinde de incelenmesi gereken bir konudur. Bu bölümde, bu konudaki anayasa, kanun ve yönetmelik hükümleri yanında "hizmet kusuru - kişisel kusur" ayrımındaki ve rücu hususundaki siyaset, pratik ve ekonomik tercih de incelenecektir.

Bu konuda öncelikle anayasal hükümlere değinmek gereklidir. 1982 Anayasası'nın 125 inci maddesinin son fıkrasında, 1961 Anayasası'nın 114 üncü maddesindeki ifadenin aynısı kullanılarak "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" denilmekte ve İdare'nin sorumluluğu ilkesi kabul edilmektedir. Bu sorumluluktan sadece haksız işlem ve eylemler ile hizmet kusuru anlaşılmalıdır. Kanun koyucu, içtihat ve doktrin, bu sorumluluğu kusursuz hallere ve hatta sosyal risk teşkil eden hallere kadar genişletmiştir. Fakat, incelediğim konu itibarıyla bu madde hükmü, kişisel kusur ve hizmet kusurunun birlikte bulunduğu hallerde İdare'nin (diğer Anayasal ve kanuni hükümler nazara alınmaksızın) kendi hizmet kusurundan sorumlu olacağına temelidir. Bu husustaki diğer anayasal hükümler ise 40 inci maddenin son fıkrası ile 129 uncu maddenin 5 nci fıkrasıdır. Bu iki hüküm arasındaki ilişki ve getirdikleri sistemi bir sonraki bölümde daha ayrıntılı incelenecektir. Fakat, kapsamlarına değinmek gerekirse: 40 inci maddede "*Kişinin resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zararda, kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*" hükmü getirilmektedir. 129 uncu maddede ise "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*" hükmü getirilmektedir. Her iki maddede de, "resmî görevli" yahut "memur veya diğer kamu görevlileri" tarafından idare edilenlere verilen zarar sonucunda İdare'nin bu zararları tazmin etmesi, bunun karşılığında ise bu görevlilerin İdare'ye karşı bir mali sorumluluklarının doğması öngörülmektedir. 40 inci maddede geçen "resmî görevli" ifadesinin kapsamının 129 uncu maddedeki "memurlar ve diğer kamu görevlileri" ifadesinin kapsamından daha geniş olduğu açıktır. "Resmî görevli" ifadesinden, hükümet üyelerini de kapsam içine alacak şekilde kamusal bir görev icra eden tüm kişileri anlamak gerekmektedir.

Anayasa'nın 129 uncu maddesindeki "memurlar ve diğer kamu görevlileri" ifadesi de kasti bir şekilde geniş tutulmuştur. Bu tür bir geniş tanımlama, 1982 Anayasası'ndan önce 657 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinde de yapılmıştır. Kamu personelinin idare

edilenlere karşı mali sorumluluğunun temel kanuni dayanağı olan maddenin ilk fıkrası şöyledir: *“Kişiler, kamu hukukuna tabi olan görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.... Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”*. Görüleceği üzere fıkra aynı kanunun 12 nci maddesi gibi sadece devlet memurlarının sorumluluğunu değil, tüm kamu personelinin sorumluluğunu düzenlemektedir. Maddenin gerekçesinde de, bu tür bir kullanımın gereklere daha uygun düşeceği isabetli biçimde savunulmuştur.³³ Fakat, her ne kadar “kamu personeli” tabiri devlet memurlarından daha geniş bir kümeyi ifade etse de, madde tüm kamu görevlilerine değil, Duran’ın da savunduğu gibi, 657 sayılı Kanun’a tâbi kamu personeline tatbik edilebilir.³⁴

657 md. 13’ün son fıkrasında bahsi geçen 13.08.1983 tarihli *“Devlet ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik”*, tüm kamu personelinin değil fakat sadece devlet memurlarının idare edilenlere vereceği zararların tazmini hususunu Kanun’un öngördüğü üzere düzenlemektedir. Fakat, 13 üncü maddede 12 nci maddenin uygulamasını da düzenleyeceği öngörülerek çıkartılması hükmedilen yönetmelik, sadece 12 nci madde ile paralel bir şekilde devlet memurlarının sorumluluklarını düzenlemektedir. 13 üncü madde nazarında memur olmayan diğer kamu personelinin mali sorumluluğunu düzenleyen bir yönetmelik bulunmamaktadır. Bu durum, esasında 13 üncü maddenin son fıkrasının gereğinin yerine getirilmediği anlamına gelmektedir. Bu eksiklik bir kenara bırakılırsa, görülecektir ki Yönetmeliğin 4 üncü maddesinde *“Kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerin kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar”*, memurlarca tazmin edilecek zararlar arasında sayılmaktadır. Tazmin mükellefiyetinin doğması içinse 6 ncı maddede zararın mevcut olması, zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması ve zararın bir mücbir sebepten hâsıl olmaması şartları aranmaktadır. Bu düzenlemeye bakıldığında, 657 md. 13 ile paralel olduğu ve aykırılık taşımadığı görülür. Yönetmeliğin rücu ile ilgili düzenlemelerine ise aşağıda ayrıntılı şekilde değinilecektir.

Mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nda da konuyla alakalı bir hüküm bulunmaktadır. Kanun’un *“Hizmet ve Şahsi Kusurun Birleşmesi”* başlıklı 24 üncü maddesinde kişilerin askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü personele değil, ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilecekleri ifade edilmektedir. Aynı maddede 657 md. 13’le paralel olarak, ilgili kurumun sorumlu personele rücu hakkının *“saklı”* olduğu düzenlenmektedir. Maddenin başlığı ise, 80’li yılların başında kanun koyucunun da hizmet kusuru ile şahsi kusurun birleşik durumda olabileceğini kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir. Kamu personelinin şahsi kusurlarına gidilemeyeceğinin en sarih şekilde ifade edildiği kanun ise 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’dur. Kanun’un

33 Maddenin gerekçesinden: “Buradaki esas, yalnız memurların görevleri dolayısıyla değil, kamu hukukuna tabi bütün görevler dolayısıyla mevcut olduğu için, bu maddede «Devlet Memuru» deyimini yerine «personel» deyimini kullanılmıştır.”.

34 DURAN; “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, s. 64.

ek 3 üncü maddesinde “*Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez.*” denilmektedir. Maddeden anlaşılacağı üzere, sıkıyönetim komutanları sadece 1402 sayılı Kanun’dan aldıkları yetkileri kullanmalarından dolayı değil, tüm yetkilerini tatbik ederken şahsi mali sorumluluktan muaf olacaklardır. Maddede 1402 sayılı Kanun’dan gelen yetkilerle sınırlanan muafiyet, iptal davası açılmasına yöneliktir. Sıkıyönetim komutanlarının hukuki sorumluluğunu doğurmayacak “şahsi kusurlar” ise elbette ki görevle ilgili şahsi kusurlardır. Salt kişisel kusur niteliği taşıyan ve sıkıyönetim komutanlığı göreviyle ilgisi olmayan salt şahsi kusurlar sebebiyle sıkıyönetim komutanlarının hukuki sorumluluğunun öne sürülebileceğine şüphe yoktur.

Bu anayasal ve kanuni düzenlemelerin kronolojik sıralamasına da içtihadın gelişimine ışık tutması bakımından değinmek gerekmektedir. Sadece 657 sayılı Kanun 1965 yılında yürürlüğe girmiştir ve dolayısı ile 1982 Anayasasının 40 ıncı ve 129 uncu maddelerinden daha eskidir. 1961 Anayasası’nda da paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. 1402 sayılı Kanun’un ek 3 üncü maddesi 14 Kasım 1980 tarihli, 1602 sayılı Kanun’un 24 üncü maddesi 1981, 28 inci maddesinin 4 üncü fıkrasının eski halinde konuya ilişkin bir düzenleme taşıyan 2577 sayılı İYUK ise 1982 tarihli. Görüleceği üzere, kamu personelinin mali sorumluluğu sorunu 1980 yılı ve sonrasında yoğun bir rejim değişikliğine tabi tutulmuştur.

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin bu hükümler neticesinde doktrin ve içtihatı iki konu tartışılır olmuştur. Bunlardan ilki, Anayasa ve 657 sayılı Kanun hükmüne rağmen kamu personeline “kişisel sorumluluğu cihetinde” adliye mahkemelerinde doğrudan tazminat davası açmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir. Kısmen gölgede kalmış olmasına rağmen ikinci tartışma ise kamu personeline İdare’nin rücu’una ilişkindir.

Kamu personelinin şahsi sorumluluğuna doğrudan gidilip gidilemeyeceği tartışması esasında bir “hizmet kusuru - görev kusuru - kişisel kusur” tartışmasını da içermektedir. Doktrini uzunca bir süredir meşgul eden bu tartışma, hizmet kusuru ile kişisel kusurun ne kadar ayrılabilir olduğuna ve kamu personelinin hangi kusurlarına görev kusuru, hangi kusurlarına kişisel kusur denilebileceğine dayanmaktadır. Kamu personelinin şahsi sorumluluğuna doğrudan gidilip gidilemeyeceği tartışmasına değinmeden önce, hizmet kusuru, görev kusur ve kişisel kusur arasında doktrinde yapılan ayırım ve bu ayırımda kullanılan ölçütlere değinmek gerekir.

Hizmet kusuru, klasik tanımı ile kamu hizmetinin kötü veya geç işlemesi veya hiç işlememesi sonucunda zarara sebep olan kusurdur.³⁵ Sarıca, hizmet kusurunu “*amme hizmetinin kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişindeki ... bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık*” olarak tanımlamaktadır.³⁶ Kamu hizmetinde oluşan kusurlar asli olarak hizmet kusuru

35 DUEZ, Paul; La Responsabilite de la Puissance Publique, nouvelle éd. Paris, 1938, s. 27 vd., Aktaran, DURAN, Lütfi; Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 28.

36 SARICA, Ragıp; “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1949, Cilt: 15, Sayı: 4, s. 1.

teşkil edeceğinden, görev kusuru ve kişisel kusur tanımları da ancak hizmet kusuruyla bağlantılı olarak yapılabilir. Kamu hizmetinde meydana gelecek kusur, her daim hizmetin kuruluşu ve işleyişiyle bağlantılı olacaktır. Fransız kanun sözcüsü Leon Blum'un "Lemmonnier" kararındaki ifadesiyle; "Kusur belki hizmetten ayrılıyor, fakat hizmet kusurdan ayrılamıyor".³⁷ Hizmet kusuru ile görev kusuru arasındaki ayrım ise giriftir. Hizmet kusuru görünüşte anonim nitelikte olmasına rağmen, gerçekte bir veya daha fazla personelin görev kusurundan oluşur.³⁸ Hizmet kusuru anonim iken, görev kusuru bir veya birden çok kamu personeline izafe edilebilmekte, yani kişiselleştirilebilmektedir.³⁹ Danıştay'ın bir kararında, "Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettikleri, bu nedenle de idaresiyle bütünleştiği, idaresinden ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları, sonuç olarak hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de hizmet kusurunu oluşturur" denilmektedir.⁴⁰ Anlaşılan, personele izafe edilebilse bile, kusur kamu görevini yerine getirirken kamu görevinin yetki, görev ve olanaklarından yararlanılarak yaratıldıysa bunlara "görev kusuru" denilecek ve hizmet kusurunun varlığına dayanak olarak alınabilecektir. Kısacası, hizmet kusurunun nerede bitip, görev kusurunun nerede başladığının tek ölçütü "kişiselleştirebilmek", "izafe edilebilmek"tir. Böyle bir ölçütün kendi içinde de bir çelişki taşıdığı ortadadır: Her ne kadar personele izafe edilebilen bir kusur söz konusu olsa da, İdare'nin personelinin denetleme, onlara hukuka uygun ve yeterli talimatlar vererek yönlendirme ve yerine getirilen kamu görevinin sağlıklı yürütülebilmesi için eğitim verme yükümlülüğü hiçbir zaman ortadan kalkmamaktadır. Personelinin yönetme, eğitime ve denetlemede yeterli özeni gösterdiğini kanıtlaya dahi bu sorumluluğundan kurtulamaz.⁴¹ Görev kusuru halinde de İdarenin sorumlu tutulduğu göz önünde tutularak denilebilir ki; sadece pratik sonuç bakımından değil, aynı zamanda zarara sebep olan kusur bakımından da bu iki kusur türünün ayırt edilmesi çok güçtür. Bu yüzden, denilmelidir ki, görev kusuru da hizmet kusurunun bir türüdür. Öğretide görevsel kusurun "hizmet kusuru ile kaynaşan kişisel kusur" gibi bir tanıma tabi tutulması, görev kusurunun kişiselleştirilebiliyor olsa da hizmet kusuru ile kaynaşmış olduğunu örneklemektedir.⁴²

Görev kusuru ile hizmet kusuru arasındaki ilişkiye değindikten sonra, kamu personelinin kişisel kusuruna nelerin sebep olacağı ve kişisel kusurun varlığı halinde zarara uğrayanların doğrudan personele tazminat davası açıp açamayacağı konusunda bir kararıya sahip olabilmek için hizmet kusuru ile kişisel kusur arasındaki ilişkiyi de incelemek gereklidir. Görev kusurunu yukarıda "kamu personelinin hizmet kusuru ile kaynaşmış

37 Aktaran: ESİN, Yüksel; Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul, 2 nci Baskı, 1976, Ankara, s. 113.

38 DURAN; "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", s. 109.

39 GÖZÜBÜYÜK / TAN, a.g.e, s. 806.

40 Danıştay 10. D, 20.10.1999, E. 997/721 - K. 999/5266; Aktaran, GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 808.

41 DURAN, Lütfi; Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Sorumluluğu Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular), Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 27.

42 GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut; İdare Hukuku, Cilt I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 728.

kusuru" olarak tanımladıysak, kişisel kusuru da "kamu personelinin hizmet kusuru ile kaynaşmamış kusuru" olarak tanımlamak şarttır. Öğretide de kişisel kusur, hizmet kusurunun bir türü olarak değil, ayrı bir kavram olarak açıklanmıştır. Onar'a göre, hizmet kusuru asli ve birinci derecede, kimseye atfedilemediğinden anonim bir kusur türüdür.⁴³ Hizmet kusurunu kişisel kusura göre asil olarak kabul eden Onar, belli kıstasların uygulanması halinde bu iki kusur türünün ayrılabilceğini ifade etmiştir. Memurun fiilinin suç teşkil etmesi, memurun fertlere karşı kötü bir kasıt ve niyetinden çıkan kusuru ve ağır kusur hallerinin kişisel kusurun varlığına işaret edebileceğini belirten Onar, iki nevi kusuru birbirinden ayırmanın güç olduğunu da eklemiştir, kesin bir ölçüt belirtmekten kaçınmıştır.⁴⁴ Kişisel kusur ile hizmet kusurunun tek bir fiilde var olabileceğini kabul eden Onar, böyle bir içtima durumunda kişilerin memura yahut İdareye belli bir sıra gözetmeksizin doğrudan dava açabileceğini ifade etmektedir.⁴⁵ Kişisel kusuru görev kusurundan ve nihayet hizmet kusurundan ayırt etmeye yarayacak ölçütlerin bulunup bulunamayacağı hususunda öğretide şüphe hâkimdir. Duran, kişisel kusur ile görev kusurunu ayırt etmenin çok güç olduğuna işaret ederek⁴⁶, "*personelin suç sayılan şahsi fiilleri de dâhil,*" hizmetten ayrılamayan bütün kişisel eylemlerinden doğan zararların İdare'ye ödettirilmesinin eserini verdiği 1974 yılında içtihat ve öğretide baskın bir fikir olduğunu belirtmektedir.⁴⁷ Gözübüyük/Tan, Onar'ın belirttiği ölçütlerin benzerlerini yargı kararlarından örneklemiştir, fakat son yıllarda yargı kararlarında "*salt kişisel kusur*" hallerinin de görevsel kusur kapsamında değerlendirilmeye başladığını belirtmişlerdir.⁴⁸

Atay ise, görece daha yeni tarihli eserinde, hizmet kusuru ile kişisel kusuru ayırt edebilmek için önce "*hizmetle ilgili kusur*" ve "*hizmet dışı işlenen kusur*"u birbirinden ayırmaktadır.⁴⁹ İlk aşamada böyle bir ayrımı yapmanın gerekliliğine katılmaktayım. Hizmet dışı kusurlar, kamu personelinin vatandaş sıfatıyla hareket ederken sebep olduğu, hizmetle bağlantısız kusurlardır. Örneğin, bir polis memurunun kiraladığı eve verdiği zarar sonucu sorumluluğu, duraksamaya sebebiyet vermeyecek derecede kişiseldir ve özel hukuka tabidir. Bu tip bir kusur, bu incelemede de savunacağım üzere, tam anlamıyla "kişisel kusur"dur. Fakat öğretide "kişisel kusur" olarak ifade edilen kavram, bu salt kişisel kusur tipi yanında başka tür bir kusuru da kapsamaktadır. Bu diğer kusur tipi, hizmetle bağlantılı, neredeyse görev kusuru sayılabilecek, fakat kusurun ağırlığı veya suç niteliği gibi öğretide kuramsal bazda geliştirilmeye çalışılan ve anayasal, kanuni veya içtihadi temelleri bulunmayan bazı ölçütler sebebiyle kişisel sayılan kusurdur. Atay da, ilk aşamada yaptığı ayırmadan sonra ikinci aşamada "*suç niteliği taşıyan kusur*", "*kasıtlı kusur*" ve "*ağır kusur*" hallerinde kişisel kusurun varlığını kabul etmenin gerektiğini

43 ONAR, a.g.e., s. 1696.

44 ONAR, a.g.e., s. 1699 vd.

45 Onar'ın eserini verdiği dönemde kamu personelinin mali sorumluluğu hususu henüz yeni düzenlenmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla, Onar böylesi bir yorumu Fransız içtihadının (Özellikle 1951 tarihli Laruelle kararının) etkisiyle yapmaktadır. Bkz. ONAR, a.g.e., s. 1705.

46 Duran, a.g.e., s. 83.

47 Duran, a.g.e., s. 76.

48 Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 734.

49 Atay, a.g.e, s. 64-66.

belirtmiştir⁵⁰ Benzeri ölçütler diğer bazı yazarlarca da getirilmeye çalışılmış, fakat yine aynı yazarlar tarafından kamu görevleriyle ilgili kişisel kusurlar ile tipik görev kusuru arasında bir ayırım yapmanın güçlüğüne değinilmiştir⁵¹

Kanaatim şudur ki, kişisel kusur ile görev kusurunu ve nihai olarak İdare'nin idari yarıda sorumlu olacağı hizmet kusuru ve görev kusuru ile kamu personelinin adliye mahkemelerinde doğrudan sorumlu olacağı kişisel kusuru ayırt etmek pek mümkün değildir. 657 md. 13 hükmünün böyle bir ayırımı kabul ettiğini söylemek de güçtür. Duran da, 657 md. 13 hükmü üzerinde yaptığı inceleme sonucunda, kusurun yalnızca personelin kişiliğinde toplandığı hallerde dahi davanın İdareye yöneltilmesi gerektiğini belirtir. Kamu görevlerinin yerine getirilmesinden doğan kusur kişisel olsa dahi, Duran'a göre, dava yalnız ilgili kuruma yöneltilmelidir.⁵² Yine, Duran'ın değindiği üzere, kanun koyucu gerekçesinde açıkça *"Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa'da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet Kusuru», «Şahsi Kusur» tartışmalarına girişmeden idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir"* demek suretiyle kamu personeline sağladığı teminatın etki ve kapsamını belirtmektedir.⁵³ Duran'a göre, 657 md. 13 hükmü kamu personeline kamu hukukuna tâbi görevleriyle ilgili olarak tam bir mali bağımsızlık sağlamaktadır.⁵⁴ Fakat, maddenin gerekçesinde buna ek olarak *"... Burada kişisel sorumluluğun hangi hallerde mümkün olabileceği, daha doğrusu kusurun derecesi meselesi ele alınmamıştır. Ancak, Fransız idare hukukundaki «şahsi kusur» kıstasının sadece «ağır kusur»dan ötürü sorumluluğu kapsadığını, şimdiki Alman Devlet Memurları Kanunu'nun da «ağır kusur» esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye şayandır."* da denilmektedir. O halde denilebilir ki, 657 sayılı Kanun'u yapanların maksadı görevle ilişkili kişisel kusurların bir "ağır kusur" ölçütü ışığında görev kusurundan ayrılması içtihadının gelişmesi idi. Fakat, bu noktada iki itirazı ileri sürmek isterim. İlki, Duran'ın da değindiği üzere, mahkemelerin sadece kanunun açık hükmünü uygulamakla yükümlü olmaları ve böyle bir "temenni" ile bağlı olmamalarıdır.⁵⁵ Madde gerekçeleri içtihat ve öğreti açısından kanunun açık hükmüyle getirilen rejimi açıklamak konusunda yararlı iken, 657 md. 13'ün gerekçesindeki bu ifadeler kanunun açık hükmünden başkaca bir sistem öngörmekte ve içeriğinin doldurulması güç olan "ağır kusur" gibi bir kavram vasıtasıyla görevle ilgili kişisel kusurlar ile görev kusurlarının ayrılabilmesini iddia etmektedir. Bu gerekçeye ikinci itirazım ise, gerekçenin günümüzde uygulanmasının her halde anakronik olacağı yönündedir: Zira, bu gerekçe yazıldıktan sonra Anayasa değiştirilmiş ve Kanun'un açık lafzını doğrular nitelikteki AY. md. 129/5 hükmü getirilmiştir. Bu noktada, diyebiliriz ki,

50 Atay, a.g.e, s. 65.

51 Örnek olarak bakınız: ESİN, Yüksel; Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları (Birinci Kitap: Usul), 2. Baskı, Ankara, 1976, s. 117.

52 Duran, a.g.m, s. 68.

53 Duran, a.g.m., s. 69.

54 Maddenin gerekçesinden: *"... Bu madde ile memur mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılan davalar ile uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş oldukları zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir..."*

55 Duran, a.g.m., s. 71-72.

Anayasa'nın değişmesinden sonra kanun koyucunun bu yönde bir iradesinin olduğu artık herhangi bir yorum faaliyetinde ileri sürülemez. Anayasa ve kanunla getirilen pozitif hukuk düzenlemeleri, kişisel niteliği haiz de olsa (ağır kusur, suç gibi unsurlar da taşısa) kamu görevleri ile alakalı kusurların bir görev kusuru gibi muamele görmesi ve bunlardan dolayı açılacak davaların İdare'ye yöneltmesini öngörmektedir. Kamu personeline doğrudan yöneltilecek tazminat davaları, ancak ve ancak yukarıda "salt kişisel kusur" olarak nitelenen hallerde, yani kamu görevlerinin görülmesiyle ilgili olmayan hallerde söz konusu olabilecektir. Nitekim, Anayasa ve Kanun'un açık hükmünde "ağır kusur" veya "suç halleri"yle ilgili herhangi bir ölçüt getirilmemiştir. Kanun koyucu eğer kamu personelinin kamu görevlerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurların bir kısmı (kişisel niteliği haiz ve öğretide geliştirilmeye çalışılan ölçütlere uyan) söz konusu olduğunda kamu personeline doğrudan dava açılmasını arzu etseydi, bunu Anayasa ve 657 sayılı Kanun'a birer cümle eklemek suretiyle açık bir şekilde düzenlerdi.⁵⁶

Görev kusuru ile şahsi kusurun ayrılması hususunda bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının karşı oy metninde geçen bir ifade oldukça açıklayıcı olabilir: "... doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur."⁵⁷ Fakat Yargıtay'ın tavrının genel olarak yukarıda açıkladığım fikirlerin aksi yönünde durduğunu ve görevle ilgili olsa bir "şahsi kusur" olarak nitelenen bazı kusurlardan dolayı personelin sorumluluğuna doğrudan gidilebileceğine karar verdiğini eklemem gerekir.⁵⁸ Bu durumun, Yargıtay'ın AY. md. 129'un yürürlüğe girişi sonrasında oluşması gereken içtihadi gelişimi yakalayamamasından kaynaklandığı düşünülebilir kanısındayım. Uyuşmazlık Mahkemesi ise bazı kararlarında bu gelişimi yakaladığının emarelerini göstermiştir.⁵⁹ Fakat, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin dahi Yargıtay ile paralel biçimde halen klasik görev kusuru-şahsi kusur ayrımını kabul ettiğini gösterir kararları da vardır.⁶⁰

Kamu personelinin idare edilenleri uğrattığı zararlardan sorumluluğu konusunda en az kişisel kusur - görev kusuru hususu kadar önemli olan bir diğer mevzu, İdarenin kamu personeline rücu'udur. İdarenin sorumluluğunu gerektiren bir halde kamu personelinin kısmen veya tamamen payının olması durumunda İdare'nin ödediği tazminattan

56 Anayasa ve kanun ile kamu personelinin mali sorumluluğunun rejimine bu şekilde getirilen sistem, en sert şekilde Sıkıyönetim Kanunu'nda ifadesini bulmaktadır. Kanunun ek 3 üncü maddesinde sıkıyönetim komutanlarının şahsi kusurlarından dolayı hukuki sorumluluklarına gidilemeyeceği ifade edilmekte ise de, burada "şahsi kusur"dan anlaşılması gereken şey "salt şahsi kusurlar" değil, yukarıda bahsettiğim kamu görevlerinin görülmesi esnasında oluşacak şahsi kusurlarıdır. Sıkıyönetim komutanlarının salt kişisel kusurları sebebi ile elbette ki bu kamu görevlilerinin kişisel hukuki sorumluluğuna gidilebilecektir.

57 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 18.11.2009, E. 2009/4-448, K. 2009/545.

58 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2007, E. 2007/4-640, K. 2007/725 (Bu kararın karşı oyunda, isabetli şekilde "saf kişisel kusur, görevle alakalı aşırılıklardan doğan kusur ve görev dolayısıyla işlenen kusur" ayrılanmıştır.); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 18.11.2009, E. 2009/4-448, K. 2009/545; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 28.11.2011, E. 2001/4-661, K. 2001/1074.

59 Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1997/16 K. 1997/15 T. 14.4.1997; Uyuşmazlık Mahkemesi T. 7.3.2011, E. 2010/107, K. 2011/39.

60 Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 16.6.2003, E. 2003/31, K. 2003/3; Uyuşmazlık Mahkemesi T. 5.6.2006, E. 2006/26, K. 2006/75.

dolayı bu kamu personeline rücu hakkının bulunması doğaldır.⁶¹ Fakat, İdare kamu personeline herhangi bir üçüncü kişiye rücu eder gibi değil, anayasal ve kanuni ölçütler ve yetkiler çerçevesinde rücu etmektedir. Anayasal düzenlemelerden başlanarak rücu konusundaki pozitif düzenlemeleri tekrar anarsam, görülecektir ki, AY. md. 129'da "rücu edilmek kaydıyla" denilerek, İdare bir üçüncü kişinin zararını personeli yerine giderdiğinde bu personele rücu zorunlu tutulmaktadır. AY. md. 40'ta ise "Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır" denilmektedir. 657 md. 13 hükmüne göre ise İdare'nin "genel hükümlere göre rücu hakkı saklıdır". 2128 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5 inci maddesindeki düzenleme ise şöyledir: "Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır". Mülga 1602 sayılı AYİMİK md. 24'te de "Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." denilmektedir. Rücu hususu, bu hükümler ilk kez nazara alındığında sorunsuz görünebilecek olmasına rağmen, kendi içerisinde tartışılması gereken önemli noktalar içermektedir. İncelememde, rücu hususundaki üç kritik noktaya değinmeyi gerekli görmekteyim. Bunlardan ilki rücu'un İdare'nin takdirinde olup olmadığı, bir diğer deyişle İdare'nin idare edilenler nezdinde zarar yaratan ve bu zararı yerine tazmin ettiği personele rücu'unun zorunlu olup olmadığı hususudur. İkincisi ise, rücu konusundaki kanuni düzenlemelerde karşımıza çıkan "genel hükümlere göre" ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği hususu olacaktır. Üçüncü bir nokta ise, İdare'nin personeline rücu'u rejimini düzenleyen anayasal ve kanuni hükümler arasındaki çelişkidir. Fakat, bu son noktaya bir alt başlıkta değinmeyi uygun görüyorum.

Rücu'un zorunlu olup olmadığını incelemek için lafzi bir yorum yapmanın kaçınılmaz olduğunu belirtmeliyim. Bu noktada "saklı kalmak" ve "kaydıyla" ifadeleri açıklanmalıdır. TDK sözlüğünde "kayıt" sözcüğünün anlamlarından birinin "şart" olduğu ifade edilmektedir. "Saklı" sözcüğünün anlamlarından biri ise "elde tutulan, mahfuz" olarak ifade edilmiştir. O halde söyleyebilirim ki, "kaydıyla" denildiğinde İdareye rücu hususunda bağlı yetki verilmekte, "rücu hakkı saklıdır" denildiğinde ise İdareye rücu hususunda takdir yetkisi tanınmaktadır. Buradan hareket edildiğinde görülecektir ki, AY. md. 129 rücu'u zorunlu tutmakta iken, diğer tüm düzenlemelerde rücu İdare'nin takdirine bırakılmıştır. Tam bu noktada sorulması gereken soru şudur: Böyle bir anayasal ilke karşısında kanunun verdiği takdir yetkisi kullanılabilir mi? Her ne kadar takdir yetkisi İdare'nin özgürce hareket edebileceği bir alan gibi anlaşılmaya elverişli olsa da, hukuki durum böyle değildir. Takdir yetkisi, anayasal ilkeler vasıtasıyla kanunun bıraktığı alandan daha dar bir alana çekilebilir; hatta bağlı yetkiye dönüştürülebilir. Takdir yetkisini sınırlayacak anayasal ilkeler, içtihaden geliştirilebilir.⁶² Anayasa'nın 129 uncu maddesi karşısında da kanunla verilen bu takdir yetkisi bir bağlı yetkiye dönüşmüştür: Personelinin kusuru neticesinde idare edilenlerin zararını gideren ve sonuç olarak kamusal kaynaklarında

61 Onar, a.g.e., s. 1757.

62 Bu yoruma, Anayasa kuralının bu alandaki takdir yetkisine doğrudan uygulanması vasıtasıyla ulaşılabilir. Bkz. ÖZAY, İl Han; Anayasa: Özgürlükler ve İdari ve Kolluk Etkinlikleri, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 19, 2002, s. 6 vd.

azalma görülen İdare, personeline zarardaki payı nispetinde rücu etmekle yükümlüdür.⁶³ O halde denilebilir ki, İdare rücu etmek konusunda aynı zamanda görevlidir.⁶⁴

657 md. 12 hükmü incelendiğinde ise 13 üncü maddeye benzer bir takdir yetkisine zaten rastlanmamaktadır. Hüküm, kuruluş icabı rücu'ü öngörmektedir. Bu durum ise savımı destekler biçimde şu soruyu doğurmaktadır: Memurun devleti doğrudan uğrattığı zararın rücu'ü kati surette gerekli iken, memurun idare edilenlere karşı kusurlarını tazmin ederken devletin dolaylı olarak uğradığı zarar rücu'ü takdire bırakılacak kadar önemsiz midir? Dolaylı veya dolaysız, devlet hazinesi ve kamu kaynaklarının uğradığı zarar bakımından bir ayrıma gidilemeyeceğinden, İdare'nin personeline rücu hususunda takdiri varmış gibi davranması hukuka ve mantığa aykırı olur.

Peki, İdare, Kanun'un verdiği bu rücu görevini yerine getirmese ne olacaktır? Öncelikle, bir idari başvuruya İdare'den hazineyi zarara uğratan personeline rücu etmesi talep edilebilir. İdare'nin bu başvuruyu sarihen veya zimnen reddettiği haldeyse, bu ret işleminin iptali talep edilebilir. Kamu personelinin devlet hazinesini zarara uğratan bir görev kusuru bulunduğu (ki "görevle alakalı şahsi kusur" olarak anılan kategoriye de görev kusuru olarak kabul ettiğimi tekrarlamalıyım) ve İdare rücu görevini yerine getirmediğinde, durum açıkça Anayasa'ya aykırı olduğundan ve vergilerle oluşturulan devlet hazinesi keyfi bir şekilde zarara uğratıldığından, her vatandaş böyle bir idari başvuruda bulunabileceği gibi, böyle bir başvurunun reddi bakımından başvuran kişi de evleviyetle bu iptal davasını açmaya ehildir. Kanaatimce idari yargı yerleri de böyle bir davada başvurunun reddi işlemini iptal etmeli ve İdareyi rücu'a mecbur bırakmalıdır. Nitekim, anayasal ilke karşısında takdir yetkisinin ortadan kalktığı böylesi bir durumda rücu talebinin reddi konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

İdare, rücu yoluna nasıl başvurabilir? 657 md. 13 hükmünde "genel hükümlere göre" rücu edileceği ifade edilmiştir. "Genel hükümler" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretilen tartışma konusu olmuştur. Öğretilen ekseriyetle, bu ifadeden özel

63 ESİN, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, Ankara, 1973, s.165; Duran, a.g.m, s. 116.

64 01.08.1998 tarihli "Hasta Hakları Yönetmeliği"nin 44 ncü maddesinde "Kamu görevlisi personelin verdiği zarar, mahkeme kararı üzerine idare tarafından tazmin edildikten sonra, müsebbibi olan sorumlu personele rücu edilir." Denilerek rücu zorunlu tutulmuş, isabetli ve Anayasa'ya uygun bir düzenleme getirilmiştir. Tabii ki bu düzenleme, sadece sağlık hizmetlerinde çalışan personeli alakadar etmektedir.

Hekimlere rücu hususunda ise güncel bir gelişme vardır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a getirilen Ek 12 nci madde şöyledir: "Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarıncı kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır." Burada kastedilen rücu, rücu davası olmak zorunda değildir. Bu ek madde ile rücu davasına lüzum kalmadan kurumların hekimlerin tıbbi kötü uygulamalarından (malpraktis) dolayı ödedikleri tazminatı sigortacıdan almalarının önü açılmıştır. Nitekim 21.07.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ" in ekindeki standart poliçe formatının "Rizikonun Gerçekleşmesi" başlıklı kısmında "Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde" de rizikonun gerçekleşmiş sayılacağı hükmü bulunmaktadır. O halde, hekimin tıbbi kötü uygulamasından (yani, görev kusurundan) ötürü bir kurumun tazminata mahkum edilmesi o kurumun sigorta şirketine başvurusu için yeterli bir hukuki sebep teşkil eder.

hukukun genel hükümlerinin, Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerinin anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁵ Bu görüşe göre İdare, personelini davalı göstererek adli yargıda bir rücu davası açmalıdır. Duran ise, makalesinde bu görüşe karşı çıkmakta ve "genel hükümler" ifadesinden her halde Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin anlaşılmasının gerekmediğini⁶⁶ ve hatta bu ifadede "İdare Hukukunun Esasları"nı anlamak gerekeceğini belirtmektedir.⁶⁷ 743 sayılı Medeni Kanun'un 52 nci⁶⁸ ve 818 sayılı Medeni Kanun'un 352 nci⁶⁹ maddeleri sebebiyle kanun koyucunun personelin hukuki rejimine özel hukukun genel ilkelerinin uygulanmamasını seçtiğini de andığım makalede savunulmaktadır. Duran, ek olarak, adli yargıda görülebilecek bir davayla personel ve İdare arasındaki ilişkinin nitelenmesinin kamu hayatı ve hukukuyla bağdaşmayacağını belirtmekte⁷⁰ ve personele rücu mekanizmasının özel hukuk uyarınca işlememesi gerektiğinin altını çizmektedir.⁷¹ Duran'a göre, idari yargı rejiminin kurulmuş olması idari sorumluluk hususunun adli yargı alanına bırakılmasını engeller nitelikte olup, ilk aşamada idari tazminat davasını çözümlerken personelin şahsi kusurunu da yargılamış olan idari yargı yerleri tazminatın paylaşılması ve rücu hususunu da ikinci aşamada çözebilebilir.⁷² Duran'ın tavsiye ettiği sistem ise şöyledir: İdari yargı yerleri ilk aşamada İdare'yi tazminata mahkûm ederken personelin kusurunun miktarını da göstermeli, İdare de bu karara mukabil, bu oranı göz önünde tutarak personeline bir idari işlem ile re'sen rücu etmelidir. Bu rücu'u haksız bulan personel, yine idari yargı yerlerinde bu kararın iptalini talep edebilecektir.⁷³

Bu noktada, hem "genel hükümler" ifadesinden doğrudan Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin anlaşılması gerektiğini savunan baskın görüşten, hem de Duran'ın itirazından belli açılardan ayrıldığımı belirtmem gerekir. Öncelikle, Duran'ın "genel hükümler" ifadesinden her halde özel hukukun genel hükümlerinin anlaşılmaabileceği konusundaki itirazına katılmaktayım: Bir vakianın hukuki rejiminde uygulanacak genel hükümler, ancak o anki normlar ilişkisi incelenerek tespit edilebilir. Anayasa'nın zarar gören üçüncü kişilerin açacakları tazminat davalarını idari yargı alanına aldığı ve bu noktada idare hukukunun genel ilkelerinin uygulanacağı kesindir. Fakat, rücu hususunda idare hukukunda bir genel hüküm de bulunmamaktadır. Örneğin, 6183 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun"un 1 inci maddesinden⁷⁴ anlaşılacağı üzere, bu kanun

65 ESİN, Yüksel; Daniştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul, 2 nci Baskı, 1976, Ankara, s. 113-114.

66 Duran, a.g.m., s. 102.

67 Duran, a.g.m., s. 112.

68 743 sayılı kanunun 52 nci maddesi: "Hukuku amme müesseseleri, Hukuku Amme Kanunlarına tabidir."

69 818 sayılı kanunun 354 ncü maddesi: "Resmi memurlar ve müstahdemler hakkındaki hususi kanunların hükümleri mahfuzdur."

70 Duran, a.g.m., s. 70.

71 Duran, a.g.m., s. 97.

72 Duran, a.g.m., s. 98-100.

73 Duran, a.g.m., s. 113-114, 116.

74 6183 sayılı kanunun 1 nci maddesi: "Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim,

İdare'nin personeline rücu'u konusunda uygulanamayacaktır. Zira, İdare'nin personelden alacağı bir haksız fiil neticesinde doğmaktadır ve bu hüküm bu tür alacakları Kanun'un şümulünden çıkartmaktadır. 5018 sayılı Kanun'un 71 inci maddesi de, personelin kamu kaynaklarında azalmaya bir üçüncü kişiye zarar vermesi sonucunda sebep olması halinde uygulanamayacaktır. Binaenaleyh, kamu personelinin İdare'ye dolaylı olarak zarar vermesi sonucu rücu hususunda uygulanabilecek bir idare hukuku hükmü yoktur. Sorunun, İYUK ve Danıştay Kanunu hükümlerince kamu personelinin bir idari davada davalı gösterilerek idari yargı içerisinde çözülmesine de olanak yoktur. Bu sebeple, doğrudan değil fakat kanun koyucunun ortaya bir kamu hukuku ilkesi koymamasından dolayı, kamu personeline rücu hususunda "genel hükümler"den şu an anlaşılması gereken, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleridir. Nitekim, zarar görenlerin İdare'ye açtığı tazminat davalarında personelin kusurunun oranının belirtilmesi içtihadımızda baştan beri yerleşmemiş bir uygulamadır.⁷⁵ İdare personeline re'sen rücu edecek olsa bile, çoğu durumda bu ilk aşamadaki kararda personelin kusurunun zarardaki oranı belirlenmemişse kendiliğinden böyle bir belirlemeyi yapamaz. O halde diyebilirim ki, ilk aşamadaki tam yargı davası ile İdare'nin sorumluluğuna hükmedilecek; adli yargıda görülecek ikinci aşamadaki rücu davasıyla personelin kusurunun hizmet kusuruna oranı belirlenecek ve rücu'a hükmedilecektir. Fakat, bu rejimin kamu hukukunun genel niteliklerine aykırı düştüğü de öne sürülebilir. Zira, rücu aşamasında zarara sebep olan kusurlardan hizmet kusuru ile görev kusurunun (veya salt kişisel kusur sayılmayacak görevle ilgili kişisel kusurların) ayrılması ve oranlarının tespiti gibi idari bir meselenin adli yargı alanında görülecek olması kanaatimce de mantık arz etmemektedir. Lakin, pozitif düzenlemelerimiz gereği başkaca bir rejim düşünmek de olanak dışıdır. Bu noktada kanun koyucu "genel hükümler" ifadesinin içeriğini idare hukuku bakımından dolduracak bir "kamu personeline rücu" kanunu koyarak re'sen rücu'u mümkün kılabilir; İdare'nin re'sen rücu işlemini hukuka aykırı bulan personel bu işlemi idari yargının önüne taşıdığında sebep ve konu unsurları bakımından yapılacak incelemede ilk aşamada yapılmamış olsa bile hizmet kusuru-görev kusuru oranı değerlendirmesi yapılarak husus çözümlenebilir. Yahut, daha bütünsel bir çözüm getirilerek kamu personeline karşı açılacak rücu davaları da kanun değişikliği ile idari yargının görev alanına sokulabilir.⁷⁶ Böylesi bir çözüm hem anayasal ve yargısal sistemimiz, hem de usul ekonomisi bakımından daha akla yakın görünmektedir.

Bu husustaki içtihatla yaşanan yeni bir gelişim ise, Anayasa Mahkemesi'nin 16/02/2012 tarihli "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3 üncü maddesinin

harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur."

75 SARICA, Ragıp; "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, **1949**, Cilt: 15, Sayı: 4, s. 861.

76 Benzeri hususlarda aynı yönde bir fikir için bkz: EVREN, Çınar Can; "Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, **2011**, Sayı: 95, s. 194.

iptali" kararıdır.⁷⁷ Kararda, 6100 sayılı kanunun "Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalar" söz konusu olduğunda adli yargıyı görevli kılan 3 üncü maddesi, İdare'nin sorumluluğunun farklı yargı kollarında denetlenmesinin "yargılamanın bütünlüğünü" bozacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir. İdare'nin sorumluluğu söz konusu olduğunda yargılamanın bütünlüğü bir ilke olarak karşımıza çıkacak ise, sorumlulukla doğrudan bağlantılı rücu hususunun da idari yargı içerisinde denetlenmesi idari yargının görev alanının korunması ve usul ekonomisi⁷⁸ bakımından akla yatkındır.

Bu başlık altında yukarıda bahsettiğim "Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti..." başlıklı Yönetmeliğe de tekrar değinmek isterim. Yönetmeliğin belli bir limiti aşmayan zararların memurca doğrudan ödenmesini düzenleyen 8 inci maddesi ise değerlendirilmeli ve İdare'nin idare edilenlerin uğradığı zararları tazmin etmesi sonucunda uğrayacağı zararın tazmini için bu yolun mümkün olup olmadığı da tartışılmalıdır. 657 md. 12 ve 13 birlikte değerlendirildiğinde, İdare'nin üçüncü kişilere karşı memurun kusurundan dolayı sorumlu olduğu hallerde (diğer kamu personeli için değil fakat sadece devlet memurları için) böyle bir yolun mümkün olduğu söylenebilir. Bu, ayrıksı bir rücu usulü olarak uygulanabilir. Fakat, yargılama masraflarıyla beraber İdare'nin böylesi bir davadan dolayı uğradığı zararın belirlenen sınırın altında kalma ihtimali, elbette ki düşüktür.

DÖRDÜNCÜ KISIM: ANAYASANIN 40 INCI VE 129 UNCU MADDELERİNİN ÖNGÖRDÜĞÜ REJİM VE KAMU PERSONELİNİN MALİ SORUMLULUĞU HUSUSUNU DÜZENLEYEN KANUN HÜKÜMLERİNİN ANAYASALLIĞI SORUNU

Anayasanın 40 inci ve 129 uncu maddelerinin karşılıklı olarak incelenmesi ve kamu personeli rejimine ilişkin getirdikleri sistem üzerine değerlendirme yapmak kritik bir öneme sahiptir, fakat bu konu öğretilerde yeterli ilgiyi görmemiştir. Anayasa'nın 40 inci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki ifade şudur: "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" Anayasanın 129 uncu maddesinin 5 inci fıkrasındaki ifade ise aynen şöyledir: "*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*". Her iki hüküm de, bir üst başlıkta değinmiş olduğum kamu personelinin yetkilerini kullanırken üçüncü kişilere verdikleri zararlar neticesinde bu zararları gideren İdare'ye karşı sorumluluğu hususunu düzenlemektedir. İlk okuyuşta bu hükümlerin aynı anlama geldiği ve hatta ikisinden birinin fazladan yazılmış olduğu izlenimine dahi kapılmak

77 Anayasa Mahkemesi, T. 16/02/2012, E. 2011/85, K. 2012/23.

78 Keza, anılan AYM kararına Üye Erdal Tercan'ın yazdığı ek gerekçede "Davaların en az giderle ve mümkün olduğunca süratle" sonuçlandırılmasını emreden Anayasa'nın 141 nci maddesinin de karara gerekçe olarak alınabileceğine değinilmiştir.

mümkündür. Fakat, aynı konuyu düzenleyen bu iki hükmün getirdikleri sistem birbirlerinden tamamen farklıdır ve iki farklı yoldan personelin mali sorumluluğunun rejimini düzenlemektedirler.

İlk aşamada 129 uncu maddeyi incelemeyi tercih ediyorum. Bu maddede, üst başlıkta değindiğim sorun anayasal bağlamda çözülmüş ve kamu personelinin mali sorumluluğu hususunda “teminat sistemi” kabul edilmiştir. 129 uncu madde, zarara uğrayan kişilerin İdare’ye bir dava açmasını öngörmektedir. Bu dava, idari yargı alanındaki tam yargı davasıdır. Buna ek olarak 129 uncu madde hükmü, bu davanın kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak açılacağını ifade etmektedir. Bu kanun, hangi kanundur? Duran’a göre bu kanun, yeterli ve gerekli niteliği haiz olmasa bile 657 sayılı kanundur.⁷⁹ Esasında İYUK da, 657 sayılı kanunla beraber, bu anayasa hükmünün ifade ettiği şekil ve şartları belirleyen bir diğer kanun olarak ele alınabilir.

Özellik arz eden anayasa hükmü ise, Anayasanın 40 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrasıdır. Dikkat çekmesi gereken ilk nokta, maddede sadece “memurlar ve kamu görevlileri”nden değil, daha geniş bir kümeden; “resmi görevlilerden” bahsedilmektedir. Birinci kısımda bahsettiğim üzere; bakanlar, Başbakan ve hatta Cumhurbaşkanı dahil resmi görevlilerin sorumluluğu bu madde çerçevesinde değerlendirilebilir. İkinci kritik nokta maddenin bir davadan bahsetmiyor olmasıdır. Bu hükümde, İdare’nin bir zararı gidermesinden bahsedilmektedir, fakat bunun bir her halde bir dava yoluyla olacağından bahsedilmemektedir. İdare, resmi görevlilerin meydana getirdiği haksız işlemler dolayısıyla ortaya çıkan zararı bir dava veya bir idari başvuru sonucu giderecek, daha sonra zararı veren resmi görevliye rücu edecek veya etmeyecektir. O halde, maddedeki üçüncü kritik noktanın, zararı veren resmi görevlilere Anayasa’nın 129 uncu maddesine benzer bir bağlı yetkiyle rücu’u öngörmemesi olduğunu söyleyebilirim. 40 ıncı madde üzerine bir son tartışma, “resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde yürütülebilir. Burada kastedilen işlemler, İdare’nin işlemleri değil, resmi görevlilerin işlemleridir. Bu işlemler, idari işlem niteliğini haiz olabilir veya olmayabilir: Resmi görevlilerin her türlü işlemleri; imza yetkileri, eğer amir iseler emir ve talimatları ve idari işlem tesis etmeye ehillerse tesis ettikleri idari işlemler bu kapsama girer. Fakat, “haksız işlem” muğlak bir ifadedir. Haksız işlem kişilerin haklarını ihlal eden bir işlem olabileceği gibi, hukuka aykırı bir işlem olarak da anlaşılabilir. Kanaatimce, kanun koyucunun “hukuka aykırı” gibi bir ifade yerine “haksız” ifadesini kullanmasının sebebi, hukuka aykırı olan her türlü işlemi bu madde hükmüyle çözmekten kaçınmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Hukuka aykırı işlemlerden doğacak zararın tazmininin bir davayla İdare’den talep edilmesi tercih edilmiş olabilir. 40 ıncı madde hükmünde ise, daha önce belirttiğim gibi, bir davadan bahsedilmemekte, İdare’nin bir zararı tazmininden söz edilmektedir. O halde, “haksız işlemler” ifadesinden “kişilerin haklarını ihlal eden işlemler”in anlaşılması gerekmektedir. Kişilerin hangi haklarının ihlalinin bu madde kapsamına girdiği düşünülecek olursa: Madde kenar başlıkları Anayasa metnine dâhil sayılmadığından, madde

79 DURAN, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi., Cilt: 17, Sayı: 2, Ankara, 1984, s. 19.

kenar başlığında yer alan “temel hak ve hürriyetler” ibaresiyle sınırlı algılanmaması gerekir. Nitekim, AY. md. 40/1 “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetler”den bahsetmekte olup, bundan dolayı Anayasa’da düzenlenmiş her hak ve hürriyetin maddenin koruması altında olduğunun kabulü gerekir. Maddenin sadece temel hak ve hürriyet ihlallerini düzenlediği kabul edilse bile, mülkiyet hakkının bir anayasal bağlamda “temel hak” olduğu öne sürülebilir ve bu durumda mali sorumluluk her halde gündeme gelir.

Duran’a göre, Anayasa’nın 40 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrasında bahsedilen kanun ortada yoktur.⁸⁰ Gerçekten de, bir genel idari usul kanunu ihtiyacını tekrar ortaya çıkartır şekilde, bu Anayasa maddesini doğrudan karşılayan bir kanun bulunmamaktadır. Öncelikle, bu maddeyi karşılaması gereken kanunun neyi düzenleyeceğini belirtmek gerekir. Anayasa’nın 40 ıncı maddesinin hem ilk, hem de son fıkrası, kamu personeli sayılanlar da dâhil resmi görevlilerin haksız işlemleri sonucu hakları ihlal edilen kişilerin bir idari başvuruda bulunmasını, bunun neticesindeyse oluşmuş olan zararların Devletçe tazminini öngörmektedir.⁸¹ Maddede bahsedilen “kanun”, tazmini düzenleyecektir. 3071 sayılı “Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun” ve özellikle bu Kanunun 7 nci maddesi⁸² bu idari başvuru yolunu karşılamakla beraber, tazmin hususunu elbette düzenlememektedir. O halde, 3071 sayılı Kanun Anayasa’nın 40 ıncı maddesini karşılar denilemez. İYUK’un 13 üncü maddesi ise, bir idari eylem sebebiyle hakları ihlal edilenlerin doğrudan tam yargı davası açmadan önce süresi içinde İdare’ye başvurarak haklarının yerine getirilmesi yönünde bir karar veya başvurunun reddi yönünde (daha sonra bir tam yargı davasında konu edilecek) bir ön karar almaları halini düzenlemektedir. Resmi görevlilerin haksız işlemleri eğer bir idari işlem teşkil etmiyor ve idari eylem sınıfına sokulabiliyorsa, İYUK md. 13 kısmen de olsa Anayasa’nın 40 ıncı maddesini karşılıyor demektir. Resmi görevlilerin idari işlem teşkil etmeyen haksız işlemleri sonucunda zarara uğrayan kişiler, Anayasa’nın 40 ıncı maddesinin hükmü sebebiyle bu resmi görevlilere doğrudan dava açamayacak, İYUK’un 13 üncü maddesinde öngörüldüğü gibi önce İdare’ye başvurarak haklarının yerine getirilmesini isteyecek, eğer bu başvuru reddedilirse yine aynı Kanun maddesindeki tam yargı davası açılması yoluna başvuracaklardır.

Bu noktada tazminin düzenlenmesinin ne anlama geldiğini açıklamakta yarar bulunmaktadır. Esasında, Anayasa’nın 19 uncu maddesindeki tazminat hakkı düzenlemesini karşılayan 5271 sayılı CMK’nın 141-144 üncü maddeleri dava yoluyla öne sürülecek bir

80 Duran, a.g.m, s. 19

81 Danışma Konseyi’nin Anayasa’nın 40 ncı maddesi hususundaki gerekçesinde de bir idari başvurudan bahsedilmektedir. Danışma Konseyi’nin madde gerekçesi: “Bu madde ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasında diğer bir güvence öngörülmüştür. Temel hak ve hürriyetleri ihlal olunan kişi, yetkili makama başvurma hakkına sahiptir; bu ihlalin resmî görevliler tarafından görevlerinin ifası sırasında yapılmış olması görevli için bir mazeret sebebi teşkil etmez. İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır.”.

82 3071 sayılı kanunun 7 nci maddesi: “Türk vatandaşlarının ve Türkiye’de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir.”.

tazminat talebini düzenlemelerine karşın, Devletin tazmininde nelerin düzenleneceği hususunda bir örnek oluşturabilir. Anılan hükümlere bakıldığında tazmin borcunun doğuşunun sebeplerinin ve tazminat istemenin koşullarının, tazminatı kimlerin isteyebileceğinin ve tazminatın geri alınmasının şartlarının düzenlendiği görülür. Duran'ın savını tekrarlamak gerekirse, pozitif düzenlemelerimizde Anayasa madde 40'ı karşılayabilecek böylesi bir kanun bulunmamaktadır. Her ne kadar idari başvuru yapılabilmesi ve devletin bir zararı tazmininin talep edilebilmesi için bir kanuna ihtiyaç olmadığı öne sürülebilir olsa dahi, İdare'nin bir idari başvuruya haklarının ihlal edildiğini öne süren her kişiye bir yargı kararı olmadan tazminat ödeyebileceğini ve hatta bu konuda takdirinin bulunduğunu öne sürmek, böyle bir yolun devlet hazinesine verebileceği zarar da göz önüne alındığında, mantık sınırları dâhilinde olmayacaktır. O halde Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin bu incelemenin yazıldığı tarihlerde bir uygulamasının olmayacağını ve kamu personeli bakımından Anayasa'nın 129 uncu maddesinin uygulanması gerektiğini, yani kamu personelinin kusuruyla doğacak zararın tazmininin ancak İdare'ye karşı açılacak bir tam yargı davasıyla mümkün olacağını söyleyebilirim. Anayasa madde 40 günümüzde, ancak ve ancak, 657 sayılı kanun gereğince kamu personeli sayılmayan resmi görevlilerin tüm kusurlarıyla değil, ancak haksız işlemleriyle sebep olacakları zararlar sonucu açılacak davaların devlete karşı açılacağı ve nihayetinde zararı tazmin eden İdare'nin kamu personeli olmayan resmi görevlilerine rücu edip etmemek konusunda takdirinin olacağı şeklinde anlaşılabilir. Zira, kamu personeli bakımından uygulanacak asıl Anayasal hüküm 129 uncu madde olacaktır. Esasında, anayasal ilkelerin keskinleşmesi bakımından 40 ıncı maddenin kaldırılması ve 129 uncu maddenin uygulamasının tüm resmi görevlilere (elbette ki rücu zorunluluğuyla) genişletilmesi daha uygun olur. Çünkü, AY. md. 40/3, yargı yerlerini, kanun koyucuyu ve hukuk uygulayıcılarını 657 sayılı Kanun kapsamında kamu personeli sayılmayan resmi görevlilerin mali sorumluluk bakımından pozisyonu ve bu kişilere rücu'un zorunluluğu hususlarında yanlış yönlendirme potansiyelini taşımaktadır.

Anayasal sistematiikteki sorunlar bir yana bırakılırsa, kanuni düzenlemelerde de anayasallık sorunlarının bulunduğu görülecektir. Bu noktada ilk ele almak istediğim hüküm, 657 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesindeki rücu düzenlemesidir. Bir önceki başlıkta da değindiğim gibi, kanundaki hüküm İdare'ye personeline rücu hususunda takdir yetkisi tanımaktadır. Fakat, Anayasa'nın 129 uncu maddesinin 5 inci fıkrasında İdare'ye rücu zorunluluğu getirilmiştir. Bu manada, 657 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesindeki rücu düzenlemesi Anayasa'ya aykırı olmaktadır. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 5 inci maddesindeki düzenlemede de paralel bir duruma rastlanmaktadır: Maddede "*Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır.*" denilerek İcra ve İflas Dairesi görevlilerine rücu'un İdare'nin takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin de, 657 md. 13'teki düzenleme gibi Anayasa'ya aykırılığı söz konusudur. Fakat, yine bir önceki başlıkta öne sürdüğüm gibi, bu hükümler iptal edilmese dahi İdare Anayasal hüküm karşısında kanunun verdiği takdir yetkisini kullanamaz, zira Anayasa'nın 129 uncu maddesinin hükmüyle rücu bir bağlı yetki haline getirilmiştir.

Bu başlık altında son olarak, bu çalışmayı yazdığım tarihte henüz güncel olan bir değişiklikten de bahsetmem gereklidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28 inci maddesinin konuya ayrık bir düzenleme getiren 4 üncü fıkrasının "*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.*" hükmü 21/02/2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 18 inci maddesiyle "*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.*" şeklinde değişikliğe uğramıştır. Böylece, doktrinde de eleştirilere uğrayan ve Anayasallık bağlamında sorunlar taşıyan hüküm, AY. 129/5 hükmüyle uyumlu hale gelmiştir. Fakat, bu değişikliğin öncesinde AYM tarafından verilen bir karara da değinmek lazımdır. İYUK 28/4'ün eski halinin iptali için açılan davada⁸³ AYM, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin suç teşkil ettiğine hükmetmiş, böylesi bir eylemin ise AY. md. 129/5 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiş, sonuç olarak davayı reddetmiştir. Karşioy yazısında ise Günday'ın bu konudaki görüşüne⁸⁴ de atıf yapılarak, yargı kararlarının uygulanmaması eyleminin AY. md. 129/5 kapsamından çıkartılamayacağı savunulmuştur. Önceki başlık altındaki tartışmalarına paralel olarak, AYM'nin kararını isabetsiz, karşioy yazısını ise yerinde bulduğumu söylemeliyim.

SON TARTIŞMALAR

Bu son bölümde, nihayet, Türkiye'nin hukuk sisteminde kamu personelinin mali sorumluluğuna neden böylesi bir rejim getirildiğini ve kamusal menfaatler bakımından bu rejimin niteliğini tartışmayı uygun görüyorum. Basitçe özetlemek gerekir ise: Kamu personelinin kusuruyla devlet hazinesini veya kamu kaynaklarını zarara uğratması halinde kendisine 657 md. 12 ve yukarıda anılan yönetmelik hükümlerine göre rücu edilecektir. Kamu personelinin kusuruyla kişileri zarara uğratması sonucunda bu zararı tazmin ederek dolaylı olarak zarara giren devlet hazinesindeki azalma, personele rücu edilerek giderilecektir.

Bu sisteme, öğretilerde "teminat sistemi" denmektedir. Öğretilerde, sistemin iki yararından özellikle bahsedilmektedir: Bunların ilki, kamu personelinin sürekli olarak kendisine açılacak hukuk davaları ile meşgul olmaması ve ayrıca görevini yapmaktan çekinecek kadar bu tür davalara maruz kalmamasıdır. İkinci yarar, kamu personelinin kusuruyla zarar gören kişilerin alacağının güvence altına alınması, ödeme gücü yüksek olan devletin zarar gören kişilerin zararını gidermesidir. Esasında, rücu'un zorunlu olduğunu kabul edersek görürüz ki, kamu personeli açısından nihayetinde mali bir fark yoktur: Personel, kusuruyla sebep olduğu zararları, idare edilenlere olmasa da, devlete ödeyecektir. Teminat sisteminin mali açıdan sadece idare edilenlerin alacağını temin eden bir yanı olduğu söylenebilir.

Zarara uğrayan kişiler yargı yoluna sadece mali tatmin amacıyla gitmeyebilirler. Yargı yoluna gitmekte doğrudan kendilerini zarara uğratan personeli mahkûm ettirmek ve bir nevi adalet hissini sağlamak amacı da güdüldüğü olabilir. Fakat, yasa koyucu

83 Anayasa Mahkemesi, T. 27/09/2012, E. 2012/22, K. 2012/133.

84 Günday, Metin; İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 378.

yukarıda anılan sistemi, yani devleti idare edilenler ile personeli arasında bir nevi "aracı" rolüne sokarak personelini bir dereceye kadar korumayı daha üstün bir kamusal menfaat olarak görmüştür.⁸⁵ Teminat sisteminin üçüncü bir yararı da bu olabilir: Kamu personeli ile idare edilenlerin bir hukuk davasında karşı karşıya gelmesini engellemek, personel ile idare edilenler arasında husumetin doğumunu kısmen engelleyebilir ve idari faaliyetin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayabilir. Fakat, elbette, İdare'nin rücu yetkisi kendi takdirindeymiş gibi davrandığı ve personeline rücu etmediği her durumda personel Anayasa'ya aykırı olarak kusurlu davranışına rağmen korunmuş ve hatta "ödüllendirilmiş" olacaktır. Bu ise, zaman içerisinde, kamu personelinin daha dikkatsiz ve kusur işlemeye daha yatkın hale gelmesine yol açacaktır. Rücu'un takdire bırakılması aynı zamanda amirlerin elinde personellerine karşı kullanabilecekleri bir disiplin aracına, daha kötüsü bir siyasi araca dönüşebilir. Nitekim, amirlerin kendilerine yakın gördükleri personellerine rücu etmeyip diğer personellere rücu etmesi eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır.

Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin varlığının anayasacılığımız bakımından; maddedeki idari başvuru ile zararların tazminini talep yolunun halen bir kanun ile düzenlenmemiş olmasının ise kanun yapıcılığımız bakımından fecaat arz ettiğini düşünmekteyim. Bu incelemenin yazıldığı tarihte otuz yaşını geçkin Anayasa'nın bir maddesinin öngördüğü kanunun halen çıkartılmamış olması bir eksiklik. Nitekim, yukarıda ayrıntılı olarak bahsettiğim gibi, bazı kanunların anayasallık sorunları ise kanun yapıcılığımız bakımından diğer bir kusuru arz etmektedir. Bu kanun hükümleri şimdiye değin değiştirilebilirdi, fırsat bulunursa değiştirilmelidir de. Fakat, kanun koyucunun bu hususu görmezden geldiği halde dahi, somut norm denetimine başvurularak bu hükümler bakımından anayasallık denetiminin yapılması faydalı olacaktır.

Öğretinin klasik görevsel kusur-şahsi kusur ayrımının da, Anayasa'nın 129/5 hükmü nazarda tutularak tekrar değerlendirilmesi gerektiği fikrindeyim. Zira esasında bu hükümden önceki tarihlerde oluşturulmuş ölçütler, bu hükümle örtüşmemektedir. Yine, yukarıda ayrıntılarıyla sebebini açıkladığım gibi, salt kişisel kusurlar ile görevle alakalı şahsi kusurları ayırmak ve öğretide sıkça ortaya çıktığında personele doğrudan teminat davası açılabilceği ifade edilen bir takım görevle alakalı şahsi kusurların görev kusuru olarak kabulü gerekmektedir. Zira, kamu görevlilerinin husumetle hareket ederken oluşan kusurları veya suç içeren fiilleri veya ağır kusurlu halleri görev ve yetkilerin kullanımıyla alakalı kalmaya devam etmektedir.

Kamu personelinin mali sorumluluğunun hukuki rejimi siyasi konjonktür her değiştiğinde tekrar gündeme gelecek ve değişikliğe uğratılacaktır. Önemli olan, hukuki rejim ne olursa olsun, kusurun niteliğinin tespitinin kesin ölçütlere bağlanması ve personele

85 Bu kamusal menfaat, bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Anayasa'nın sözü edilen kuralı ile, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumak amaçlanmıştır.", Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 14.4.1997, E. 1997/16, K. 1997/15.

rücu'un zorunlu kılınmasıdır. Rücu davalarındaki görev sorununun ise aciliyetle nihayete erdirilmesi gerekmektedir: Halihazırda iki aşamalı olarak, ilk aşamada idari yargıyı, ikinci aşamada adli yargıyı görevli tutan sistem usul ekonomisi ve yargısal tutarlılık bakımından yeterince verimsizdir. Bu sisteme yargı yerlerinin görev konusundaki kararsızlıkları ve hatta çekişmeleri de eklenince, süreç kamu personeli ve zarara uğratanlar bakımından içinden çıkılmaz bir hale dönüşebilecektir. Nihayet, söylenebilir ki, yargı yerlerinin klasik görüşlerdeki tutarlılıkları kadar doktrinde ortaya çıkan yeni açılımlara da uyum sağlama iradesini göstermesi yaşamsal önem arz etmektedir. Nitekim, kamu personelinin mali sorumluluğu konusundaki hukuki sorunlarda, neredeyse tüm hukuki sorunlarda olduğu gibi, içtihadı olarak yeni bir atılım gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar; "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **2011**, Cilt: 69, Sayı: 1-2.
- ALBAYRAK, Oğuz Süha / SAYAN, İpek Özkal; "Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel", Mülkiye Dergisi, **2011**, Cilt: 35, Sayı: 272.
- ATAY, Ender Ethem; Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- AZRAK, Ülkü; "Alman Kamu Hukukunda Devletin Âmme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti", İÜHFD, **1962**, Cilt 28, Sayı 2.
- CHEMERINSY, Erwin; "Against Sovereign Immunity", Stanford Law Review, 201, Vol. 53, No. 5.
- Congressional Research Service**, CRS Report for Congress: Federal Tort Claims Act, Washington D.C., 2007
- DERBİL, Süheyp; İdare Hukuku, 5. Baskı, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.
- DİCEY, A.V.; An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8. Baskı, Macmillan, Londra, 1915.
- DURAN, Lütfi; "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, **1984**, Cilt: II, Sayı: 2.
- DURAN, Lütfi; "Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974.
- DURAN, Lütfi; Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- ER, Selami; "Kamu İktisadi Teşebbüsü Sözleşmeli Personelinin Hukuki Statüsü", Sayıştay Dergisi, **2013**, Sayı: 89 Nisan - Haziran.
- ESİN, Yüksel; Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, 1976.
- EVREN, Çınar Can; "Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, **2011**, Sayı: 95.
- GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, Cilt: II, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut; İdare Hukuku, Cilt I, 4. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, **2011**, s. 302-303.
- ONAR, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Basım, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul, **1966**, Cilt II.

- ÖZAY, İl Han; "Anayasa: Özgürlükler ve İdari ve Kolluk Etkinlikleri," Anayasa Yargısı Dergisi, **2002**, Cilt: 19.
- SARICA, Rağıp; "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, **1949**, Cilt: 15, Sayı: 4.
- SAYAN, İpek Özkal; "Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı", AÜSBFD, **2009**, Cilt: 64, Sayı: 1.
- SAYIN, İsmail Hakkı; Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, <http://goo.gl/VEHMOV> (Erişim tarihi: 07.10.2014).
- SCHUCK, Peter H.; "Suing Our Servants: The Court, Congress, and the Liability of Public Officials for Damages", Supreme Court Review, Washington D.C., 1980.
- SERİM, Bülent; "Sözleşmeli Personelin Hukuki Niteliği", Amme İdaresi Dergisi, **1988**, Cilt: 21, Sayı: 1.

